



**UNIVERSIDAD ESTATAL
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A
LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO:

**“REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN
PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU
INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE
EXCEPCIONALIDAD, CONTEMPLADO EN EL ART. 77.1 DE
LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021”**

AUTOR:

ANDREA PIERINA LUPINO MUÑOZ

TUTOR: Dr. CRISTÓBAL MACHUCA REYES, MGT.

LA LIBERTAD – ECUADOR

2022

**UNIVERSIDAD ESTATAL
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A
LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO:

“REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD, CONTEMPLADO EN EL ART. 77.1 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021”

AUTOR:

ANDREA PIERINA LUPINO MUÑOZ

TUTOR: Dr. CRISTÓBAL MACHUCA REYES, MGT.

LA LIBERTAD – ECUADOR

2022

APROBACIÓN DEL TUTOR

La Libertad, 10 de Enero del 2022

CERTIFICACIÓN

EN MI CALIDAD DE PROFESOR TUTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR DE TÍTULO “REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD, CONTEMPLADO EN EL ART. 77.1 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021” correspondiente a la estudiante **LUPINO MUNOZ ANDREA PIERINA**, de la carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena; declaro que luego de haber orientado científica y metodológicamente su desarrollo, el referido proyecto de investigación se encuentra concluido en todas sus partes cumpliendo así con el proceso de acompañamiento determinado en la normativa interna, recomendando se inicien los procesos de evaluación que corresponden.

Atentamente,



.....
Dr. Cristóbal Machuca Reyes, Mgt

TUTOR

La Libertad, 18 de Enero del 2021

CERTIFICADO ANTIPLAGIO

En calidad de tutor del trabajo de titulación denominado “REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD, CONTEMPLADO EN EL ART. 77.1 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021”, de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Salud perteneciente a la Universidad Estatal Península de Santa Elena, previo a la obtención del título de ABOGADO, me permito declarar que una vez analizado en el sistema anti plagio URKUND, luego de haber cumplido los requerimientos exigidos de valoración, el presente proyecto ejecutado, se encuentra con 6 % de la valoración permitida, por consiguiente se procede a emitir el presente informe.

Adjunto reporte de similitud.



- Dr. Cristóbal Machuca Reyes, Mgt -

DOCENTE TUTOR

Lcda. Kelly Rubí Vera Vera, Mgtr.

Celular: 0978888155

Correo: rubicita95@hotmail.com

CERTIFICACIÓN GRAMATICAL Y ORTOGRÁFICA

Certifico, que he procedido a la revisión gramatical y ortográfica del trabajo de investigación denominado **“REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD, CONTEMPLADO EN EL ART. 77.1 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021”**; correspondiente a la estudiante **LUPINO MUÑOZ ANDREA PIERINA**, por lo que tengo a bien indicar que he leído y corregido el trabajo de titulación.

Certifico que está redactado con el correcto manejo del lenguaje, claridad en las expresiones, coherencia en los conceptos e interpretaciones, adecuado empleo en la sinonimia. Además de haber sido escrito de acuerdo a las normas de ortografía y sintaxis vigente.

Es cuanto puedo decir en honor a la verdad y autorizo a la interesada a hacer uso del presente como estime necesario.

Santa Elena, 13 de enero del 2022


Lcda. Kelly Rubí Vera Vera, Mgtr.

CI. 0902510387

LICENCIADA EN CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN

MAGISTER EN GERENCIA EDUCATIVA

Nº. DE REGISTRO DE SENESCYT 1011-14-86053832

La Libertad, 10 de enero del 2022

DECLARATORIA DE AUTORÍA

Yo, **ANDREA PIERINA LUPINO MUNOZ** estudiante del octavo semestre de la Carrera de Derecho de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, habiendo cursado la asignatura Unidad de Integración Curricular II, declaro la autoría del presente trabajo de investigación de título **"REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD, CONTEMPLADO EN EL ART. 77.1 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021"** desarrollada en todas sus partes por la suscrita estudiante con apego a los requerimiento de la ciencia del derecho, la metodología de la investigación y las normas que regulan los procesos de titulación de la UPSE.

Atentamente,



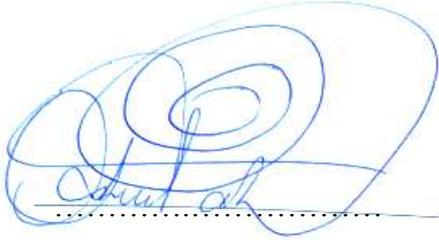
Andrea Pierina Lupino Muñoz

C.C 0915832356

Celular: 0961390057

e-mail: pierinalupino1991@gmail.com

TRIBUNAL DE GRADO



Dra. Ana Tapia Blacio, Mgt.

**DIRECTORA DE LA CARRERA
DE DERECHO**



Ab. Viviana Esther Silvestre Ponce, Mgt

**DOCENTE
ESPECIALISTA**



Dr. Cristóbal Machuca Reyes, Mgt



Abg. Brenda Reyes Tomalá, Mgt TUTOR

Ab. Brenda Reyes Tomalá, Mgt

DEDICATORIA

A Dios por darme las fuerzas, a mis hijos: Rafael, Leonel y Eliel por la comprensión y el amor que me entregaron en estos años de sacrificio, a ti mi esposo Gerson por siempre creer en que puedo lograr lo que me propongo y poner tu hombro junto al mío, y especialmente a ti mi Ángel en el cielo por que sin ti nada sería posible y sé que celebras este logro desde allá arriba.

Índice General

PÁGINAS PRELIMINARES	I
Página de título	I
Contraportada	II
Página de aprobación del tutor	III
Certificado Antiplagio	IV
Página de aprobación del tribunal	VII
Página de dedicatoria	VIII
Índice General	IX
Índice De Tablas	XI
Índice De Gráficos	XI
Resumen ejecutivo con identificación de palabras clave	XII
INTRODUCCIÓN	1
CONTENIDO	3
CAPITULO I	3
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	3
1.1 Planteamiento del Problema	3
1.2 Formulación del Problema	6
1.3 Objetivos	7
Objetivo General	7
Objetivos Específicos	7
1.4 Justificación	7
1.5 Variables	8
1.6 Idea A Defender	8
CAPÍTULO II	9
MARCO REFERENCIAL	9
2.1 Marco Teórico	9
2.1.1 El ejercicio del poder punitivo del Estado	9
2.1.1.1 Rol del derecho penal frente al ius puniendi	10
2.1.1.2 Medidas cautelares en relación con la tutela judicial efectiva	11
2.1.1.3 Prisión preventiva en el Ecuador	12
2.1.1.4 Requisitos para el otorgamiento de prisión preventiva: Art 534 del COIP	13
2.1.1.5 La motivación como regla general para el otorgamiento de medidas cautelares	16
2.1.1.6 El espectro del “arraigo social” en los procesos penales ecuatorianos	17
2.1.2 Elementos casuísticos para la regulación de la prisión preventiva	19

2.1.2.1 Acreditación del peligro de fuga (non-presencia)	19
2.1.2.2 Acreditación de riesgo procesal probatorio	20
2.1.3 Medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva en relación con la percepción ciudadana	21
2.1.3.1 Presión por parte de la víctima del proceso	22
2.1.3.2 La mediatización de los procesos	23
2.1.3.3 Falta de fortalecimiento presupuestario en las medidas cautelares alternativas	24
2.1.4 Comparativa con los presupuestos de la prisión preventiva en Perú	25
2.1.5 Los principios como mandatos de optimización.	28
2.1.5.1 Vinculación inherente de los principios en las normas jurídicas	28
2.1.5.2 La excepcionalidad como parte de la presunción de inocencia	29
2.1.6 CIDH: Principio de excepcionalidad y su sujeción a criterios	29
2.2 Marco legal	31
2.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos	31
2.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	32
2.2.3 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	33
2.2.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos	35
2.2.5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	36
2.2.6 Constitución de la República del Ecuador	36
2.2.7 Código Orgánico Integral Penal	38
2.3 Marco Conceptual	40
CAPITULO III	43
MARCO METODOLÓGICO	43
3.1 Diseño y Tipo de Investigación	43
3.2 Recolección de la Información	44
3.3 Tratamiento de la información	46
3.4 Operacionalización de Variables	47
CAPÍTULO IV	51
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	51
4.1 Análisis, interpretación y discusión de resultados	51
4.1.1 Encuestas a abogados en libre ejercicio	51
4.1.2 Entrevistas a fiscales	59
4.1.3 Entrevistas a jueces	65
CONCLUSIONES	70
RECOMENDACIONES	71
PAGINAS DE CIERRE	72
BIBLIOGRAFÍA	72
Bibliografía	72

Índice De Tablas

Tabla 1 Operacionalización De Variables	47
Tabla 2 Primera pregunta de Encuesta	51
Tabla 3 Segunda pregunta de Encuesta	52
Tabla 4 Tercera pregunta de Encuesta	53
Tabla 5 Cuarta pregunta de Encuesta	54
Tabla 6 Quinta pregunta de Encuesta	55
Tabla 7 Sexta pregunta de Encuesta	57
Tabla 8 Séptima pregunta de Encuesta	58

Índice De Gráficos

Gráfico 1 Primera pregunta de Encuesta	51
Gráfico 2 Segunda pregunta de Encuesta	52
Gráfico 3 Tercera pregunta de Encuestas	53
Gráfico 4 Cuarta pregunta de Encuesta	54
Gráfico 5 Quinta pregunta de Encuesta	56
Gráfico 6 Sexta pregunta de Encuesta	57
Gráfico 7 Séptima pregunta de Encuesta	58

UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO

Resumen ejecutivo con identificación de palabras clave

“REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA
TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN
LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD,
CONTEMPLADO EN EL ART. 77.1 DE LA
CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR,
AÑO 2021”

Autora:

Andrea Pierina Lupino Muñoz

Tutor:

Dr. Cristóbal Machuca Reyes

Palabras clave: *Requisitos - Prisión preventiva – excepcionalidad – medidas cautelares*

RESUMEN

El presente trabajo de investigación versa en torno a la prisión preventiva en el Ecuador y la violación a la excepcionalidad expresada desde la misma normativa penal en cuanto a los requisitos de procedibilidad ya que estos no se acoplan a los mandatos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, misma que sugiere que se reduzcan los tipos penales en los que sea aplicable la medida cautelar de última ratio. La problemática que se encontró es jurídica sin embargo su incidencia genera varios matices adicionales que imposibilitan el desarrollo estatal en materia penitenciaria. El objetivo de la investigación fue analizar si los requisitos de procedibilidad de la prisión preventiva expresados en el artículo 534 del COIP, promueven la violación del principio de excepcionalidad, lo que concuerda con la idea a defender del trabajo investigativo que en síntesis sugiere que efectivamente lo hace. La metodología aplicada tiene un enfoque de diseño cualitativo con un tipo de estudio de corte exploratorio lo que permitió aplicar el método de análisis, síntesis y deductivo lo que coadyuvó con la organización de la información recolectada a través de encuestas, entrevistas y técnicas documentales receptadas en libros físicos y digitales referente al poder punitivo del estado, el rol del derecho penal, las medidas cautelares, su naturaleza, la tutela judicial efectiva, y por otro lado la variable de la excepcionalidad en la que identificó la definición de los principios generales del derecho, la excepcionalidad y su relación con la presunción de inocencia, temáticas que permitieron la construcción del marco teórico. La idea a defender de la presente investigación fue confirmada toda vez que el legislador no ha tomado en cuenta la clasificación que de manera tácita ha realizado en otros abordajes donde en delitos menores de cinco años son permitidos beneficios penitenciarios, sin embargo no lo ha direccionado a la prisión preventiva.

Abstract

This research work deals with preventive detention in Ecuador and the violation of the exceptionality expressed from the same criminal regulations regarding the procedural requirements since these do not comply with the mandates of the Inter-American Court of Human Rights, which suggests that the criminal types in which the last ratio precautionary measure is applicable be reduced. The problem that was found is legal, however its incidence generates several additional nuances that make it impossible for the state to develop in penitentiary matters. The objective of the investigation was to analyze whether the procedural requirements of preventive detention expressed in article 534 of the COIP promote the violation of the principle of exceptionality, which is consistent with the idea to defend the investigative work, which in synthesis suggests that it is indeed does. The applied methodology has a qualitative design approach with an exploratory type of study, which allowed the application of the analysis, synthesis and deductive method, which contributed to the organization of the information collected through surveys, interviews and documentary techniques received in physical and digital books regarding punitive state power, the role of criminal law, precautionary measures, their nature, effective judicial protection, and on the other hand the variable of exceptionality in which he identified the definition of the general principles of law, exceptionality and its relationship with the presumption of innocence, themes that allowed the construction of the theoretical framework. The idea to defend this investigation was confirmed since the legislator has not taken into account the classification that has been tacitly made in other approaches where in crimes under five years are allowed prison benefits, however it has not directed it to preventive detention.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se encuentra direccionada a revelar una problemática que genera la inobservancia de un precepto constitucional denominado principio de excepcionalidad el cual se encuentra constituido como parte de los Derechos Humanos y posteriormente reconocido en artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador , que refiere a utilizar la privación de libertad como un mecanismo de última instancia para proteger el debido proceso en el que toda persona debe considerarse inocente mientras no exista en su contra sentencia condenatoria, por lo tanto el Estado a través de su función legislativa y judicial debe encaminar sus decisiones a la preservación de la naturaleza excepcional plenamente identificada en la norma.

Las medidas cautelares pretenden garantizar la comparecencia del sujeto procesal procesado en la prosecución del proceso, para el efecto son seis las medidas declaradas en el Código Orgánico Integral Penal determinando como última a la prisión preventiva sin embargo en torno a la problemática de la presente investigación esta medida cautelar que debe ser excepcional, es aplicable en la mayoría de infracciones penales en el grado de delito. La relevancia de la investigación realizada a través del método analítico, de síntesis y deductivo demuestra la vulnerabilidad del sujeto procesal que no goza del ejercicio del poder punitivo estatal ya que desde el enfoque normativo, se vulnera la excepcionalidad con la que debe ser tratada la referida medida cautelar.

El Capítulo I, mantiene todo lo que respecta al problema de investigación y la disgregación de sus elementos, referente a los índices estadísticos que permitieron la comprensión de la problemática; la idea que se defiende en la investigación; los objetivos y la justificación. La realización de este capítulo permitió sistematizar la información de forma que su desenlace sea realizado en forma ordenada apuntando a encontrar la información válida para el desarrollo de la investigación.

El Capítulo II de la presente investigación concibió la generación de un marco teórico que aportó con la base literaria respecto a la variable de la prisión preventiva como: definiciones básicas, elementos casuísticos para el otorgamiento de la medida cautelar, la mediatización de las causas, el fortalecimiento de las medidas cautelares no privativas de libertad, la figura conocida como arraigo social; y demás información relevante respecto a la variable. Por otro lado la variable de la excepcionalidad cuyo mayor aporte fue de índole jurisprudencial toda vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha encargado de realizar un desarrollo dogmático de el principio de la excepcionalidad, su relación con la presunción de inocencia, y el test de necesidad y proporcionalidad de las medidas. En el Capítulo II se desarrolló el marco legal que aportó con toda la base normativa que sustenta la idea a defender de la presente investigación. Por otro lado como último punto de el segundo capítulo se realizó un marco conceptual en el que se establecieron términos trascendentes con su significado científico para la comprensión del lector.

