



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

**FACULTAD EN CIENCIAS JURIDICAS Y
POLITICAS**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL, MENCIÓN DERECHO
PROCESAL PENAL**

**Estudio de la prisión preventiva como medida
cautelar de ultima ratio y su aplicación en el
Cantón Loja durante el año 2021**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de:

**MAGISTER EN DERECHO PENAL, MENCIÓN DERECHO
PROCESAL PENAL**

AUTOR: Arciniega Carrión Numan David

DIRECTOR: Erazo Bustamante Silvana Esperanza

LOJA

2022



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NC-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2022

Aprobación del director del trabajo de titulación

Loja, 30, septiembre, de 2022

Doctora.

Silvana Esperanza Erazo Bustamante

Directora de la Maestría en Derecho Penal, Mención Derecho Procesal Penal

Ciudad.-

De mi consideración:

Me permito comunicar que, en calidad de director del presente Trabajo de Titulación denominado: **Estudio de la prisión preventiva como medida cautelar de ultima ratio y su aplicación en el Cantón Loja durante el año 2021** realizado por **Numan David Arciniega Carrión** ha sido orientado y revisado durante su ejecución, así mismo ha sido verificado a través de la herramienta de similitud académica institucional, y cuenta con un porcentaje de coincidencia aceptable. En virtud de ello, y por considerar que el mismo cumple con todos los parámetros establecidos por la Universidad, doy mi aprobación a fin de continuar con el proceso académico correspondiente.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Dra. Silvana Esperanza Erazo Bustamante

C.I: 1102856596

Correo electrónico: seerazo@utpl.edu.ec

Declaración de autoría y cesión de derechos

“Yo, Numan David Arciniega Carrión, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

Ser autor del Trabajo de Titulación denominado **Estudio de la prisión preventiva como medida cautelar de ultima ratio y su aplicación en el Cantón Loja durante el año 2021**, de la Maestría en Derecho Penal, Mención Derecho Procesal penal, específicamente de los contenidos comprendidos en: Introducción, Capítulo 1. Medidas cautelares, Capítulo 2. Prisión preventiva, Capítulo 3. Principios que regulan la prisión preventiva, Capítulo 4. Investigación de campo, Conclusiones y Recomendaciones, siendo la Dra. Silvana Esperanza Erazo Bustamante, directora del presente trabajo; también declaro que la presente investigación no vulnera derechos de terceros ni utiliza fraudulentamente obras preexistentes. Además, ratifico que las ideas, criterios, opiniones, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad. Eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual de este trabajo.

Que la presente obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTPL, que establece: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”, en tal virtud, cedo a favor de la Universidad Técnica Particular de Loja la titularidad de los derechos patrimoniales que me corresponden en calidad de autor/a, de forma incondicional, completa, exclusiva y por todo el tiempo de su vigencia.

La Universidad Técnica Particular de Loja queda facultada para ingresar el presente trabajo al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Autor: Numan David Arciniega Carrión

C.I.: 1105644874

Correo electrónico: nda17@hotmail.com

Dedicatoria

Mi familia me enseñó a amar a Dios sobre todas las cosas, pero fue mi decisión aplicar esa enseñanza en mi diario vivir y por ello como en todo lo que realizo en mi vida, primero se lo dedico a ÉL, quien con su amor se ha hecho presente en cada etapa de mi vida.

Numa y Lolita, son principales merecedores de mis triunfos, por ello el presente trabajo se lo dedico a mi padre Numa quien con su ejemplo de caballerosidad y valentía ha trabajado día, tarde y noche desde que era un niño para consentirme y verme feliz, es en verdad mi héroe, su sabiduría para mi es infinita y las palabras para describirlo también. A mi madre Lolita “vida de mi vida” quién con su nobleza, firmeza, pero sobre todo con su amor ha tomado mi mano para guiarme directo a la meta, ella es merecedora directa del presente triunfo.

Se lo dedico a mi hermana y segunda mamá Anita, quien es el motor principal de mi vida, ella es mi impulso diario, su amor es infinito y por ello es una luz en mi camino, mi triunfo también es el de ella.

Daniela, mi hermana, quien me ha consentido cada día, su carisma ha sido un ejemplo para mi diario vivir, sus detalles y su amor me han convertido en un mejor hombre y ser humano, por eso también se lo dedico a ella.

Dedico también el presente trabajo a mis cuñados Xavier y Galo, personas que han sido un ejemplo para mí de superación constante, sobre todo ejemplos de cómo ser un buen hombre y ser humano.

Al consultorio jurídico de Boris y Rossana Ramón, han sido mis primeros maestros, mis primeros pasos y enseñanzas se los debo a ellos.

A mis amigos y amigas quienes sé que al leer esto se sentirán identificados, ellos han sido mis aliados, mi apoyo y mi motivo para cada día seguirme superando.

Finalmente a Meli, quien llegó a mi vida para enseñarme que el amor lo puede todo, que para Dios no hay imposibles. Se lo dedico porque llegó a sumar en mi vida y estoy seguro de que juntos conseguiremos muchos logros más.

Agradecimiento

Agradezco principalmente a Dios por sus dones y sus milagros diarios, con EL todo, sin El nada.

Agradezco a la UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA y a su planta docente, profesionales de calidad con vocación de servicio.

Agradezco de manera especial a la Dra. Silvana Esperanza Erazo Bustamante, directora del presente trabajo de investigación. Su vocación docente, su paciencia y su amor a la profesión han sido elementos fundamentales para yo inspirarme y un escalón más poder escalar.

Índice de contenidos

Estudio de la prisión preventiva como medida cautelar de ultima ratio y su aplicación en el Cantón Loja durante el año 2021.....	I
Aprobación del director del trabajo de titulación.....	II
Declaración de autoría y cesión de derechos.....	III
Dedicatoria.....	V
Índice de contenidos.....	VIII
Resumen.....	1
Abstract.....	2
Introducción.....	3
Capítulo Uno.....	6
Medidas Cautelares.....	6
1.1. Medidas Cautelares en el Proceso Penal.....	6
1.1.1. Antecedentes.....	6
1.1.2. Medidas cautelares personales.....	11
1.2. Principios que rigen las medidas cautelares personales.....	21
1.2.1. Principio de excepcionalidad.....	22
1.2.2. Principio de necesidad.....	24
1.2.3. Principio de proporcionalidad.....	24
1.2.4. Principio de Obligatoriedad.....	25
1.2.5. Principio de Instrumentalidad.....	26

1.2.6.	<i>Principio de provisionalidad</i>	26
1.2.7.	<i>Principio de impugnabilidad</i>	28
1.2.8.	<i>Principio de Judicialidad</i>	29
1.2.9.	<i>Principio de Revocabilidad</i>	29
1.2.10.	<i>Principio de Motivación</i>	30
	Capítulo dos	33
	Prisión Preventiva	33
2.1	Antecedentes de la prisión preventiva.....	33
2.2	Prisión preventiva en el Derecho Comparado.....	35
2.2.1	<i>Legislación Colombiana</i>	35
2.2.2	<i>Legislación Española</i>	37
2.3.	Finalidad de la prisión preventiva.....	39
2.4	Requisitos de la prisión preventiva en Ecuador.....	43
2.4.1	<i>Fundamentación</i>	43
2.4.2	<i>Motivación</i>	45
2.4.3	<i>Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción</i>	46
2.4.4	<i>Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción</i>	48
2.4.5	<i>Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año</i>	51
2.5	Revocatoria de la prisión preventiva.....	52
2.6	Sustitución de la Prisión Preventiva.....	54

Capítulo tres	57
Principios que regulan la prisión preventiva	57
3.1 Principio de necesidad.....	57
3.2 Principio de Idoneidad	61
3.3 Principio de proporcionalidad	63
3.4 Principio de presunción de inocencia	67
Capítulo cuatro	74
Investigación de campo	74
4.1 Análisis de un proceso penal en el año 2021	74
4.2 Análisis de encuestas	78
Conclusiones	89
Recomendaciones	90
Referencias	91
Apéndice	95
Apéndice 1.....	95
Apéndice 2:.....	98

Índice de figuras

Gráfico 1	79
Gráfico 2	80
Gráfico 3	80
Gráfico 4	81

Gráfico 5	82
Gráfico 6	83
Gráfico 7	85
Gráfico 8	86
Gráfico 9	87
Gráfico 10	88

Resumen

El trabajo de investigación denominado “Estudio de la prisión preventiva como medida cautelar de última ratio y su aplicación en el Cantón Loja durante el año 2021” se ha planteado la idea de obtener resultados enfocados a determinar como objetivo general si en el Cantón Loja en el año 2021, la prisión preventiva se aplicó como medida cautelar de ultima ratio. Para ello, se utilizaron distintos métodos que permitieron obtener los resultados propuestos. Es así que, por medio una investigación de campo se analizó un caso de un proceso penal en donde existió abuso de la prisión preventiva; asimismo se realizaron encuestas enfocadas a profesionales del derecho del cantón Loja, para determinar si se aplicaba la prisión preventiva como medida cautelar de última ratio.

Los resultados más importantes de la investigación apuntaron a que en Loja la prisión preventiva no se utiliza como medida de carácter excepcional y consecuentemente es latente la problemática jurídica de abusar indiscriminadamente de la aplicación de esta medida cautelar. Todo esto como resultado de la mala práctica profesional de Fiscales y Jueces al no considerar los derechos y principios que la persona procesada posee.

Palabras claves: Prisión preventiva, medida cautelar, última ratio.

Abstract

The research work called "Study of pretrial detention as a precautionary measure of last resort and its application in Loja Canton during the year 2021" has the idea of obtaining results focused on determining as a general objective if in Loja Canton in the year 2021, pretrial detention was applied as a precautionary measure of last resort. For this purpose, different methods were used to obtain the proposed results. Thus, by means of a field research, a case of a criminal process in which there was abuse of preventive detention was analyzed; likewise, surveys were carried out focused on legal professionals of Loja to determine if preventive detention was applied as a precautionary measure of last resort.

The most important results of the research showed that in Loja pretrial detention is not used as an exceptional measure and consequently there is a latent legal problem of indiscriminate abuse of the application of this precautionary measure. All this as a result of the bad professional practice of Prosecutors and Judges by not considering the rights and principles that the prosecuted person has.

Key words: Pretrial Detention, interim measure, ultima ratio.

Introducción

La prisión preventiva es catalogada como una medida cautelar personal de carácter excepcional, puesto que su propósito es privar de la libertad a la persona procesada para asegurar su presencia en el proceso penal y al ser de carácter excepcional debe cumplir parámetros para que su aplicación no se convierta en un abuso por parte de los operadores de justicia, ya que la libertad es un derecho fundamental consagrado tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en los distintos Tratados Internacionales, catalogado como el derecho más importante luego de la vida, en virtud de que por medio de ella se ejerce todos los demás derechos inherentes al ser humano.

El presente trabajo investigativo analiza a la prisión preventiva como medida cautelar personal de última ratio y lo que se busca es determinar si esta medida se ha aplicado excepcionalmente en los procesos penales, analizando jurídica y doctrinariamente las distintas medidas cautelares personales y los requisitos para su aplicación.

El contenido de los distintos capítulos estipulados en el presente trabajo investigativo es de gran relevancia para analizar por qué la prisión preventiva es una medida cautelar personal de última ratio, por ello en el primer capítulo, se analizan las distintas medidas cautelares, enfocándose netamente en las de carácter personal aplicadas al proceso penal, encontrando en el capítulo una explicación de cada una de ellas, así como también sus antecedentes y los distintos principios que rigen a las medidas cautelares de carácter personal, concluyendo que existen medidas alternativas que se puede aplicar en los procesos penales menos graves que la prisión preventiva.

Como tema central de la investigación se obtiene a la prisión preventiva, por ello en el capítulo dos se analizan sus antecedentes y como esta ha ido evolucionando a lo largo de la historia de la humanidad. Resulta muy importante asimismo analizar y comparar la legislación de otros países respecto a la prisión preventiva y para ello, se ha tomado como referencia la

legislación de Colombia como país latinoamericano y la legislación de España como país Europeo, determinando que en aquellos países, la prisión preventiva también cuenta con un carácter excepcional.

Al ser la prisión preventiva una medida de carácter excepcional se deben cumplir requisitos para así poder aplicarla, por ello también se analizan los distintos requisitos que tanto Fiscales, como Jueces y abogados defensores deben tener en cuenta. La solicitud de Fiscalía debe estar debidamente fundamentada, basándose en lo que establece la ley y la resolución del Juez debe ser motivada en base a los distintos principios que regulan la prisión preventiva, por ello el abogado defensor deberá estar alerta para realizar una buena defensa y luchar porque no se vulneren los derechos de la persona procesada.

Para garantizar que no exista abuso ni arbitrariedad en la aplicación de la prisión preventiva, existen principios que regulan su uso y aplicación, contenidos tanto en la normativa nacional como internacional y por ello en la presente investigación se analizan los distintos principios de proporcionalidad, necesidad, idoneidad y presunción de inocencia; principios fundamentales para que se respeten los derechos de la persona procesada, puesto que los operadores de justicia deberán primero realizar un test basándose en si en el caso concreto, la persona procesada representa un peligro procesal como para que las medidas alternativas a la prisión preventiva no sean suficientes para asegurar su comparecencia en el proceso, puesto que no se debe olvidar que existe cierta desproporcionalidad, ya que la persona procesada al no tener una sentencia condenatoria, conserva su condición de inocencia, por lo tanto esta prisión preventiva llega a ser una pena anticipada y excesiva.

En base a todo lo expuesto y con la información contenida en los diversos capítulos de la presente investigación facilitada por los distintos libros, artículos científicos, tesis universitarias e investigaciones internacionales, se ha procedido a realizar una investigación de campo, considerando que en la práctica se palpa la realidad, siendo así el desarrollo de un análisis de caso de un proceso penal, el mismo que fue facilitado por el Sistema

Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE) en el cual se aplicó prisión preventiva y como consecuencia de la falta de cumplimiento de requisitos por parte de Fiscalía se revocó en la instancia superior, constatando que existió un abuso por parte de la autoridad en un caso seleccionado al azar. Asimismo para darle valor a la presente investigación se realizaron encuestas a profesionales del derecho en libre ejercicio, ya que en base a su experiencia en litigios se ha podido comprobar que existe abuso en la aplicación de la prisión preventiva, pues esta no es tomada como una medida excepcional de última ratio.

La importancia de la presente investigación radica en que los derechos de los seres humanos deben ser respetados indistintamente de las circunstancias en las que se encuentra. En un proceso penal no se puede considerar solo a la víctima como sujeto de derechos, sino también a la persona procesada. No se puede descartar que cualquier persona inocente en algún momento se encuentre inmersa en un proceso penal y que por el mal manejo de la justicia penal se le restrinja su libertad, provocándole daños directos y colaterales, sin haber cometido delito alguno, es por ello que la presente investigación trata de concientizar a los operadores de justicia para que ninguna persona inocente tenga que pasar por el desastroso sistema fallido de los mal llamados “centros de rehabilitación social”.

Capítulo uno

Medidas Cautelares

1.1 Medidas Cautelares en el Proceso Penal

1.1.1 *Antecedentes*

Las medidas cautelares se remontan a la época del derecho romano, en razón de que en la antigua Roma se evocaba la figura de “interdicción”, cumpliendo relativamente la función que cumplen las medidas cautelares en la actualidad. El objeto de la interdicción, tal como en las medidas cautelares, era detener o alejar a una persona para evitar daños a los bienes patrimoniales. En la actualidad las medidas cautelares no solo resguardan los bienes patrimoniales, sino todos los bienes jurídicos protegidos. (Erazo, 2020).

Los autores Morello y Véscovi (s.f.) citan a Antonio Cançado, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien expone su criterio acerca de la evolución histórica de las medidas cautelares de la siguiente manera:

En efecto, la evolución histórica de las medidas provisionales requiere de la doctrina contemporánea algunas precisiones conceptuales, no articuladas suficientemente hasta la fecha, en cuanto a su transposición de los sistemas jurídicos nacionales al ordenamiento jurídico internacional, así como en cuanto a su transposición de este último —en el marco del derecho internacional público— al derecho internacional de los derechos humanos, dotado de especificidad propia. En efecto, las medidas cautelares del derecho procesal interno, inspiraron las medidas provisionales que se desarrollaron posteriormente en el ámbito del derecho procesal internacional.

En el plano del ordenamiento jurídico interno, el proceso cautelar se desarrolló para salvaguardar la eficacia de la propia función jurisdiccional. La acción cautelar pasó a tener por objeto garantizar, no directamente el derecho subjetivo per se, sino más bien la propia actividad jurisdiccional, fue sobre todo la doctrina procesalista italiana de la

primera mitad del siglo XX la que dio contribución decisiva para afirmar la autonomía de la acción cautelar. Sin embargo, toda esta constitución doctrinal no consiguió liberarse de un cierto formalismo jurídico, dejando a veces la impresión de tomar el proceso como un fin en sí mismo, y no como un medio para la realización de justicia. (p.11)

Los autores precitados, conjuntamente con Cançado coinciden en que la evolución no es precisa ya que existe diversa doctrina y autores internacionales que tienen su propia visión acerca de la evolución histórica. Lo que concluyen es que las medidas cautelares tienen sus antecedentes en la Convención que creó la Corte de Justicia Centroamericana, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. (Morello, et. al. S.f)

La CIDH (s.f.) por su parte menciona de acuerdo a la historia de las medidas cautelares que:

El mecanismo de medidas cautelares tiene más de tres décadas de historia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y ha servido como una herramienta eficaz para proteger los derechos fundamentales de las y los habitantes de los Estados que se encuentran bajo la competencia de la Comisión Interamericana. La facultad de la CIDH de solicitar la adopción de acciones urgentes o dictar medidas cautelares refleja una práctica común en el derecho internacional de derechos humanos. En el contexto particular de la región, ha operado como instrumento efectivo de protección y prevención ante posibles daños graves e irreparables a personas o grupos de personas que enfrentan situaciones de riesgo inminente.

Se menciona de igual forma que la CIDH en el año 1980 estableció un procedimiento a seguir para la aplicación de las medidas cautelares y este estipulaba que la aplicación de estas medidas debía ser en "casos urgentes cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas". "La consagración en el Reglamento de la CIDH y su desarrollo

procedimental progresivo a través de la práctica, responden al patrón histórico de construcción de mecanismos de protección propio del Sistema Interamericano. El mecanismo de medidas cautelares ha permanecido en el Reglamento de la Comisión por más de 35 años. La última reforma reglamentaria entró en vigor el 1 de agosto de 2013” (CIDH, s.f).

La autora Montenegro (2010) con respecto a la historia de las medidas cautelares de acuerdo a las legislaciones internacionales de distintos países nos señala que:

La historia del derecho penal señala que el origen de las medidas cautelares personales se remonta a cientos de años atrás. Destaca a varias legislaciones como las pioneras en la incorporación de las medidas cautelares personales, siendo las principales la legislación española -por incorporar en el año 1873 dentro de su legislación la medida cautelar del arraigo-; y Latinoamérica la legislación venezolana, por dedicar un título entero a las medidas preventivas alrededor de los años 1916 con la creación de su Código Procesal Penal. (p. 86)

En el Ecuador sus antecedentes históricos datan desde el año 1998 con incorporación de una nueva Constitución, denominada “Constitución Política”, en donde se instauran por primera vez las “medidas urgentes” que en la actualidad serían las medidas cautelares y en su art. 95 establecía lo siguiente:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse

la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. (CPE, 1998)

Si bien estas medidas urgentes no se las establecía a una persona procesada ni estaban directamente relacionadas con el derecho penal, se puede evidenciar que estas medidas urgentes cumplían con una finalidad similar a la de las medidas cautelares que era la de “prevenir” consecuencias ilegítimas.

En este orden en el Código de Procedimiento Penal (2000) acerca de las medidas cautelares establecía que:

Art. 159.- Finalidades.- A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real. En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia. Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código. (CPP, 2000)

En el Código de Procedimiento Penal anterior al vigente que es el Código Orgánico Integral Penal (2014) se establecen ya las finalidades de las medidas cautelares que no es otra de garantizar la inmediación del procesado y su comparecencia al juicio, siendo prácticamente la misma, pero en este Código de Procedimiento Penal existían más medidas cautelares que en el actual COIP, estas eran las siguientes:

Art. 160.- Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal, son: 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares; 2) La obligación de abstenerse de

acercarse a determinadas personas; 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare; 4) La prohibición de ausentarse del país; 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos; 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos; 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia; 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica; 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia; 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare; 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial; 12) La detención; y, 13) La prisión preventiva. Las medidas cautelares de orden real son: 1) El secuestro; 2) La retención; y, 3) El embargo. 4) La prohibición de enajenar. (CPP, 2000)

En la actualidad con el Código Orgánico Integral Penal vigente solo existen 6 medidas cautelares de carácter personal a diferencia del Código de Procedimiento Penal anterior, puesto que el COIP ha clasificado en tres grupos todas estas medidas mencionadas en el Código Procedimiento Penal: 1. Medidas cautelares personales; 2. Medidas cautelares reales y 3. Medidas de Protección.

Siendo así la evolución histórica de las medidas cautelares y con estos antecedentes ahora se analizarán las medidas cautelares vigentes en la legislación ecuatoriana y los principios por los cuales estas se rigen.

