



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

TITULO DE ENSAYO

Derecho a la defensa en la aplicación del contenido del art. 534 # 3 del
COIP, en delitos flagrantes

AUTOR

Palacios Quinto Roberto Nahin

TRABAJO DE TITULACIÓN

Previo a la obtención del grado académico en
MAGISTER EN DERECHO

TUTOR

Ab. Clery Aguirre Arturo Guillermo, Ph.D.

Santa Elena, Ecuador

Año 2022



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

TRIBUNAL DE GRADO

**Q.F. Calero Mendoza Rolando, PhD.
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE
POSTGRADO**

**Lic. Cortez Clavijo Paola, MSc.
COORDINADORA DEL
PROGRAMA**

**Abg. Reyes Tomalá Brenda, Mgt.
ESPECIALISTA**

**ARTURO
GUILLERMO
CLERY AGUIRRE**

Firmado digitalmente por ARTURO
GUILLERMO CLERY AGUIRRE
Nombre de reconocimiento (DN):
cn=ARTURO GUILLERMO CLERY AGUIRRE,
serialNumber=230221105535, ou=ENTIDAD
DE CERTIFICACION DE INFORMACION,
o=SECURITY DATA S.A. S. c.-EC
Fecha: 2022.01.26 13:08:54 -05'00'
Versión de Adobe Acrobat Reader:
2021.011.20039

**Ab. Clery Aguirre Arturo, Ph.D.
TUTOR**

**Abg. Coronel Ortiz Víctor, MSc.
SECRETARIO GENERAL
UPSE**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

CERTIFICACIÓN

Certifico que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Palacios Quinto Roberto Nahin**, como requerimiento para la obtención del título de Magister en Derecho.

**ARTURO
GUILLERMO
CLERY AGUIRRE**

Firmado digitalmente por ARTURO
GUILLERMO CLERY AGUIRRE
Nombre de reconocimiento (DN):
cn=ARTURO GUILLERMO CLERY AGUIRRE,
serialNumber=230221105535, ou=ENTIDAD
DE CERTIFICACION DE INFORMACION,
o=SECURITY DATA S.A. 2, c=EC
Fecha: 2022.01.26 13:08:54 -05'00'
Versión de Adobe Acrobat Reader:
2021.011.20039

**Ab. Clery Aguirre Arturo, Ph.D.
TUTOR**

Santa Elena, a los 25 días del mes de enero de año 2022



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Roberto Nahin Palacios Quinto**

DECLARO QUE:

El trabajo de Titulación, **derecho a la defensa en la aplicación del contenido del art. 534 # 3 del COIP, en delitos flagrantes** previo a la obtención del título en Magister en Derecho, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Santa Elena, a los 25 días del mes de enero del año 2022

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "Roberto Nahin Palacios Quinto", is written over a horizontal line.

Roberto Nahin Palacios Quinto
AUTOR



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

AUTORIZACIÓN

Yo, Roberto Nahin Palacios Quinto

Autorizo a la Universidad Estatal Península de Santa Elena a la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **DERECHO A LA DEFENSA EN LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO DEL ART. 534 # 3 DEL COIP, EN DELITOS FLAGRANTES** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Santa Elena, a los 25 días del mes de enero de año 2022

A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, overlapping loops and lines, positioned above a horizontal line.

Roberto Nahin Palacios Quinto
AUTOR



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO

Certifico que después de revisar el documento final del trabajo de titulación denominado (Titulo del ensayo), presentado por el estudiante, PALACIOS QUINTO ROBERTO NAHIN fue enviado al Sistema Antiplagio URKUND, presentando un porcentaje de similitud correspondiente al 3%, por lo que se aprueba el trabajo para que continúe con el proceso de titulación.



Document Information

Analyzed document	ENSAYO TERMINADO RP - final.docx (D126206366)
Submitted	2022-01-26T17:58:00.0000000
Submitted by	LILIAN
Submitter email	lmolina@upse.edu.ec
Similarity	3%
Analysis address	lmolina.upse@analysis.orkund.com

**ARTURO
GUILLERMO
CLERY AGUIRRE**

Firmado digitalmente por ARTURO
GUILLERMO CLERY AGUIRRE
Nombre de reconocimiento (DN):
cn=ARTURO GUILLERMO CLERY AGUIRRE,
serialNumber=230221105535, ou=ENTIDAD
DE CERTIFICACION DE INFORMACION,
o=SECURITY DATA S.A. 2, c=EC
Fecha: 2022.01.26 13:08:54 -05'00'
Versión de Adobe Acrobat Reader:
2021.011.20039

**Ab. Clery Aguirre Arturo, Ph.D.
TUTOR**

AGRADECIMIENTO

A mi esposa y familia, por ese impulso anímico infaltable que me ha permitido superar grandes adversidades. A todas las personas valiosas que me han brindado su tiempo, amistad y simpatía en este proceso de enseñanza-aprendizaje.

Roberto Nahin Palacios Quinto

DEDICATORIA

A ese ángel que llegó a mi vida y que me ha
robado el pensamiento, corazón y el alma,
pero que estoy orgulloso que sea así;
Victoria Roberta Palacios Del Pezo.
Cuando pueda leer este trabajo, quiero que
sepa que lo hice alegre, totalmente
convencido que ella me superará.