El Capítulo III contiene el aspecto metodológico utilizado en la presente investigación cuyo diseño versó sobre el enfoque cualitativo, y el tipo de investigación exploratoria, permitiendo la observación y el uso de técnicas de recolección de información como las encuestas y entrevistas, además del uso de material bibliográfico a través de citas.

El Capítulo IV muestra la discusión y el análisis de la información recibida a efectos de la investigación, cuya sistematización se realizó haciendo uso de tablas, gráficos, y resúmenes que permitieron evaluar las respuestas para posteriormente acreditar la idea a defender declarada en el primer capítulo. Para la finalización del proceso investigativo fueron realizadas cinco conclusiones que se encuentran aparejadas con las recomendaciones que en definitiva muestran la vulneración a la excepcionalidad con respecto al requisito de procedibilidad de la prisión preventiva.

CONTENIDO

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del Problema

La prisión preventiva como figura procesal de uso excepcional, tiene su origen como muchas dimensiones en el derecho, por la necesidad de ejecutar un castigo con eficacia. La teoría MOMMSEM, sostenida como la preponderante a través del tiempo menciona que en la época romana la prisión era concebida justamente para evitar la fuga de quienes fuesen a ser procesados, es decir como una medida preventiva. (Alonso, 2017)

El Ecuador ha pasado por la creación de cinco códigos penales, que evolucionaron en función de las garantías que delimitan el ius puniendi del Estado. Entre el desarrollo dogmático de las mismas y la jurisprudencia internacional en relación con el proceso penal llega a contraponerse la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de la víctima, con la presunción de inocencia del procesado, por los que se justifica el nacimiento de la excepcionalidad.

La sustanciación de un procedimiento penal tiene por objeto la determinación de la imposición de una pena, debido a una conducta que se adecúe al tipo penal previamente positivizado de acuerdo con el principio de legalidad, y en el desarrollo del proceso, sin más argumentación justificante se impone la medida cautelar de prisión preventiva. Esta institución procesal como medio de garantizar la comparecencia del investigado, ha sido cuestionada por organismos internacionales vigilantes de los derechos humanos. Las reiteradas intervenciones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos humanos han sido coadyuvantes del desarrollo legal en materia de protección de la persona procesada con especial atención en la prisión preventiva, como en el caso conocido públicamente como CARRANZA ALARCÓN VS ECUADOR (2020)

donde se obligó al país a pagar altas cantidades debido a reparación e indemnización por daño inmaterial, cuando se mantuvo privado de libertad “provisional” al investigado por más de cuatro años.

Cumplimiento No. 14-12-AN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador expone que el 38,85% de la población carcelaria no tienen una sentencia y sólo se encuentran en los centros penitenciarios con orden de prisión preventiva. El hacinamiento carcelario es una de las problemáticas sociales con origen jurídico de mayor relevancia que conduce a la función ejecutiva, legislativa y por supuesto judicial a tomar acciones conjuntas, más el deber de atender esta problemática que repercute en la sociedad, ha quedado exclusivamente a discreción del ejecutor ejercido por el fiscal que lleve un caso, quien solicita exhaustivamente en cualquier delito como primera medida aplicable, la prisión preventiva, y al juzgador la facultad de otorgarla o no sin mayor motivación a más de la petición fiscal, quien dicho sea de paso, tiene el deber de demostrar como requisito concurrente, indicios que demuestren que no hay seguridad de que la persona procesada dará frente al proceso penal en curso, vulnerando de esta la excepcionalidad.

El artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2014) determina la concurrencia de cuatro requisitos que facultan el uso de la prisión preventiva como una medida cautelar, más estos requisitos no simplifican el uso de esta, si no más bien deja altas posibilidades del uso desenfrenado ya que quien lo solicita es fiscalía manifestando:

1.- Se encuentra la necesidad del fiscal de demostrar que ha existido un acto o una omisión, que por su puesto cuando está existiendo una imputación es evidente que el acusador recibió la *notitia criminis* y considera que reúne los elementos.

2.- Se encuentran los indicios de participación, y de igual manera la fiscal estima que sobre el procesado recae la culpabilidad por lo que su actuación generalmente será la solicitud de esta medida.

3.- La necesidad de estatuir que el procesado no comparecerá al procedimiento en su contra, es decir, es fiscalía quien debería demostrar con evidencias fehacientes que la persona pudiese huir y al mismo tiempo hacer una fundamentación, más esto no sucede, y se evidencia por la sobrepoblación habitacional de los centros penitenciarios.

4.- El requisito de que la pena privativa de libertad sea mayor de un año, situación que sucede en la mayoría de los delitos tipificados en nuestro cuerpo legal vigente. (pág. 86)

La problemática es evidente. Al término del 2020 se encontraban alrededor de 40.000 reos a nivel nacional, de los cuales aproximadamente 13.200 tienen interpuesta la medida cautelar de la prisión preventiva de acuerdo con la información provista por la página web del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores en adelante SNAI, siendo este número alarmante, empezando por los espacios reducidos, la capacidad habitacional y financiera de solventar el egreso diario que representa para el Estado, convirtiéndose la situación penitenciaria en una crisis que atenta a los derechos humanos por lo tanto toma mayor complejidad cuando en realidad el 38,85% de aquellos internos, ni si quiera cuentan con una sentencia ejecutoriada que determine la culpabilidad.

Es decir, quienes se topan con la imposición de esta medida cautelar solicitada por el ministerio público, en nuestro país el fiscal, aún conociendo de que preserva el estatus de inocencia, estaría siendo sometido a este entorno de vulneración de derechos humanos en los centros penitenciarios, por el uso no excepcional de la medida.

Si se realiza una prospección se determinaría sin temor a dudas que con el aumento gradual poblacional, y falta de recursos gubernamentales empeoraría abruptamente la situación del Ecuador al punto de ser insostenible la evidente vulneración de derechos humanos dentro de los recintos y con mayor énfasis al crecimiento desmedido de ciudadanos sometidos a esta problemática, sin si quiera gozar de la oportunidad de defenderse en libertad.

Aunque la norma suprema manifieste que la privación de libertad se deberá utilizar excepcionalmente, y el código orgánico integral penal determine que se priorizarán las medidas cautelares no restrictivas, estas se pueden entender como prerrogativas, ya que taxativamente no se encuentra el criterio que permita al juzgador ponderar la necesidad de interponer la prisión provisional.

1.2 Formulación del Problema

¿Los requisitos de procedibilidad de la prisión preventiva tipificados en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal inciden en la violación del principio de excepcionalidad contemplado en el art. 77 numeral 1 de la Constitución del Ecuador?

1.3 Objetivos

Objetivo General

Analizar los requisitos de procedibilidad para el otorgamiento de la medida cautelar de prisión preventiva tipificados en el artículo 534 del COIP con la aplicación de encuestas y entrevistas dirigida a profesionales del derecho y su incidencia en la violación al principio constitucional de excepcionalidad.

Objetivos Específicos

- Argumentar la incidencia en la vulneración al principio de excepcionalidad, mediante la revisión de información teórica: jurisprudencial y doctrinaria que permitan la indagación oportuna del objeto de investigación.
- Aplicar entrevistas y encuestas que coadyuven en el análisis de la percepción profesional en cuanto a la vulneración del principio de excepcionalidad al otorgar prisión preventiva.
- Argumentar las consecuencias sociales que se originan a partir de la vulneración a la naturaleza excepcional de la prisión preventiva.

1.4 Justificación

El artículo 11 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la presunción de inocencia, principio positivizado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 77 y materializado en el derecho penal por medio de las garantías en el mismo establecidas, entre ellas, el principio de excepcionalidad.

La normativa penal vigente determina requisitos en su artículo 534 que facultan al juzgador a dictar la medida cautelar de prisión preventiva, cuando así el fiscal lo haya solicitado, estos requisitos estipulados en la norma, son características propias de la posibilidad del cometimiento de un ilícito, y por lo tanto su aplicación no se podría considerar excepcional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso CARRANZA VS ECUADOR manifestó:

Que la prisión preventiva se constituye como la medida con mayor severidad que se puede imponer en un procedimiento penal, por lo tanto debe aplicarse “excepcionalmente” es decir que la regla debe ser la libertad de la persona procesada mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 16)

Es trascendental contrastar la dicotomía que se presenta en el establecimiento de esta medida cautelar de gran severidad, entre la inocencia, y el peligro de fuga, lo expresado por las Cortes de Derechos Humanos, y lo establecido en nuestra normativa, por lo tanto, sin temor a caer en equivocación el presente estudio es importante como un aporte en el proceso penal ecuatoriano.

Las estadísticas, son una referencia clara de la problemática de acuerdo con la cantidad de privados de libertad de forma preventiva y los tipos de delitos que presuntamente han cometido, misma que sirve como fundamento para su determinación luego del análisis detenido de los matices que lo componen, junto a la participación en cuanto a entrevistas por parte de los actores en este conflicto jurídico-procesal penal.

Es de esta forma, que el presente trabajo de investigación es necesario en la búsqueda de un sistema procesal penal equilibrado, que respete las garantías que revisten al ciudadano y que a su vez contribuya en estudios posteriores.

1.5 Variables

Variable dependiente: Principio de excepcionalidad

Variable independiente: Requisitos de procedibilidad de la prisión preventiva tipificados en el Art. 534 del COIP

1.6 Idea A Defender

Los requisitos de procedibilidad vigentes en el COIP para dictar prisión preventiva como medida cautelar en el Ecuador, vulneran el principio de excepcionalidad manifestado en la Constitución.

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

2.1 Marco Teórico

2.1.1 El ejercicio del poder punitivo del Estado

La expresión del *ius puniendi* del estado, enuncia la trascendental entrega de una parte de la libertad de la sociedad, a fin de que sea el Estado el titular de la criminalización de las conductas con el objeto alcanzar el orden.

De acuerdo con la máxima de Aristóteles el ser humano es un ser social por naturaleza, imposibilitado a subsistir sin la interacción en sus comunidades, y es en medio de aquella interrelación en la que empiezan las manifestaciones de poder que responden a la satisfacción personal de necesidades, por ello se tornó imperante el acuerdo de ceder poder a un ente regulador y represivo de las conductas lesivas al interés general y particular.

La época romana es el punto de partida de una jerarquización de poder y aunque la sangre no dejaba de derramarse, se legitimaron mandos de poder para su ejecución.

Lo justifica Beccaria y manifiesta textualmente:

Fue la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquélla solo que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no derecho. Obsérvese que la palabra derecho no es contradictoria de la palabra fuerza; antes bien aquélla es una modificación de ésta, cuya regla es la utilidad del mayor número. (Beccaria, 2015, pág. 20)

El poder punitivo del estado se conoce también como derecho penal subjetivo sin embargo de acuerdo con Zaffaroni (1986) este término no significa que la manifestación delictual vulnere un derecho subjetivo del estado ya que para el jurista es inadmisibles que se criminalice a un homicida por lesionar un derecho subjetivo del estado, y no por la protección del bien jurídico: vida de la víctima, si no que este debe representar e imponer la defensa de los agravios por medio

de la utilización del derecho penal objetivo, es decir al ordenamiento jurídico constituido por el Estado.

Para Zaffaroni (2012) “El modelo punitivo no es un modelo de solución de conflictos, sino de decisión vertical de poder” (pág. 2). Esta potestad única y exclusiva del estado, al ser amplia, se rige por principios o máximas que imposibilitan el uso de medidas que atenten contra los derechos de las personas que componen dicha sociedad.

2.1.1.1 Rol del derecho penal frente al ius puniendi

Una de las más grandes hazañas de ejercitar el poder punitivo estatal es que precisamente este no pueda volverse abusivo con los miembros de la sociedad y al mismo tiempo contraproducente para el estado en tanto se pretenda revertir esta cesión de libertades y se termine en un estado anarquista.

Por ello nacen los estados constitucionales de derechos, donde impera la sujeción estricta de todos, a la norma suprema, es así que todo habitante se encuentra sujeto a la ley y por ello nace la exigencia del respeto a principios desarrollados ampliamente a través de la historia, procurando hacer de la vía penal el último recurso y que el estado no tenga un papel protagónico de policía si no que de consolidar la vigencia de la norma de una forma equilibrada entre víctimas y victimarios.

El Código Orgánico Integral penal, ley que rige el territorio ecuatoriano en material penal de forma integral, expresa en su artículo 1 lo siguiente:

Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 5)

Evidencia entonces, que el derecho penal busca ser la contención del poder punitivo, y de acuerdo al texto constitucional el Ecuador busca mantener una intervención mínima de derecho penal, en el que no sea la regla general sino el

último recurso en todas sus etapas, ya que la persecución puede agobiar el sentido de la sujeción al estado y defraudar los más intrínsecos derechos humanos.

Surge así el garantismo en el sistema penal, Ferrajoli (1997) expresa que aún cuando el derecho penal gira alrededor de límites y contenciones, este no deja de ser un acto violento secundario de parte del estado y la colectividad en contra de un individuo, esto quiere decir de acuerdo con el jurista, que el derecho penal lleva de forma inherente una excesiva manifestación de brutalidad.

2.1.1.2 Medidas cautelares en relación con la tutela judicial efectiva

Desde la perspectiva del inicio de un proceso penal, se encuentra la manifestación de la cesión de libertad a cambio de orden, esta se evidencia a través de las medidas cautelares que persiguen el fin de la comparecencia de los procesados ante las autoridades, de esta forma se garantiza la tutela judicial efectiva de las víctimas.

De acuerdo con la sentencia N.º 108-15-SEP-CC de la Corte Constitucional la tutela judicial efectiva:

Implica una serie de actuaciones por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República para la obtención de una resolución judicial motivada. Por tanto, los operadores de justicia deben enmarcar sus actuaciones al debido proceso, sin ninguna especie de condicionamientos, en observancia de las disposiciones constitucionales y legales aplicables al caso concreto. (Corte Constitucional del Ecuador, 2015, pág. 7)

De allí la necesidad de crear los mecanismos legales pertinentes para que las víctimas celebren una justicia pronta y sin dilaciones, esto en los inicios de los procesos legales, se traduce en la incorporación de medidas cautelares que, de acuerdo con el Diccionario Jurídico Elemental, “Son las dictadas con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho” (Cabanellas, 2006, pág. 241)

El Código Orgánico Integral Penal (2014) reúne en el artículo 522 las modalidades de medidas cautelares siendo:

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 electrónico.
5. Detención.
6. Prisión preventiva. (pág. 85)

El uso de las medidas cautelares no privativas de libertad, se deben priorizar según se estipula en el artículo 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) “La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley” (pág. 60). Estas medidas debiesen resultar eficientes ante la expresión de su necesidad de resguardar la tutela judicial efectiva, y al darle un uso estrictamente excepcional a la prisión preventiva, se resguarda al mismo tiempo las garantías del procesado.

De acuerdo con el artículo 519 del COIP estas medidas se justifican siempre que se otorguen para: a) proteger los derechos de las víctimas; b) garantizar la presencia del procesado, cumplimiento de la pena, y reparación; c) evitar la obstaculización de la práctica de pruebas, d) garantizar la reparación integral a las víctimas.

2.1.1.3 Prisión preventiva en el Ecuador

La Comisión Interamericana entiende por prisión o detención preventiva a todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme. (CIDH, 2013, pág. 13)

La prisión preventiva en el Ecuador es una medida cautelar de uso excepcional que se aplica para garantizar la comparecencia del procesado ante un proceso penal, esta finalidad establecida en el artículo 534 del COIP, difiere de la finalidad de la naturaleza de las medidas cautelares en su generalidad al sólo tomar en cuenta el literal b de este artículo.