1.1.2 Medidas cautelares personales

Cuando se menciona a las medidas cautelares en un proceso penal, se hace alusión, a que existe de por medio ya una formulación de cargos en contra de una persona procesada, en razón de que estas medidas cautelares sirven como garantía, para la víctima, para el Estado y también para la sociedad, de que la persona procesada comparezca al proceso y se cumpla con una de las finalidades del Derecho Penal en nuestro país, siendo esta la de reparar integralmente a la víctima.

Las medidas cautelares son aplicadas por la fuerza pública (es decir los juzgadores) que limita las libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico, procurando dar seguridad a los fines del derecho penal, con énfasis en el principio del debido proceso, para así encontrar por medio de la investigación la verdad en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento (Maier, 2004).

Cuando los jueces tienen conocimiento sobre un proceso, (exactamente en la etapa procesal de formulación de cargos), se encuentran en la obligación de decidir de qué forma se va a garantizar el proceso, consecuentemente luego de primero evaluar si se presentan los presupuestos o requisitos exigidos por la ley, emitiendo un dictamen según corresponda ante el pedido de las partes procesales, avalando una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia (Priori, 2007).

“En el sistema procesal penal se han establecido a las medidas cautelares como mecanismos de seguridad, en contra de los individuos procesados, cuya peligrosidad no garantice el cumplimiento de la condena, o la indemnización de daños y perjuicios.” (Arias, 2005, pág. 58)

En nuestro país existen dos clases de medidas cautelares: medidas cautelares reales y medidas cautelares personales. Las primeras medidas mencionadas refieren a la restricción

o limitación del uso de los bienes de la persona procesada y las segundas respectivamente, refieren a limitar directamente la libertad de la persona procesada. En resumen, como ya se lo mencionó anteriormente, los dos tipos de medidas cautelares tienen un mismo fin: garantizar la presencia de la persona procesada al proceso y garantizarle a la víctima una reparación integral en caso de que la persona procesada sea considerada culpable en sentencia debidamente ejecutoriada.

Las medidas cautelares personales se caracterizan por ser actos jurídicos aplicables por parte de operadores de justicia en contra del procesado o procesada, limitando su libertad individual como persona, para de esta forma salvaguardar el proceso penal, evitando una posible fuga por parte de la persona procesada y también evitando la posible destrucción de evidencia. En muchas ocasiones este tipo de medidas cautelares sirven también para evitar que la persona procesada cometa actos que causen peligro a la víctima y tratan en lo posible de garantizar uno de los fines del derecho penal que es el de reprimir las conductas delictivas.

El autor Fenech (1985) con respecto al tema en mención define lo siguiente:

Son actos o medidas cautelares personales los que consisten en una imposición del Juez o Tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una persona... y que tiene por fin asegurar la prueba o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la consecución del fin del proceso penal. (p. 78)

Como lo dice el autor, estos actos jurídicos limitan la libertad de una persona procesada, ya que en todos los casos que se apliquen medidas cautelares, aunque sea la más flexible, su consecuencia será la permanencia dentro del Estado ecuatoriano para responder a la justicia.

Otra definición muy completa acerca de lo que son las medidas cautelares personales es la de Montenegro (2010) quien menciona que:

Las medidas cautelares personales son el medio legal a través del cual se garantiza la inmediación procesal del procesado/imputado al proceso penal y también hacer

efectiva la sentencia que resolverá el fondo del asunto, para de este modo lograr la igualdad entre las partes y la celeridad procesal, asegurando la efectividad de la resolución definitiva que en un proceso judicial se emita. Están relacionadas al proceso penal por una necesidad misma de proteger al sujeto pasivo del delito de modo más eficaz y para restablecer la respetabilidad y majestad del poder judicial. (p. 01)

La inmediación que menciona el autor es uno de los principios más importantes que se atañen a la oralidad en un proceso penal, pues este garantiza que se cumpla un debido proceso ya que, en todos los procesos, las partes procesales expondrán en audiencia sus posiciones y el juez en la misma podrá decidir, siendo así un medio eficaz para que los procesos sean justos.

La legislación ecuatoriana cuenta con un cuerpo normativo penal denominado Código Orgánico Integral Penal (COIP) que entró en vigencia en el año 2014. Se puede decir que el COIP es un código penal completo, ya que comprende en uno solo: la parte general que analiza conceptos e instituciones generales del derecho penal y, asimismo, la parte especial que es la que analiza las figuras delictivas.

En el tema que corresponde analizar, tenemos que las medidas cautelares personales se encuentran establecidas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) instituyendo su finalidad en el art. 519:

Art. 519.- Finalidad.- La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica

de pruebas que desaparezcan elementos de convicción. 4. Garantizar la reparación integral a las víctimas. (COIP, 2014)

La finalidad de ordenar una o varias medidas cautelares, se resume en la protección y la garantía de las víctimas o demás participantes del proceso penal y asimismo se cumpla con su reparación integral tal como lo menciona el numeral cuatro del art. 519. Al mencionar “demás participantes del proceso penal” se refiere a proteger también los derechos de quienes participan en este proceso (familiares, fiscales, abogados, jueces) puesto que en muchas ocasiones la persona procesada puede representar un peligro para ellas. El derecho penal, pretende con estas medidas cautelares reprimir las conductas delictivas y si la persona sospechosa de un acto delictivo no comparece al proceso, no se cumpliría el fin destinado que se enmarca en reparar integralmente a la víctima y también a la sociedad.

En el título quinto, capítulo segundo, sección primera del COIP encontramos las distintas medidas cautelares personales que se pueden ordenar a una persona procesada en Ecuador:

Art. 522.- Modalidades.- 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: 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. La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica. (COIP, 2014)

Se debe entender y dar a conocer en sentido estricto que la aplicación de las medidas cautelares personales no deben responder a una necesidad punitiva o de represión, porque en tal sentido se vulneraría la presunción de inocencia de una persona ya que éstas medidas,

tal como lo dice Párraga (2019): “responden a una necesidad procesal, más no punitiva, pues la fuerza represora del Estado debe hacerse sentir cuando ya se ha declarado la responsabilidad del individuo bajo las garantías del debido proceso, pero no antes de esto” (p.87).

Las medidas cautelares establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, sirven para asegurar la presencia de la persona que se encuentra inmersa en un proceso penal en calidad de “procesado/a”, y es importante recalcar que la misma norma menciona que serán aplicables de forma prioritaria a la privación de libertad, guardando estrecha relación con la Constitución de la República del Ecuador y Convención Americana de Derechos Humanos en razón de que la privación de libertad debe ser aplicable de ultima ratio, es decir de forma excepcional, pues se trata del bien jurídico protegido más importante luego de la vida.

Con respecto a lo mencionado acerca de la excepcionalidad al momento de aplicar estas medidas, Párraga (2019) menciona lo siguiente:

Al sostener que las medidas cautelares personales son excepcionales, se refiere que no deben ser aplicadas de manera generalizada, debe tener un sentido restringido conforme las circunstancias del caso, evitando ante todo que constituya la anticipación de una pena. Por otro lado, al referir que son necesarias, guarda relación con que el juez es el único que debe tomar la decisión de aplicarlas cuando no existe otro mecanismo idóneo para garantizar el normal desarrollo del proceso. La proporcionalidad está vinculada con el fin que persigue, debe existir una relación entre el hecho cometido y lo que se pretende garantizara través de la medida cautelar dictada. (p. 88)

1.1.1.1. Prohibición de ausentarse del país. El Código Orgánico Integral Penal establece como primera medida cautelar la prohibición de ausentarse del país. En su artículo 523 instituye lo siguiente:

Art. 523.- Prohibición de ausentarse del país.- La o el juzgador por pedido de la o el fiscal, podrá disponer el impedimento de salida del país, que se lo notificará a los organismos y autoridades responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales. (COIP, 2014)

Se puede considerar como una medida cautelar leve, si bien restringe la movilidad de la persona procesada al extranjero, no restringe del todo la libertad, puesto que esta persona puede movilizarse libremente sobre el territorio ecuatoriano. La razón primordial para establecer esta medida cautelar es la de mantener a la persona procesada en el territorio ecuatoriano, ya que, se aplica como consecuencia de que existan indicios de un posible peligro de fuga por parte de la persona procesada.

Es importante mencionar que si bien esta medida cautelar personal garantiza la presencia de la persona procesada en el territorio ecuatoriano, no garantiza que se presente voluntariamente a los procesos penales, por lo tanto esta medida por sí misma no asegura la comparecencia de la persona procesada a las audiencias, por lo tanto siempre deberá o debería ir acompañada de otra medida cautelar que garantice la presentación de la persona procesada a las distintas etapas procesales hasta que termine el proceso, como por ejemplo la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad competente.

1.1.2.1. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. El Código Orgánico Integral Penal presenta como segunda medida cautelar personal la comparecencia obligatoria de la persona procesada ante autoridad, así lo menciona en su artículo 524:

Art. 524.- Obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad.- La o el juzgador podrá ordenar al procesado presentarse ante él o ante la autoridad o institución que designe.

El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación y de forma inmediata, si ésta no se ha producido, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas. (COIP, 2014)

Si se realiza una comparación entre la medida cautelar analizada anteriormente, la presente medida cautelar llega a resultar un cuanto más significativa con respecto a limitar la libertad personal de la persona procesada, en virtud de que ya no dispone de su libertad a tiempo completo, sino ya de forma obligatoria debe comparecer ante una autoridad designada, ya sea Juez de garantías penales, Fiscal, etc. La comparecencia obligatoria de la persona procesada dependerá de las circunstancias y puede variar de acuerdo a la decisión que haya tomado el juez, pues esta puede ser diaria, semanal, mensual, etc.

El autor Chóez (2021) acerca de esta medida cautelar nos señala que como consecuencia de aplicarla:

(...) se pretende evitar la dilación del proceso y contar con la presencia del procurado en el proceso, en aras de la seguridad procesal y de cumplir con la tutela de los derechos de la persona que propuso la acción. (p.36)

Si la persona procesada no llegara a cumplir con la presente medida cautelar, la persona encargada deberá notificar para así se puedan imponer otras medidas cautelares que si garanticen la presencia del procesado al proceso.

1.1.3.1. Arresto domiciliario. Como tercera medida cautelar establecido en el Código Orgánico Integral penal en su artículo 522 tenemos el arresto domiciliario, que como su nombre bien lo dice la persona procesada tendrá que estar en su domicilio mientras dure el proceso, al respecto el COIP señala lo siguiente:

Art. 525.- Arresto domiciliario.- El control del arresto domiciliario estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca.

La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica. (COIP, 2014)

Se puede analizar en el artículo precedente que la libertad de la persona se encuentra en mayor parte o casi en su totalidad restringida. El libre tránsito ya no es una opción para la persona procesada pues se encuentra sometida a vigilancia periódica o permanente, incluso portando el uso del dispositivo de vigilancia electrónico o lo que comúnmente se conoce como grillete.

El autor Chóez (2021) acerca de esta medida cautelar manifiesta que: “se considera que es una medida de carácter alterno a la prisión preventiva, y que en casos excepcionales es utilizado para garantizar la continuidad del proceso y la seguridad de la sustanciación de la causa” (p. 36).

Esta medida cautelar se la utiliza como alternativa a la prisión preventiva dependiendo siempre de las circunstancias en que se encuentre la persona procesada cuando por distintas razones esta no pueda cumplir su prisión preventiva en un centro penitenciario. Se puede considerar una medida restrictiva de libertad leve en relación a la prisión preventiva puesto que aún podría tener las comodidades de su hogar y los distintos tipos de comunicación; al respecto Asencio (2005) menciona que ““Si se la compara con la prisión preventiva, es verdad que acarrea importantes diferencias en su ejecución, sin embargo, forzoso es concluir que no es una situación de restricción de libertad, sino, una privación de libertad” (p. 11).

1.1.4.1. Dispositivo de vigilancia electrónica. El dispositivo de vigilancia electrónica es una medida cautelar relativamente nueva, en razón de que se incorporó con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

Esta medida cautelar se encuentra enfocada como una medida complementaria a otras medidas cautelares personales, por sí mismo no funciona, pues no es autónoma. En concordancia con Párraga (2019) esta situación llega a generar un desgaste en el aparato judicial pues requiere la adquisición de los equipos y el cumplimiento de otras medidas cautelares que se basan en logística del Estado. “Claro está que la implementación de este sistema de vigilancia electrónica no está al 100% operativo ni tiene una eficacia que demuestre en la actualidad que puede ser implementado sin necesidad de otras medidas” (Párraga, 2016, p.93).

1.1.5.1. Detención. La detención es una medida cautelar que se la emite solamente con fines investigativos ya que esta no puede durar más de 24 horas. Esta medida cautelar solo puede ser ordenada por un juez competente. Al respecto el COIP nos establece lo siguiente:

Art. 530.- Detención.- La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos. (COIP, 2014).

Para que la detención pueda ser legal tendrá que cumplir ciertos requisitos que de la misma forma el COIP los establece:

Art. 531.- Orden.- La boleta de detención cumplirá los siguientes requisitos:

1. Motivación de la detención.
2. El lugar y la fecha en que se la expide.

3. La firma de la o el juzgador competente.

Para el cumplimiento de la orden de detención se deberá entregar dicha boleta a la Policía Nacional. (COIP, 2014)

Asimismo el COIP con respecto a la duración de la detención nos establece lo siguiente:

Art. 532.- Duración.- En ningún caso la detención podrá durar más de veinticuatro horas. La versión que tome la o el fiscal será receptada en presencia de su defensor público o privado.

En materia de tránsito, cuando se trate de delitos donde únicamente existan daños a la propiedad, no se procederá en ningún caso a la detención de los conductores.

En delitos y contravenciones de tránsito, el organismo competente en materia de tránsito retendrá los vehículos hasta por setenta y dos horas, con el fin de practicar la inspección técnico-mecánica, con excepción de los acuerdos reparatorios inmediatos. Cumplido el plazo serán devueltos inmediatamente a sus propietarios, poseedores o a quien legalmente corresponda. (COIP, 2014)

Esta medida cautelar se emite aun en la etapa pre procesal que maneja fiscalía que es la investigación previa, eso con el fin de que el presunto sospechoso rinda versión o las personas que no han podido ser contactadas. (Párraga, 2019)

Lo que pretende la detención es privar de la libertad a una persona, pero solamente con fines investigativos y así ponerla a disposición de un Juez o de una autoridad competente, como ya se lo había mencionado, esta medida tiene una duración de 24 horas, por lo tanto, es una medida temporal, entonces la detención resultaría un medio de instrucción legitimado

por el propósito de que la verdad se averigüe, no se burle la justicia y la ley penal se cumpla. (Fernández, 2004)

1.1.6.1. Prisión Preventiva. La prisión preventiva es la medida cautelar personal más dura que puede recibir la persona procesada, su libertad se encuentra totalmente restringida al tener que ingresar a un centro penitenciario. Se puede decir que no solo es dura por el mero hecho de encontrarse privado de libertad, sino también por el etiquetamiento social existente de considerar a esta persona como un delincuente sin antes haber tenido una sentencia que demuestra su culpabilidad.

Esta medida cautelar será analizada a profundidad más adelante en el presente proyecto investigativo.

1.2 Principios que rigen las medidas cautelares personales

Los principios son herramientas que nos ayudan a reclamar nuestros derechos, pues por medio de ellos podemos hacer efectivo el cumplimiento de la norma, nos garantizan en sentido estricto que los operadores de justicia sean garantistas del derecho apegándose a la ley para tomar decisiones.

El autor Chavez (2010) señala acerca de los principios lo siguiente: “Los principios del derecho son una garantía frente a prácticas de marginación y desigualdad en la aplicación de justicia o a la indebida aplicación de una norma” (p.12).

La Constitución del Ecuador asegura a sus ciudadanos y sociedad en general el ejercicio de derechos públicos y privados fundamentales, pues reconoce a los principios como un conjunto de derechos, reconocimientos, declaraciones y recursos para poder gozar de seguridad jurídica. (Cabanellas, 1954)

Los principios del sistema procesal ecuatoriano son una especie de reglas que la carta suprema y las leyes brindan a las partes que conforman los sujetos procesales para que de

esta forma puedan defender sus derechos, interponer recursos en caso de violación o restricción irrazonable, y, en última instancia, obtener una compensación en caso de incumplimiento. (Flores, 2014).

Entonces si los principios son reglas o herramientas que garantizan el cumplimiento de la ley y de los derechos de las personas, evidentemente las medidas cautelares tienen que regirse bajo principios para que de esta forma los operadores de justicia no abusen de su autoridad y no emanen decisiones arbitrarias en contra de las personas procesadas, por ello existen principios que rigen las medidas cautelares personales tales como: excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, obligatoriedad, instrumentalidad, provisionalidad, revocabilidad, impugnabilidad, judicialidad, y motivación. (Zavala, 2002)

1.2.1 Principio de excepcionalidad

El principio de excepcionalidad está ligado directamente con el principio de última ratio, en razón de que la finalidad de las medidas cautelares personales es restringir la libertad de una persona y por tal razón deben dictarse como última opción al encontrarse en juego un derecho sagrado para el ser humano.

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) hace referencia a este principio en su artículo 77 numeral 1, el mismo que establece lo siguiente:

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

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de

juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. (CRE, 2008)

Por lo tanto, existe norma constitucional que respalde el carácter excepcional de la restricción de libertad ya que también la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 7 que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.” (CADH, 1969)

Estos artículos mencionados que se encuentran establecidos tanto en la Constitución del Ecuador como en la Convención Americana de Derechos Humanos guardan estrecha relación con el principio de presunción de inocencia que también está prescrito en estas normas, puesto que la privación de libertad solo debería imponerse a personas con responsabilidad penal y con sentencia debidamente ejecutoriada, más no para una persona procesada que todavía conserva su estado de inocencia.

Al hablar del principio de excepcionalidad, debemos hacer relación a que, como regla general, las personas son libres individualmente, por lo tanto, todas las medidas cautelares que limitan la libertad son excepcionales y deben ser administradas con sentido restringido en tanto afectan a un derecho de rango constitucional. La excepcionalidad tiene íntima relación con el principio de mínima intervención penal, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas. La prisión preventiva, es la medida más coercitiva, consecuentemente debe ser aplicada bajo criterios de ultima ratio, debe ser subsidiaria, es decir se impondrá cuando se considere que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz para asegurar la comparecencia del procesado. (CNJ, 2021, p. 02)

Cabe recalcar que este principio se rige especialmente a la prisión preventiva, puesto que es una medida que restringe totalmente la libertad de la persona procesada y al respecto,

lo que pretende el principio de excepcionalidad es evitar que operadores de justicia arbitrariamente ordenen esta medida sin que existan motivos suficientes para que sea aplicada.

1.2.2 *Principio de necesidad*

El principio de necesidad, refiere, como su nombre lo dice, a que debe ser estrictamente necesario la imposición de las medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada en el proceso. Fiscalía debe demostrar, y llevar al total convencimiento al juez de que no existen otro tipo de mecanismos para garantizar la comparecencia del procesado y, por tal razón, se considere necesario restringir la libertad de la persona.

Este principio rige considerablemente a la prisión preventiva, por esa razón se analizará minuciosamente en otro título de la presente investigación.

1.2.3 *Principio de proporcionalidad*

Este principio podría ser comparado con una balanza para establecer, por un lado, el hecho cometido y por el otro lado, la medida cautelar restrictiva de libertad, realizando una ponderación entre estos puntos de vista para luego poder establecer si es proporcional el dejarle sin efecto a la persona procesada uno de los derechos más importantes como la libertad.

Se refiere a que debe existir una relación sine qua non entre la medida cautelar adoptada, el hecho delictivo y lo que se pretende garantizar; pues, si existe desproporcionalidad en la imposición de una medida se produce desigualdad e indefensión del procesado. (Montenegro, 2010)

Este principio por ser uno de los más importantes en tema de prisión preventiva será también analizado de forma detallada en otro apartado.

1.2.4 Principio de Obligatoriedad

Su nombre bien lo dice, las medidas cautelares deben ser de carácter obligatorio. Aunque puede existir confusión en cuanto a que se piense que los operadores tienen que imponer obligatoriamente medidas cautelares personales, el principio de obligatoriedad refiere a que la persona procesada de forma obligatoria debe cumplir con las medidas cautelares impuestas

En efecto Montenegro (2010) menciona que “No se refiere a que la medida cautelar personal deba ser obligatoriamente impuesta por el juez; sino que, una vez impuesta, debe ser obligatoriamente cumplida por el procesado que la sufre” (p. 26).

La obligatoriedad como lo señala el autor Villareal (2009):

Es característica de los actos jurisdiccionales que entrañan una manifestación de la voluntad judicial, a la que se recurre precisamente, para que decida con poder vinculante lo que no es posible alcanzar de otra manera, de modo que su incumplimiento acarrea consecuencias civiles, penales y si se trata de funcionarios públicos, la más alta sanción administrativa, que es la destitución de cargo. (p. 107)

La obligatoriedad en el derecho penal se puede deducir que es una consecuencia del debido proceso, de ser un derecho garantista ya que tiene estrecha relación con el principio de legalidad obligando no solo a la persona procesada a cumplir lo que manda la ley, sino también manda a hacer cumplir la ley a los jueces y juezas, pues, como lo manifiesta el autor precitado, puede acarrear consecuencias. Por medio de este principio se puede deducir que las medidas cautelares al ser resoluciones emitidas por los operadores de justicia tienen carácter obligatorio.

1.2.5 Principio de Instrumentalidad

Montenegro (2010) acerca de este principio señala lo siguiente: "Se refiere a que las medidas cautelares personales constituyen un instrumento coadyuvante para el desarrollo del proceso penal. Las medidas cautelares dependen de la existencia de un proceso, pues están subordinadas a él" (p.26).

El principio de instrumentalidad considera a las medidas cautelares personales como herramientas para garantizar que se cumplan las finalidades del derecho penal por medio del aseguramiento de la persona procesada.

Calamandrei (1997) señalaba acerca de las medidas cautelares que: "más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia" (p. 44), por ello se puede mencionar a las medidas cautelares como instrumentales, puesto que al ser resoluciones jurisdiccionales producen los mismos efectos transitorios hasta que se pueda contar con una sentencia ejecutoriada.

Este principio de instrumentalidad nos refiere que las medidas cautelares son dependientes de un proceso penal, puesto que lo que se pretende con ellas es asegurar la efectividad de la sentencia, por lo que sus efectos cesan cuando finalice el proceso con la declaración de fondo o por cualquier otra causa. (Villareal, 2009)

Por todo ello, las medidas cautelares se convierten en meros instrumentos, accesorias a todo proceso penal, puesto que un proceso penal puede llevarse con normalidad sin la aplicación de estas, pero nunca estas medidas cautelares podrán ser ordenadas por operadores de justicia sin existir un proceso penal.

1.2.6 Principio de provisionalidad

Este principio guarda relación con el tiempo o duración en el que un juez puede ordenar una medida cautelar a la persona procesada; por ejemplo, la detención tendrá una duración de 24 horas y la prisión preventiva una duración de 1 año en delitos con pena privativa de libertad de hasta cinco años y una duración de 2 años en delitos con pena privativa de libertad mayor a cinco años, todo esto según como lo establezca la ley. (COIP, 2014, art. 532)

El centro de estudios de justicia de las américas (CEJA) señala lo siguiente:

Las medidas coercitivas son provisionales porque están temporalmente condicionadas a la vigencia de todos los presupuestos que deben ser verificados para dictarlas. Sólo es posible mantener la detención si subsisten todas y cada una de las exigencias que fundaron la necesidad de ordenar esa privación de libertad; por ende, con la desaparición de alguno de los requisitos de una detención legítima, la medida, de no cesar, se torna ilegítima. (CEJA, 2013, p. 115)

En relación a lo mencionado anteriormente, el autor Villareal (2009) acerca del mismo tema señala que:

La provisionalidad es una característica intrínseca de las medidas cautelares. Si son instrumentales son provisionales, ya que dada su condición instrumental al proceso, subsisten hasta el momento que exista una sentencia definitiva que ponga fin al proceso, o cambien los supuestos que dieron lugar a su otorgamiento. (p. 22)

Anteriormente se establecía que las medidas cautelares son de carácter instrumental, por lo tanto, tienen que ser provisorias, no pueden permanecer en el tiempo y este principio obliga al legislador a establecer un límite o duración a estas medidas.

Es necesario mencionar que las medidas cautelares no son como comúnmente se dice “temporales” puesto que existe diferencia entre la provisionalidad y la temporalidad. La temporalidad no necesita que algo más suceda para que su duración termine, esta se da independientemente de cualquier evento que pueda ocurrir; en cambio la provisionalidad si es dependiente de otro evento posterior para darle fin, como es el caso de las medidas cautelares, que llegan a su fin cuando la norma lo establece o cuando existe sentencia ejecutoriada. (Calamandrei, 1997)

1.2.7 Principio de impugnabilidad

El principio de impugnabilidad persigue como objetivo principal, solicitar se corrija una resolución o sentencia que desde el punto de vista de la persona que solicite se encuentre errónea. Este principio brinda la oportunidad a las partes procesales de estar inconformes con las resoluciones emitidas por los operadores de justicia, en razón de que los jueces como seres humanos pueden cometer errores y aplicar indebidamente la norma.

En la Constitución del Ecuador en su artículo 76, numeral 7, literal m, nos establece que por el derecho a la defensa se puede: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (CRE, 2008). De la misma forma el Código Orgánico Integral Penal en sus principios procesales nos establece lo siguiente:

Art. 6, numeral 5. Impugnación procesal.- Toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código. (COIP, 2014)

Con respecto al principio de impugnación Piedra y Rivera (2016) señalan lo siguiente:

El principal objetivo de la Impugnación es la reivindicación de la justicia a través de una revisión del proceso judicial o actos procesales. Con la finalidad de lograr la

corrección y así mismo establecer la legalidad buscando una justicia sobresaliente. A petición del “perjudicado” logrará se le conceda la impugnación para que se realice un nuevo estudio del proceso y se puedan apreciar los errores dentro del mismo, de tal manera que se garantice una resolución justa con la aplicación de la ley, dejando así a la impugnación necesaria en cualquier acto procesal e instancia plural.(p. 28)

Por lo tanto, en caso de que la persona procesada no se encuentre de acuerdo con la resolución del juez, por medio de su abogado defensor puede impugnar, planteando el recurso de apelación. La seguridad jurídica permite a esta persona que su caso sea nuevamente estudiado, a fin de analizar si en la resolución del juez las medidas cautelares fueron ordenadas legítimamente o que de lo contrario estas medidas puedan ser revocadas.

1.2.8 Principio de Judicialidad

Respecto a este principio Montenegro (2010) nos menciona que: “este principio se refiere a que una medida cautelar personal sólo puede ser dictada por el Juez de Garantías Penales competente, por ser el funcionario autorizado legalmente para hacerlo” (p. 27).

La judicialidad amerita a que las medidas cautelares sean ordenadas y aplicadas exclusivamente por un juez de garantías penales, esto en base a su jurisdicción y competencia, tal como lo establece el art. 77 numeral 1 de la Constitución del Ecuador: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente” (CRE, 2014).

1.2.9 Principio de Revocabilidad

En caso de que existan elementos de descargo que ratifiquen la inocencia de la persona procesada o ya sea por caducidad o vicios en el debido proceso, inmediatamente el juzgador deberá revocar la medida cautelar impuesta.

Montenegro (2010) respecto a este principio señala lo siguiente: “la medida cautelar personal adoptada debe ser revocada inmediatamente después de que desaparecen los presupuestos que le dieron vida, es decir se extingue por falta de causa procesal” (p. 26).

Calamandrei (1997) señala acerca de la revocabilidad lo siguiente:

Las medidas cautelares están sujetas a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, siempre que el juez considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo.

Las medidas cautelares, como ya se ha mencionado, tienen un carácter instrumental, y al ser instrumentales son provisorias, por lo tanto, pueden en cualquier momento ser revocadas ya que no alcanzan el grado de sentencia ejecutoriada y conjuntamente con el principio de impugnación, será otro juez quien considere que estas medidas cautelares pueden ser revocadas.

1.2.10 Principio de Motivación

Es uno de los principios más importantes, pues en toda resolución debe existir motivación para entender las razones por las cuales el operador de justicia emite dicha medida cautelar, esto en razón de lo que establece la norma suprema en su artículo 76, numeral 7, literal I:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (CRE, 2008)

Salas (2013), con respecto a la motivación, señala que:

La motivación es justificación, exposición de las razones que el órgano judicial o de poder público ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, y constituye así, una exigencia del Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder. (p. 36)

Para que se cumplan las garantías del debido proceso y asimismo exista seguridad jurídica en nuestro estado constitucional de derechos, este principio obliga a los operadores de justicia a justificar sus resoluciones y sentencias tanto en hecho como en derecho.

El autor Ortiz (2020), en cuanto a la importancia de la motivación señala lo siguiente:

La importancia de la motivación de la sentencia pronunciada en un juicio, no solo hace la garantía de la defensa de un juicio, sino la esencia del régimen democrático, pues a los sujetos de derecho no se les puede privar de conocer las razones por las cuales, los Jueces determinaron la resolución. Con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa y el debido proceso exigiendo que las garantías de los procesos sean fundadas y constituyan una derivación del derecho razonable y vigente. Motivación entonces, significa que el Juez ha de explicar cuáles son los hechos sobre los cuales se debatió en juicio, y lo llevaron a la convicción fáctica de su decisión, pero, además, deberá explicar cuáles pruebas de las producidas en juicio fueron las que le ofrecieron dicho estado de certeza y convicción y, además, deberá explicar cuáles son los fundamentos de derecho en que se basa para sostener legalmente su resolución judicial. En este caso, la decisión de la sentencia penal. (p. 22)

El autor, con respecto a la arbitrariedad, ha mencionado a la motivación como un principio más que tiene como objetivo principal garantizar que las decisiones de los jueces no representen un abuso sobre la justicia, por ello dentro la motivación deben cumplirse los elementos de razonabilidad y comprensibilidad, obligando así a los operadores de justicia a

emitir criterios coherentes, lógicos, claros e inteligibles con respecto a los actos jurídicos que se han debatido.

Capítulo dos

Prisión Preventiva

Es necesario en la presente investigación dedicar un apartado especial para analizar la medida cautelar personal más rigurosa que se puede imponer a una persona procesada, se debe recordar que esta medida cautelar limita en su totalidad la libertad de una persona lo que conlleva no solo a perder esa anhelada libertad que tanto amamos, sino también consecuentemente relaciones sociales, laborales, familiares, etc.

2.1 Antecedentes de la prisión preventiva

En la antigüedad se obtiene de la historia del derecho romano que en la edad antigua a los operadores de justicia en materia penal se les permitía practicar la prisión preventiva a voluntad, pero debido al deterioro del abuso de esta medida cautelar, se dictaron normas y penas contra esta práctica, sin embargo, con la madurez científica del derecho romano, contenida en la Ley de las Doce Tablas, y atendiendo el principio de igualdad de oportunidades, decretándose ésta solamente contra delitos relacionados a la seguridad del Estado, a las capturas en flagrancia, y a los reos confesos.(Víctor, 2017)

A finales de la Edad Media (siglo XVI), se instauró la utilización de la prisión preventiva como base fundamental, puesto que predominaba el proceso penal inquisitivo. Los juicios penales, que eran habituales en la época, utilizaban la tortura como método de interrogatorio, puesto que estos se consideraban técnicamente necesarios para mantener privado de libertad a los acusados, con el objetivo de sacar a la luz la verdad. (Víctor, 2017).

En relación a esto Ferrajoli (1995), en su libro Derecho y Razón, también menciona que la prisión preventiva en la Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión por tortura. Así la prisión preventiva terminó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico, la

consecuencia de esta resignada legitimación fue que la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las Constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas por el abuso que se da al aplicar arbitrariamente en muchas ocasiones esta medida cautelar (Ferrajoli, 1995)

Sin embargo, en los últimos tiempos, en América Latina, se puede manifestar que la prisión preventiva ha evolucionado en las últimas tres décadas, puesto que se ha producido una reforma muy fuerte al sistema judicial penal. La evolución de la prisión preventiva ha sido trascendental puesto que la mayoría de países han abolido el sistema inquisitivo que aplicaba la prisión preventiva como principio común, y han acogido el sistema acusatorio donde instauran a la prisión preventiva como medida cautelar de última ratio. (Víctor, 2017)

En Ecuador los antecedentes históricos son los siguientes:

Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal del año 1983 (Ecuador. Asamblea Nacional, 1983), ya establece a la prisión preventiva como una medida para evitar la fuga del sindicado o que se estropee el proceso penal, por lo que existe la figura de la detención y de la prisión preventiva. Este Código fue expedido en una época meramente inquisitiva de la historia del sistema penal ecuatoriano, puesto que en todos los procesos existentes los operadores de justicia imponían prisión preventiva sin tener en cuenta el principio de presunción de inocencia, vulnerando en aquellos tiempos el debido proceso. Luego con la entrada en vigencia de una nueva Constitución Política de la República en el año de 1998 la prisión preventiva obtiene reformas, puesto que llega a tener requisitos para evitar su abuso, imponiendo que esta no exceda de 6 meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Sin embargo las reformas no quedarían ahí ya que entró en vigencia en el año 2008 una nueva Constitución y asimismo un nuevo Código Penal denominado Código Orgánico Integral Penal agregando

y dotándole a la prisión preventiva un carácter “excepcional” o de “última ratio” instaurando requisitos que se deben cumplir para aplicarla y así evitar el abuso y el arbitrio en su aplicación. (Haro, 2021)

2.2 Prisión preventiva en el Derecho Comparado

2.2.1 Legislación Colombiana

Es necesario acudir en primera instancia a la carta suprema de Colombia, es decir a su Constitución para poder analizar qué principios rigen la privación de la libertad en dicho país. La Constitución Política de Colombia (C.P.C.) al igual que a la de nuestro país establece una serie de derechos y garantías, siendo la libertad un derecho y el de los más importantes, por ello con respecto a la libertad y a la prisión preventiva el país colombiano en su Constitución, específicamente en el artículo 28 menciona lo siguiente:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Constitución Política de Colombia [C.P.C], 1991)

En Colombia al igual que en Ecuador, la prisión preventiva llega a ser una medida de naturaleza preventiva o cautelar y por ende provisional, que cumple unas finalidades específicas como el de garantizar que la persona procesada asista al proceso y por su naturaleza preventiva, no se la utiliza como a manera de aplicar una pena sino como un instrumento procesal. (Arias, 2014)

En la legislación colombiana encontramos asimismo la Ley 906/2004 o también denominada “Ley Adjetiva Penal”, donde en concordancia con la Constitución Política de Colombia, establece la excepcionalidad sobre la restricción de libertad de una persona en sus artículos 2, 295 y 296 establecen que toda persona tiene derecho a que se respete su libertad, y que cuando se apliquen medidas preventivas para privar la libertad del imputado, estas tendrán un carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. (Ley 906, 2004)

En un estudio comparativo realizado por Arias (2014), menciona que:

Los requisitos que se establecen para poder aplicar una medida de aseguramiento como la detención preventiva son que estas medidas se muestren como necesarias para evitar que el procesado obstruya el debido ejercicio de la justicia, o que este sea un peligro para la sociedad, y que la persona procesada no se presente y por este hecho no cumpla la sentencia, al cumplirse estos parámetros legales la prisión preventiva se la aplica de manera excepcional y de esta manera se reafirma que la regla general es la libertad. (p. 38)

Un comentario acerca de la prisión preventiva en Colombia lo emite Sorza (2015) y señala que:

El Estado colombiano también ha sido víctima del régimen de la detención preventiva por las demandas recibidas a causa del mal empleo de la imposición de la privación de la libertad. Esta realidad genera la necesidad de hacer un análisis sobre la dinámica de la detención preventiva: cómo se utiliza y aplica en el procedimiento penal colombiano y su impacto económico y social para las víctimas. (p. 40)

Al encontrar en la legislación colombiana que la restricción de libertad en todas sus formas incluyendo a la prisión preventiva, es de carácter excepcional, por lo tanto se puede determinar que al igual que en Ecuador, en Colombia se deben cumplir con requisitos, solicitudes debidamente fundamentadas y asimismo tomar en cuenta los principios que rigen a la prisión preventiva.

2.2.2 Legislación Española

En el presente trabajo investigativo se ha creído conveniente analizar en función del derecho comparado a la legislación de un país europeo, como es el caso de España.

En la Constitución española de igual forma existen los derechos de libertad que específicamente en su artículo 17 nos menciona sobre este derecho y también sobre la prisión preventiva:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.
 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
- (Constitución Española, 1978)

En la Ley de Enjuiciamiento Penal de España, el nombre de la prisión preventiva cambia a “prisión provisional” y establece que el juez podrá aplicar prisión provisional solo cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas suficientes para conseguir los mismos fines de la prisión provisional. (Ley de Enjuiciamiento Penal Español,

En relación a la legislación ecuatoriana, la legislación española también pretende un carácter excepcional, ratificándose al igual que en Ecuador en el principio de necesidad para aplicar la prisión preventiva o provisional en el último de los casos.

Los requisitos que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español se encuentran tipificados en el art. 503 y el autor Arias (2014) señala lo siguiente:

En el Art. 503 de la ley de Enjuiciamiento Criminal se establecen los requisitos mínimos para poder decretar la prisión preventiva, entre ellos tenemos que deben constar la existencia de hechos delictivos con penas máximas igual o superior a 2 años o inferior si el imputado tiene antecedentes, que aparezcan motivos bastantes para creerlo responsable criminalmente del delito y que se persigan estos determinados fines: a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando haya riesgo de fuga b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima d) Evitar el riesgo de que pueda cometer otros hechos delictivos. Con relación a nuestras leyes en España existen menos exigencias y por lo tanto la prisión preventiva es más accesible con lo referente a requisitos para poder solicitarla pero con la diferencia que esta establece que se tratar de seguir fines muy parecidos a los nuestros, estos fines se encaminan a evitar la dilatación del proceso y que para ello se cometa más delitos, también se trata de evitar alguna manipulación de las pruebas que puedan presentarse con respecto al caso, por lo tanto sus fines son parecidos a nuestros requisitos para solicitar la prisión preventiva. (p. 35-36)

Como ya lo ha mencionado Arias, si bien existen menos exigencias por los requisitos establecidos en la ley, la aplicación de la prisión provisional será más accesible, pero su finalidad es la misma que en la de Ecuador, siendo la medida cautelar más grave que por su condición de restringir la libertad de la persona procesada, tiene que ser estrictamente necesaria y de carácter excepcional.

El autor Sotomayor (2019) emite un comentario acerca de la prisión provisional como medida cautelar en España:

La prisión provisional es una medida cautelar que atenta contra varios derechos fundamentales protegidos por la CE. Estos derechos son el derecho a la libertad, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva. La naturaleza de la prisión provisional es la de medida cautelar o incluso de medida preventiva debido a la finalidad de evitación de reiteración delictiva. (p. 31)

En los países analizados que son Colombia y España se comparte el mismo criterio acerca de la prisión preventiva, siendo esta, una de las más graves impuestas a una persona procesada, con una problemática latente en cuanto a la vulneración de derechos y de principios fundamentales por existir contradicción en la aplicación de esta medida cautelar para garantizar un debido proceso, pero al mismo tiempo vulnerándolo por ser esta una pena anticipada.

2.3 Finalidad de la prisión preventiva

La finalidad de la prisión preventiva no es otra que la de mantener a la persona procesada privada de su libertad para que esta pueda asistir a las distintas diligencias y audiencias que se lleven a lo largo del proceso penal, pero surge un sinnúmero de interrogantes con respecto a la polémica de si esta práctica es legal. ¿La prisión preventiva es realmente necesaria? Si la persona procesada llega a ser absuelta ¿se convierte la prisión preventiva en una pena anticipada? ¿Dónde queda el principio de presunción de inocencia? Un sinnúmero de preguntas nacen a raíz de esta medida cautelar por ello se analizan diversos conceptos sobre la prisión preventiva, así como también la normativa establecida en la Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Código Orgánico Integral Penal sobre la finalidad, requisitos y aplicación de esta medida cautelar personal.

Previo a analizar la finalidad de la prisión preventiva es necesario recopilar doctrina que conceptualice y defina a esta medida cautelar personal, para de esta forma como breve introducción, entablar relación con su finalidad.

Para relacionarse con la definición de prisión preventiva se debe entender que cuando se menciona la palabra prisión, se puede deducir que una persona se encuentra privada de libertad de forma general, sin embargo, cuando se menciona prisión preventiva, se deduce que quien sufre esta privación preventiva de libertad, no tiene una sentencia en firme, pues bien esta sentencia puede ser absolutoria o condenatoria. Esta medida cautelar es de carácter preventivo porque tiene por objeto asegurar la presencia del procesado, evitando que se fugue ante la inminente amenaza de privar su libertad. (Aguirre et al., 2021)

Se considera al Derecho Penal como represivo, pues este establece penas para los actos delictivos, para las conductas ilícitas que atentan y lesionan los bienes jurídicos protegidos de la sociedad en general. Estas penas se impondrán dependiendo del delito o contravención cometido, que puede significar tanto una pena privativa de libertad o una pena pecuniaria. En el presente caso, la prisión preventiva no representa una pena, su aplicación o su duración jamás debe representar una pena, pero esto solo ante los ojos de la ley, puesto que si se analiza conjuntamente con la presunción de inocencia, el etiquetamiento social, las consecuencias de estar privado de libertad conllevan a que el resultado de esta práctica sea una pena anticipada, sin importar que la persona incluso pueda obtener una sentencia absolutoria.