Pese a ello es imperante resaltar lo que persigue la Constitución Ecuatoriana a través de la privación de la libertad y manifiesta en la parte pertinente del artículo 77.1:

La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 58)

El COIP expresa que para poner en conocimiento del juzgador la necesidad de hacer efectiva una medida cautelar incluida la prisión preventiva es necesaria la solicitud fiscal y que esta se encuentre fundamentada para que el juzgador deba taxativamente hacer un análisis de necesidad y de proporcionalidad de la medida y que esta se adecue a estos preceptos constitucionales.

2.1.1.4 Requisitos para el otorgamiento de prisión preventiva: Art 534 del COIP

El artículo 534 del COIP decreta cuatro requisitos que deben ser concurrentes para el otorgamiento de una medida cautelar con tal nivel de excepcionalidad, tomando en cuenta que el procesado está revestido de la presunción de inocencia.

Ahora bien, se determina la necesidad de que fiscalía cuente con elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito. Los elementos de convicción responden a todo indicio, pesquisa fruto de una investigación policial dirigida por fiscalía, que le permita determinar con mayor certeza que efectivamente se ha incurrido en una infracción penal, en la que corresponde el ejercicio de la acción penal pública.

El análisis de los elementos de convicción se discute entre una observación meramente formal, o de fondo para llegar a esa certeza, es decir tomar en cuenta la legalidad de los hechos investigados.

Moreno Nieves afirma lo siguiente:

Podría constituir una defensa ineficaz, que el abogado defensor, no verifique que los elementos de convicción que le están siendo trasladados y que pretenden sustentar un pedido de prisión preventiva, son el resultado de un procedimiento ilegal, ya sea en su obtención, o que, habiendo sido obtenidos legalmente, no cumplan con los requisitos legales para su valoración, o que no hayan sido trasladados de manera debida al proceso penal en el que se pretende la aplicación de la medida cautelar. (Moreno, 2019, pág. 39)

Por otro lado la norma en el artículo 534 del COIP exige la existencia de elementos de convicción que recojan la posibilidad de que la persona procesada tenga un grado de participación en el proceso penal que sigue la fiscalía, sea esta de autoría o participación.

Según Guillermo Cabanellas (2006) “El sujeto activo del delito y el que coopera a su realización como cómplice o autor moral” (pág. 34)

Se debe recordar que la solicitud fiscal debe estar motivada, para que el juez proceda a la valoración de la necesidad y proporcionalidad, no puede esta solicitud estar constituida por meras presunciones, por eso manifiesta este apartado que los indicios que se manifiestan por presunciones no pueden significar razón suficiente y menos aún utilizar el parte policial para asegurar los elementos de convicción en tanto este es sólo referencial. Fiscalía para hacer esta aseveración debiese haber valorado pruebas de cargo y de descargo que estén en la esfera de su conocimiento de acuerdo con el principio de objetividad, situación que en la práctica muy poco sucede, ya que sólo se impone como el órgano persecuidor que solicita indiscriminadamente la prisión preventiva vulnerando en ocasiones la igualdad de armas en la determinación de esa autoría o participación.

En palabras de Ramiro Ávila:

Cuando fiscales y personas procesadas se les prive simultáneamente de su libertad durante el proceso, o en ningún caso se les prive de libertad mientras se desarrolla el proceso, entonces se garantizará la igualdad de armas en el proceso penal.

La prisión preventiva otorga una ventaja injustificable a favor de la fiscalía y en desmedro de la persona procesada. (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, 2021, pág. 19)

El COIP también determina la necesidad de concurrir con el requisito de demostrar sólo *indicios* de los que se desprenda que las demás medidas cautelares son insuficientes, y ya no elementos de convicción.

Generalmente se confunde al indicio con la presunción y, en la práctica, se los trata en forma indiferenciada; vamos a aclarar este asunto estableciendo su diferencia. Las presunciones no son indicios; se basan en indicios. Los indicios son los soportes de las presunciones, son los elementos básicos para su formulación. Las presunciones no se prueban, se infieren. Los indicios se prueban. Los indicios son anteriores; las presunciones, posteriores. Las presunciones son el resultado de la inferencia que se obtiene en base a los indicios. (Carrión, 2008, pág. 284)

Para el análisis se debe traer al debate la diferencia entre *indicio* y *elementos de convicción*. El indicio obliga al investigador a seguir en el proceso hasta obtener elementos claros para la acusación, pero estos indicios arrojan una presunción. Por su parte el elemento de convicción ya han convencido al investigador y están próximos a ser evacuados para convertirse en pruebas.

De esta forma se observa que los indicios forjan una mera presunción fiscal, convirtiéndose en insuficiente para determinar que las demás medidas cautelares no privativas no puedan aplicarse. Se hace necesaria la exigencia de elementos de convicción. Fiscalía tiene una gran labor ¿Cómo *probar* que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes, si al procesado no se le ha dado otra medida antes?

Para el efecto se encuentra intrínseco en el sistema penal ecuatoriano, una figura de la que se hablará más adelante, que no justifica en lo absoluto este tercer requisito, pero es utilizada como tal: “*el arraigo social*”.

Como último requisito, la ley solicita que la infracción por la que se está requiriendo el uso de prisión preventiva, sea superior a un año.

La superioridad a un año como pena privativa de libertad se puede observar en la mayoría de delitos en el Código Orgánico Integral Penal, a excepción de las

contravenciones y de ciertos delitos, pero por mayoría el COIP integra penas de más de un año, dando así un requisito que no se traduce en excepcionalidad. La CIDH hace un informe, en el que le da pautas al poder legislativo y determina que es necesario “Aumentar el número de las figuras delictivas respecto de las cuales no cabe la posibilidad de aplicar la prisión preventiva” (CIDH, 2017, pág. 14)

Esto, en suma no se cumple en Ecuador al reconocer que la mayoría de delitos responden a penas mayores a un año, el profesor Zambrano Pasquel menciona por un medio audiovisual, que esto funcionaba cuando las penas no excedían los 16 años de privación de libertad, más su uso en el año 2021 cuando las penas pueden llegar a ser de 40 años, supone la trasgresión de la excepcionalidad.

2.1.1.5 La motivación como regla general para el otorgamiento de medidas cautelares

La motivación en las decisiones y resoluciones judiciales y administrativas es tomada bajo un precepto constitucional como un derecho de tal forma que en el artículo 76 se asegura el derecho al debido proceso, y dentro de este el derecho a la defensa que se blinda por medio de varias garantías una de ellas la motivación.

El artículo 76 numeral 7 literal l reza:

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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 37)

Se desprende de esta disposición constitucional un deber, no una prerrogativa, si no el deber de que la decisión se funde en la verificación de la verdad procesal que se pueda subsumir en los preceptos normativos de la materia, so pena de nulidad. La nulidad acarrea que todo lo ventilado en el proceso se tome como no actuado. La constitución no exige una motivación correcta si no suficiente.

El juez de la actual Corte Constitucional, Alí Lozada en la sentencia 1158-17-EP/21 manifiesta:

la garantía de la motivación –por sí sola– no asegura a las personas que las decisiones de las autoridades públicas cuenten con una motivación correcta conforme al Derecho y conforme a los hechos, sino que tengan una motivación suficiente⁵ : suficiente para que el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa puedan ser efectivamente ejercidos con miras a enmendar las incorrecciones en que incurrieren los actos del poder público. (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, 2021, pág. 7)

Toda decisión incluye los autos de prisión preventiva ya que se trata de la limitación de un derecho fundamental como es la libertad que estrictamente debe perseguir fines procesales, como la comparecencia al proceso. Por lo tanto la motivación del otorgamiento de esta medida de última ratio debe responder a los requisitos del 534 del COIP, en el que las características del caso concreto lleguen al juzgador de tal forma que no quede duda de que la prisión preventiva es la única forma de llegar a la tutela judicial efectiva y que esa imposibilidad es imputable al infractor, y no porque el estado es incapaz de materializar las demás medidas cautelares y se encuentren prescritas como letra muerta.

La Corte IDH en el caso Montesinos Mejía vs Ecuador expresa en su párrafo 109:

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende que para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: i) que existan elementos para formular cargos o llevar a juicio: deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el mismo; ii) que la finalidad sea compatible con la Convención , a saber: procurar que la persona acusada no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia⁹¹; iii) que las medidas sean idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2020, pág. 22)

2.1.1.6 El espectro del “arraigo social” en los procesos penales ecuatorianos

En relación con el requisito de los indicios que permitan identificar que el presunto infractor no comparecerá al proceso, se inauguró la figura del arraigo social. El uso que se le da es conocer si el procesado posee o no una vivienda, para considerar que de esta forma no huirá, también si posee un trabajo estable,

capacidad de pago, o en concreto un aval de que tiene más motivos para quedarse en el lugar donde está siendo procesado o no.

Fiscalía tiene la carga de demostrar que las medidas alternativas son insuficientes, mas en los procesos penales, en la audiencia de formulación de carga, se otorga a petición fiscal la prisión preventiva, porque la defensa no ha demostrado que el procesado posee arraigo social.

Esta práctica constituye una trasgresión a la misma legalidad, debido a que la figura es inexistente, no se encuentra por ningún lado en el Código Orgánico Integral Penal, y el requisito de los indicios de los que habla el numeral 3 del artículo 534 no puede ser concluido sólo por no contar con estabilidad económica.

El juzgador siempre debe considerar el caso concreto en una ponderación abarcadora de todos factores relevantes. Por ende, aunque la Fiscalía lograra comprobar que la persona procesada por ejemplo no dispone de arraigo familiar, no se puede en ausencia de otros elementos - desprender que otras medidas cautelares fueran insuficientes. (Krauth, 2018, pág. 76)

El juez de la Corte Constitucional del Ecuador, Ramiro Ávila (2021) en su voto concurrente de la sentencia hace énfasis a esta figura y expresa textualmente:

Un paréntesis con el famoso y popular “arraigo”, que es una práctica procesal generalizada y perversa en el Ecuador. El arraigo no está contemplado en la ley. A alguien se le ocurrió que si una persona demuestra tener domicilio o trabajo estable, entonces no hay peligro de fuga. Por el contrario, si no tiene domicilio ni trabajo (no tiene arraigo), se presume el peligro de fuga. Si no hay el supuesto arraigo, en la práctica se ha vuelto obligatoria la prisión preventiva. Práctica discriminatoria y, por eso, inconstitucional. Resulta que la gran mayoría de personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, corren el riesgo de ir a la cárcel sin condena. No es justo. La vida es difícil para la gente más excluida. No puede ser que las prácticas procesales la empeoren cuando se las procesa penalmente. (pág. 18)

2.1.2 Elementos casuísticos para la regulación de la prisión preventiva

La casuística hace posible un enfoque de estudio en el que se tomen en cuenta peculiaridades de casos concretos para determinar la forma de actuación de cara a una problemática en este caso social.

Se hace necesaria la incorporación dogmática de los fundamentos para el otorgamiento de prisión preventiva, debido a la dicotomía entre el derecho a la tutela judicial efectiva, y la misma presunción de inocencia del procesado. Para el efecto la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a precisado en dos observaciones de peligros procesales que deben valorarse de forma individualizada: peligro de fuga y peligro de obstaculización de acceso a las pruebas.

2.1.2.1 Acreditación del peligro de fuga (non-presencia)

El peligro de fuga sólo puede ser valorado desde la intención del procesado a no comparecer al proceso penal, para evaluar esa intención no basta con ventilar la capacidad económica del presunto infractor mucho menos que sea la defensa quien tenga que motivar su capacidad de comparecencia.

Es claro que fiscalía como titular de la acción penal pública tiene la carga probatoria, de todo aquello que alegue, y que esto debe nacer de investigaciones previas, incluyendo las circunstancias generales de vida del procesado.

La fuga debe ser evaluada en torno a la individualización del caso concreto y de las particularidades del infractor. En el caso *Romero Feris Vs. Argentina* la CIDH manifiesta textualmente:

La Corte encuentra que los argumentos utilizados para justificar el peligro de fuga, no están basados en hechos específicos, en criterios objetivos y en una argumentación idónea. Por el contrario, los mismos reposan en meras conjeturas a partir de criterios que no se corresponden con las particularidades del caso y que consisten más en bien en afirmaciones abstractas. Lo anterior sería indicativo de un manifiesto y notorio apartamiento de los criterios establecidos por la

jurisprudencia en esta materia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 23)

La fuga constituye un desgaste económico mucho mayor, estudios empíricos de la Defensoría Pública del Ecuador, manifiesta que sólo el 3% de quienes intentaron fugarse lo consiguieron por un lapso no mayor de seis semanas.

Por ello advierte Kauth, que deben someter al análisis aquella:

gravedad de la pena que se espera, arraigo laboral, domiciliario y familiar, importancia del daño y actitud del imputado, comportamiento del imputado en el procedimiento u otro anterior. Lo mencionado son indicios que pueden servir para determinar el riesgo de fuga, pero nunca podrán reemplazar la ponderación en el caso concreto. (Krauth, 2018, pág. 12)

2.1.2.2 Acreditación de riesgo procesal probatorio

El esquema de buscar proteger la verdad material en la búsqueda de información que aporte al proceso es aplicable en medida de alcanzar un estado constitucional de derechos, y hacer efectiva la tutela judicial. Este fin se legitima por la necesidad de que el procesado colabore con elementos de descargo en la investigación referente a su conducta, más en ciertas ocasiones pudiese entorpecer la investigación y es allí donde se valida el riesgo procesal dentro de la actividad probatoria.

El procesado puede actuar impidiendo el correcto funcionamiento de la investigación, y crea peligro procesal, empero para argumentar la privación de libertad bajo este elemento, es necesario hacer una valoración respecto a actos concretos y dolosos donde el procesado ponga de manifiesto su pretensión.

No debe entenderse que quede justificada la privación de libertad con el sólo objeto de facilitar la labor investigativa de fiscalía ya que el estado con todo su imperio tiene otras formas de lograrlo.

La doctrina señala que para fundamentar el peligro de obstaculización las conductas requieren que el peligro sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con decir que tal persona tiene tal o cual cargo para considerarlo peligroso) lo que supone que el riesgo ha de derivar de la realización por parte del imputado

de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba. (López, 2014, pág. 20)

2.1.3 Medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva en relación con la percepción ciudadana

El uso desmedido de la prisión preventiva, no puede deberse a sólo un indicador, ya que el sistema de justicia se encuentra constituido por diferentes actores que de cierto modo no comparten un mismo criterio de política criminal sobre la forma de prevenir la delincuencia, o sobre la forma de sancionar al infractor, sumado a la inexactitud que manifiesta el código penal ecuatoriano, para que fiscal y juez puedan decidir, esto conlleva a no tener un criterio específico para el otorgamiento de la misma, y la convierte en una suerte para el procesado.

Otra de las fuentes de la problemática radica en la observancia de las demás medidas cautelares cuya característica principal es no ser privativas de libertad como insuficientes para garantizar un proceso.