Al respecto de la prisión preventiva, su concepto y finalidad, existen diversos autores que pueden establecer qué significa y representa en la práctica esta medida cautelar, por ello tenemos las siguientes definiciones:

La autora Auraujo (2009) sobre la prisión preventiva señala que:

Dentro de las medidas cautelares personales que puede ordenar el Juez de Garantías Penales, se encuentra la prisión preventiva, procedente cuando el Juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena. (p. 255)

En relación a esta definición que señala que la prisión preventiva es una medida para asegurar a la persona procesada al proceso, se obtiene también otra definición de uno de los diccionarios más emblemáticos del derecho que tiene como autor a Cabanellas (2008) quien señala que la prisión preventiva es:

La que durante la tramitación de una causa penal se dispone por resolución de juez competente, por existir sospecha contra el detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad, para evitar su fuga u ocultación. (p. 420)

Y en relación a este conjunto de definiciones también obtenemos del autor Cafferata (1998) una definición enfocada en la necesidad de la prisión preventiva, pues señala que:

El fundamento del encarcelamiento preventivo es la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, y que aquel rigor máximo deja de justificarse cuando estos objetivos pueden ser cautelados con medidas menos severas, surge la idea de evitarlo antes de que ocurra, o hacerlo cesar cuando ya se haya producido, siempre que en ambas hipótesis la privación de libertad no sea necesaria. (p.35)

Todas las definiciones apuntan a una misma finalidad que redundantemente es lo que ya se había venido mencionando: La prisión preventiva es una medida cautelar personal que tiene como finalidad garantizar la presencia de la persona procesada, ese como fin general del cual de la misma forma se desprende que se priva de libertad para evitar la fuga de esta persona, se acerque a la víctima o que pueda destruir evidencia.

Ahora bien, también existen definiciones que representan a la prisión preventiva como una medida desmesurada y de las más graves, siendo criterios válidos por ser esta la medida cautelar más severa, por ello en un primer criterio tenemos al jurista Pozo (2006) quien menciona que:

La prisión preventiva es la medida cautelar más dolorosa y severa, fuerte e insensible que se impone a una persona no declarada culpable aún, pero que es necesaria frente al delito y a las presunciones de responsabilidad penal de las primeras diligencias en la averiguación. (p. 65)

Chiara (2011) nos menciona que: “La prisión preventiva es la medida cautelar de coerción más grave autorizada por las leyes procesales, en contra del imputado, que se concreta mediante el encarcelamiento”.

Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) ratifica con respecto a la gravedad que representa la aplicación de esta medida, establece lo siguiente:

La prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. (CIDH, 2006)

Estos criterios afirman que la prisión preventiva llega a convertirse legalmente en una medida cautelar de coerción grave y severa, en virtud de que aún, sin un debido proceso, la libertad se restringe, convirtiéndose en una pena anticipada para la persona procesada, que sin ser hallado culpable aún, ya está pagando con su libertad.

Una vez que se realizó el análisis doctrinario sobre el concepto y finalidad de la prisión preventiva, es necesario remitirnos a las disposiciones legales para conocer cómo está concebida esta finalidad en dichas disposiciones.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 77, numeral 1, establece lo siguiente: “la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso” (C.E. 2008); y el COIP, en concordancia con la norma suprema, en su art. 534 sobre la finalidad de la prisión preventiva establece que: “Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva (...)” (COIP, 2014)

Como ya se lo había analizado, la prisión preventiva, conjuntamente con las demás medidas cautelares existentes, son medios de garantía para que el proceso penal se cumpla tal como lo establece la ley, por ello la Constitución y el COIP instauran como único fin de la prisión preventiva garantizar la comparecencia de la persona procesada, siendo este el objetivo principal para solicitar la aplicación de esta medida.

2.4 Requisitos de la prisión preventiva en Ecuador

2.4.1 *Fundamentación*

La prisión preventiva al ser una medida cautelar de aplicación excepcional debe responder a una serie de requisitos para que los operadores de justicia puedan dictaminarla y en el mismo sentido, Fiscalía deberá, como primer requisito, fundamentar debidamente su solicitud en cuanto a la prisión preventiva, tal como lo menciona Krauth (2018):

Ahora bien, ¿qué significa fundamentar? Una solicitud debidamente fundamentada expone todos los hechos de un caso de los cuáles se desprende la licitud de la medida cautelar. La solicitud debe ser concluyente, en otras palabras, la alegación de la

Fiscalía tiene que abarcar todos los requisitos materiales de la procedencia de la medida cautelar solicitada. El fiscal debe exponer los hechos que pueden ser subsumidos bajo el supuesto del hecho, es decir las premisas generales de la prisión preventiva, como lo establece el artículo 534 del COIP. (p. 29)

Fiscalía cumple un rol poco objetivo al solicitar las medidas cautelares personales, pues como ya se lo había mencionado, deberá tener una solicitud y una fundamentación totalmente lógica y coherente, puesto que si no lo hace de tal manera, el Juez en su calidad de garantista de derechos deberá rechazar la solicitud, ya que está en juego la libertad de una persona. “Coherencia es la idoneidad de la exposición del sujeto procesal para provocar la consecuencia jurídica deseada” por ello queda en manos de fiscalía. (Krauth, 2018)

El fin de la obligación de fundamentar una solicitud es poner al juez y a la persona procesada (y a su defensa) en conocimiento de las motivaciones de la medida solicitada. ¿Por qué ha sido solicitada? ¿Por qué el fiscal ve un peligro procesal en el caso (compartimiento) concreto? ¿Se basa en suposiciones o indicios? ¿Cuáles son sus premisas implícitas? (Krauth, 2018, p. 36)

Es importante recalcar y tomar en cuenta a la fundamentación como un requisito formal en la aplicación de la prisión preventiva, puesto que Fiscalía debe fundamentar cada requisito establecido en el art. 534 del Código Orgánico Integral Penal ya que la norma así lo exige, por ello Krauth (2018) manifiesta que:

Sin fundamentación, ni la defensa ni el juzgador podrán saber si la medida cautelar es procedente; no sabemos la razón por la que la Fiscalía ha solicitado la medida cautelar y es por eso que no podemos deliberar en contra de la solicitud; es decir hablar sobre la subsunción bajo los presupuestos materiales. Ante la falta de fundamentación, la defensa tiene que alegar contra un “banco de niebla”. (p. 36)

La tarea del abogado defensor de la persona procesada en estos casos es atender y tomar nota a lo manifestado por Fiscalía en la audiencia porque en caso de que no exista una debida fundamentación de los requisitos materiales establecidos en el COIP, pueda solicitar el rechazo de la solicitud.

2.4.2 Motivación

Otro requisito importante para que se aplique legalmente la prisión preventiva es la debida motivación del Juez en razón de que la Constitución del Ecuador establece en su artículo 76, numeral 7, literal I, que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (CRE, 2008)

Con respecto a este requisito formal el autor Krauth (2018) señala lo siguiente:

El legislador no sanciona el resultado de la decisión, sino su forma, su realización, es decir, la falta de la motivación debida. La decisión puede ser impugnada aunque sea “correcta” si carece de motivación. La obligación del juez es motivar debidamente su decisión, es la imagen reflejada de la obligación de la Fiscalía al fundamentar: los dos requieren la exposición de los hechos relevantes para la aplicación de la norma en cuestión. (p. 30)

En concordancia con la Constitución, el Código Orgánico Integral Penal también establece en su artículo 520 que el juzgador deberá de manera motivada resolver; en este caso la solicitud de aplicación de medida cautelar. (COIP, 2014). Por lo tanto, los jueces deben resolver en base a los fundamentos que presentó fiscalía y los hechos acontecidos;

así como también en base a lo que la defensa de la persona procesada presentó en audiencia, como bien lo dice Krauth (2018): “Es decir, solamente tras haber examinado si el fenómeno vital es un caso de la premisa, se puede concluir la consecuencia jurídica de la premisa” (p. 31).

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2021) en la Resolución 14-2021, respecto a la motivación refiere lo siguiente:

Nuestra Corte Constitucional en sentencias N. ° 985 EP/20 (2020) y N. ° 106214--12EP/20 (2020), ha establecido que el derecho a la motivación no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación, al contrario, requiere que se cumplan parámetros que establecen: 1. Enunciar las normas o principios jurídicos en que fundaron la decisión; y, 2. Explicar la pertinencia de la aplicación de las normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho. (CNJ, 2021)

Estos requisitos analizados se pueden calificar como requisitos formales a cumplirse para la aplicación de la prisión preventiva, sin embargo, también existen los requisitos materiales establecidos en la norma. El COIP, en su artículo 534 prescribe los requisitos que se deben cumplir para que el fiscal pueda solicitar la orden de prisión preventiva:

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

El primer requisito establecido en el COIP para que Fiscalía fundamente debidamente la solicitud es que, el hecho delictivo se configure como un delito de ejercicio público de la acción. Se debe recordar que en Ecuador las infracciones se dividen en delitos y contravenciones, la diferencia radica en que los delitos tienen penas más severas que las contravenciones. De acuerdo al ejercicio de la acción penal, este puede ser público o privado.

Este requisito implica directamente que debe respetarse el principio de legalidad, puesto que la conducta de la persona procesada debe estar tipificada en la ley y cumplir con los elementos que configuran al delito, siendo esta presunta conducta: típica, antijurídica, culpable y punible.

Ahora bien este requisito también establece que deba ser un “delito de ejercicio público de la acción”, por lo tanto se debe establecer cuáles son estos tipos de delito; la respuesta la tiene el COIP en tanto establece, en su art. 415, cuáles son los delitos del ejercicio privado de la acción penal:

Art. 415.- Ejercicio privado de la acción penal.- Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos:

1. Calumnia
2. Usurpación
3. Estupro
4. Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito.
5. Delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana. (COIP, 2014)

Por lo tanto, bajo esta premisa se concluye que, a excepción de estos cinco delitos, en todos los demás delitos procede el ejercicio público de la acción penal.

La Corte Nacional de Justicia (2021) en su resolución 14-2021 con respecto a este requisito establece lo siguiente:

Que, conforme al artículo 534 numerales 1 y 4 del Código Orgánico Integral Penal, las juezas y los jueces tienen la obligación de motivar su decisión de concesión de la prisión preventiva primeramente en base a elementos de convicción suficientes (fundados a su vez en los hechos aportados por Fiscalía en audiencia y que obran del expediente), de que es muy probable que el delito de acción penal pública, cuya pena de privación de libertad supera un año, exista; es decir, que entre la conducta del procesado y la ley penal hay una coincidencia real. Entonces la jueza o el juez, debe hacer una breve relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada, se ajustan a los elementos configurativos de un tipo penal específico constante en el Código Orgánico Integral Penal, determinando que se trata de uno de aquellos delitos de acción penal pública, sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año. (CNJ, 2021, p. 08)

2.4.4 Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción

En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. Este requisito establecido en el COIP radica en que fiscalía debe solicitar prisión preventiva para la persona procesada cuando existen elementos de cargo que en proporción se contrapongan a elementos de descargo, estos elementos de convicción son los que Fiscalía en la fase pre-procesal denominada “investigación previa” recopila, ya sea por medio de versiones, informes periciales, evidencias materiales, inmateriales, etc.; y estos elementos tienen que ser claros precisos y que justifiquen el grado de participación de la persona procesada, sobre todo que hayan sido obtenidos de forma legal y constitucional.

El Juez de garantías penales deberá tener muy claro que los elementos de convicción son determinantes y sobre todo precisos con respecto al grado de participación en la infracción, pues éstos deben llevar al total convencimiento de que la persona que está

siendo imputada, ha sido partícipe de la infracción, para ello tomará en cuenta con detenimiento la forma en que el agente fiscal realiza su imputación y el criterio de participación existente. (Arciniega, 2020, p. 19)

El grado de participación lo determina fiscalía, basándose en lo que establece el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 42, que señala quienes responderán como autores (autoría directa, autoría mediata y coautoría) y en su artículo 43 que establece quienes responderán como cómplices.

La Corte Nacional de Justicia (2021) en su resolución 14-2021 con respecto a este requisito señala también lo siguiente:

Que, posteriormente, de conformidad con el artículo 534 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, juezas y jueces están en la obligación de, en base a elementos de convicción, claros, precisos y justificados, (igualmente fundados en hechos aportados por Fiscalía en audiencia y que obran del expediente) explicar cómo han llegado a la conclusión de que es muy probable que la persona procesada es partícipe de la infracción ya sea como autor o cómplice. La o el juez debe entonces realizar una descripción de como los elementos aportados por fiscalía, le permiten razonadamente concluir por qué es muy probable que el procesado sea autor o cómplice del delito imputado, a quien además se lo debe identificar e individualizar puntualmente. (CNJ, 20212, p. 08)

Importante recalcar que los partes policiales no sirven como elemento de convicción para la solicitud de prisión preventiva, son netamente referenciales.

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

Al hablar de este requisito, obligatoriamente se debe invocar el principio de necesidad, puesto que, la prisión preventiva tiene un carácter excepcional por ser una medida cautelar severa que embiste un derecho sagrado de las personas como lo es la libertad.

Fiscalía debe presentar todo tipo de indicios los cuales crea conveniente para asegurar la presencia del procesado al proceso, dado que puede existir un posible peligro de fuga o peligro de obstaculización el cual refiere al aseguramiento de la prueba. Estos indicios deberán ser analizados por el juez y como en los demás requisitos, tener el convencimiento de que las pruebas presentadas por fiscalía son suficientes para privar de libertad al imputado, en lugar de recurrir a las demás medidas cautelares. (Arciniega, 2020, p. 22)

Se considera importante mencionar al peligro de fuga, puesto que en muchas ocasiones las personas procesadas prefieren escapar antes de encontrarse privados de libertad preventivamente y al respecto Ferrajoli (2005) señala lo siguiente:

El peligro de fuga de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena el máximo interés en no escapar y defenderse. (p. 558)

Este requisito es sumamente claro e incluso en el año 2020 con las reformas planteadas al COIP, es el mismo código que señala la explicación:

Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. (COIP, 2020, Art. 534, numeral 3, inciso primero).

La Corte Nacional de Justicia (2021) también emite un criterio al respecto de este tercer requisito y señala lo siguiente:

(...) la jueza o el juez podrán dictar la prisión preventiva si es que estima acreditada la existencia de un riesgo procesal de tal intensidad, que justifique la necesidad de la medida. Siendo así, para que una prisión preventiva sea admisible, se requiere que la jueza o el juez motiven, conforme a los hechos aportados por Fiscalía, la necesidad de la medida en base a la existencia del riesgo procesal. Debe por tanto desplegar por qué las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar que la persona procesada fugue, y por ende, a su vez, explicará y entregará razones por las cuales considera que en el caso concreto, la prisión preventiva es idónea, necesaria y proporcional. (CNJ, 2021, p. 09)

Es de suma importancia mencionar que este requisito obliga a Fiscalía a ser quién demuestre el peligro procesal que representa la persona procesada, por lo tanto, la defensa de la persona procesada no tendría que presentar el famoso “arraigo social” que es la figura jurídica inexistente en nuestra legislación y en muchas ocasiones alegada por fiscalía y tomada en cuenta por juzgadores al momento de dictaminar prisión preventiva.

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

Poco que analizar en este requisito ya que netamente existe una prohibición a los operadores de justicia de aplicar prisión preventiva en delitos en los que su pena sea menor a un año; pueden cumplirse los requisitos precedentes a carta cabal, incluso con la debida fundamentación y hasta flagrancia, pero si el delito tiene una pena inferior a un año, la prisión preventiva no es aplicable. Esto se debe al carácter excepcional que establece no solo la Constitución, sino también a los pactos y tratados internacionales, ya que no tiene lógica que un delito de “bagatela” (delitos que tienen una afectación leve al bien jurídico protegido)

represente un posible peligro de fuga; incluso, si la persona procesada llega a ser condenada culpable del delito imputado, podría acogerse a la “suspensión condicional de la pena” y no ser privado de libertad. Si se ordenara prisión preventiva en estos delitos, se podría concluir que la pena sería anticipada e incluso ya pagada hasta que el proceso penal termine.

2.5 Revocatoria de la prisión preventiva

Existe la revocatoria con el fin de dejar sin efecto la resolución del juez en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva, la misma que puede ser dictada por jueces provinciales o jueces de la Corte Nacional siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 535 del Código Orgánico Integral Penal que son los siguientes:

1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.
2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia.
3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva.
4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida. (COIP, 2014)

Si los indicios o elementos de convicción se han desvanecido, en audiencia se deberá justificar que eso ha ocurrido; esto se puede dar en virtud de que existen elementos de descargo suficientes para demostrar que la persona procesada no tiene grado de participación en el delito cometido, los mismos que deberán ser presentados en la respectiva audiencia. Si en virtud de que eso pasare o que la persona procesada haya sido sobreseída, con efecto inmediato se debe revocar la prisión preventiva y poner en libertad a la persona procesada.

El tiempo que puede durar la prisión preventiva lo determina el COIP en su artículo 541 en sus numerales 1 y 2, los mismos que establecen lo siguiente:

1. No podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.
2. No podrá exceder de un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años. (COIP, 2014)

Por lo tanto, si se excede el tiempo permitido en el que una persona pueda encontrarse privada de la libertad preventivamente, se revocará y se pondrá a la persona en libertad.

Con respecto a la revocatoria Morales (2016) señala que:

La revocatoria de medidas cautelares, permite recobrar al sujeto en su totalidad el derecho a la libertad, ya que el hecho de cumplir una medida, restringe la libertad individual, a pesar que esto no es muy bien visto por la sociedad que condena a los jueces como parcializados y están favoreciendo para que un supuesto delincuente se fugue o huya de la justicia, lo que es indiscutible, ya que la acción de la justicia, por tener potestad coercitiva y coactiva, puede generar temor, miedo y necesidad de huir; nunca los juzgadores deben presumir esto sin ningún tipo de base, como se lo hace actualmente, ya que el derecho penal no es un derecho de estadísticas o de datos; además que nunca se deben basar en casos análogos o en los hechos negativos sucedidos en un caso particular, todo esto no debe generar desconfianza, violando el sistema democrático y de derechos que tenemos volviendo a las prácticas medievales e inquisitivas de prisión o cárcel. (p. 14)

Se puede declarar nulidad de la prisión preventiva por ausencia de los requisitos formales establecidos en la ley, en este caso los contenidos en el artículo 534 del COIP, asimismo, por vicios de procedimiento que hubieren afectado el debido proceso con respecto a la aplicación de la prisión preventiva.

2.6 Sustitución de la Prisión Preventiva

La legislación ecuatoriana brinda la oportunidad de sustituir a la prisión preventiva con medidas cautelares alternativas, que por supuesto, son más leves. Expresamente el Código Orgánico Integral Penal establece lo siguiente:

Art. 536.- Sustitución.- La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años. - Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. - Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia. (COIP, 2014)

Según Morales (2016) sobre la sustitución refiere que:

Es aquella medida donde el juzgador otorga medidas alternativas a la prisión preventiva, sustituyendo la prisión preventiva por otras medidas más dóciles establecidas en nuestra legislación mientras dura el proceso penal, una vez que se sustituye la prisión preventiva esta queda inmediatamente sin efecto si el/ o los procesados se encuentran detenidos recobrarán inmediatamente su libertad, en caso que no sea así se notificará inmediatamente a los agentes del orden a fin que conozcan que la medida queda sin efecto.(p. 43)

Claramente la oportunidad de sustituir la prisión preventiva con otras medidas cautelares más dóciles, se les brinda a personas que han sido procesadas por delitos que no representan una pena privativa de libertad mayor a cinco años y asimismo a personas que no han sido reincidentes.

Existe una novedad jurisprudencial con respecto a la limitación de la sustitución de prisión preventiva. La sentencia 8-20-CN/21 de la Corte Constitucional analizó la

constitucionalidad del artículo analizado en cuanto a los años establecidos como limitante para solicitar la sustitución de la prisión preventiva y la Corte declaró inconstitucional el hecho jurídico de prohibir la sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, esto porque es contrario al artículo 66, numeral 14 y artículo 77 numeral 1 de la Constitución. La sentencia enfatiza el carácter excepcional de la prisión preventiva siendo su imposición una restricción injustificada y arbitraria. (Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 8-20-CN/21)

Con este antecedente, la frase: “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”, que se encuentra establecida en el art. 536 con respecto a la sustitución, por decisión de la Corte Constitucional es declarada inconstitucional, permitiendo a las personas procesadas en cualquier momento pedir la sustitución de la prisión preventiva sin importar los años de pena del delito cometido, pero sin olvidar que no pueden ser reincidentes.

En la misma sentencia el Juez Ramiro Ávila en su voto concurrente da comentarios de mucho valor pues, si bien la sentencia no analizó la inconstitucionalidad en cuanto a la reincidencia, él señala que deberían haberlo realizado y al respecto manifestó que:

Considero que la Corte perdió la oportunidad para analizar el resto de disposiciones, y que podía hacerlo por el principio de conexidad. Las dos hipótesis descartadas son: i) prisión preventiva ante incumplimiento de medida sustitutiva; y ii) no sustitución de prisión preventiva frente a la reincidencia. Ambas normas podrían ser cuestionadas por su presunta inconstitucionalidad. En el incumplimiento de la medida sustitutiva, podría argumentarse, en casos concretos, que hubo fuerza mayor y que el cumplimiento de la medida sustitutiva no era posible. En la reincidencia se podría afirmar que no se puede atribuir a una persona, que se le promete rehabilitarse y se le sumerge en un ambiente de violencia en las cárceles. La reincidencia es la

demostración del fracaso del sistema penitenciario y no el fracaso de la persona. (C.C. Sentencia 8-20-CN/21, párrafos 31-33)

El Juez Ávila Santamaría, recalca la importancia de hacer cumplir los principios que regulan la prisión preventiva, ya que no es lo mismo defenderse de un proceso penal dentro de un centro penitenciario, que en libertad, por ello en los párrafos precitados menciona que deberían haberse analizado la prohibición de aplicar la sustitución en caso de reincidencia, ya que como lo señaló el sistema penitenciario es un fracaso por los mal llamados “centros de rehabilitación social” y la reincidencia es su consecuencia.