El centro de estudios de justicia de las Américas expresa de manera acertada “a diferencia del mundo anglosajón, de donde estas medidas alternativas fueron tomadas, su introducción no estuvo” (RAMÍREZ, 2016, pág. 36). Las medidas cautelares alternativas entre otras cosas, fueron innovación del sistema penal anglosajón en función de procurar agilizar los procedimientos, al mismo tiempo que se respetan las garantías y principios constitucional, como la presunción de inocencia, pero también para poder en lo posible reducir la estadía de las personas en prisión sólo cuando sea estrictamente necesario, como método incluso de respetar los presupuestos asignados. Estas instituciones del derecho procesal penal han sido aceptadas en las legislaciones penales latinoamericanas, incluido el Ecuador, sin embargo, sin un mecanismo de ejecución viable, estas no pueden ser correctamente aprovechables.

Tener un criterio claro sobre en qué casos resulta imperante la prisión preventiva, para el efecto esta debería ser expresamente indicada por la norma

que el tiempo debe superar los cuatro años de pena privativa de libertad para su otorgamiento, o que como regla general se impone el uso de dispositivos electrónicos, de esta forma se puede conocer fehacientemente que es lo que pretende tutelar el estado.

Por otro lado, la operativización de los organismos que participan en la vigilancia eficaz de las medidas no privativas de libertad. En países como Ecuador resulta más sencillo pretender vigilar al procesado quien es aún inocente desde los centros penitenciarios donde ocurren situaciones que ponen en riesgo su integridad y vida misma. Como ejemplo, el uso de dispositivos electrónicos es una medida cautelar de uso indiciario, cuya suficiencia e idoneidad debe ser evaluada antes de procurar otorgar prisión preventiva, sin embargo, en ponencias, y como será atendido más adelante los jueces han expresado que no existen los suficientes grilletes para su utilización. Esto expresa que no existe la suficiente voluntad política de facilitar el uso de medidas cautelares de menor secuela para el procesado.

Al abarcar la percepción ciudadana se pueden consentir ciertos indicadores que a criterio de la investigadora motivan el uso desmedido de prisión preventiva, estos son: la presión de la propia víctima, la mediatización de los procesos, la falta de fortalecimiento de las medidas cautelares alternativas, la falta de diálogo del sistema penal con la sociedad.

2.1.3.1 Presión por parte de la víctima del proceso

La víctima por su propia calidad en el proceso es quien ha tenido que soportar la vulneración de un bien jurídico cuya afectación anula parcial o permanentemente el desarrollo de su vida. Es por esta razón y la creencia de que la privación preventiva de libertad corresponde a una pena anticipada que las víctimas suelen requerir su inmediata privación de libertad, considerando muy poco que la persona procesada tiene derecho al debido proceso.

La víctima en el proceso penal inquisitivo no tenía la categorización de sujeto procesal, debido a que sólo fiscalía tiene el ejercicio de la acción penal pública,

por lo que se consideraba innecesario a más del posible testimonio, la participación de la víctima.

Hoy en día bajo una constitución garantista, y un sistema procesal penal que responde al sistema acusatorio donde prima la contradicción, la víctima se torna aliado de fiscalía, y de hecho puede impulsar o rechazar actuaciones del ministerio público.

Lo estipula de esta manera Horvitz y López:

Las víctimas disponen de diversos mecanismos para impugnar las decisiones del fiscal o forzarlo a realizar alguna actuación determinada. En consecuencia, pueden reclamar del archivo provisional u obligar al fiscal a continuar la investigación de un caso en que se hubiere hecho aplicación del principio de oportunidad o de la facultad de no iniciar la investigación a través de la interposición de la respectiva. También pueden oponerse a la solicitud de sobreseimiento efectuada por el fiscal y forzar la acusación, cuando tuvieren la calidad de querellante, pudiendo asumir ellas mismas la persecución penal del hecho hasta el término del procedimiento. (HORVITZ LENNON & LOPEZ MASLE, 2002 , pág. 135)

En este sentido el involucramiento de la víctima y la relación directa que esta tiene con la persona procesada motiva a que sea la prisión preventiva la primera medida cautelar a utilizarse como forma de pena anticipada o por considerarse en amenaza.

2.1.3.2 La mediatización de los procesos

Muchas veces la respuesta estatal frente a la delincuencia no es medida por los índices estadísticos de criminalidad, si no por la opinión ciudadana y el grado de aceptación del sistema de justicia. Esto no puede darse así, ya que los sistemas especialmente penales no trabajan para satisfacer opiniones, si no en base a la verdad procesal. No significa que no sea importante la percepción de la sociedad, ya que de hecho el principio de publicidad es el que coadyuva a que la información sea conocida por todos y no se ponga en peligro la imparcialidad, sin embargo, tiene sus aspectos negativos que deben ser contrarrestados con información oportuna y una educación en derechos y garantías.

Para nadie es un secreto que los medios de comunicación juegan un rol esencial en la percepción ciudadana de la “seguridad” y la “criminalidad”. Por ello, la implementación de este tipo de mecanismos requiere un trabajo constante con dichos medios, mediante el cual se les explique que la impunidad no está relacionada con la prisión preventiva. Ahora bien, si estos mecanismos se implementan sin contar con los medios de comunicación, seguramente ellos transmitirán algunos mensajes que no generarán buenos sentimientos hacia las reformas. (Lorenzo, 2010, pág. 22)

La colectividad debe entender que se pueden formular cuestionamientos de las actuaciones que por criterios de especialidad misma, sean desconocidos, empero los medios de comunicación deben ser el camino al entendimiento y a las respuestas por parte de la función judicial. Si la sociedad sigue cuestionando, y no hay respuestas que vayan más allá de los foros jurídicos, entonces se seguirá legitimando el uso preferencial de la prisión preventiva en la mirada colectiva.

La independencia de la función judicial prima ante el esquema muchas veces de escándalo que procura la prensa, o la presión pública para lograr fines que no están legitimados en el estudio del derecho penal, como entender a la medida preventiva, como una sanción.

2.1.3.3 Falta de fortalecimiento presupuestario en las medidas cautelares alternativas

La norma prevé medidas cautelares con menor rigurosidad, la misma constitución advierte que su uso debe ser considerado prioritario, ya que es la privación de libertad la excepción, estas se expresan en el Código Orgánico Integral Penal donde manifiesta que son seis, de las cuales una de ellas es la prisión preventiva.

Su mera existencia gramatical expresada en una norma no se visibiliza cuando no existen los mecanismos operativos para darle cumplimiento. Es decir, incluso abordando el tema anterior en la mirada colectiva, la prohibición de ausentarse del país como medida cautelar alternativa no asegura nada, ya que en la mayoría de casos el carente control de eficiencia de la medida hace que el procesado huya y por lo tanto no comparezca al proceso penal.

Se torna imperante el fortalecimiento de las instituciones que operativicen las demás medidas cautelares.

Una de las medidas con menor atención estatal son los dispositivos electrónicos de vigilancia legitimados desde el año 2017.

Desde el punto de vista físico o material el DVE es: un instrumento o aparato electrónico configurado físicamente para ser colocado en la muñeca, brazo (brazalete) o tobillo de una persona que envía señales a una central o estación de vigilancia o monitoreo. Desde el punto de vista formal-legal se trata de una medida cautelar alternativa y sustitutiva a la prisión preventiva, que permite tener vigilada y monitoreada a una persona en forma permanente y que se halla fuera del recinto carcelario. (Saurez Valero & Mendoza Corral, 2018, pág. 25)

Aun siendo una manera idónea de garantizar la comparecencia al proceso penal, la inexistencia o deterioro de los grilletes no hacen posible su uso.

De acuerdo con los datos del Servicio Nacional de Atención Integral de Privados de Libertad (SNAI), hay 2.788 grilletes dañados de un total de 4.000. Es decir, el 70% de los Dispositivos de Vigilancia Electrónica (DVE) tiene problemas.

De esos 2.788, un total de 1.337 están inservibles, a otros 455 les falta la correa y 372 podrían ser arreglados. Hasta el 2 de marzo, cuando el SNAI envió la información a Plan V, todavía faltaba por revisar los daños de 624 grilletes. (PlanV, 2021, pág. 1)

2.1.4 Comparativa con los presupuestos de la prisión preventiva en Perú

Perú es uno de los precursores del cambio al modelo acusatorio en el sistema penal, aunque muchos juristas peruanos expliquen que el sistema inquisitivo aún se evidencia en varias partes del proceso ordinario penal ya que la constitución política de Perú no contempla las garantías que contempla la constitución ecuatoriana.

Aún así, en el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal del Perú se determinan los presupuestos materiales.

Los presupuestos procesales vienen a ser los requisitos necesarios para el correcto inicio y desarrollo del proceso en cuanto a situaciones netamente procesales que permitan la admisibilidad de una demanda y declarar la validez del proceso; en cambio, los presupuestos materiales o sustanciales, se refieren a situaciones de fondo de la controversia que permiten al juzgador poder emitir la sentencia de mérito respectiva incluso favorable, caso contrario puede surgir una

resolución inhibitoria o en su defecto que se acepten las excepciones propuestas, pues las mismas atacan exclusivamente a las pretensiones. (Asociación Ecuatoriana de Magistrados y jueces, 2020, pág. 1)

Los presupuestos materiales van a determinar de acuerdo a las circunstancias particulares de los involucrados, su situación jurídica a criterio del juzgador.

Perú estatuye en el mencionado artículo lo siguiente:

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). (SAN MARTÍN CASTRO, 2003, pág. 1099)

Inicialmente se puede observar que al igual que la regla ecuatoriana, este se refiere a la concurrencia de elementos, es decir que no puede obviarse la inexistencia de uno y hacer valer otro para el otorgamiento de la prisión preventiva, si no que cuando el juzgador acepte la solicitud fiscal, esta debe cumplir con todos los elementos.

Por otro lado, se diferencia en la utilización del término *presupuesto*, cuando la norma penal ecuatoriana hace mención del *requisito*. Ya definido el concepto de los presupuestos en este caso materiales, y tener en consideración que estos llevan al juzgador a analizar las características propias del caso en concreto, se debe definir al requisito y este según la enciclopedia jurídica online es la “circunstancia o condición necesaria para la existencia o ejercicio de un derecho, la validez y eficacia de un acto jurídico o la exigencia de una obligación” (Enciclopedia jurídica, 2020).

Se puede entonces estimar entonces que se trata de un *check list*, que origina con todo derecho la posibilidad de otorgar una medida cautelar que tiene como naturaleza su excepcionalidad.

Son tres los presupuestos determinados en la normativa peruana, mientras que en el Ecuador son cuatro requisitos. El primero de ellos refiere muy similar al COIP que deben existir elementos de convicción es decir aquellos que posteriormente alcanzan valor probatorio, de la materialidad de un hecho delictivo, y de que la persona procesada ha tenido participación en el mismo. En Ecuador, este presupuesto, se encuentra dividido en dos numerales.

Una diferencia radical con el país vecino es que su segundo presupuesto material va a llevar a la consideración del juzgador, sobre el tiempo de la pena, esta debe exceder los cuatro años de privación de libertad así conlleva a que los delitos de menor peligrosidad a los que de hecho se le pueda conceder un beneficio como la suspensión condicional de la pena, o un régimen diferente no pueda otorgarse prisión preventiva. Es favorable si se realiza un análisis de proporcionalidad con el acto delictivo, ya que para otorgar prisión preventiva se debe considerar si esta medida afectaría o no más de lo que se pretende proteger, este al ser menor de cuatro años expresa su disminuida conmoción social, lo cual hace efectivo que el estado no vulnere el derecho de defenderse en libertad de la persona procesada. Por el contrario la legislación penal ecuatoriana, acepta que esta medida de última ratio proceda desde el año, esto cae en la generalidad de los tipos penales.

Su tercer presupuesto varía de la norma penal ecuatoriana, ya que hace alusión a los antecedentes personales del procesado para el análisis del juzgador sobre el otorgamiento de la medida, pero manifiesta el término *razonablemente* de forma taxativa por lo que obliga al juzgador a hacer el exámen de razonabilidad. Este es un principio que va de la mano con la proporcionalidad.

La razonabilidad como principio del derecho se significa como un instrumento que permite interpretar, dirigir o pragmatizar al legislativo en la creación de las normas; también funge como integrador, en tanto que proporciona criterios de solución en caso de resolver la existencia de una laguna en la Ley; también funge de manera limitativa, ya que establece límites al ejercicio de determinadas facultades; asimismo opera también como fundamento de los ordenamientos, por cuanto que legitima o en su caso, reconoce en su validez, otras fuentes de derecho; también es sistematizadora del orden jurídico. Sin el principio de razonabilidad sería imposible proveer de proporcionalidad lógica

entre los medios y los fines de una norma, para que sea considerada legítima. (de la Rosa Escalante & Serrano Castro, 2019, pág. 112)

La razonabilidad permite encontrar la motivación correcta para expresar el porqué se toma una decisión y limitar de esta forma al poder punitivo del estado en la toma de decisiones que pudiesen tornarse arbitrarias, aunque los criterios emitidos por la CIDH sobre la aplicación de instituciones y principios del derecho, tienen carácter vinculante en las decisiones judiciales y legislativas, Perú ha procurado determinar su aplicación desde la norma.

2.1.5 Los principios como mandatos de optimización.

Los principios son máximas del derecho, al igual que las reglas se constituyen en los ordenamientos jurídicos como normas, pero estas propugnan su utilización de la forma más reiterada posible. Por lo tanto, según Alexy los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que puedan ser cumplidas en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de posibilidades reales sino también de las jurídicas. (Alexy, 1993, pág. 86)

Son entonces mandatos de optimización que resultan útiles para la ponderación de mandatos objetivos, es decir que se encuentran en cuerpos normativos. Por ello parte de la corriente positivista ha sumado como una fuente a los principios generales del derecho.

Entre dos derechos que coligen, se realiza una interpretación que más favorezca a las máximas del derecho, es decir a los principios como normas abstractas. Los principios de igual forma son inspiración para absolver antinomias, o para satisfacer lagunas legales.

2.1.5.1 Vinculación inherente de los principios en las normas jurídicas

La constitución del Ecuador expresa que el país es un estado constitucional de derechos, que se somete a la carta magna y a las leyes que de ella se emanen. Esta constitución recoge principios de aplicación que son generales. Al establecerse la línea positivista deben las leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos, ordenanzas, tomarse de ella para que no entren en conflicto. Esto

advierte que la función legislativa tiene a su cargo la obligación de conducir aquellos principios a la positivización de cuerpos normativos que sean acordes por lo que se deduce, que los principios son parte intrínseca de la normativa.

2.1.5.2 La excepcionalidad como parte de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia en el derecho penal es una máxima de garantía para la persona procesada, desde la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La presunción de inocencia es inherente al ciudadano, y lo protege de que sea tratado como autor de un hecho, sin que este haya sido probado haciendo uso del debido proceso y haya concluido mediante una sentencia firme que resuelva su culpabilidad.

Esta presunción es irrefutable, es absoluta, por lo tanto, el sujeto investigado debe estar en goce de todos sus derechos incluido el derecho a la libertad y ésta sólo puede restringirse excepcionalmente respondiendo a las necesidades procesales de comparecencia.

El criterio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva está directamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia. El fundamento del uso excepcional de esta medida cautelar estriba precisamente en el hecho de que es la más severa que se puede imponer a un imputado, pues implica precisamente su encarcelamiento, con todas las consecuencias reales que esto conlleva para él y su familia. (CIDH, 2013, pág. 59)

2.1.6 CIDH: Principio de excepcionalidad y su sujeción a criterios

La excepcionalidad es el principio que precautela en el derecho procesal penal a la presunción de inocencia, tal como ha sido abarcado anteriormente. Empero esta excepcionalidad se sujeta a criterios limitadores que deben ser evaluados para determinar si utilizar esta medida de última ratio, resulta idónea para cumplir con el objetivo procesal.

De acuerdo con la CIDH, debe tomarse en cuenta la necesidad de la medida y la proporcionalidad.

Necesidad: La necesidad es el criterio que se debe tomar en cuenta para evaluar la inexistencia de otro medio con menor rigurosidad para garantizar la comparecencia de la persona procesada.

De acuerdo con el criterio de necesidad, la prisión preventiva, al igual que el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos. Es decir, que sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. (Rosa, 2016, pág. 12)

No se restringe la valoración de la necesidad a la audiencia de formulación de cargos donde el fiscal cuente con *indicios* para solicitarla, sino que se extiende a cualquier momento procesal en el que hayan cambiado las circunstancias que motivaron el otorgamiento de la medida cautelar excepcional.

Esto fue expresado en el reciente fallo de la Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 8-20-CN/21 párrafo 51:

Cabe mencionar que esta limitación a la sustitución de la prisión preventiva que imposibilita examinar la necesidad y proporcionalidad de la misma no se ve saneada por la posibilidad de apelar la prisión preventiva, pues como ha quedado anotado esta puede perder su justificativo constitucional a lo largo de su vigencia. (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, 2021, pág. 11)

Proporcionalidad: El análisis de proporcionalidad equivale a la ponderación de lo que se pretende alcanzar en relación al daño que pudiese ocasionar.

Una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, pág. 26)

Si se hace una relación entre el sistema carcelario en este momento, y el delito de hurto podría de primera mano considerarse desproporcional la medida, en razón de que el daño que se ocasiona al investigado excedería al fin que se

pretende cautelar, y en definitiva cualquier medida no privativa sería proporcional al daño causado si se llegase a dictaminar sentencia condenatoria.

2.2 Marco legal

2.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el documento que goza de la consideración de ser el primer documento en que la mayoría de países legitimaron los derechos inherentes al ser humano que ameritan mayor protección estatal, como el derecho a la libertad, dignidad, justicia y paz.

Esta declaración fue adoptada en 1948, y se encuentra constituida por 30 derechos inalienables e independientes, como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, a la libertad de elección, y en cuanto a los derechos de las personas parte de un proceso judicial mantiene los siguientes artículos:

Artículo 8:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, pág. 3).

Artículo 10:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, pág. 4)

Artículo 11.1:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, pág. 4)

Se pone de manifiesto que a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a los estados se le impuso la obligación de garantizar el debido proceso en el que la inocencia se presume desde el principio, pudiendo esta calidad sólo cambiar cuando haya una sentencia que así lo estipule, habiendo concluido el proceso ante tribunal competente y habiendo sido garantizada la contradicción. Por ello la prisión preventiva utilizada como una pena anticipada y no estrictamente como medida cautelar, trasgrede esta Declaración.

2.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Se trata de un desarrollo con mayor precisión sobre los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Entró en vigencia en el año 1976 y ha sido ratificado por 167 países.

Artículo 9.3

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pág. 4)

Artículo 10.1

“Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, pág. 5).

El pacto como un tratado internacional determina que ninguna persona debe ser privada de su libertad sin ponerse en conocimiento de un juzgador ya que como contexto histórico se conoce sobre la arbitrariedad policial, en tiempos donde la policía podía privar de la libertad a una persona sin que exista motivación judicial, y por otro lado que aún existiendo disposición por parte del sistema de justicia, esta privación de libertad no

puede exceder a un plazo razonable, de este precepto normativo se desprende que en el Ecuador las detenciones no pueden exceder de 24 horas, y la prisión preventiva puede ser otorgada por no más de 6 meses, en delitos de hasta 5 años de pena privativa de libertad, o hasta un año cuando los delitos tengan penas privativas de libertad mayores a 5 años.

Es pertinente agregar que el trato a una persona a la que se le ha privado de su libertad debe ser digno, no debe estar expuesto a que se vulneren los derechos humanos. Los privados de libertad son considerados para el derecho internacional como vulnerables ya que no pueden decidir sobre su propia vida, y es el Estado quien está a cargo de proveer lo elemental para su vida y desarrollo.

2.2.3 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Este convenio es creado por el Consejo de Europa procurando reconocer lo afirmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y vincular a los países miembros para la realización y desarrollo de los derechos humanos, cada vez con mayor exactitud considerando a la libertad como la mayor expresión democrática y de respeto.

Artículo 5.1

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, 1979)

Como un derecho inherente a la persona, la libertad se ha posicionado como elemental y constituye lo más valioso del ser humano, sin embargo no se trata de un derecho absoluto ya que hay ciertas circunstancias por las que se puede razonablemente privar de este derecho como en el caso de una sentencia en la que se haya determinado la culpabilidad y que de acuerdo al principio de legalidad, esta mantenga pena privativa de libertad. Este convenio también pone de manifiesto la posibilidad de restringir el derecho de forma preventiva cuando hayan elementos que hagan presumir que la persona no comparecerá al proceso, lo cual fundamenta el criterio de la presente investigación al dejar sentado que la libertad es absoluta y debe ser totalmente acreditada la necesidad de otorgar prisión preventiva excepcionalmente, por lo tanto para cumplir con aquella excepcionalidad se deben dejar fuera los delitos con penas privativas de libertad menores a cuatro años ya que no representan mayor peligrosidad y por lo tanto no es proporcional.

Artículo 5.3

Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio. (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, 1979)

Artículo 5.4

Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad

y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, 1979)

Manifiesta que las personas a las que se les haya privado de libertad, gozan de la garantía de ser inmediatamente puestos a órdenes de juez competente seguido de un proceso inmediato. Esto hace entender que la libertad es la generalidad, y que sólo excepcionalmente persiguiendo fines legítimos se puede coartar este derecho.

2.2.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Esta comisión es también conocida como el Pacto de San José, y fue concebido el 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica. Su objeto es la fundamentación de preceptos normativos que consoliden los derechos y libertades y de esta forma ratificar lo acordado en la Declaración de los Derechos Humanos.

Ecuador se encuentra entre los países sujetos a la Convención Americana.

Artículo 7.2

“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas” (CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, pág. 3).

Artículo 8.2

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969, pág. 4).

La Convención confirma que la libertad es la regla general y sólo puede ser interrumpida si existen las circunstancias previstas en la norma vigente, para el efecto, además establece la presunción de inocencia como parte de los derechos inherentes al ser humano, por el cual una persona debe ser tratada como tal.

2.2.5 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Se trata del documento aprobado en Colombia en 1948 en donde se originó la organización de los Estados Americanos, por ello se discute el valor jurídico de esta declaración que se fundó incluso antes de la Declaración Universal, sin embargo, de allí se originan derechos que se fundan en las Constituciones de cada país.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre busca que los estados consideren que su legitimidad se basa en alcanzar un fin, que el Estado no otorga derechos, si no que estos son parte de la naturaleza misma del ser humano y lo único que debe hacer el estado es buscar a través de la norma, que se respeten esos derechos elementales.

Derecho a proceso regular

Artículo 26

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas. (DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, 1948, pág. 5)

2.2.6 Constitución de la República del Ecuador

La constitución del Ecuador se establece en 2008 convirtiéndose en un referente de garantismo para la región dentro de la tendencia del neo constitucionalismo. La Constitución vigente mantiene una estructura que en todos los aspectos busca proteger a las personas y garantizar el correcto uso y goze de los derechos.

Legitima los tratados internacionales y les da fuerza constitucional para que estos sean operativizados a través de leyes orgánicas, ordinarias y reglamentos.

La Constitución en el artículo 76 expresa la existencia del debido proceso cuando el estado necesite establecer responsabilidades, este debido proceso se ejecuta con por la existencia de ciertas garantías una de ellas es la presunción de inocencia, por lo tanto toda persona que esté siendo investigada o procesada, cuenta con esta garantía de que va a ser tratado como inocente.

Artículo 76.2:

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

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 56)

Artículo 77.1:

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

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 58)

Artículo 77.9:

Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 59)

Artículo 77.11:

“La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 60).

La Constitución del Ecuador haciendo gala de su garantismo y de la estricta observancia de los convenios y tratados internacionales, manifiesta en su artículo 77 numeral uno que la privación de libertad en todos los casos se usará de manera excepcional, sus fines deben enmarcarse en que el procesado comparezca y garantizar la tutela judicial efectiva mas no puede ser observada como una pena anticipada.

La Constitución a su vez establece el tiempo que puede durar la privación preventiva de libertad, determinando un lapso que bajo la mirada del legislador responde a un plazo razonable este es de seis meses en delitos sancionados con prisión esto es de acuerdo con el artículo 541 del Código Orgánico Integral Penal los que tienen penas menores a cinco años, y un máximo de un año de prisión preventiva cuando los delitos exceden la pena privativa de libertad de cinco años.

Es un mandato constitucional que se apliquen medidas cautelares no privativas de libertad, procurando la excepcionalidad a la que hace referencia el 77 numeral 1.

2.2.7 Código Orgánico Integral Penal

El COIP consagra la norma adjetiva y sustantiva que rige la materia penal en el Ecuador, además de incorporar las normas que refieren a la rehabilitación y tratamiento de las personas privadas de libertad por ello su carácter de integral. Fue puesto en vigencia en el año 2014 luego de grandes debates legislativos. Este código direcciona el ius puniendi del estado, y constitucionaliza el sistema penal ecuatoriano, tendiente a garantizar la legalidad y la contradicción en el proceso con el fin de evitar las arbitrariedades.

Artículo 522:

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. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 85)

Artículo 534:

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 al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
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 el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 86)

Artículo 539:

Improcedencia.- No se podrá ordenar la prisión preventiva, cuando:

1. Se trate de delitos de ejercicio privado de la acción.
2. Se trate de contravenciones.
3. Se trate de delitos sancionados con penas privativas de libertad que no excedan de un año. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 87)

El COIP establece las medidas cautelares que en un proceso penal deben ser consideradas con el fin de garantizar la comparecencia de la persona procesada, entre las seis que figuran en el artículo 522, cinco de ellas no son privativas de libertad ya que se puede prohibir la salida del país, o solicitar que la persona constantemente en el tiempo definido por el juzgador se presente, por otro lado

se puede otorgar arresto dentro de la vivienda con el fin de que la persona aún cuando no se encuentre en un centro penitenciario, se conozca dónde se encuentra y comparezca en el momento oportuno al proceso, por otro lado el uso de los dispositivos electrónicos logran que sin privación de libertad se pueda ubicar al procesado de manera rápida, por último la detención y la prisión preventiva.

El artículo 534 que a manera de check list, menciona requisitos concurrentes para legitimar la prisión preventiva, mismos que son analizados en la presente investigación en tanto vulneran el principio de excepcionalidad.

Por último, es pertinente conocer en que casos no es posible otorgar prisión preventiva, y estos son en los delitos de: calumnia, lesiones menores a treinta días, la usurpación, estupro, y delitos en contra de los animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana ya que estos corresponden al ejercicio privado de la acción. Por otro lado, cuando son contravenciones, y si la pena privativa de libertad es menor a un año.

2.3 Marco Conceptual

Última ratio: Se refiere a la intervención mínima y utilización excepcional de las medidas que pueden tomarse mediante el uso del derecho penal ya que estas pueden vulnerar los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, sin embargo si uso es necesario, proporcional y razonable, se encuentran legitimadas de manera sublime.

Medidas cautelares: En el derecho penal, las medidas cautelares son los mecanismos escogidos por el legislador para asegurar la tutela judicial efectiva de las víctimas, pretendiendo asegurar la comparecencia del investigado al proceso. Estas medidas deben ser escogidas de acuerdo con el caso concreto, dependiendo de la voluntad y posibilidad de la comparecencia a juicio de quien esté siendo procesado.

Arraigo: Se trata de la pertenencia de alguien en un lugar determinado, es decir la fijación de un domicilio, lugar de trabajo, relaciones sociales o financieras. De esta forma se suele probar la existencia de la posibilidad de fuga o de comparecencia dentro de un proceso penal.

Presunción de inocencia: Se trata de una suposición, elevada a principio con el objetivo de que se proteja la libertad de una persona, ya que esta se encuentra legitimada como un derecho inherente al ser humano y que sólo puede verse afectada luego de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Principios: Los principios en derecho son normas que no necesitan ser observadas literalmente en los cuerpos normativos, ya que su desarrollo jurídico se ha realizado en base a los derechos humanos, y son considerados fuentes de derecho. Por ese motivo la Corte Constitucional es la encargada de interpretar el alcance que esta fuente del derecho debe tener en cada norma, y caso concreto.

Proporcionalidad: Se trata de un principio por el cual se equilibra la actuación del estado frente a los particulares, tomando en consideración que el estado tiene mayor poder, por ello su actuación no puede ser arbitraria, sino mas bien responder a ciertos criterios como que persiga un fin constitucionalmente válido, ser necesario e idóneo.

Necesidad: La necesidad refiere a la no existencia de otras formas de cumplir con los fines para los que se ha dispuesto una norma, por lo tanto esta inexistencia origina que ciertas medidas sean tomadas para asegurar los fines constitucionalmente válidos.

Racionalidad: Busca la correcta relación entre la razón, lo aceptable, proporcional entre el ser y el deber ser.

La reglamentación de los derechos persigue fines, y para alcanzarlos se vale de medios que deben resultar proporcionales a aquel fin. Debe existir siempre una adecuada relación entre fines y medios, una equivalencia entre las finalidades que propongan una norma y los mecanismos, procedimientos o caminos que establezcan para llegar a ellas. (Maraniello, 2015, pág. 3)

Excepcionalidad: La Corte IDH establece que se trata de un principio. Este principio busca que la generalidad de la libertad como derecho humano ,sea la regla general y que sólo en casos de extrema necesidad previamente prescritos en la norma y habiendo realizado un test de proporcionalidad, se prive de aquella libertad. Es decir el uso de privación de libertad no puede usarse como un escape reiterado del poder judicial en toda causa.

Reparación integral: Una figura jurídica relativamente nueva que activa mecanismos de resarcimiento de daños es decir procura remediar los daños causados a la víctima desde toda óptica, sea que se pueda reparar en su totalidad o al menos acercar a la víctima lo mayormente posible al nivel de vida previo a la infracción.

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Diseño y Tipo de Investigación

El presente trabajo de investigación denominado: “REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD CONTEMPLADO EN EL ART. 77.1 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021” se direccionó sobre un enfoque de metodología cualitativa, en el que se abarcó la problemática jurídica con efecto social que se desprende de los presupuestos legales provocadores de la limitación al principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, para el efecto la herramienta a utilizar en el contraste de la información será bibliográfica teórica, jurídica y filosófica, las mismas que posibilitaron esclarecer los motivos por los que se incumple el parámetro excepcional de la prisión preventiva.

De tal forma, el trabajo de investigación se encuentra dirigido a la interpretación y análisis de los preceptos literarios doctrinales, jurisprudenciales y legales pertinentes tendientes a precautelar la libertad física y el debido proceso penal, por lo que se utilizó información que reposa en libros físicos, pactos internacionales de derechos humanos, tratados, artículos y cuerpos legales, además de opiniones pragmáticas provenientes de quienes conforman el sistema judicial penal, lo que determina el tipo metodológico cualitativo que estudia variables en su conjunto para lograr dilucidar la problemática jurídica y establecer el modelo conceptual efectivo para la legislación ecuatoriana que respete y observe la medida cautelar de la prisión preventiva como excepcional, para el efecto las técnicas documentales mencionadas, lograron el convencimiento de la teoría sintetizada en el objeto de estudio.