Capítulo tres

Principios que regulan la prisión preventiva

La libertad es un derecho inherente al ser humano, que si bien cuando nos encontramos literalmente “libres” no la apreciamos o no la valoramos. Es un derecho que al analizarlo en el Derecho Penal se convierte en un bien jurídico protegido importante, puesto que, si toma en consideración por un solo momento encontrarse privado de libertad, la paciencia, la salud, la economía e incluso las ganas de vivir terminan, por ello se convierte en un derecho sagrado, incluso en el más importante luego de la vida en razón de que si no se tiene libertad los demás derechos llegan a convertirse en una simple fantasía. Por lo expuesto, en el Derecho existen una serie de “herramientas” y de “garantías” para que el poder coercitivo y punitivo no prive de libertad ilegal, ilegítima o arbitrariamente a las personas.

En el tema abordado debemos recordar que, si bien estar inmerso en un proceso penal es de por sí un sufrimiento para la persona procesada, mucho más grave es defenderse privado de la libertad, más aún en las cárceles del Ecuador mal llamados centros de rehabilitación, puesto que al contrario estos “centros” son escuelas de perfección del delito y por ello para frenar ciertos abusos se han establecidos algunos principios:

3.1 Principio de necesidad

En cuanto al principio de necesidad, algunos autores lo tienen previsto como un Subprincipio derivado de la proporcionalidad, puesto que se analizan conjuntamente. Es muy clara la explicación de este principio, pues como su nombre lo dice, debe existir realmente una necesidad en el proceso penal, para así aplicar una pena o sanción y ejercer el poder punitivo.

Una definición de este principio es la siguiente:

El subprincipio de necesidad consiste básicamente en un examen donde se realiza una comparación de medios, a fin de responder a la pregunta: ¿se puede evitar la restricción del derecho a través de otro medio, o por lo menos, reducir el grado de limitación? (Clérico, 2009, pág. 101).

La pregunta establecida por el autor prenombrado es clave en un proceso penal y todos los juzgadores deberían interrogarse asimismo con ella para evitar arbitrariedades. Los operadores de justicia deben analizar al momento de aplicar medidas coercitivas, la situación jurídica de la persona procesada, para de esta forma evidenciar si esta medida a aplicar es necesaria ante otras de menor gravedad.

El autor Chávez (2010) también menciona acerca del principio de necesidad lo siguiente:

Con este subprincipio se dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquellos se intenta oponer. Por un lado, puede ser la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado. Por otra parte, puede ser que no existan opciones para satisfacer el fin perseguido o que las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor (p. 39)

Ahora, este principio también debe ser una herramienta y garantía de las personas procesadas en cuanto a la aplicación de medidas cautelares, específicamente en la más severa como lo es la prisión preventiva, pues esta, al ser una medida de carácter excepcional, es decir de ultima ratio debe ser totalmente necesaria aplicando la mínima intervención penal, para no extralimitar la punibilidad, en tal sentido el autor Krauth menciona lo siguiente:

Necesidad significa que solamente cuando el Estado no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención. Por lo tanto, el juez, al ser solicitado para decretar u ordenar una medida, debe exigir al

investigador que presente las alternativas que tiene y que justifique que no existe otra posibilidad sino aquella de limitar un derecho fundamental. (Krauth, 2018, p.50)

Se conoce que la Fiscalía es quien dirige la investigación penal, por ello como lo dice el autor, también le corresponde como investigador, presentar alternativas a la prisión preventiva, ya que tal como lo establece el numeral 3 del artículo 534 del COIP, deberá demostrar que estas medidas alternativas no son suficientes y por ello es obligación del juez exigir que Fiscalía demuestre por medio del principio de necesidad que se debe aplicar una medida cautelar de tal magnitud como la prisión preventiva.

Deben existir dos momentos en cuanto a la aplicación del principio de necesidad, ya que se debe analizar en un primer momento que no existan mecanismos alternativos menos lesivos a la prisión preventiva para asegurar la presencia del procesado y en otro momento la motivación del juez en cuanto a establecer o no prisión preventiva, tomando en cuenta los presupuestos materiales presentados por Fiscalía.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2021) en la Resolución 14-2021 con respecto a la necesidad al momento de aplicar la prisión preventiva establece:

Que, la necesidad, hace relación a que la prisión preventiva debe adoptarse cuando sea estrictamente necesaria para asegurar que la persona procesada no eludirá la acción de la justicia. Por tanto, de ser el caso, la jueza o el juez, al ser solicitado para dictar la medida, debe exigir a la o el fiscal que presente las alternativas que tenga y que justifique que no existe otra posibilidad para evitar el riesgo procesal. Por ello es que la prisión preventiva solo se aplicará cuando no existe otra medida cautelar menos lesiva al derecho a la libertad y que cumpla con la finalidad de atar al procesado al proceso. Entonces, en la motivación de la jueza o del juez no solo se debe examinar la concurrencia de los presupuestos materiales que posibiliten la imposición de la prisión preventiva, sino también si conforme a los hechos existe o no alguna alternativa

menos lesiva a la libertad que facilite la comparecencia del procesado al proceso; de así estimarlo, la o el juez debe privilegiar una medida no privativa de libertad. Caso contrario, debe motivar que realmente el fin procesal pretendido (comparecencia de la o el procesado) no se podría conseguir o sería sumamente difícil conseguirlo con las medidas alternativas, incluso si se aplican de forma acumulativa, justificando así la necesidad de ordenar la prisión. Dentro de esta arista, resulta fundamental también que la jueza o el juez, al momento de emitir su decisión, evalúe el impacto inmediato, a mediano y a largo plazo de la medida solicitada, sobre la base de la situación familiar, laboral o social de la persona procesada. (p. 9 - 10)

La Corte Nacional de Justicia ha sido clara en su resolución, dado que en relación a lo que se analiza del principio de necesidad con respecto a la prisión preventiva, establece que se debe aplicar solo cuando se compruebe que existe un peligro de fuga y que la persona procesada represente un peligro no solo procesal, sino también con respecto a la víctima.

Es muy claro el papel que tiene Fiscalía con respecto a la solicitud fundamentada que debe realizar ante el Juez, pero también debe ser claro el papel del juez al ordenar esta medida cautelar. Los operadores deben primar este principio cuando exista solicitud de prisión preventiva y en su motivación debe detallar los presupuestos materiales para concluir que la prisión preventiva es necesaria, caso contrario, si el Juez analiza que existen medidas alternativas que eviten privar de libertad a la persona procesada, deberá detallar de igual manera las razones por las cuales cree que la prisión preventiva es innecesaria.

En fin, concluimos que, por medio del principio de necesidad, el juez o jueza debe analizar si la fundamentación de Fiscalía justifica el art. 534 numeral 3 del COIP. Analizar si se demuestra que no existen otros medios para asegurar la presencia del procesado, puesto que este principio obliga a los jueces a evaluar la situación de la persona procesada, evaluando las consecuencias que podría ocasionar la imposición de esta medida cautelar, ya que sin lugar a dudas afectará a nivel familiar, social, laboral, etc.

3.2 Principio de Idoneidad

La idoneidad representa otro principio fundamental a tomar en cuenta, cuando existe una solicitud de prisión preventiva. Se lo debe analizar conjuntamente con los demás principios que se analizan en la presente investigación y los operadores de justicia motivarán el por qué la prisión preventiva es aplicable, detallando por qué razón es el medio pertinente o idóneo a ser aplicable.

El autor Llerena (2010) sobre este principio menciona lo siguiente:

Idoneidad se refiere, a la consideración de que la prisión preventiva sea efectivamente el medio pertinente para contrarrestar dentro de forma razonable un peligro que con su aplicación se trata de evitar, por su parte la proporcionalidad estaría vinculada de modo directo con la función garantista frente al ejercicio del poder público, lo cual guarda relación profunda con el respeto a la dignidad humana, y la necesidad de que medie en la aplicación de la justicia, la razonabilidad que nos lleva a considerar si la limitación de un derecho fundamental como el de la libertad personal en el caso del imputado pudiera resultar más grave que la misma pena que podría imponérsele, es decir no llegar al límite riesgoso de que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena. (p. 34)

Este principio de idoneidad exige verificar que la sanción aplicable represente un medio apto para prevenir la realización de una conducta considerada delictiva. Por medio de este principio se puede reconocer la eficacia preventiva de la medida cautelar estudiada en la presente investigación. El juicio de idoneidad de la norma de sanción ha de centralizarse en la verificación de los efectos preventivos generales de la pena, ya sea en su vertiente negativa (intimidatoria) o positiva (integradora), ya que son éstos los que pueden llegar a producirse en el momento de la conminación penal abstracta. (Carbonell, 2008)

La resolución 14-2021 enuncia al principio de idoneidad como un límite al exceso de prisión preventiva, estableciendo que se aplique solo cuando esta sea la medida cautelar más idónea y útil. La Corte Nacional de Justicia en su Resolución enunciada establece:

Que, la idoneidad hace referencia a que, si la medida cautelar busca fines legítimos determinados en la norma, es idónea, caso contrario no procede, en ese sentido la Corte Constitucional, en sentencia No. 820CN/21, ha desplegado que la prisión preventiva es únicamente justificable desde una perspectiva constitucional si persigue fines constitucionalmente válidos, tales como los establecidos en el artículo 77 de la Constitución, y es idónea como medida cautelar para cumplir esas finalidades. Por ejemplo, si una solicitud de la prisión preventiva persigue evitar que la persona procesada cometa nuevos hechos delictivos, y como la norma aplicable no prevé este supuesto, no sería lícito dictarla. Tenemos entonces que la idoneidad se refiere a que la prisión preventiva sea realmente el medio más idóneo o útil, para contrarrestar razonablemente el riesgo procesal que se trata de evitar. En la motivación de la resolución se debe identificar claramente una adecuación entre la limitación del derecho a la libertad y la finalidad de la medida; es decir, que los elementos aportados por Fiscalía le lleven a la o al juzgador a concluir que solamente con la prisión se logra evitar el riesgo procesal. Finalmente, la idoneidad determina también un límite al exceso de la prisión preventiva, toda vez que, cumplida su finalidad o al cambiar las condiciones que en un principio motivaron su imposición, debe ser sustituida por otra medida cautelar alternativa menos lesiva del derecho a la libertad, o, de ser el caso, revocarla. (p. 10)

Por lo tanto este principio en conjunto con el de proporcionalidad y necesidad llegan a un mismo punto, establecer a la prisión preventiva como una medida cautelar personal de carácter excepcional para así evitar arbitrariedades al momento de aplicarla y no perjudicar a las personas, puesto que si bien pueden llegar a ser condenadas en audiencia de juicio,

también habrán personas que lleguen a ser inocentes, y por estas personas inocentes es que se activan estos mecanismos garantistas, para proteger a la sociedad de la punibilidad abusiva y arbitraria.

3.3 Principio de proporcionalidad

El debido proceso en Ecuador es uno de los derechos y garantías más importantes existentes y es sumamente necesario tomar en cuenta al principio de proporcionalidad como parte del debido proceso, por ello se cita a la Constitución de la República del Ecuador (2008), ya que en su Art. 76, numeral seis establece lo siguiente: “La ley establecerá la debida proporcional entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas y de otra naturaleza” (CRE, 2008).

Este principio de proporcionalidad si bien se lo toma en cuenta también en otras ramas del derecho, en el derecho penal este principio obliga al ejercicio punitivo aplicar una sanción o pena acorde a la conducta penal cometida, es decir proporcional y no más gravosa.

El autor Fuentes (2008) acerca del principio de proporcionalidad señala lo siguiente:

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi. (p. 19).

Si bien lo que se trata en el derecho penal es reprimir las conductas delictivas, estas deben guardar relación con la pena (proporcionalidad), ya que, si estas penas son excesivas, lo único que provocarían sería más violencia, tomando en cuenta que no existen en nuestro

país verdaderos Centros de Rehabilitación Social. La proporcionalidad llega a ser la herramienta que permite analizar si en base a la Constitución y tratados internacionales los operadores de justicia reprimen derechos fundamentales como la libertad y así por medio de este principio actuar si es que se encuentra vulnerado.

En concordancia con el texto anterior, la proporcionalidad “se encuentra integrada por un conjunto de herramientas que permiten medir la licitud de toda intervención de género normativo en el ejercicio de los derechos desde un concreto perfil, que es evitar la inutilidad, necesidad, desequilibrio o desproporción de una medida empleada” (López, 2017)

Otra de las definiciones nos la da Rosales (2020) quien menciona que:

(...) la proporcionalidad como principio, constituye una garantía interpretativa a favor de los derechos humanos; esto es, un principio de carácter constitucional a cumplirse. Como criterio rector del quehacer del legislativo, se hace presente -por ejemplo- al crear el tipo penal como opción última dentro del sistema de control social, con proporcionalidad entre el bien que protege en lo hipotético y el derecho que restringe (p. 09).

Ahora bien, luego de analizar ciertas definiciones del principio de proporcionalidad, se puede analizar que este principio es totalmente vulnerado cuando se aplica la prisión preventiva. Se manifiesta que el principio de proporcionalidad trata de evitar arbitrariedades con respecto a que la pena sea más grave que la conducta penal cometida, pero ¿qué pasa cuando se dictamina prisión preventiva a una persona? la proporcionalidad llega a vulnerarse, puesto que la prisión preventiva se convierte en una pena desproporcional, ya que se habla de que la persona procesada aún no tiene una sentencia condenatoria y al condenarle a ser privada de libertad, su estado de inocencia también se vulnera.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2021) en la Resolución 14-2021 con respecto a la proporcionalidad al momento de aplicar la prisión preventiva establece:

Que, la proporcionalidad se trata de un juicio de ponderación, que determine si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. Dentro de este ámbito, se contempla además que, conforme al caso concreto, para que una intervención penal en la libertad sea legítima, “el grado de realización del objetivo de la intervención de protección del bien jurídico debe ser por lo menos equivalente al nivel de afectación de la libertad”; de ahí que, en casos de delitos muy leves y expectativas de penas insignificantes, la prisión preventiva podría ser ilícita, incluso si existe riesgo procesal intenso. En el voto concurrente de la sentencia CN/21, la Corte Constitucional hace relación a que cuando se trata de delitos que tienen que ver con la propiedad como hurtos o robos sin violencia contra las personas, el restringir la libertad, a primera vista, podría resultar desproporcionado. Podríamos considerar además que, conforme a la descripción típica del delito materia de la imputación, la posibilidad de llegar a una conciliación, o que en caso de condena se resuelva la suspensión condicional de la pena, serían criterios a tomar en cuenta para evitar el uso de la prisión preventiva. Evidentemente todos estos criterios NO pueden considerarse como una regla, sino que se aplicarían conforme a las circunstancias del caso concreto. Finalmente, para el caso de personas procesadas en situación de riesgo y vulnerabilidad, previo a aplicar la prisión preventiva en su contra, se debe tener en cuenta las reglas y conceptos particulares que la Constitución, los instrumentos supranacionales, la jurisprudencia y la propia ley han desarrollado, por ejemplo, para el caso de las mujeres, los grupos LGBTI, personas con discapacidad y adultos mayores. (p. 10)

Con respecto a lo mencionado por la Corte en cuanto a los delitos leves y la ilicitud de la prisión preventiva en ellos, se debe a que existen los denominados delitos de bagatela que

no representan un peligro procesal puesto que esos son tomados en cuenta como conductas delictivas de poca importancia que no llegan a constituir una afectación jurídica grave o no representan una afectación significativa ante la sociedad. Por ello estos delitos al tener penas leves, debido a la proporcionalidad no pueden, ni deben desembocar en prisión preventiva, ya que no conllevan un alto grado de responsabilidad penal, incluso pueden resolverse por medio de un acuerdo entre la persona procesada y la víctima, siendo así para el Estado incluso en lo económico, un gasto innecesario mantener a una persona que ha cometido un delito leve en prisión.

Es importante también analizar lo que sucede con las personas que se encuentran dentro de grupos de atención prioritaria cuando están propensas a ir a una prisión provisional por la aplicación de la prisión preventiva y al respecto, la CIDH (2019) en su informe denominado “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad” señala que:

Independientemente de la situación de riesgo en que ya se encuentran las personas privadas de libertad –derivada no solo del contexto de subordinación frente al Estado sino también de las deplorables condiciones de detención que caracterizan las cárceles de la región- las personas pertenecientes a grupos en especial situación de riesgo y que se enfrentan a discriminación en libertad- son más susceptibles de ser objeto de una discriminación indirecta en atención a los riesgos desproporcionados e impactos diferenciados que enfrentan durante el encarcelamiento(...) (CIDH, párrafo 16)

El principio de proporcionalidad con respecto a la aplicación de la prisión preventiva en personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria se lo debe analizar por cuanto de por sí, ellos están sujetos a ser discriminados por la sociedad, y llegar a estar inmersos en una prisión sería una condena más grave de la propia impuesta, el impacto a sufrir será mucho más grave, porque incluso pueden ser discriminados por el Estado. Los efectos que

producirán en estas personas la prisión preventiva serán desproporcionalmente perjudiciales, puesto que incluso estas personas tienen necesidades especiales y en prisión por su condición no las van a tener. Los jueces al momento de aplicar la prisión preventiva deberán considerar la situación de vulnerabilidad de la persona procesada y analizar si es proporcional de que, a más del sufrimiento producido por la restricción de libertad, tendrán una afectación por su condición de vulnerabilidad, siendo más oportuno aplicar otra medida menos grave para garantizar su presencia al proceso.

En fin, para que se configure la proporcionalidad debe existir un tipo de equilibrio entre las consecuencias de aplicar la prisión preventiva y la ganancia que tendrían al privar de libertad a la persona procesada. En este caso, si aplicamos en un lado de la balanza “la ganancia de la prisión preventiva (garantizar que la persona procesada asista al proceso)” y en el otro lado de la balanza aplicamos “las pérdidas resultantes de la prisión preventiva para la persona procesada”; el resultado será que cobren mucho más peso las pérdidas para la persona procesada (pérdida de relaciones familiares, sociales, laborales, deterioro de la salud física, salud mental, pérdidas a nivel económico, etc.), pérdidas que representan las falencias del sistema de justicia. Por ello al ser la prisión preventiva la medida cautelar más rigurosa, es de carácter obligatorio la aplicación del principio de proporcionalidad en todas las decisiones tomadas por los jueces y juezas, para que así se pueda aplicar esta medida excepcionalmente, tomando en cuenta las medidas cautelares alternativas.

3.4 Principio de presunción de inocencia

El principio más importante del derecho penal desde el punto de vista del derecho penal mínimo es la presunción de inocencia; así como es el principio más importante, llega a ser uno o tal vez el más vulnerado de los principios que regulan el derecho procesal penal. Este derecho está consagrado no solo en la Constitución del Ecuador, sino también en las legislaciones de la mayoría de países y en las leyes internacionales. Se puede manifestar que este principio llega incluso a ser de los más famosos en razón de que por conocimiento

común e incluso como frase mundial se dice “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario”.

Dentro de las definiciones sobre este principio tenemos al autor Nieva (2014) quien señala lo siguiente:

La presunción de inocencia es un principio informador de todo el proceso penal que intenta alejar principalmente a los jueces del atávico prejuicio social de culpabilidad. Ese prejuicio social está muy extendido por razones socioculturales sobre todo, aunque también psicológicas en orden a la evitación de un daño propio. En todo caso, se trata de un condicionante que marca una tendencia. (p. 102)

Este principio pretende defender a la persona de los abusos, los malos tratos, prejuicios y etiquetamientos que una persona procesada puede tener en razón de un proceso penal. La persona procesada en muchas ocasiones llega a ser víctima del derecho penal, de la punibilidad abusiva, por tanto, este principio recuerda a los jueces que estas personas si bien pueden llegar a ser culpables, también pueden ser inocentes. También recuerda a la sociedad que cualquiera puede estar inmerso en un proceso penal y por ello este principio garantiza que mientras no existan pruebas contundentes que demuestren la responsabilidad penal, la inocencia se mantendrá a como dé lugar.

La Constitución de la República del Ecuador consagra este principio en el Art. 76 numeral 2, que 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” (CRE, 2008). Como se mencionó, este principio es de conocimiento público, todas las personas conocen que, si no existen pruebas de una conducta realizada, no existe responsabilidad y por tanto es inocente y por ello en relación con lo establecido en la Constitución, toda persona debe ser tratada como inocente mientras se constituye el proceso penal hasta su finalización.

Se debe recordar que Ecuador se encuentra ratificado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que fue suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. La CADH es muy importante en nuestra legislación pues es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos y por ello, con respecto a la presunción literalmente señala en su artículo 8 numeral 2 que: “toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca su culpabilidad” (CADH, 1969).