El tipo de investigación que se plasmó en el trabajo de investigación se basa en el estudio exploratorio que de acuerdo con Méndez (2008) permite formular

hipótesis de primer y segundo grado y son relevantes en el nivel más profundo del estudio propuesto. Este tipo de estudio permite determinar y argumentar tendencias por lo que se adecua al método cualitativo de la presente investigación. A través del estudio exploratorio se analizaron los principios que recoge esta medida cautelar y las implicaciones que conlleva la inobservancia de estas en la sociedad para luego proceder a pronosticar la situación jurídica en el contexto procedimental penal ecuatoriano, y que se arrojen los resultados planteados en la hipótesis, en relación con la variable dependiente e independiente.

La información bibliográfica teórica recogida de diversos autores, la fundamentación legal, las guías para el correcto manejo de la prisión preventiva de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes proporcionados por el Sistema Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, las opiniones vertidas por fiscales, jueces, defensores y abogados en libre ejercicio otorgaron a la presente investigación el material suficiente para sostener la veracidad de la problemática presentada en tanto los requisitos de procedibilidad de la prisión preventiva infiere en el principio de excepcionalidad.

3.2 Recolección de la Información

Para lograr el fin de la presente investigación en cuanto a la recopilación de la información necesaria que sirvió de sustento para confirmar la hipótesis, se procedió a identificar en primera instancia el objeto de estudio, siendo los cuerpos legales pertinentes como la Constitución de la República del Ecuador, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, seguido de la norma que contiene la problemática de acuerdo con la presente investigación que es el Código Orgánico Integral Penal. Estos cuerpos legales proporcionaron la información sobre la situación actual a nivel legislativo que propende a la afectación del principio de excepcionalidad proclamado como mandato de optimización vinculante a todos los países.

La identificación de la población que se encuentra íntimamente relacionada con las variables fueron los 82.849 profesionales del derecho del país inscritos en el foro de abogados de acuerdo con la información provista por la página web del consejo de la judicatura, que desempeñan sus actividades en diferentes esferas sean en relación de dependencia en la función judicial o en el libre ejercicio, en ello se volvió pertinente la realización de entrevistas con distintos fiscales a nivel nacional, y así mismo a jueces y juezas de las distintas unidades multicompetentes penales y de garantías penitenciarias; además de la información que otorgaron mediante encuestas, los abogados en el libre ejercicio.

El tipo de muestreo empleado fue el no probabilístico por conveniencia en razón de la accesibilidad a la información ya que todos los individuos manifestados en la población mantienen la credibilidad para ser seleccionados dentro de la muestra, por lo tanto dio como resultado 100 encuestas a profesionales del derecho en el libre ejercicio de todo el país.

Para la presente investigación se empleó el método analítico que permite descomponer el objeto de estudio para proceder con una pertinente observación de esta forma se obtuvo la verdadera naturaleza de la prisión preventiva desde su origen, y los principios alrededor de la misma en la que su inobservancia se ve reflejada en el entorno social y de vulneración de derechos humanos, los motivos por los que aún con una constitución garantista de los derechos humanos, se trasgrede el derecho natural de la libertad sin condena.

A la vez se empleó el método de síntesis que identifica las características del objeto de estudio, así se puso de manifiesto, los actores inmiscuidos en esta problemática, y las consecuencias de la vulneración del principio de excepcionalidad.

De igual manera siguiendo la línea metodológica se emplearon distintas técnicas que tenían establecidos sus propios objetivos, estas son las entrevistas, encuestas e investigación de material bibliográfico, documental y doctrinario

para que permitan sostener el objeto del problema determinado sobre la prisión preventiva y el uso que debiese ser desde la misma norma, excepcional.

La investigación bibliográfica se dirigió a la revisión del marco jurídico internacional vinculante ante la misma Constitución cuando se trate de mayores derechos y garantías para los ciudadanos, cuerpos normativos nacionales, revistas indexadas, libros, cuyo objetivo es demostrar el uso indiscriminado de la prisión preventiva.

La técnica de investigación denominada entrevista fue utilizada en los miembros del sistema judicial que participan en la imposición de la medida cautelar, por el cual se conoció la percepción sobre el objeto de estudio planteado en la presente investigación.

La encuesta permitió obtener información pragmática desde la perspectiva y experticia de los profesionales del derecho en libre ejercicio que litigan para evitar la medida cautelar y su uso indiscriminado que vulnera la excepcionalidad, esta técnica fue precisa para la recolección de información necesaria en el presente objeto de estudio. Con ello se logró diagnosticar la situación actual del sistema judicial en su relación a la persona procesada.

3.3 Tratamiento de la información

Respecto a la investigación bibliográfica, todos los materiales empleados desde la normativa internacional, nacional, manuales y guías otorgadas por la Corte IDH además de los libros y revistas indexadas fueron utilizadas para la fundamentación del objeto de investigación y la determinación doctrinaria de los conceptos y naturaleza tanto de la prisión preventiva, como del principio de excepcionalidad.

La encuesta fue aplicada a 100 abogados en el libre ejercicio con experiencia en materia penal que se encontraban realizando sus actividades profesionales en distintas instalaciones como Consejo de la Judicatura y unidades penales de

Guayaquil y La Libertad, se realizó haciendo uso de un formulario con 7 preguntas que permitieron conocer de forma concreta la consideración de acuerdo a la experiencia de los profesionales para proceder a la tabulación y análisis de los resultados.

De igual manera, con la técnica de investigación denominada entrevista, aplicada en las oficinas de los operadores del sistema judicial en la Unidad multicompetente penal del cantón La Libertad, a su vez vía Zoom con un juzgador de garantías penitenciarias de la Ciudad de Guayaquil, y del ministerio público representado a través de diferentes fiscales en las oficinas de Fiscalía del Ecuador, mediante un formulario de cuatro preguntas respondidas de acuerdo a su apreciación jurídica y aplicación profesional, sobre la aplicación de la prisión preventiva y la necesidad de un cambio en los requisitos de procedibilidad para dar cumplimiento a la excepcionalidad.

3.4 Operacionalización de Variables

Tabla 1 Operacionalización De Variables

TÍTULO	VARIABLES	CONCEPTO	DIVISIONES	INDICADORES	ITEMS	TÉCNICAS
REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL	Variab le depend iente: Princip io de excepci onalida d	La excepci onalida d se constit uye como un princip io por el cual toda clase de activid	Desarr ollo jurispr udenci al dogmá tico	Excepci onalida d como mandat o de optimiz ación La excepci onalida d en referenc ia a la presunc ión de inocenc ia Criterio de necesid ad y	Definici ones teóricas Desarro llos jurispru dencial es de la Corte IDH Compar ativa	Técni cas docu menta les: citas Obser vació n

<p>PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD CONTEMPORANEO EN EL ART. 77.1 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021</p>	<p>Variab e inde pendiente : Requisi tos de procedi bilidad de la prisión</p>	<p>ad punitiv a extrem a debe ser utilizad a como última instanc ia, especia lmente la privaci ón de libertad . La prisión prevent</p>	<p>Funció n Judici al Funció n Legisl ativa Incid encia jurídica- Social Norma tiva vigent e</p>	<p>proporc ionalida d Fiscales y jueces de tribunal es penales del Ecuado r. Asambl ea Nacion al La trasgres ión de la excepci onalida d desde el legislati vo propend e a que el Ecuado r pague indemni zacione s altas por la inobser vancia de los tratados internac ionales, además de desfavo recer los presupu estos estatale</p>	<p>con la legislac ión peruana Relació n entre el COIP y la excepci onalida d de la Constit ución La excepci onalida d es atendid a a través de todas las funcion es estatale s?</p>	<p>Entre vistas Entre vistas Obser vació n</p>
--	---	---	---	--	--	--

<p>PREVENTIVA TIPIFICADOS EN EL ART. 534 DEL COIP Y SU INCIDENCIA EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD CONTEMPORÁNEA EN EL ART. 77.1 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, AÑO 2021</p>	<p>preventiva tipificados en el Art. 534 del COIP</p>	<p>iva es una medida cautelar considerada de última ratio por lo que su uso para garantizar fines constitucionales debe ser excepcional.</p>	<p>Función Judicial Función legislativa Aspecto socio jurídico</p>	<p>s por la inversión innecesaria en los centros penitenciarios provisionales. Requisitos de procedibilidad para otorgar prisión preventiva del 534 COIP Medidas cautelares personales Magistrados del Ecuador en materia penal Fiscalía General del Estado Asamblea</p>	<p>Código Orgánico Integral Penal Preferencia entre las medidas cautelares reales Fortalecimiento del dispositivo electrónico de vigilancia Evaluación del peligro de fuga Espectro del arraigo social Comparativa con los presupuestos en el Perú Delitos de</p>	<p>Entrevistas Encuestas Entrevistas Encuestas</p>
---	---	--	---	---	--	---

				<p>Nacion al</p> <p>La prisión preventi va es conside rada ante las Cortes internac ionales con carácter vincula nte como excepci onales, por lo tanto se torna improce dente manten er la prisión preventi va en delitos de baja bagatel a menore s a 5 años.</p>	<p>menor peligros idad y el pedido de las Cortes sobre disminu ir los delitos en los que procede .</p>	
--	--	--	--	--	--	--

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Análisis, interpretación y discusión de resultados

4.1.1 Encuestas a abogados en libre ejercicio

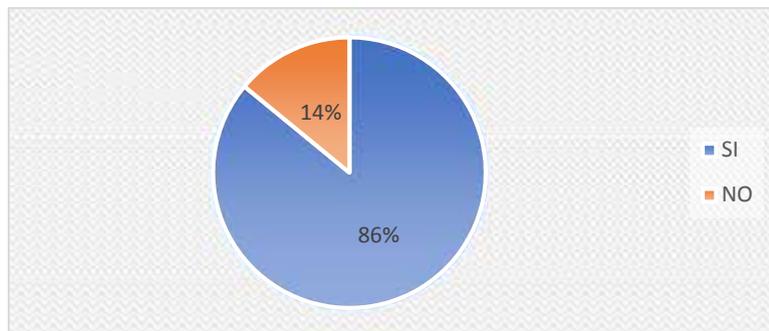
Tabla 2 Primera pregunta de Encuesta

¿Es La Prisión Preventiva La Medida Cautelar Más Solicitada Por Fiscalía?			
ITEM	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	86	86%
	NO	14	14%
	RESULTADOS	100	100%

Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestas

Gráfico 1 Primera pregunta de Encuesta

¿Es la prisión preventiva la medida cautelar más solicitada por fiscalía?



Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestas

Descripción del ítem

El presente ítem sirvió para conocer si es precisamente la prisión preventiva cuya naturaleza gira en torno al principio de excepcionalidad la que más requiere fiscalía.

Análisis

Ante este cuestionamiento es importante observar que la mayoría de los profesionales en el libre ejercicio quienes son parte de la muestra han manifestado que efectivamente esta medida que debería ser excepcional es la que más solicita fiscalía.

Interpretación

En la mayoría de las opiniones basadas en experiencia de litigio se pudo determinar que la fiscalía ha optado por la prisión preventiva como la medida idónea para garantizar la comparecencia del procesado por encima de las demás medidas cautelares.

Tabla 3 Segunda pregunta de Encuesta

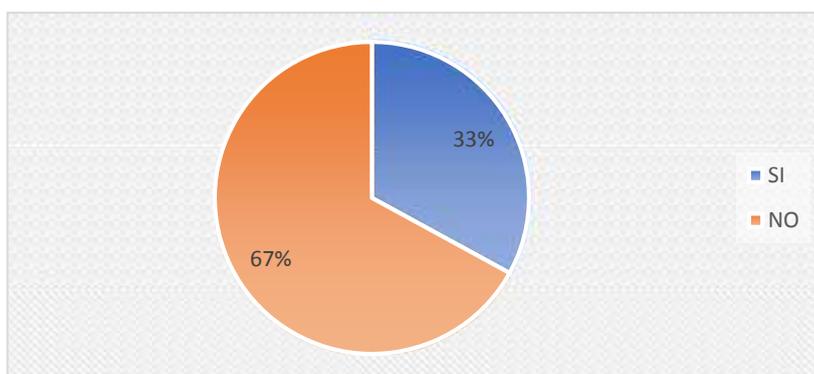
¿Considera Ud. que los operadores de justicia priorizan las medidas cautelares no privativas de libertad?			
ITEM	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
2	SI	33	33%
	NO	67	67%
	RESULTADOS	100	100%

Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina

Fuente: Personas encuestadas

Gráfico 2 Segunda pregunta de Encuesta

¿Considera Ud. que los operadores de justicia priorizan las medidas cautelares no privativas de libertad?



Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina

Fuente: Personas encuestadas

Descripción del ítem

Se dirigió a conocer si aún cuando fiscalía solicite la prisión preventiva, los jueces tienden a otorgar medidas que no priven de la libertad al procesado durante el juicio.

Análisis

De acuerdo con los resultados de la encuesta, es apreciable que los juzgadores no priorizan las medidas cautelares no privativas de libertad y por consiguiente, hacen uso de la prisión preventiva en mayor número.

Interpretación

Con relación a las medidas cautelares los jueces tienden a actuar de acuerdo con lo que solicita fiscalía, es decir al otorgamiento de la prisión preventiva en la mayoría de los casos.

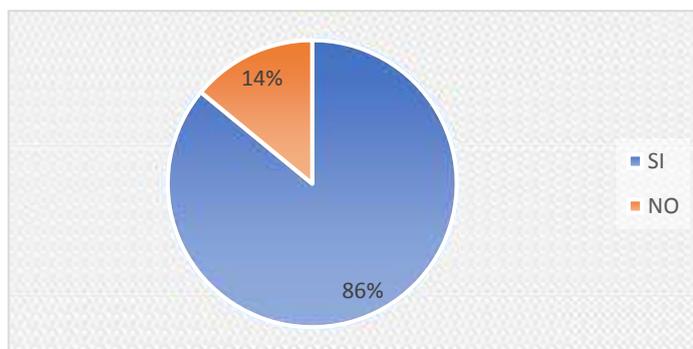
Tabla 4 Tercera pregunta de Encuesta

¿Considera Ud. que el Estado debe fortalecer las medidas cautelares no privativas de libertad?			
ITEM	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
3	SI	86	86%
	NO	14	14%
	RESULTADOS	100	100%

Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Gráfico 3 Tercera pregunta de Encuestas

¿Considera Ud. que el Estado debe fortalecer las medidas cautelares no privativas de libertad?



Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Descripción del ítem

En vista de que se sostiene que se utiliza la prisión preventiva por no considerar óptimas las demás medidas cautelares, esta pregunta se dirigía a conocer si ayudaría que el Estado invierta en el refuerzo de ellas.

Análisis

Los abogados en libre ejercicio han manifestado que si es útil que el Estado invierta en el fortalecimiento de las medidas cautelares no privativas de libertad.

Interpretación

Es de interés conocer que bajo la percepción de los abogados en libre ejercicio, fortalecer las medidas cautelares no privativas de libertad es idóneo, ya que contribuiría en el respeto a la excepcionalidad de la privación de libertad.