Resulta contradictorio lo que establece la legislación nacional e internacional con respecto a la presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva, puesto que supondríamos que la persona procesada tendría el derecho a ejercer su derecho a la defensa en total y plena libertad mientras no se demuestre que es culpable del ilícito penal; pero eso no sucede así, ya que al dictaminar prisión preventiva se restringe a una persona procesada su libertad, sin considerar que esta aún conserva su estado de inocencia. Asimismo, no solo se vulnera este principio por la restricción de libertad, sino que también se lo vulnera por el etiquetamiento social, ya que cualquier persona que se encuentre un centro penitenciario, ante la sociedad desconocedora del derecho, sin duda alguna es mal llamado delincuente, perjudicando su honor y buen nombre. Si bien la prisión preventiva no es ilegal o inconstitucional, al momento de ser aplicada injustificadamente concurre en contradicción, en razón de que, si los jueces “garantistas de derechos” no respetan la norma, nadie más lo hará.

El Código Orgánico Integral Penal en concordancia con la Constitución también establece como principio rector del proceso a la presunción de inocencia y con palabras similares recalca que toda persona mantiene su estado de inocencia y debe en el proceso penal ser tratada como tal.

Es necesario mencionar que de este principio se desprende otro denominado “duda a favor del reo” que se encuentra consagrado también como uno de los principios más importantes del derecho penal para evitar que personas inocentes puedan ser restringidas de su libertad. Este principio también denominado “in dubio pro reo” es fundamental en un proceso penal para encaminar a que las personas procesadas mantengan su estado de inocencia mientras no existan pruebas que demuestren lo contrario. El autor Rodríguez (1998) en un análisis denominado “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre derechos Humanos” con respecto a este principio señala que: “Si bien la Convención Americana no contempla expresamente en su texto el principio in dubio pro reo, el mismo se colige del principio de inocencia establecido en el artículo 8.2 por ser aquél un corolario directo de éste.” (p. 25)

El juzgador debe estar realmente convencido de que la solicitud de fiscalía se encuentra debidamente fundamentada, que los requisitos que establece el COIP para la aplicación de la prisión preventiva tengan méritos por medio de los hechos, tanto fácticos, como jurídicos y probatorios para demostrar que esta persona tiene un grado de participación en el hecho delictivo, así como también sea evidentemente demostrable que esta persona significa un peligro para la víctima, o represente un considerable peligro de fuga; de no ser así, por la mínima duda, el juez o jueza debe rechazar la solicitud de fiscalía y establecer medidas cautelares menos severas, considerando la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad.

Con respecto a las pruebas que demuestren la necesidad de la prisión preventiva, el autor Krauth (2018) señala lo siguiente:

Es la Fiscalía quien debe presentar las pruebas de las cuales se desprende la necesidad de la prisión preventiva (es decir, el peligro procesal de cierta intensidad), pues estos hechos sostienen su solicitud. Si el juzgador no está convencido del peligro procesal más allá de la duda razonable, en el sentido del Principio Procesal estipulado

en el artículo 5, numeral 3 del COIP: convencimiento más allá de toda duda razonable, debe rechazar la solicitud. (p. 71).

En relación a lo enunciado, la CIDH (2008) en sentencia del caso 12.554 estableció que: “Corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones” de igual forma en la sentencia también se establece que “En efecto, corresponde al tribunal y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de los elementos que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva” (CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 172).

De este enunciado es importante recalcar que de las pruebas presentadas en la audiencia de formulación de cargos se deriva el famoso “arraigo social”, figura jurídica inexistente en nuestra legislación y que se le solicita siempre a la defensa de la persona procesada. No tiene una definición jurídica como tal, puesto que no se establece en ningún cuerpo normativo legislado en Ecuador su definición o aplicación. Este arraigo, siendo no formal pretende asegurar un beneficio de libertad para la persona procesada, pues son las razones que presenta para demostrar que no existirá un posible peligro de fuga y que el Juez tenga la total certeza de que comparecerá al proceso. (Arciniega, 2020)

Lo que se pretende con el arraigo social es que la persona procesada demuestre las razones por las cuales no pretende fugarse ni evadir la justicia. Demostrar a los juzgadores, por medio de los distintos tipos de arraigo (laboral, familiar, social) que tiene muchas más responsabilidades como para eludir la justicia, puesto que con el arraigo demuestra que tiene razones suficientes para estar presente hasta la finalización del proceso penal; pero como se analizará, esta práctica no es obligatoria ya que no le corresponde demostrar a la persona procesada que no representa un peligro procesal.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2021) en la Resolución 14-2021 con relación al arraigo determinó que:

De conformidad con el artículo 534.3 del Código Orgánico Integral Penal, podemos interpretar que le corresponde a la Fiscalía acreditar o demostrar la existencia del riesgo procesal, y que las medidas alternativas no son suficientes para aplacar ese peligro, tornándose necesaria la prisión preventiva. En este sentido, es menester aclarar que, al contrario de lo que en ocasiones ha venido ocurriendo en la casuística, la persona procesada no está obligada a justificar el arraigo. (p. 11)

La Corte Nacional de Justicia aclara, que, si bien como costumbre en los juzgados la parte procesada ha sido encargada de presentar arraigo social, esta no está obligada a hacerlo, corresponde netamente a Fiscalía justificar el peligro de fuga y el riesgo procesal.

En la investigación realizada por Krauth (2018) se revela lo siguiente acerca del “arraigo social”:

Según los hallazgos del estudio empírico realizado por la Defensoría Pública, en casi todos los casos de prisión preventiva, los juzgadores justifican su resolución con la falta del arraigo social del imputado. La frase estereotipada es: “La defensa no ha justificado el arraigo social”. Es decir, si la defensa no presenta pruebas del denominado arraigo social, se dicta la prisión preventiva. Esta práctica es evidentemente ilegal y podría fundar la responsabilidad penal de los jueces de garantías penales según el artículo 160 del COIP, pues estos juicios abarcan dos errores graves: 1. El arraigo social no existe como concepto jurídico. Es un fantasma. En ningún artículo el COIP habla del arraigo social. 2. Es el fiscal quien debe presentar los indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes (p. 75).

Los abogados defensores de la persona procesada tienen que cumplir su papel con la debida observancia del proceso, puesto que como se ha analizado, en la legislación

ecuatoriana existen derechos y garantías que permiten a la persona procesada hacer uso de su libertad, por lo tanto es su deber rechazar todas esas solicitudes sin fundamentos, rechazar la imposición de prisión preventiva por no justificar “arraigo social”, rechazar todos los abusos que vulneren los derechos de la persona procesada, para así hacer válido su derecho a la presunción de inocencia; asimismo rechazar todas las resoluciones que no se encuentren debidamente motivadas e impugnar, para consecuentemente marcar precedentes y que de a poco se pueda llegar a la anhelada justicia, en tanto cualquier día, cualquier persona inocente puede ser víctima del sistema de justicia que aún presenta falencias. Pues como dice el dicho:

“Más vale un delincuente en la calle, que un inocente en la cárcel” (Anónimo)

Capítulo cuatro

Investigación de campo

4.1 Análisis de un proceso penal en el año 2021.

CASO NRO. 11282-2021-03288

INFRACCIÓN: INCUMPLIMIENTO DE DECISIONES LEGÍTIMAS DE AUTORIDAD COMPETENTE (Art. 282, inc. 1)

ANTECEDENTES DEL CASO:

En audiencia de 26 de abril de 2021, ante el Juzgador de la Unidad Judicial Penal de Loja, la fiscal de turno Bella Edith Castillo Hidalgo, inicia instrucción fiscal en contra de Fran Daniel Vélez Cruz, bajo los cargos de haber cometido el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, tipificado y reprimido por el Art. 282 del Código Orgánico Integral Penal . En su parte fáctica, en síntesis, los cargos, aluden a que el día 25 de abril de 2021, a las 00h05, en el sector pedestal, cuando los Agentes Policiales: Truman Paúl Ramos Campoverde y Jhonny Patricio Ríos Ríos, se encontraban controlando el cumplimiento del toque de queda, dispuesto mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1291, mientras realizaban patrullaje rutinario a la altura de la Avenida Manuel Carrión Pinzano y María de Leiva observaron a una persona de sexo masculino circulando por la vía pública, en aparente estado de haber ingerido bebidas alcohólicas, a quien se le acercaron, identificándolo como Frank Daniel Vélez Cruz, de nacionalidad Colombiana, sin poder justificar su incumplimiento del toque de queda, indicando que salía de la fiesta de un amigo, por lo que se procedió a su aprehensión en delito flagrante.

Solicitud de Fiscalía

La fiscalía alegó que el inciso siguiente del numeral 3 del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, dice que le corresponde al fiscal la demostración del arraigo social. Sobre la favorabilidad, tenemos que fiscalía cuenta con un Sistema de Datos Públicos, esto es,

información sobre personas, y es así que la Fiscal determina que el procesado tiene una causa penal por robo que está en indagación, y asimismo que existe un archivo de una investigación previa; que el 06 de abril de 2015 se le inició un trámite de deportación, dándole al procesado 45 días para que regularice su permanencia en el país, y como no lo ha hecho, su situación se vuelve irregular en el Ecuador; que existe riesgo de fuga por ser extranjero; que conforme al Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, se ha justificado la prisión preventiva, ya que no tiene arraigo social, que la fiscalía pidió la prisión preventiva porque existen tres procesos en contra del procesado, considerando y pidiendo que se mantenga la medida cautelar.

Formulados los cargos, la fiscal solicitó prisión preventiva, medida que ha sido dictada por el Juez de la causa.

Impugnación de la Defensa

La defensa sintiendo que se han vulnerado derechos de la persona procesada recurrió al recurso de apelación de la prisión preventiva y por ello en la audiencia de fundamentación del recurso, el defensor público del procesado, alegó que su recurso se contrae a atacar el requisito del numeral 3 del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, ya que en la audiencia de flagrancia la fiscal pidió la medida cautelar más gravosa, haciendo un uso excesivo de la prisión preventiva, sin actuar como se lo ha hecho en la mayoría de casos del quebrantamiento del toque de queda, y el fundamento de fiscalía fue que el procesado tiene dos o tres procesos más de carácter penal instaurados en su contra; a pesar de ello se hizo caer en cuenta que todos los procesos han sido archivados, no ha tenido sentencia condenatoria ejecutoriada alguna, violentando el contenido del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es, discriminándolo por su pasado judicial; el segundo punto es que no se habría demostrado por parte de la defensa del procesado, su arraigo social, cuyo concepto jurídico no existe, extendiendo esta demostración al procesado, cuando la misma corresponde a fiscalía, además está de por medio la presunción de inocencia, el procesado no tiene que demostrar nada; en esta audiencia no ha sido topado

el peligro de fuga; el Código Orgánico Integral Penal, dice que es el fiscal quien tiene que justificar la necesidad de la prisión preventiva; que en este caso solo se ha enunciado que el procesado no tiene arraigo social, sin justificar que las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva son insuficientes para garantizar la presencia del procesado en el juicio; que la Corte Constitucional en una de sus sentencias ha dicho que las cárceles del país son un foco de infección de carácter médico y hay un hacinamiento de carácter general; no se ha tomado en cuenta el principio de gradualidad de las medidas cautelares, y que hay que analizar el tipo penal, pues en este caso no existe una víctima activa que reclame, se trata de algo insignificante, es un delito de baja gama; que el 16 de marzo de 2020 se emitió el Decreto Ejecutivo Nro. 1017, mismo que está vigente porque no ha sido derogado, y por el principio de favorabilidad al Decreto Ejecutivo Nro. 1291, puede ser aplicado a su patrocinado, en el sentido, de que establece que cuando es por primera vez no se le considera un delito; que existe una exageración de la prisión preventiva, por ello pide que se revoque la misma y que se le permita a su cliente defenderse en libertad, para garantizar su comparecencia en este juicio; la apelación de la prisión preventiva se resuelve por lo que procesalmente se encuentra hasta el día en que se dictó la medida.

Resolución del Tribunal

Al no haberse justificado constitucional y legalmente la necesidad de aplicar la prisión preventiva, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, RESUELVE: aceptar el recurso de apelación del procesado, Frank Daniel Vélez Cruz, y revocar el auto de prisión preventiva dictado en su contra, disponiéndose en su lugar la medida cautelar de orden personal de presentarse cada quince días ante el fiscal que lleva el caso, para lo cual se coordinará con dicho funcionario el día y hora de presentación. Inmediatamente de anunciada la decisión se dispuso su inmediata libertad.

Análisis de Caso:

Como se ha podido leer, el presente caso Fiscalía y la Defensa se centran en si se ha dado cumplimiento en el requisito establecido en el artículo 534 numeral 3 del COIP, el mismo que establece: **“Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes”**. Como se pudo leer en la solicitud Fiscal, en ninguna ocasión se presentó algún indicio de los cuales se desprenda que las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad son insuficientes e innecesarias para asegurar la presencia del procesado. Fiscalía se basó únicamente en un pasado judicial, el mismo que es irrelevante porque de ese pasado judicial no existe ninguna sentencia condenatoria ejecutoriada en contra del procesado, sino solo investigaciones previas que ya han sido archivadas, por lo tanto ha gozado netamente de su condición de inocente. Fiscalía no justificó en ningún momento la necesidad de la aplicación de la prisión preventiva, por ello sería una grave afectación imponer la medida más rigurosa cuando existen alternativas a ella. Con lo antes mencionado es importante recordar que la **LIBERTAD** es un derecho fundamental reconocido tanto en la Norma Suprema Ecuatoriana como en el Derecho Internacional, imponiendo a la prisión preventiva un carácter excepcional, ya que debe ser aplicada solo cuando sea estrictamente necesario, hecho que no se cumplió en el presente caso ya que este derecho fundamental denominado Libertad exige que antes de restringirla se realice un test de proporcionalidad, necesidad, e idoneidad.

Con respecto al “peligro de fuga” en el presente caso por ser ciudadano extranjero, los jueces determinaron que no fue tema de debate, que si bien el arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas; en este caso estas circunstancias no han sido materia de debate. Es cierto que se

debe recurrir a la prisión preventiva como fin para garantizar el derecho a la víctima, pero en el presente caso no existieron víctimas directas, por lo tanto, la prisión preventiva sigue siendo innecesaria, inidónea y desproporcional. El delito cometido en el presente caso tiene una pena de uno a tres años y si bien existe responsabilidad por la evidencia presentada, es considerado un delito de bagatela que no representa un daño significativo a un bien jurídico protegido, y por ello una medida alternativa a la privación de libertad sería suficiente para asegurar su presencia en el proceso. Por todo lo analizado el tribunal consideró que si bien la prisión preventiva es constitucional, en el presente caso resulta desproporcional aplicarla, ya que se puede asegurar su presencia en el proceso con medidas no privativas de libertad; concluyendo que la prisión preventiva no es necesaria, porque, por lo ya expuesto, Fiscalía no fundamentó los requisitos establecidos en el art. 534 del COIP, incluso no contó con los elementos de convicción suficientes, como para presumir que el procesado sea autor del delito, ya que por ser la primera vez, podría quedar impune o en su defecto, aplicársele una sanción pecuniaria, como se lo ha venido haciendo en otras partes del país; elementos estos que son indicativos de que una medida no privativa de libertad será suficiente para garantizar su presencia en el juicio y el cumplimiento de una eventual pena.

Es importante resaltar del presente caso que el Juez de Garantías Penales dictaminó prisión preventiva para el procesado, aun cuando Fiscalía no fundamentó su solicitud de manera correcta. No realizó ningún tipo de test para determinar que no se vulneraron los principios que regulan la prisión preventiva (proporcionalidad, idoneidad, necesidad) siendo este caso uno más en el que se abusó de la prisión preventiva, debiendo la defensa del procesado apelar a tal decisión para que se revoque tal medida por ser excesiva.

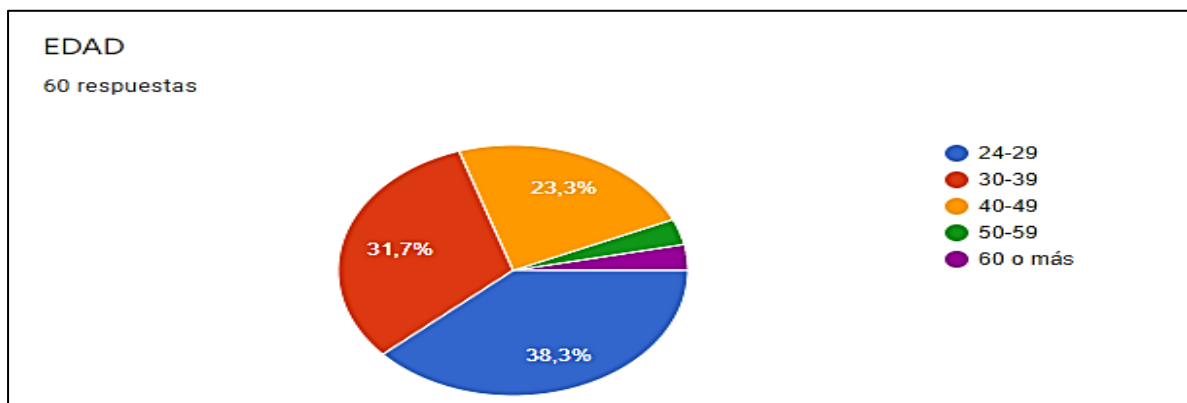
4.2 Análisis de encuestas

El problema a investigarse parte de la observación participativa, dando, así como resultado un contacto directo con el fenómeno a investigarse, para lo cual se realizó la elaboración de encuestas formuladas a 60 profesionales en libre ejercicio del derecho con el fin de determinar

si la prisión preventiva es aplicada como medida cautelar de ultima ratio y asimismo determinar si existe un abuso en su aplicación.

1. Edad

Gráfico 1

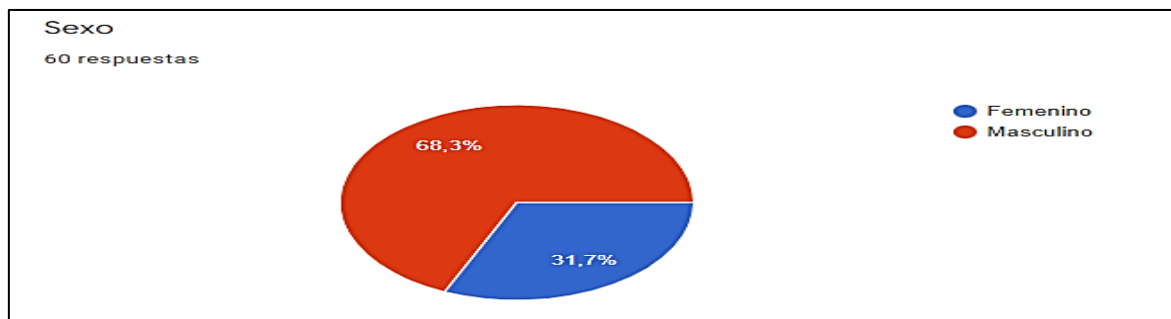


La pregunta número uno corresponde a la edad de los abogado en libre ejercicio que respondieron la encuesta, obteniendo como resultado que de las 60 personas encuestadas: 23 abogados que corresponden al 38,3%, tienen una edad de entre 24 a 29 años; 19 abogados que corresponden al 31,7%, tienen una edad de 30 a 39 años; 14 abogados que corresponden al 23,3%, tienen una edad de 40 a 49 años; 2 abogados que corresponden al 3,3%, tienen una edad de 50 a 59 años de edad y 2 abogados que corresponden al 3,3%, tienen una edad de 60 o más años de edad.

Por lo tanto, podemos concluir que el mayor porcentaje de abogados encuestados tienen un rango de edad de 24 a 29 años de edad.

2. Sexo

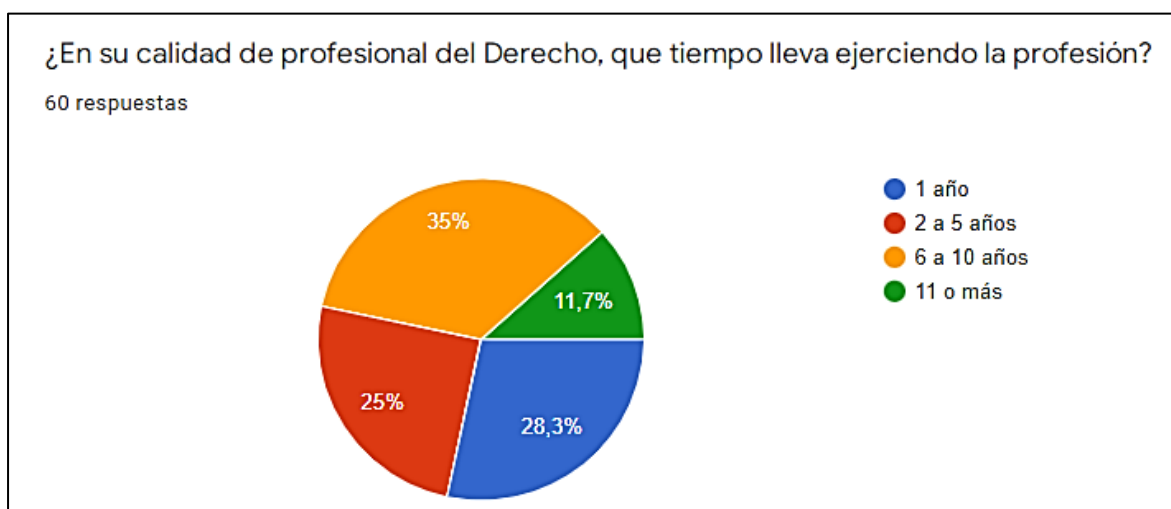
Gráfico 2



La pregunta número dos corresponde al sexo de los abogados en libre ejercicio que respondieron la encuesta, obteniendo como resultado que de las 60 personas encuestadas: 41 abogados que corresponden al 68,3%, pertenecen al sexo Masculino y 19 abogados que corresponden al 31,7%, pertenecen al sexo femenino; por lo tanto, se establece que en la presente encuesta la mayoría de encuestados pertenece al sexo Masculino.

3. ¿En su calidad de profesional del Derecho, que tiempo lleva ejerciendo la profesión?

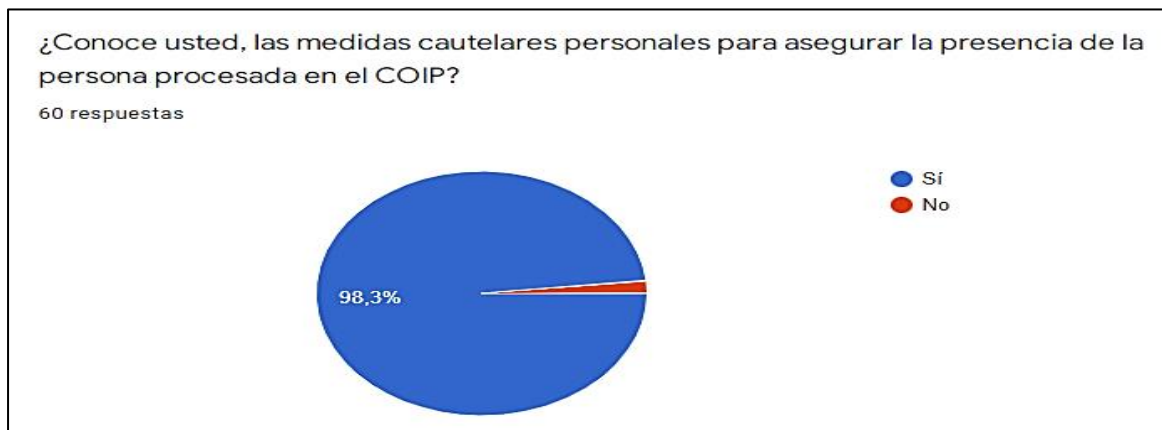
Gráfico 3



La pregunta número tres corresponde al tiempo que lleva ejerciendo como profesional del derecho; de las 60 personas encuestadas: 21 abogados que corresponden al 35%, llevan ejerciendo la profesión de 6 a 10 años; 17 abogados que corresponden al 28,3% llevan ejerciendo la profesión 1 año; 15 abogados que corresponden al 25% llevan ejerciendo la profesión de 2 a 5 años; 28 abogados que corresponden al 28,3%, llevan de 6 a 10 años y 27 abogados que corresponden al 27,3%, llevan de 10 a más años ejerciendo la profesión del Derecho. Por lo tanto, podemos concluir que el mayor porcentaje de abogados encuestados se encuentran de 6 a 10 años laborando en el libre ejercicio de la profesión, por lo que cuentan con amplia experiencia para responder las siguientes preguntas referentes a los litigios en que han participado.

4. ¿Conoce usted, las medidas cautelares personales para asegurar la presencia de la persona procesada en el COIP?

Gráfico 4



La pregunta número cuatro corresponde al conocimiento de los abogados y abogadas sobre las medidas cautelares personales existentes para asegurar la presencia de la persona procesada en el COIP y se obtuvo que de 60 personas encuestadas: 59 profesionales del derecho que corresponden al 98,3% dijeron que Si conocen y 1 profesional del derecho que corresponde al 1,7% dijo que no conoce.

De la presente pregunta se desprende que los profesionales del derecho tienen conocimiento sobre las medidas cautelares personales y ello nos asegura que el tema a tratarse en la presente investigación y las siguientes preguntas serán respondidas en base al conocimiento, puesto que este conocimiento para un abogado es básico y de mucha relevancia, pues estas medidas tienden a garantizar un debido proceso.

5. En la mayoría de juicios que usted ha presenciado o a defendido ¿cuál ha sido la medida cautelar personal más solicitada por el fiscal del caso para garantizar la presencia del procesado? (Elegir una sola respuesta)

Gráfico 5



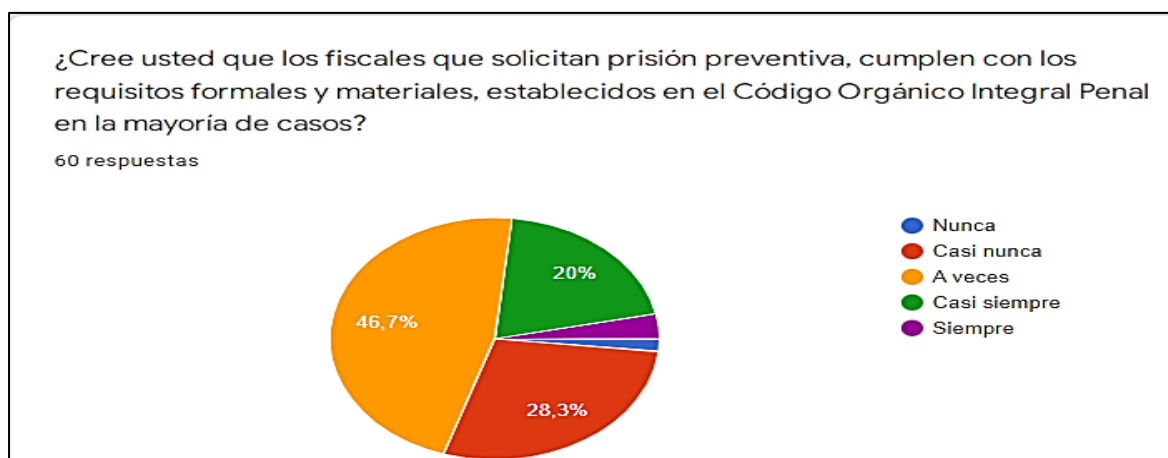
La pregunta número cinco que corresponde a cuál ha sido la medida cautelar personal más solicitada por el fiscal para garantizar la presencia del procesado, ha sido respondida por los profesionales del derecho de la siguiente manera: de 60 profesionales del derecho: 44 personas que corresponden al 73,3% respondieron que “prisión preventiva”; 15 personas que corresponden al 24%, respondieron “presentación periódica ante autoridad competente” y 1 persona que corresponde al 1,7%, respondió “prohibición de ausentarse del país”.

Con la presente pregunta se deduce que los abogados encuestados en su mayoría consideran que la medida cautelar más solicitada por Fiscalía es la “prisión preventiva”. Esto

guarda estricta relación con los capítulos ya analizados en la presente investigación, pues se evidencia que los fiscales utilizan a la “prisión preventiva” como primer recurso para garantizar que la persona procesada asista al proceso, a pesar de existir medidas alternativas; esto puede darse como consecuencia de no aplicar un debido test respecto a los principios que regulan la prisión preventiva. Sin embargo es necesario aclarar que dicha solicitud no determina que a la persona procesada se le vaya a aplicar prisión preventiva, será el Juez quien tome dicha decisión, pero el hecho de que en la mayoría de casos la Fiscalía solicite esta medida cautelar, repercute en que pueda ser la más aplicada.

6. ¿Cree usted que los fiscales que solicitan prisión preventiva, cumplen con los requisitos formales y materiales, establecidos en el Código Orgánico Integral Penal en la mayoría de casos?

Gráfico 6



La pregunta número seis de la encuesta realizada corresponde a los fiscales que solicitan prisión preventiva, cumplen con los requisitos formales y materiales establecidos en el COIP, de la cual se obtuvo que de 60 abogados en libre ejercicio encuestados: 28 personas que representan el 46,7% de los encuestados respondieron “a veces”; 17 personas que representan el 28,3% de las personas encuestadas respondieron “casi nunca”; 12 personas que representan el 20% de los encuestados respondieron que “casi siempre”; 2 personas que

representan el 3,3% de los encuestados respondieron “siempre” y 1 persona que representa el 1,7% de las personas encuestadas respondió “nunca”.

Es importante que Fiscalía realice una solicitud debidamente fundada de prisión preventiva para la persona procesada, cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 534 del COIP. En la presente pregunta se evidencia que el mayor porcentaje de abogados encuestados respondieron que solo “a veces” los Fiscales cumplen con esta solicitud, en menor proporción pero siguiendo el porcentaje respondieron que “casi nunca”, es decir, que el problema jurídico es latente y la indebida solicitud repercute en que se abuse de la prisión preventiva. El objetivo primordial sería que el mayor porcentaje de abogados respondan que “siempre” se fundamenta de correcta forma la solicitud de prisión preventiva, sin embargo como ya se mencionó, solo dos personas de sesenta respondieron de esa forma.

En la presente investigación se analizó que la fundamentación es un requisito fundamental para aplicar la prisión preventiva y se debe acotar que dentro de esta fundamentación está el que los Fiscales sean quienes demuestren el posible peligro procesal que representa el procesado, cumpliendo con los parámetros para una debida solicitud.

7. En la mayoría de juicios que usted ha presenciado o defendido ¿cuál ha sido la medida cautelar más ordenada por el juzgador para garantizar la presencia del procesado? (Elija una sola respuesta)

Gráfico 7



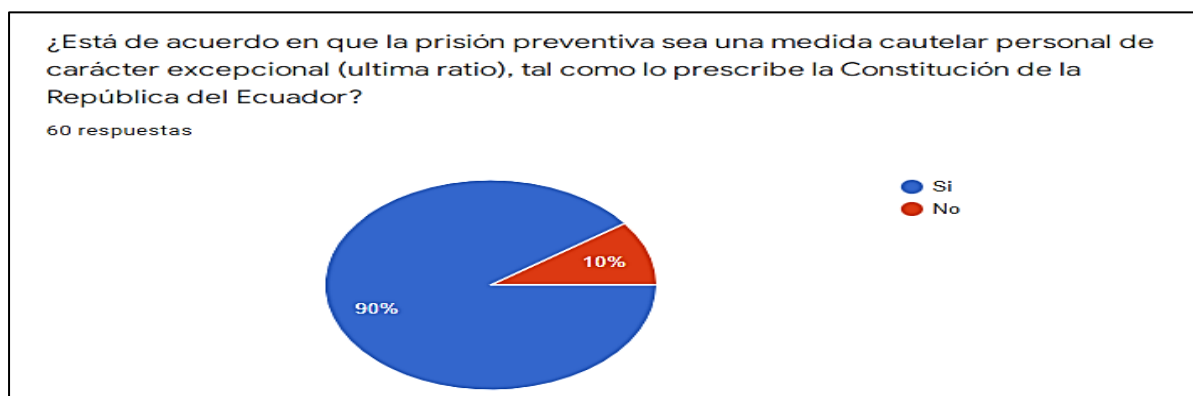
La pregunta siete de la presente encuesta corresponde a cuál ha sido la medida cautelar más dictaminada por el juez o jueza para garantizar la presencia del procesado, obteniendo como resultado en la presente que de los 60 profesionales de derecho encuestados: 44 personas que corresponden al 73,3% respondieron que “prisión preventiva”; 11 personas que representan el 18,3% respondieron que “presentación periódica ante juzgador o autoridad que se designe”; 4 personas que representan el 6,7% respondieron que “prohibición de ausentarse del país” y 1 persona que representa el 1,7% respondió que Detención. Por lo tanto podemos evidenciar que la medida cautelar más dictaminada por jueces y juezas en base a los juicios que los encuestados han presenciado o defendido, ha sido la prisión preventiva.

Se puede evidenciar que el porcentaje de abogados que respondieron que la prisión preventiva es la medida cautelar más solicitada por Fiscalía es el mismo en la presente pregunta, obteniendo como resultado que ellos también consideran que la medida más dictaminada por los jueces es la prisión preventiva. Existen varios factores que inciden en la aplicación de la prisión preventiva como ya se lo ha analizado en la presente investigación, pero que un porcentaje elevado considere que esta medida es la más dictaminada, demuestra

en parte que algo está fallando en el sistema de justicia, porque a pesar de ser una medida de carácter excepcional llega a ser la más aplicada.

8. ¿Está de acuerdo en que la prisión preventiva sea una medida cautelar personal de carácter excepcional (ultima ratio), tal como lo prescribe la Constitución de la República del Ecuador?

Gráfico 8



La pregunta ocho corresponde a si los abogados encuestados se encuentran de acuerdo en que la prisión preventiva sea una medida cautelar personal excepcional y al respecto se obtuvo que de los 60 profesionales del derecho encuestados: 54 personas que representan el 90% de las personas encuestadas respondieron que “si”; y 6 personas que representan el 10% de las personas encuestadas respondieron que “no”.

Los abogados son profesionales que se especializan en entender los derechos humanos, y al hablar de prisión preventiva se debe comprender que se relaciona directamente con la privación de libertad de la persona procesada, libertad catalogada en los tratados internacionales como un derecho fundamental de los seres humanos, considerada como premisa básica de la dignidad humana, pues por medio de ella se pueden hacer efectivos los demás derechos inherentes al ser humano. La respuesta a esta pregunta es en su mayoría afirmativa porque los profesionales del derecho comprenden la magnitud y la severidad de dicha medida cautelar personal por ello consideran que si debe ser de ultima ratio.

9. En base a su experiencia profesional, considera usted que en nuestro país ¿la prisión preventiva se dictamina en la mayoría de delitos, aun cuando se pueden aplicar medidas cautelares alternativas?

Gráfico 9

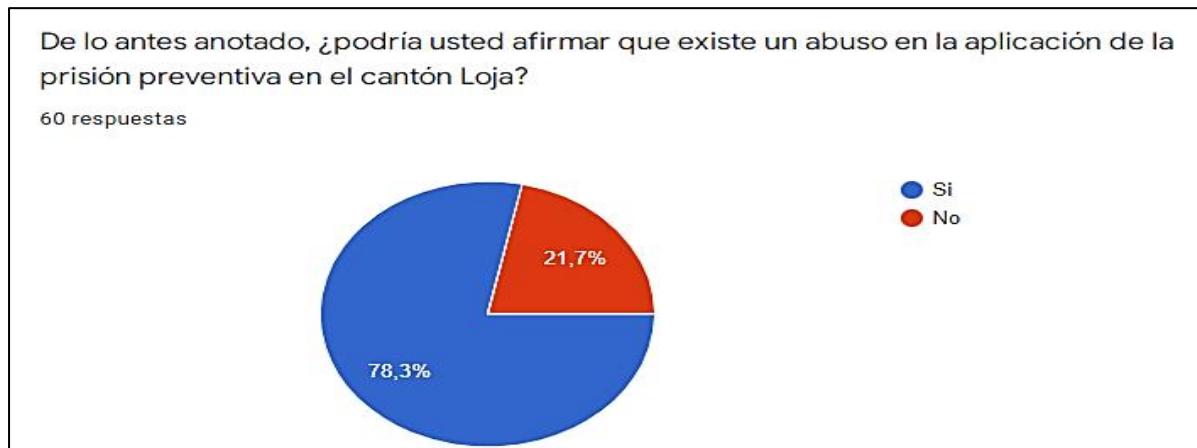


La pregunta número nueve de la encuesta corresponde a si la prisión preventiva se dictamina en la mayoría de delitos aun cuando se pueden aplicar medidas cautelares alternativas, y al respecto se obtuvo que de los 60 profesionales del derecho encuestados: 23 personas que representan el 38,3% de los encuestados respondieron que “siempre”; 23 personas que representan el 38,3% de los encuestados respondieron que “casi siempre” y 14 personas que representan el 23,3% de los encuestados respondieron que “a veces”.

Esta pregunta tiene relación directa a que la prisión preventiva es la medida cautelar más dictaminada por los jueces. Se puede establecer por medio de las respuestas que la mayoría de abogados considera que siempre o casi siempre esta medida es aplicada, aun cuando existen medidas alternativas a la prisión preventiva, por ello se entiende que se vulnera directamente el carácter excepcional de dicha medida y que no se aplican los parámetros a seguir ni los principios ya analizados como la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad.

10. De lo antes anotado, ¿podría usted afirmar que existe un abuso en la aplicación de la prisión preventiva en el cantón Loja?

Gráfico 10



La pregunta diez es la más importante de la presente encuesta e investigación puesto que corresponde a que si los abogados encuestados pueden afirmar que existe un abuso en la aplicación de la prisión preventiva y al respecto, se obtuvo que de los 60 profesionales encuestados 47 personas que representan el 78,3% de las personas encuestadas respondieron que “sí”; y 13 personas que representan el 21,7% de las personas encuestadas respondieron que “no”.

Como se puede evidenciar en la presente pregunta el abuso en la aplicación de la prisión preventiva es latente, ya que el mayor porcentaje de abogados encuestados consideran que se abusa de esta medida y esto se corrobora en las preguntas anteriores, pues ya se analizó que los fiscales solicitan prisión preventiva en la mayoría de casos, que de la misma forma su solicitud no es fundamentada de forma debida y que aun así los jueces dictaminan en la mayoría de casos la prisión preventiva, sin tomar en cuenta su excepcionalidad, ni que existen medidas alternativas privativas de libertad para garantizar el debido proceso. Por lo tanto se evidencia la vulneración a todos los derechos de la persona procesada y asimismo a los principios que regulan la prisión preventiva

Conclusiones

En el Ecuador existen medidas cautelares personales con la finalidad de garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso. Al ser limitantes de la libertad, están reguladas por principios que sirven para evitar arbitrariedades que vulneren los derechos de las personas procesadas, y sean estrictamente aplicadas en apego a la ley tomando a consideración que se deben aplicar como primera alternativa las demás medidas cautelares personales no privativas de libertad y no la medida cautelar más grave que es la prisión preventiva,

La prisión preventiva es la medida cautelar personal más rigurosa y grave que se le puede aplicar a una persona procesada. Su aplicación debe ser regida bajo principios establecidos en la normativa nacional e internacional, pues se considera que esta medida cautelar personal tiene un carácter excepcional; sin embargo según las encuestas realizadas y el análisis del caso en la presente investigación se concluye que ni fiscales ni jueces cumplen su rol de forma objetiva.

La prisión preventiva llega a ser un abuso en el Cantón Loja en razón de que los Fiscales analizan como primera opción el solicitar prisión preventiva para la persona procesada, aun cuando no fundamentan debidamente su solicitud. Se concluye también el famoso “arraigo social” corresponde demostrar a fiscalía, más no a la defensa del procesado, puesto que el numeral 3 del art. 534 del COIP ordena a Fiscalía a ser quién demuestre el peligro procesal que representa la persona procesada.

Se concluye de forma general que en el Cantón Loja en el año 2021, la prisión preventiva no se aplicó como medida cautelar de última ratio y que existe un abuso en su aplicación, ya que como se evidenció en el caso analizado y en las encuestas realizadas a los profesionales del derecho en libre ejercicio, los jueces dictaminan esta medida aun cuando Fiscalía no fundamenta debidamente su solicitud.

Recomendaciones

Se recomienda a Fiscales y a Jueces que realicen el debido análisis de todas las medidas cautelares aplicables al caso concreto para así no vulnerar los derechos de la persona procesada, tomando en consideración que se aplique siempre como primera alternativa las medidas cautelares no privativas de libertad.

Se recomienda a Fiscales y Jueces analizar detalladamente los requisitos establecidos en la normativa penal y asimismo realizar test con respecto a si no se vulneran los principios que regulan la prisión preventiva, recordando que la persona procesada conserva aún su estado de inocencia.

Se recomienda a Fiscalía que ejerza sus funciones con la debida objetividad, solicitando la prisión preventiva solo luego de realizar un estricto y prolijo análisis de que realmente la persona procesada es un peligro para el proceso, demostrando objetivamente que no existen otros medios suficientes o medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva para garantizar la presencia del procesado en el proceso. Es necesario también recomendar a los abogados en libre ejercicio, exigir en su rol de defensores deben luchar por los derechos de las personas procesadas, apelando resoluciones en los que no ha existido una debida fundamentación o motivación.

Por último se recomienda a todos los Jueces su función de garantistas de derechos, realizar un análisis exhaustivo de todos los requisitos establecidos para aplicar prisión preventiva y todos sus principios que la regulan, solo así para que de acuerdo al peligro procesal demostrado, resuelva ordenar prisión preventiva, pues se habla de libertad como el bien jurídico protegido más preciado luego de la vida y por esa razón no se le puede restringir arbitrariamente tan anhelada libertad a una persona, pues no significaría solo la pérdida de la libertad sino también todo los derechos en los que bajo ella se puede ejercer.

Referencias

- Aguirre L., Jiménez, L., & Suqui Y. (2021). *Análisis del tipo penal de delincuencia organizada en el Código Orgánico Integral Penal*. Sociedad & Tecnología, 4(S2), 464–481. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS2.164>
- Arias, J. (2014). *“La prisión preventiva como medida cautelar personal de excepción”* (tesis de grado). UNIANDES. ECUADOR.
- Arias, M. A. (2005). *La detención en firme*. Cuenca: Bgoffset
- Cabanellas, G. (1954). *Diccionario de Derecho usual*. Edit. Arayú.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Heleaste. Argentina
- Cafferata, J. (1998). *Temas de Derecho Procesal Penal, tomo I*. Editorial Depalma.
- Calamandrei, P. (1997) *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*, Editorial El Foro.
- CARBONELL, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. V&M Gráfica.
- CEJA (2013) *“Prisión Preventiva En América Latina: Enfoques Para Profundizar El Debate”*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Chávez, J. (2010). *“El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional”* (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Pichincha, Ecuador.
- Chóez, W. (2021). *“Debida aplicación de las medidas cautelares personales en sujeción al debido proceso”*. (Tesis de maestría). UCSG. ECUADOR.