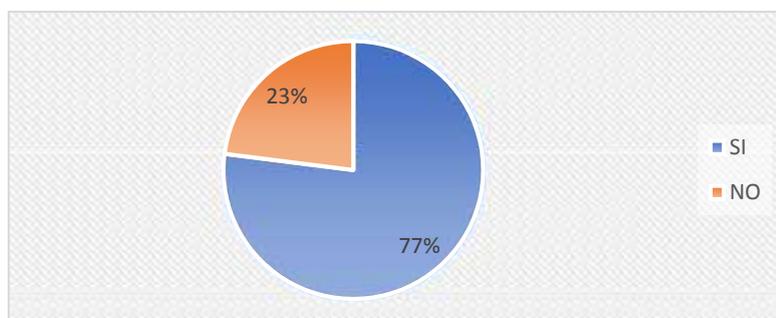
Tabla 5 Cuarta pregunta de Encuesta

¿Los procesados generalmente comparecen al proceso cuando se les otorga una medida no privativa de libertad?			
ITEM	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
4	SI	77	77%
	NO	23	23%
	RESULTADOS	100	100%

Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Gráfico 4 Cuarta pregunta de Encuesta

¿Los procesados generalmente comparecen al proceso cuando se les otorga una medida no privativa de libertad?



Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Descripción del ítem

La pregunta se realizó sobre la probabilidad de la fuga cuando es otorgada una medida que no priva de la libertad mientras se sustancia un proceso.

Análisis

La respuesta arrojada por los individuos de la muestra evidencia que los procesados cuando tienen la oportunidad de defenderse en libertad con medidas alternativas a la prisión comparecen al proceso y colaboran con el mismo.

Interpretación

Se desprende de la presente respuesta, que no es necesario caer en la generalidad de otorgar prisión preventiva como medida única que garantice la comparecencia del procesado, ya que este acude hasta la resolución del proceso cuando mantiene una medida alternativa.

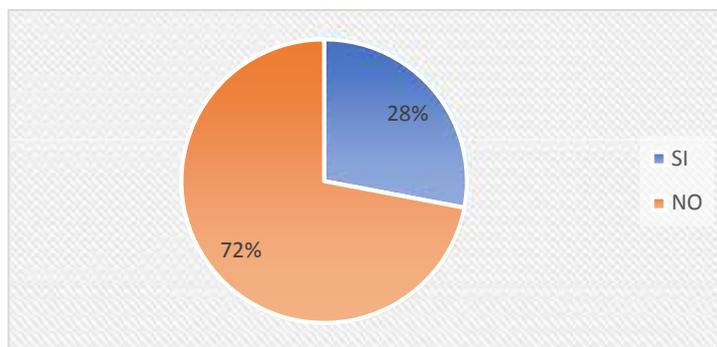
Tabla 6 Quinta pregunta de Encuesta

¿Cree Ud. que es pertinente que el legislador deje a criterio del juzgador el uso de prisión preventiva?			
IT E M	VALORAC IÓN	FRECUEN CIA	PORCENT AJE
5	SI	28	28%
	NO	72	72%
	RESULTA DOS	100	100%

Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Gráfico 5 Quinta pregunta de Encuesta

¿Cree Ud. que es pertinente que el legislador deje a criterio del juzgador el uso de prisión preventiva?



Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Descripción del ítem

La sana crítica con la que el juez decide sobre la medida cautelar aplicable a un caso concreto, debería seguir siendo legitimada en el COIP o no, es el cuestionamiento en el presente ítem.

Análisis

Los abogados que representan la muestra en la presente investigación han considerado responder en su mayoría que no puede sólo deberse al criterio subjetivo del juzgador la imposición de una medida cautelar.

Interpretación

Se evidenció que la sana crítica del juzgador se presta para vulnerar la excepcionalidad de la prisión preventiva y es por ello que se torna necesario que el legislador sea más contundente en los casos en los que se vuelve excepcionalmente aplicable la medida cautelar privativa de libertad.

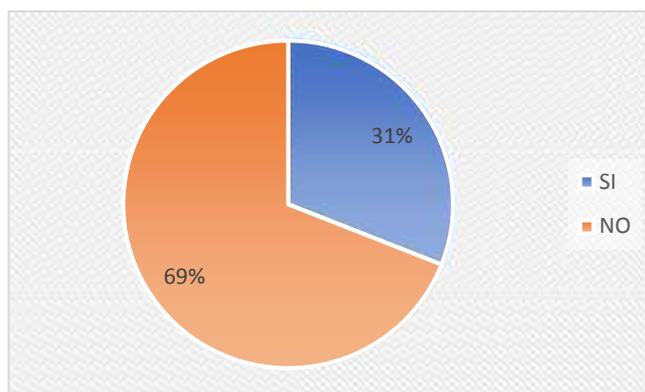
Tabla 7 Sexta pregunta de Encuesta

¿Considera Ud. que en los delitos de baja peligrosidad de 1 a 4 años es necesaria la prisión preventiva?			
ITEM	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
6	SI	31	31%
	NO	69	69%
	RESULTADOS	100	100%

Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Gráfico 6 Sexta pregunta de Encuesta

¿Considera Ud. que en los delitos de baja peligrosidad de 1 a 4 años es necesaria la prisión preventiva?



Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

descripción del ítem

Para el otorgamiento de la prisión preventiva otros países buscan que esta sea aplicable sólo en delitos de peligrosidad alta cuya pena exceda los 4 años, este cuestionamiento se dirige a conocer si bajo la percepción profesional es necesaria la prisión preventiva en delitos menores.

Análisis

Los resultados bajo la perspectiva profesional demuestran que en los delitos de baja peligrosidad se torna innecesario el uso de prisión preventiva.

Interpretación

El legislador de manera tácita ha reconocido ciertos delitos como de menor peligrosidad, ya que en los delitos menores a 5 años se puede aplicar la conciliación y la suspensión condicional de la pena, por lo tanto lo mismo debería aplicar en el 534 del COIP sobre la prisión preventiva.

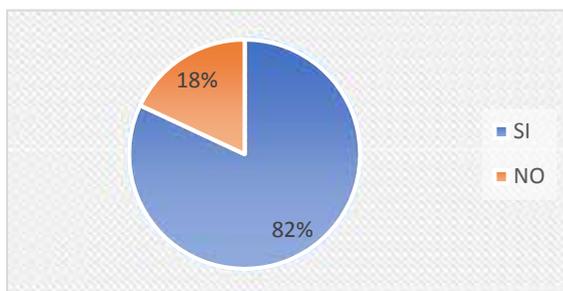
Tabla 8 Séptima pregunta de Encuesta

¿Cree Ud. que el legislador debe realizar mayores precisiones en los requisitos de procedencia de la prisión preventiva para garantizar la excepcionalidad?			
ITEM	VALORACIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
7	SI	82	82%
	NO	18	18%
	RESULTA DOS	100	100%

Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Gráfico 7 Séptima pregunta de Encuesta

¿Cree Ud. que el legislador debe realizar mayores precisiones en los requisitos de procedencia de la prisión preventiva para garantizar la excepcionalidad?



Elaborado por: Lupino Muñoz Andrea Pierina
Fuente: Personas encuestadas

Descripción del ítem

La pregunta buscó conocer si necesita el artículo 534 del COIP ser más específico y taxativo de tal forma que no quede en la sana crítica del juzgador.

Análisis

Los profesionales del derecho coincidieron en su mayoría en que el COIP requiere mayores elementos para evitar la vulneración del principio de excepcionalidad desde la norma.

Interpretación

Se tornó innegable en base a los criterios deducidos de la presente encuesta, que el Código Orgánico Integral Penal requiere ser mayormente contundente en sus requisitos para otorgar una medida cautelar que ante los tribunales internacionales de Derechos Humanos es de última ratio, es decir excepcional.

4.1.2 Entrevistas a fiscales

Nombre: Dr. Nixon Chan

Fecha: 23 de diciembre del 2021

Hora: 08:57 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado?
- 2.- Por qué no se usa el dispositivo electrónico en lugar de la prisión preventiva?
- 3.- Cuál es su forma de evaluar la necesidad de la prisión preventiva como medida cautelar?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

Todas las medidas pueden garantizar la comparecencia del procesado sin embargo mayormente es la prisión preventiva, aunque la prohibición de salida del país junto al arresto domiciliario serían medidas idóneas, no se han fortalecido por lo que son inseguras para la productividad de las causas. El dispositivo de vigilancia electrónico no puede ser utilizado debido a que los comunicados que llegan a la fiscalía indican no ser por el momento viables toda vez que no se cuenta con la cantidad para el abastecimiento del país por lo tanto resulta inaplicable. La forma de evaluar responde a la peligrosidad del sujeto procesado, y la dependencia laboral, y domiciliaria de este, si un individuo no se lo puede encontrar ya que no hay situación que lo arraigue al lugar donde se encuentra procesado, no es confiable otorgar medidas

sustitutivas, por lo que se realiza una valoración que es posteriormente evaluada por el juzgador. A nivel legislativo urgen reformas, en los delitos menores de cuatro o cinco años debería ser improcedente el otorgamiento de esta medida cautelar sobre todo para garantizar que el procesado pueda defenderse en libertad.

Nombre: Dr. Edmundo Briones. Fiscal Provincial de Santa Elena

Fecha: 23 de diciembre del 2021

Hora: 09:56 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado?
- 2.- Porqué no se usa el dispositivo electrónico en lugar de la prisión preventiva?
- 3.- Cuál es su forma de evaluar la necesidad de la prisión preventiva como medida cautelar?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

Indudablemente la prisión preventiva es la medida cautelar que, si o si garantiza la comparecencia del procesado, no hay forma de eludir la presencia en juicio de una persona que le ha sido otorgada prisión preventiva, por el contrario, el uso de medidas cautelares no privativas de libertad tiende a ser mal utilizadas para huir, o evadir la responsabilidad de la investigación y posterior procesamiento. El dispositivo de vigilancia electrónica no se usa por la sencilla razón de que no hay, el ministerio del Interior continuamente se encuentra remitiendo circulares en las que solicita a fiscalía y a los magistrados evitar el otorgamiento de la medida de dispositivo electrónica ya que no hay los suficientes, y los que hay se encuentran averiados. La forma continua de evaluar la necesidad del uso de prisión preventiva debe basarse en un análisis particular del caso concreto tomando en consideración la conmoción social que ha generado la conducta, acompañado de la

peligrosidad del sujeto, sería inoportuno dejar a un violador suelto, por otro lado, se evalúa el arraigo que esta persona tiene dentro de su comunidad ya que es importante para poder prever una posible fuga u obstaculización probatoria. En cuanto al tipo de delito para que sea procedente es de considerar que el legislador debería realizar una clasificación de los delitos entre menor, mediana y alta peligrosidad para poder a través de ello prohibir el otorgamiento de prisión preventiva en los de menor peligrosidad, que son los menores a cinco años de privación de libertad.

Nombre: Dra. Ana María Luzuriaga

Fecha: 23 de diciembre del 2021

Hora: 10:42 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado?
- 2.- Porqué no se usa el dispositivo electrónico en lugar de la prisión preventiva?
- 3.- Cuál es su forma de evaluar la necesidad de la prisión preventiva como medida cautelar?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

La prisión preventiva garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado, las demás medidas se tornan insuficientes al menos que el procesado demuestre con su arraigo que comparecerá al proceso. El dispositivo de vigilancia electrónica no se utiliza toda vez que hay disposiciones que no lo permiten, y que cuando se han impuesto no se puede dar cumplimiento ya que los miembros policiales indican desde los centros de privación de libertad su escasa disponibilidad.

La forma de evaluar la necesidad de otorgar la medida cautelar de prisión preventiva es a través de la documentación que presenta el procesado sobre su dirección domiciliaria que pueda ser confirmada por los miembros de fiscalía, por otro lado en lugar de trabajo, a través del IESS, conocidos, familia todo lo que pueda hacer presumir que existe el peligro de su inasistencia al proceso.

Definitivamente, en delitos menores de 5 años no debería ser posible la prisión preventiva, no hay necesidad, pocos fiscales lo piden en esos casos, sin embargo si el legislador revisa la norma cayera en cuenta de la falencia en el tiempo de pena privativa de libertad y la prisión preventiva. Son delitos menores.

Nombre: Dr. Patricio Centeno

Fecha: 23 de diciembre del 2021

Hora: 11:32 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado?
- 2.- Porqué no se usa el dispositivo electrónico en lugar de la prisión preventiva?
- 3.- Cuál es su forma de evaluar la necesidad de la prisión preventiva como medida cautelar?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

La prisión preventiva. Es la única medida cautelar que puede garantizar al 100% la comparecencia al proceso y los demás fines constitucionales, las demás medidas son ineficientes en comparación con la prisión preventiva. El dispositivo de vigilancia electrónico no se usa porque no hay, muchas veces

se solicita al juzgador la prisión preventiva, y el juez le da otra medida como el dispositivo electrónico y luego los policías están llamando a referir que no hay grilletes, la respuesta que han obtenido es que manifiesten aquella inconformidad al juzgador que la otorgó, ya que fiscalía conoce que esa medida no puede otorgarse.

Fiscalía cuenta con un sistema informático para buscar los registros de los procesados, si en el se encuentra con que no hay afiliación al seguro social, ni actividad económica estable, o el domicilio que registra no es igual al que manifiesta verbalmente, quiere decir que no el procesado no cuenta con un elemento que lo arraigue al lugar donde está siendo procesado y por lo tanto hay peligro de fuga. En base al arraigo social sin olvidar la peligrosidad del sujeto.

Aunque en otros países se utilice la caución o solo sea aplicable prisión preventiva en delitos mayores a cinco años, a criterio del fiscal que habla no debe cambiar toda vez que los procesados de este tipo de delitos menores suelen ser reincidentes y por otro lado los seis meses que manda la constitución se van rápido en prisión preventiva.

Nombre: Dra. Jenny Paliz Vizcarra

Fecha: 28 de diciembre del 2021

Hora: 11:44 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado?
- 2.- Porqué no se usa el dispositivo electrónico en lugar de la prisión preventiva?
- 3.- Cuál es su forma de evaluar la necesidad de la prisión preventiva como medida cautelar?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

Todas deberían, pero el problema está en la sociedad que no atiende a los procedimientos penales y no los toma en serio, por lo tanto, se vuelve necesaria la prisión preventiva.

El dispositivo de vigilancia electrónica no se solicita y por lo tanto no se usa porque no hay, es casi prohibido solicitar eso.

En cuanto a la valoración de la necesidad en caso concreto esta se realiza evaluando la gravedad de la infracción y la peligrosidad del sujeto.

Sobre la pena privativa de libertad que debe tener el delito siempre debe depender de la gravedad de la conducta, si son penas bajas, es por que no reviste mayor peligrosidad así que deben utilizarse sólo las medidas cautelares no privativas, si el legislador puede corregir eso está bien, sin embargo, si no lo hace fiscalía lo puede hacer.

4.1.3 Entrevistas a jueces

Nombre: Dr. Víctor Hugo Echeverría Bravo

Fecha: 28 de diciembre del 2021

Hora: 09:11 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado? Argumente.
- 2.- ¿Es frecuente que el procesado utilice la fuga para no comparecer al proceso, una vez otorgada una medida no privativa de libertad?
- 3.- Cuál de las medidas cautelares es la más solicitada por fiscalía?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

Si hay garantías todas, si no hay garantías la prisión preventiva. Es decir si una persona cuenta con las garantías de mantener una vida apegada dentro de las reglas de conducta normadas, es alta la probabilidad de otorgar medidas no privativas de libertad y no se trata de tener un sistema inquisitivo ni discriminatorio sin embargo la lógica misma indica que una persona que no cuenta con respaldos para la integración común en la sociedad en la que habita, entonces existe un peligro latente de fuga y no se puede ser consecuente con la impunidad es preferible lograr la comparecencia al proceso. Es bastante frecuente que en un delito de alta conmoción social el procesado huya, eso acompañado muchas veces de los pésimos asesoramientos como defensa técnica que realizan muchos abogados, esto sólo logra en muchos casos que el procesado considere que no le quedan opciones más que la huida. Por las resoluciones que constantemente ha estado propiciando Corte Nacional de Justicia y Constitucional la solicitud a disminuido, pero generalmente fiscalía se encuadra en solicitar la prisión preventiva. Debe ser intrascendente el tipo de delito para el otorgamiento de la prisión preventiva, no debe depender de aquello ya que pueden existir delitos de baja peligrosidad y sin embargo caer en la reincidencia, el juez debe valorar de acuerdo con la sana crítica.

Nombre: Dr. Leonardo Lastra Lainez

Fecha: 28 de diciembre del 2021

Hora: 10:40 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado? Argumente.
- 2.- ¿Es frecuente que el procesado utilice la fuga para no comparecer al proceso, una vez otorgada una medida no privativa de libertad?
- 3.- Cuál de las medidas cautelares es la más solicitada por fiscalía?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

La prohibición de ausentarse del país y el arresto domiciliario pueden llegar a ser medidas cautelares que generen gran seguridad sin embargo si no hay las suficientes garantías de comparecencia por varios motivos, se vuelve irremplazable el uso de la prisión preventiva.

Cuando el procesado no cuenta con una buena defensa técnica que indique las cosas como son, se ausentan por desidia, por desconocimiento de los mecanismos judiciales para la defensa de los conflictos que pesen en su contra. Sin duda la prisión preventiva es la medida cautelar que con generalidad solicita la fiscalía, en estos momentos ha disminuido un poco sin embargo el estándar se sigue manteniendo, aquella medida cautelar tiene mayor aceptación por los y las fiscales por encima de las demás. Se tiene a bien manifestar que la prisión preventiva debe estatuirse desde la norma como excepcional, por lo tanto, sólo debe ser procedente en delitos que revistan mayor peligrosidad, esto se manifiesta en los años de pena privativa de libertad que mantiene cada tipo penal.

Nombre: Dr. Augusto García

Fecha: 28 de diciembre del 2021

Hora: 11:26 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado? Argumente.
- 2.- ¿Es frecuente que el procesado utilice la fuga para no comparecer al proceso, una vez otorgada una medida no privativa de libertad?
- 3.- Cuál de las medidas cautelares es la más solicitada por fiscalía?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

La prisión preventiva garantiza mayormente que el procesado comparezca, sería idóneo poder utilizar las demás sin embargo por un lado la sociedad no se encuentra preparada para el efecto y por otro lado, no existe la predisposición estatal para fortalecer las demás medidas cautelares, es un costo muchas veces político que las autoridades no están dispuestas a asumir, pero sólo así se podrían utilizar las demás medidas mientras eso no suceda pueden seguir estando en la normativa pero seguir siendo inaplicables en la praxis.

Que el procesado huya cuando es parte de la prosecución de una causa no es frecuente, con la defensa técnica que indique las vías para demostrar la inocencia, incluso la suspensión condicional de la pena, mayormente los procesados colaboran en el juicio, sin embargo en el caso de que una persona presuntamente haya cometido un delito que haya causado grave conmoción social, muchas veces la misma mediatización de los casos influye en la huida del posible infractor.

La medida cautelar más solicitada por fiscalía es sin duda la prisión preventiva. Respecto a los años de pena privativa de libertad aunque debería ser de acuerdo a los hechos concretos, los delitos de 1 a 4 años no revisten mayor peligrosidad por los que debería ser improcedente la prisión preventiva.

Nombre: Dra. María Belén Chérrez

Fecha: 28 de diciembre del 2021

Hora: 12: 51 am

Cuestionario:

- 1.- Cuál de las medidas cautelares previstas en el COIP considera Ud. que garantiza en mayor medida la comparecencia del procesado? Argumente.
- 2.- ¿Es frecuente que el procesado utilice la fuga para no comparecer al proceso, una vez otorgada una medida no privativa de libertad?
- 3.- Cuál de las medidas cautelares es la más solicitada por fiscalía?
- 4.- En otros países sólo puede otorgarse prisión preventiva si el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, ¿Considera Ud. que, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 4 años, debe utilizarse la prisión preventiva?

Resumen:

Las medidas cautelares que se encuentran en el Código Orgánico Integral Penal tienen una finalidad, la más idónea va a depender de una valoración exacta de los hechos, no se puede encontrar la mejor sin un análisis previo del caso concreto, y de los elementos que se encuentren en debate por la peligrosidad del sujeto, la voluntariedad de comparecencia, etc. Toda valoración sobre la decisión de la medida cautelar a emplear debe responder al caso particular y no caer en la suposición de que una medida cautelar tiende a ser mejor que otra.

La decisión de emprender la fuga va a depender muchas veces del delito y consecuentemente de la pena a la que se enfrentan.

Respecto a cuál es la medida más solicitada por fiscalía, esta institución por medio de sus representantes suele solicitar con mayor frecuencia la prisión preventiva, generalmente en flagrancias.

En la comparativa con los presupuestos del Perú para otorgamiento de prisión preventiva, el legislador debe hacer un análisis del 534 del COIP, ya que en la conciliación y en la suspensión condicional de la pena ya otorga un tratamiento diferente a los delitos cuya pena privativa de libertad no exceda los 5 años, los considera de menor bagatela por lo tanto para precautelar la excepcionalidad de la prisión preventiva debería incrementarse los años en la que es otorgable.

4.2 Verificación de la idea a defender

La idea a defender del presente trabajo de investigación sostenía que los requisitos de procedibilidad de la prisión preventiva, no generan la apreciación pragmática de excepcionalidad lo cual se constituye como un mandato de operacionalización en todo proceso penal tomando en consideración que el derecho penal mismo, por su naturaleza es de última ratio.

Una vez que el material bibliográfico fue recogido con la información documentada, la revisión de sentencias internacionales con carácter vinculante para el Ecuador, reiterada jurisprudencia a nivel constitucional sobre la problemática, y vasto material dogmático se evidenciaron conceptos básicos de ambas variables que forman parte del objeto de estudio. De tal forma se determinó que el cuarto requisito que forma parte del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal no responde a los reiterados mandatos de la Corte IDH en tanto esta, solicita a los países miembro disminuir los delitos en los que sea procedente la prisión preventiva y como es evidente mediante el ejercicio de observación el COIP manifiesta su procedencia en delitos a partir de un año de privación de libertad, situación que evidentemente recae en la generalidad.

Por otro lado, la síntesis de los comentarios vertidos en entrevistas realizadas a los participantes directos del objeto de estudio, confirmaron que la norma provoca que en la realidad de la justicia penal del país, se utilice la prisión preventiva de forma reiterado, contrario a la excepcionalidad dando como resultado que esta medida cautelar es la más requerida por la Fiscalía General del Estado.

En tanto las encuestas, fue sistematizada la percepción de los abogados en libre ejercicio, cuya opinión reforzó la idea a defender de la presente investigación toda vez que bajo su experticia en el litigio en materia penal, la excepcionalidad no genera mayor preocupación en el ministerio público, logrando así que cualquier infracción en grado de delito sea susceptible de la prisión preventiva, añadiendo el escaso fortalecimiento de las medidas cautelares no privativas de libertad.

CONCLUSIONES

- La prisión preventiva en el Ecuador a nivel legislativo no cumple con el principio de excepcionalidad toda vez que el cuarto requisito tipificado en el artículo 534 del COIP provoca caer en la generalidad de aplicación en los tipos penales con grado de delito.
- El 38,85% de la población carcelaria pertenece a privados de libertad preventivos, ubicando a la medida cautelar en primer lugar por encima de las no privativas de libertad, aún cuando su excepcionalidad es un precepto constitucional.
- Las medidas cautelares no privativas de libertad en el Ecuador son consideradas por los operadores de justicia, y fiscales, como ineficaces para cumplir con los fines de la prosecución de la causa penal, debido a la falta de fortalecimiento de las mismas que genera impunidad.
- El legislador ha realizado un análisis tácito de peligrosidad de los delitos, por ello modalidades que reemplazan la prisión como la suspensión condicional de la pena y la conciliación son aplicables en los delitos menores a cinco años de pena privativa de libertad, por lo que resulta impropio no aplicar el mismo tratamiento para disminuir la privación de libertad sin sentencia condenatoria.
- El desconocimiento por parte de la ciudadanía respecto a las medidas cautelares y el proceso penal genera la mediatización de las causas por lo que los operadores de justicia se notan coaccionados a responder de acuerdo con lo requerido por la sociedad.

RECOMENDACIONES

- La función legislativa con el fin de dar cumplimiento a los mandatos de la Corte IDH, y de fortalecer el sistema penitenciario ecuatoriano, debe disminuir los delitos en lo que sea aplicable la prisión preventiva.
- Una vez que la norma se modifica, es procedente hacer una revisión de acuerdo con el principio de favorabilidad en los centros penitenciarios con el objeto de encontrar procesados que se encuentren esperando una sentencia, cuya pena privativa de libertad no exceda los cinco años.
- Para cambiar la percepción de quienes integran el sistema penal ecuatoriano respecto a las medidas cautelares no privativas de libertad, estas deben ser consolidadas a través de presupuesto estatal que procure reactivar el uso del dispositivo de vigilancia electrónica y el arresto domiciliario, a fin de que no se priorice su uso únicamente en un sector de la sociedad, si no en todo el país.
- El legislador debe dar el mismo tratamiento que de forma tácita ha otorgado a los delitos con pena privativa de libertad menor a cinco años, y modificar el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal para que se torne improcedente el otorgamiento de prisión preventiva bajo dichas causas.
- La continua educación normativa a la sociedad y mayor comunicación institucional puede fomentar la credibilidad en el sistema, para lograr que no se polemiquen las causas y se genere una verdadera separación de poderes.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE*. Bogotá. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ciudad Alfaro, Montecristi, Ecuador, Ecuador: Registro Oficial. Obtenido de https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Registro Oficial. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
- Asociación Ecuatoriana de Magistrados y jueces. (10 de Noviembre de 2020). *PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES DEL PROCESO*. Obtenido de PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES DEL PROCESO: <https://aemaj.ec/2020/11/10/presupuestos-procesales-y-materiales-del-proceso/#:~:text=En%20s%C3%ADntesis%2C%20los%20presupuestos%20procesales,materiales%20o%20sustanciales%2C%20se%20refieren>
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y las penas*. (C. I. Madrid, Ed.) Madrid, España. Obtenido de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta. Obtenido de <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbm95ZW50b2RlanVyaXNwcnVkbWZ5aWFjZnJlGd4OjczNTczNGVkbWZjMzM5Nzg>
- Carrión, L. C. (2008). *Valoración Jurídica de la Prueba Penal. Tomo I*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- CIDH. (14 de marzo de 2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Obtenido de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp>
- CIDH. (2013). *INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS*. OAS Cataloging-in-Publication Data. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
- CIDH. (2017). *Guía práctica para reducir la prisión preventiva*. OAS Cataloging-in-Publication Data. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>
- Consejo de Europa. (10 de Octubre de 1979). *DerechosHumanos.net*. Obtenido de Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>

- Corte Constitucional del Ecuador. (2015). *Sentencia N.º 108-15-SEP-CC*. Quito. Obtenido de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=108-15-SEP-CC>
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2021). *Sentencia No. 1158-17-EP/21*. Quito: Caso No. 1158-17-EP. Obtenido de https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/1158-fw.pdf
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2021). *Sentencia No. 8-20-CN/21*. Quito: CASO No. 8-20-CN. Obtenido de https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/8-20-CN.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (17 de noviembre de 2009). *CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA*. Fondo, Reparaciones y Costas. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *CASO CARRANZA ALARCÓN VS. ECUADOR*. Quito: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_399_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2020). *CASO MONTESINOS MEJÍA VS. ECUADOR*. Quito: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_398_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS No 8: LIBERTAD PERSONAL*. San José, C.R. : GIZ. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo26.pdf>
- de la Rosa Escalante, A., & Serrano Castro, R. (2019). *CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA EN EL TÍTULO SÉPTIMO DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO*. Guanajuato. doi: <https://doi.org/10.15174/cj.v9i17.331>
- Enciclopedia jurídica. (2 de Abril de 2020). *Diccionario jurídico de derecho*. Obtenido de Diccionario jurídico de derecho : <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/requisito/requisito.htm>
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. Obtenido de <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/64-derecho-y-raz%C3%B3n-teor%C3%ADa-del-garantismo-penal/file>
- HORVITZ LENNON, M., & LOPEZ MASLE, J. (2002). *DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO*. Santiago de Chile : Jurídica de Chile .
- Krauth, S. (2018). Prisión preventiva en el Ecuador. *SERIE JUSTICIA Y DEFENSA*. Obtenido de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>
- La cuestión criminal. (2012). *Defensoría Pública del Ecuador*. Obtenido de <s://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/51/1/cuestioncriminal2.pdf>
- LABARTHE, G. D. (2008). *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú.
- López, J. A. (2014). *EL PELIGRO PROCESAL COMO PRESUPUESTO DE LA MEDIDA COERCITIVA PERSONAL DE PRISION PREVENTIVA*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5472565.pdf>

- Lorenzo, L. (2010). *Servicios de Antelación a Juicio*. Chile. Obtenido de https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5453/DOCUMENTO_SERVICIOS_DE_ATELACION_A_JUICIO_CEJA-Lorenzo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Maraniello, P. A. (2015). *EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y SU REGULACIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL*. AAJC. Obtenido de <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-los-tratados-internacionales-.pdf>
- Moreno, J. (2019). LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN GRAVES Y FUNDADOS EN LA MEDIDA DE PRISIÓN PREVENTIVA. COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TESTIGOS PROTEGIDOS. Lima, Perú.
- ONU: Asamblea General. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 217 A (III). Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>
- ONU: Asamblea General. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Vol. 999). Naciones Unidas. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “Pacto de San José de Costa Rica”*. San José: Secretaría General OEA. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- PlanV. (23 de Marzo de 2021). *La crisis de los grilletos toca fondo: miles están inservibles y escasean*. Obtenido de La crisis de los grilletos toca fondo: miles están inservibles y escasean : <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/la-crisis-grilletos-toca-fondo-miles-estan-inservibles-y-escasean>
- RAMÍREZ, C. R. (2016). UNA NUEVA AEGENDA PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA. *REVISTA DIGITAL DE LA REFORMA PENAL*, 350. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/nova-iustitia/article/download/36448/33369>
- Rosa, M. R. (2016). Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *revista pensamiento penal*, 12. Obtenido de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1322/1/EST%C3%81NDARES%20PRISI%C3%93N%20PREVENTIVA.pdf>
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *En Derecho Proceso Penal*. Lima: GRIJLEY.
- Saurez Valero, L., & Mendoza Corral, K. (2018). Uso de los dispositivos electrónicos de seguridad en las Personas Privadas de Libertad en Guayaquil 2018. *Espirales revista multidisciplinaria de investigación*, 21-30. Obtenido de <https://revistaespirales.com/index.php/es/article/download/339/252>
- Zaffaroni, E. R. (1986). *Manual de Derecho Penal, Tomo I*. Lima: Ediciones Jurídicas.