Constitución Española [C.E.]. 29 de diciembre de 1978 (España)

Constitución Política de Colombia [C.P.C]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA (CNJ) RESOLUCIÓN No. 142021 (ECUADOR)

Espinoza-Guamán, E. E. (2022). “*La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia. Revista Sociedad & Tecnología*”, 5(2), 351-364. Doi: <https://doi.org/10.51247/st.v5i2.219>.

Fernández Piedra, L. (2004). “*La Detención Y La Prisión Preventiva En El Ecuador.*” Quito: Independiente.

Fuentes, H. (2008). “*El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*” Vol. 14, N° 2. Revista *Ius et Praxis*, 13-42

García, J. (2011). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva.* Quito: Ediciones RODIN

García, J. (2002). *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras Medidas Cautelares.* Quito: Ediciones Rodin.

Haro Sarabia, R. G. (2021). “*La prisión preventiva: breve estudio en Argentina y Ecuador. Tratamiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*” 4(2), 158-168.

LLERENA J. (2010). “*La Prisión Preventiva Desde El Enfoque De Los Derechos Humanos*” (tesis de diplomado). Universidad de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

- López, P. (2017). *El Principio de Proporcionalidad como canon de constitucionalidad: Una aproximación al caso ecuatoriano*. Obtenido de Estudios de Deusto: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp185217](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp185217)
- Maier, J. (2004) “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I fundamentos, 2da. Edición. Editores del Puerto. Argentina
- Montenegro, D. (2010) “*La aplicación de las medidas cautelares personales previstas en los numerales 1, 2 y 5 del art. 160 del código de procedimiento penal ecuatoriano no garantiza la inmediación del procesado en los procesos penales de la corte provincial de justicia de Tungurahua en el período abril – octubre de 2.009*” (tesis de grado). UTA. Ambato, Ecuador.
- Morales, E. (2016). “*La prisión preventiva, como consecuencia del incumplimiento de las medidas cautelares personales alternativas, en la unidad judicial penal del cantón Riobamba durante el periodo 10 de agosto del 2014, al 10 de agosto del 2015*” (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Chimborazo, Riobamba, Ecuador.
- Morello, A. & Vescovi, E. (1996). *Medidas cautelares y medidas provisionales, en Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*” Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2047>, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>
- Nieva, J. (2014). *La razón de ser de la presunción de inocencia*. Madrid: Panamericana.
- OEA (2022) “*Sobre las Medidas Cautelares Historia y el marco jurídico*” <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/CIDH/decisiones/MC/historia.as>
- Ortiz, C. (2020). “*El principio de motivación y la seguridad jurídica*” (tesis de grado). UNIANDES. AMBATO

- Párraga V. (2019). “*Alcance de las medidas cautelares personales en la reforma penal ecuatoriana*”. Revista Fronesis, 26(3), 84+. <https://link.gale.com/apps/doc/A653471488/IFME?u=anon~96c166bb&sid=googleScholar&xid=d5f9a6d3>
- Priori, G. (2007). “*La tutela cautelar y el problema del tiempo y el proceso, Revista JUS doctrina y Práctica*”. 230-250.
- Rodríguez, V. (1998) “*El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos*” Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Política, N°110. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/110/UCV_1998_110_372-325.pdf
- Rosales, K. (2020) “*El Principio de Proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias*”. (Tesis de Grado). UCSG. ECUADOR
- Salas, N. (2013). “*La motivación como garantía penal. Estudio doctrinario y situacional*” (Tesis de Maestría) UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR. ECUADOR.
- Sorza, F. (2015). “*La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos*”. *Revista Análisis Internacional*, Vol.6 (2). 39-66.
- Sotomayor, G. (2019) “*La prisión provisional en España y su incidencia en los derechos fundamentales*” (tesis de grado). Universitat de les Illes Balears. España
- Zavala, J. (2002). “*Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI*”. Guayaquil: Editorial Edino.

Apéndice

Apéndice 1

Encuesta virtual

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Estimado abogado

La presente encuesta forma parte del trabajo de titulación de la Maestría en Derecho Penal, Mención Derecho Procesal Penal, de la Universidad Técnica Particular de Loja, trabajo que tiene como tema "Estudio de la prisión preventiva como medida cautelar de ultima ratio y su aplicación en el Cantón Loja durante el año 2021", cuyo objetivo es determinar, en base a su experiencia profesional y laboral, si existe abuso en la aplicación de esta medida cautelar.

Agradezco su participación.

Abg. Numan David Arciniega Carrión

Autor del trabajo de titulación

EDAD

*

- 24-29
- 30-39
- 40-49
- 50-59
- 60 o más

Sexo *

- Femenino
- Masculino

¿En su calidad de profesional del Derecho, que tiempo lleva ejerciendo la profesión? *

- 1 año
- 2 a 5 años
- 6 a 10 años
- 11 o más

¿Conoce usted, las medidas cautelares personales para asegurar la presencia de la persona procesada en el COIP? *

- Sí
- No

En la mayoría de juicios que usted ha presenciado o a defendido ¿cuál ha sido la medida cautelar personal más solicitada por el fiscal del caso para garantizar la presencia del procesado? (elegir una sola respuesta) *

- Prisión Preventiva
- Prohibición de ausentarse del País
- Presentación periódica ante autoridad competente
- Arresto domiciliario
- Detención
- Dispositivo de vigilancia electrónica

¿Cree usted que los fiscales que solicitan prisión preventiva, cumplen con los requisitos formales y materiales, establecidos en el Código Orgánico Integral Penal en la mayoría de casos? *

- Nunca
- Casi nunca
- A veces
- Casi siempre
- Siempre

En la mayoría de juicios que usted ha presenciado o defendido ¿cuál ha sido la medida cautelar más ordenada por el juzgador para garantizar la presencia del procesado? *

- Prisión Preventiva
- Detención
- Dispositivo de vigilancia electrónica
- Arresto domiciliario
- Prohibición de salida del país
- Presentación periódica ante autoridad competente

¿Está de acuerdo en que la prisión preventiva sea una medida cautelar personal de carácter excepcional (ultima ratio), tal como lo prescribe la Constitución de la República del Ecuador? *

- Si
- No

En base a su experiencia profesional, considera usted que en nuestro país ¿la prisión preventiva se dictamina en la mayoría de delitos, aun cuando se pueden aplicar medidas cautelares alternativas? *

- Siempre
- Casi siempre
- A veces
- Nunca

En base a su experiencia profesional, considera usted que en nuestro país ¿la prisión preventiva se dictamina en la mayoría de delitos, aun cuando se pueden aplicar medidas cautelares alternativas? *

- Siempre
- Casi siempre
- A veces
- Nunca

De lo antes anotado, ¿podría usted afirmar que existe un abuso en la aplicación de la prisión preventiva en el cantón Loja? *

- Si
- No

Apéndice 2:

FUNCIÓN JUDICIAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR

www.funcionjudicial.gob.ec

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA

No. proceso: 11282-2021-03288
No. de Ingreso: 1
Acción/Infracción: 282 INCUMPLIMIENTO DE DECISIONES LEGÍTIMAS DE AUTORIDAD COMPETENTE, INC.1
Actor(es)/Ofendido(s): FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
Demandado(s)/Procesado(s): FRANK DANIEL VELEZ CRUZ

04/06/2021 ACEPTAR RECURSO DE APELACION

11:06:00

Loja, viernes 4 de junio del 2021, las 11h06, Nro. 03288-2021

VISTOS: En audiencia de 26 de abril de 2021, ante el Dr. Juan Rafael Cuenca Peralta, Juzgador de la Unidad Judicial Penal de Loja, la fiscal de turno, Bella Edith Castillo Hidalgo, inicia instrucción fiscal en contra de Frank Daniel Vélez Cruz, bajo los cargos de haber cometido el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, tipificado y reprimido por el Art. 282 del Código Orgánico Integral Penal. En su parte fáctica, en síntesis, los cargos, aluden a que el día 25 de abril de 2021, a las 00h05, en el sector pedestal, cuando los Agentes Policiales, Truman Paúl Ramos Campoverde y Jhonny Patricio Ríos Ríos, se encontraban, controlando el cumplimiento del toque de queda, dispuesto mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1291, mientras realizaban patrullaje rutinario a la altura de la Avenida Manuel Camión Pinzano y María de Leiva se pudo observar a una persona de sexo masculino circulando por la vía pública, en aparente estado de haber ingerido bebidas alcohólicas, a quien se le acercaron, identificándose como Frank Daniel Vélez Cruz, de nacionalidad Colombiana y no pudo justificar su incumplimiento del toque de queda, indicando que salía de la fiesta de un amigo, por lo que se procedió a su aprehensión en delito flagrante. Formulados los cargos, la fiscal ha pedido prisión preventiva, medida que ha sido dictada por el Juez de la causa; el procesado impugna dicha medida de orden personal por vía de apelación, siendo por este recurso que el proceso llega a la Sala Especializada. Fundamentado el recurso ante el Tribunal de esta Sala Especializada, se decidió aceptar la apelación y revocar el auto de prisión preventiva, por las siguientes consideraciones: PRIMERO: CONSTITUCIONALIDAD Y SU BLOQUE.- El proceso es válido por haberse sustanciado conforme a los principios de oralidad, inmediación, contradicción, continuidad, concentración, simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal. En armonía con los Arts. 11, 66, 75, 76, 77,

Página 2 de 7

Fecha Actuaciones judiciales

78, 81, 82, 86, 87, 88 Y 89 de la Constitución de la República del Ecuador; Arts. 7, 10, 12, 16, y 25 de la declaración Universal de los Derechos Humanos; Arts. 9, 14, 15, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); Arts. 1, 5, 8, 15, y 18 de la Declaración y Programa de la Acción de Viena; Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Arts. 652 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.- SEGUNDO: COMPETENCIA.- Esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, resuelve por mérito de la actuado y en base de la fundamentación oral del recurso. Esto por el principio dispositivo recogido en el Art. 168.6 de la Constitución y Arts. 19 y 140 del Código Orgánico de la Función Judicial.- TERCERO: IMPUGNACIÓN Y CONTESTACIÓN.- En la audiencia de fundamentación del recurso, el defensor público del procesado, alegó que su recurso se contrae a atacar el requisito del numeral 3 del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, ya que en la audiencia de flagrancia la fiscal pido la medida cautelar más gravosa, haciendo un uso excesivo de la prisión preventiva, sin actuar como se lo ha hecho en la mayoría de casos del quebrantamiento del toque de queda, y el fundamento de fiscalía fue que el procesado tiene dos o tres procesos más de carácter penal instaurados en su contra; a pesar de ello se hizo caer en cuenta que todos los procesos han sido archivados, no ha tenido sentencia condenatoria ejecutoriada alguna, violentando el contenido del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es, discriminándolo por su pasado judicial; el segundo punto es que no se habría demostrado por parte de la defensa del procesado, su arraigo social, cuyo

concepto jurídico no existe, extendiendo esta demostración al procesado, cuando la misma corresponde a fiscalía, además está de por medio la presunción de inocencia, el procesado no tiene que demostrar nada; en esta audiencia no ha sido topado el peligro de fuga; el Código Orgánico Integral Penal, dice que es el fiscal quien tiene que justificar la necesidad de la prisión preventiva; que en este caso solo se ha enunciado que el procesado no tiene arraigo social, sin justificar que las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva son insuficientes para garantizar la presencia del procesado en el juicio; que la Corte Constitucional en una de sus sentencias ha dicho que las cárceles del país son un foco de infección de carácter médico y hay un hacinamiento de carácter general; no se ha tomado en cuenta el principio de gradualidad de las medidas cautelares, hay que ver el tipo penal, no hay en este caso, una víctima activa que reclame, se trata de algo insignificante, es un delito de baja gama; que el 16 de marzo de 2020 se emitió el Decreto Ejecutivo Nro. 1017, mismo que está vigente porque no ha sido derogado, y por el principio de favorabilidad al Decreto Ejecutivo Nro. 1291, puede ser aplicado a su patrocinado, en el sentido, de que establece que cuando es por primera vez no se le considera un delito; que existe una exageración de la prisión preventiva, por ello pide que se revoque la misma y que se le permita a su cliente defenderse en libertad, para garantizar su comparecencia en este juicio; la apelación de la prisión preventiva se resuelve por lo que procesalmente se encuentra hasta el día en que se dictó la medida, no se discutió sobre la regularización del procesado, ya que su cliente es Colombiano; que el tema versa sobre si hay responsabilidad o no y que la alegación va en torno a los fundamentos equivocados de fiscalía. La fiscalía alega que, el inciso siguiente del numeral 3 del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, dice que le corresponde al fiscal la demostración del arraigo social; sobre la favorabilidad, tenemos que fiscalía cuenta con un Sistema de Datos Públicos, esto es, información sobre personas, y es así que la Dra. Bella Castillo, conforme obra de fs. 23 y 27 del cuaderno fiscal, se determina que el procesado tiene una causa penal por robo que está en indagación, y a fs. 18 existe un archivo de una investigación previa; que el 08 de abril de 2015 se le inició un trámite de deportación, dándole al procesado y otro 45 para que regularice su permanencia en el país, y como no lo ha hecho, su situación se vuelve irregular en el Ecuador; que existe riesgo de fuga por ser extranjero; que conforme al Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, se ha justificado la prisión preventiva, ya que no tiene arraigo social, que la fiscalía pidió la prisión preventiva porque existen tres procesos en contra del procesado, considerando y pidiendo que se mantenga la medida cautelar.

- CUARTO: CONCLUSIONES A LAS QUE ARRIBA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA.- En el presente caso, el debate se ha centrado en el cumplimiento o no del requisito establecido en el numeral 3 del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, que prescribe: "Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:...

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes". Debemos dejar sentado que en el presente caso, la fiscalía no ha presentado ningún indicio de los cuales se desprenda que las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad, son insuficientes e innecesarias para asegurar la presencia del procesado(así tenga la calidad de extranjero), y únicamente se base y así lo acepta también el a quo, en un presunto pasado judicial, y decimos presunto ya que no se ha presentado ninguna sentencia condenatoria ejecutoriada en contra del procesado, sino únicamente indagaciones previas(en donde no hay procesado, sino sospechoso), que dicho sea de paso ya han sido archivadas; en definitiva, en este caso en particular, y atendiendo al principio de igualdad, y ha sido público y notorio, que en diferentes partes del país, a personas que han quebrantado el toque de queda, por incumplimiento del Decreto Ejecutivo Nro. 1017, de fecha 16 de marzo de 2020, en cuyo Art. Cuarto, decía: "...cuya inobservancia conllevará la presunción del incumplimiento de decisión legítima de autoridad competente y se procederá, poniendo este particular en conocimiento de las

Fecha	Actuaciones judiciales
-------	------------------------

multa pero no se les ha iniciado proceso penal y mucho menos se les ha dictado prisión preventiva que es una medida de carácter excepcional, sin que sea la regla general, y debe reunir con los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, que en la especie no las encontramos; con mayor razón, en el Decreto Ejecutivo Nro. 1281, de 21 de abril de 2021(el de la especie), en cuyo Art. Cuarto, decía: "... cuya inobservancia conllevará la aplicación de sanciones por la autoridad correspondiente...", sin hablar necesariamente de un proceso judicial, concretamente del inicio de un proceso penal por el presunto cometimiento del delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, tipificado y reprimido por el Art. 282 del Código Orgánico Integral Penal . De esta manera , fiscalía no ha justificado la necesidad de la aplicación de la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva , siendo en este caso suficiente una medida cautelar alternativa a la privación de libertad , por lo siguiente: A).- La libertad es un derecho reconocido por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es nuestra misma Ley suprema que permite su restricción o afectación en el Art.771.1 al señalar, como una garantía para los casos de privación de libertad, que "La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito y una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena..." (Art. 77.1 de la Constitución de la República del Ecuador). Y es en desarrollo de tal garantía que el numeral tres del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal , contempla como requisito de la medida cautelar en cuestión, que deben existir indicios de que una medida alternativa es insuficiente y que es "necesaria" para garantizar la presencia del acusado al eventual juicio oral y cumplimiento de la pena; lo cual tiene su razón de ser porque la afectación de un derecho constitucional, en este caso el de libertad, exige proporcionalidad cuyo test debe pasar por el sub principio de necesidad, además de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto; B).- Se analiza y valora la "necesidad" bajo lo que en doctrina se denominando "peligro de fuga", lo que en el presente caso, no fue materia de debate, para cuya determinación se establece doctrinariamente algunos criterios, como: 1).- El arraigo en el lugar del proceso o el país mismo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; arraigo que debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas(en este caso estas circunstancias no han sido materia de debate). Claus Roxín, señala al respecto: "Por otra parte, el hecho de que el imputado tenga un domicilio fijo no es suficiente, de ningún modo, para negar el peligro de fuga. En la práctica, el peligro de fuga representa el motivo de detención más importante, en cuyo caso, para fundar una fórmula preponderante, se invoca la expectativa de una pena elevada..." (Roxín , Claus, Derecho Procesal Penal, tomo I, Editores del Puerto Buenos Aires 2008, pág. 338); 2). La gravedad del delito y de la pena que puede enfrentar el acusado, en el marco del principio de proporcionalidad fundamentalmente. No obstante, esto tampoco es absoluto, dado que puede haber peligro sin embargo de enfrentar un cargo menor, como cuando la persona, por ejemplo, no tiene domicilio fijo o es simplemente extranjero, etc; sin que, en este caso, este aspecto haya sido materia de debate ; 3).- Las consecuencias de la infracción en la parte ofendida o víctima, porque una de las innovaciones del numeral 1 del Art. 77 de la Constitución (con las reformas a la Constitución mediante la Consulta Popular de 2011), es precisamente la introducción de un motivo más para recurrir a la prisión preventiva, como es garantizar "el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones", para que se articule con la protección que el Constituyente dio a la víctima en el Art. 78 de la Constitución, al establecer que "Las víctimas de

infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales"; lo cual se vertebra con el Art. 195 ibídem, en donde se faculta a la fiscalía el ejercicio de la acción pública con sujeción de los principios de oportunidad y mínima intervención "con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas", con lo cual queda claro que en la Constitución se diseñó un sistema procesal penal con tendencia acusatoria para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presente los derechos de las víctimas, si bien con acento en la garantía de los derechos del inculpado(en este caso no existen víctimas directas) ; 4).- La contundencia de la evidencia, sobre el delito y la responsabilidad, sobre todo cuando el delito tiene una pena grave, como considera el autor citado, porque pueden haber casos en donde no obstante la contundencia de la evidencia el peligro de fuga se minimice por la poca gravedad del delito y de la pena, que si bien en este caso es de uno a tres años, una medida alternativa a la privación de libertad sería suficiente para un eventual juicio ; C).- En fin, se trata de hacer una serie de consideraciones, de pesar y contrapesar las circunstancias que rodean el caso concreto, a objeto de poder establecer si la aplicación de la prisión preventiva persigue un fin legítimo, como es evitar el peligro de fuga o de obstrucción a la investigación (entre otros peligros aceptados por la dogmática penal y doctrina de altos Tribunales de Derechos Humanos- lo cual no fue materia de debate) y además si la misma respeta el principio de proporcionalidad en el caso concreto, que será tal cuando una medida no privativa de libertad resulte insuficiente para el indicado fin procesal, lo cual consideramos no es la situación del procesado, Frank Daniel Vélez Cruz, asegurar la presencia del procesado en el eventual juicio directo o el cumplimiento de la pena, que por cierto es un fin constitucionalmente aceptado, que, en este caso en particular, no podría verse truncado con la aplicación de medidas no privativas de libertad; y, D).- En el presente caso tenemos, que la prisión preventiva no es necesaria, fundamentalmente por el hecho de que la fiscalía no cuenta con los elementos de convicción suficientes, como para presumir que el procesado sea autor del delito, ya que por ser la primera vez, podría quedar impune o en su defecto, aplicársele una sanción pecuniaria, como

Página 4 de 7

Fecha Actuaciones judiciales

se lo ha venido haciendo en otras partes del país ; elementos estos que son indicativos de que una medida no privativa de libertad será suficiente para garantizar su presencia en el juicio y el cumplimiento de una eventual pena .- QUINTO: RESOLUCIÓN.- Por lo tanto, al no haberse justificado constitucional y legalmente la necesidad de aplicar la prisión preventiva, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, RESUELVE: aceptar el recurso de apelación del procesado, Frank Daniel Vélez Cruz, y revocar el auto de prisión preventiva dictado en su contra, disponiéndose en su lugar la medida cautelar de orden personal de presentarse cada quince días ante el fiscal que lleva el caso, para lo cual se coordinará con dicho funcionario el día y hora de presentación. Inmediatamente de anunciada la decisión se dispuso su inmediata libertad.- Hágase saber.