Roberto Nahin Palacios Quinto

ÍNDICE GENERAL

I.	TITULO DE ENSAYO	I
II.	TRIBUNAL DE GRADO.....	Error! Bookmark not defined.
III.	DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD	IV
IV.	AUTORIZACIÓN.....	V
V.	CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO	VI
VI.	AGRADECIMIENTO.....	VII
VII.	DEDICATORIA.....	VIII
1.	Resumen.....	X
2.	Abstract	XI
3.	Introducción.....	2
4.	Desarrollo	5
4.1	Arraigo social	11
4.2	Referencias del arraigo social	14
4.3	Principio de imparcialidad	17
4.4	Indicio.....	18
4.5	Medidas Cautelares	19
4.6	Insuficiencia de Medidas Cautelares	22
4.7	Aspectos Metodológicos.....	25
5.	Conclusiones.....	26
6.	Bibliografía.....	28
7.	Anexos	31

Resumen

En el presente trabajo se examinó el contenido del artículo 534 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, sobre su aplicación, efectividad y ante una posible vulneración al derecho a la defensa, tomando en consideración los “indicios” presentados y argumentados por la fiscalía para solicitar prisión preventiva en delitos flagrantes y la motivación para concederla por parte de los jueces penales; análisis que va desde la actuación, argumentos y documentación habitual presentada por el titular de la acción penal; así como, el arraigo social presentado o no por el procesado, en donde también se consideró su contenido y la posibilidad de obtenerlo dentro de 24 horas; se utilizó normativa internacional, Constitución del Ecuador, doctrina penal, sentencias y criterios de la Corte Constitucional, Corte Nacional de Justicia, así como ordenamiento jurídico nacional y revistas científicas, información que dio como resultado, que existe una vulneración al derecho a la defensa de los procesados, por cuanto los “indicios” que presenta la fiscalía generalmente son insuficientes para que se solicite prisión preventiva, independientemente del delito. Además, se desprende la falta de claridad de esta disposición legal, que, al ser de carácter subjetivo, genera discrecionalidad sin control, igualmente arbitrariedad y en ocasiones abusos del régimen de turno; por lo que, estaríamos ante afectaciones a los derechos de libertad, seguridad jurídica, debido proceso y ante una latente criminalización de la pobreza. Concluyendo además que es necesario tener un criterio unificado sobre los “indicios”, sobre cuáles serían eficientes o suficientes y la erradicación total de solicitar o esperar que se presente un arraigo social del procesado.

Palabras clave: indicio, flagrancia, criminalización, arraigo social.

Abstract

In the present work, the content of article 534 numeral 3 of the Organic Comprehensive Criminal Code was examined, on its application, effectiveness and in the event of a possible violation of the right to defense, taking into account the "indications" presented and argued by the prosecution to request preventive detention in flagrant crimes and the motivation for granting it by criminal judges; analysis that goes from the action, arguments and usual documentation presented by the holder of the criminal action; as well as, the social roots presented or not by the defendant, where its content and the possibility of obtaining it within 24 hours were also considered; international regulations, the Constitution of Ecuador, criminal doctrine, judgments and criteria of the Constitutional Court, National Court of Justice, as well as national legal system and scientific journals were used, information that resulted in the existence of a violation of the right to defense of those prosecuted, since the "indications" presented by the prosecution are generally insufficient for preventive detention to be requested, regardless of the crime. In addition, the lack of clarity of this legal provision emerges, which, being of a subjective nature, generates discretion without control, equally arbitrariness and sometimes abuses of the regime in power; therefore, we would be facing effects on the rights of freedom, legal security, due process and before a latent criminalization of poverty. Also concluding that it is necessary to have a unified criterion on the "indications", on which would be efficient or sufficient and the eradication.

Keywords: indication, flagrante delicto, criminalization, social roots

Introducción

La presente investigación aborda minuciosamente el derecho a la defensa tomando en consideración el contenido del artículo 534 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, precepto legal que es considerado de vital importancia, su estudio debido a su utilización diaria, la gran cantidad de interpretaciones que se crean en cada caso y la falta de unificación de criterios que repercuten notoriamente en un debido proceso penal, más aún como el ecuatoriano que es constitucionalizado en todas sus fases y no permite vulneraciones de derechos a las partes procesales.

Esta investigación busca además proporcionar información que será de gran utilidad a todo el mundo jurídico, tanto jueces, fiscales como a abogados en el libre ejercicio para capacitar y perfeccionar el conocimiento jurídico sobre la magnitud de la problemática del artículo 534 numeral 3 del COIP, así como el arraigo social del procesado en las audiencias de flagrancias y a su vez, la manera de cómo podemos enfrentar dicho conflicto entre la norma y la realidad social.

Es importante añadir que la temática de esta investigación se encuentra principalmente relacionada al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada pacto de San José, donde se estipulan las garantías judiciales, y trae consigo nociones primordiales sobre el derecho a la defensa y debido proceso, teniendo como finalidad, la de guiar a todos los participantes de un proceso sea este penal, civil, administrativo o de cualquier otra característica que incurran en un lineamiento básico y obligatorio que delimite actuaciones y comportamientos ante un proceso que tendrá como consecuencia ratificar el estado de inocencia o en la materia de la presente, inculpar de un delito en materia penal a algún ciudadano.

En cuanto el literal c, del numeral dos del artículo 8, *ut supra*, precisa que se tiene que entregar una “concesión al inculpaado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa” (Organización de los Estados Americanos, 1978), situación que no es considerada, en lo que cabría, en un escenario de flagrancia en el Ecuador, por el titular de la acción penal (fiscal) ya que dentro de 24 horas, el servidor público actuante no tendría el tiempo suficiente para encontrar “indicios relevantes” en su investigación, y además el procesado estando detenido, también se le imposibilitaría encontrar documentación adecuada para proporcionar una defensa apropiada, que rompa los “indicios”; al mismo tiempo el sistema burocrático del país, hace imposible solicitar información primordial, ya que las contestaciones de las instituciones públicas, en los casos que no tengan plataformas digitales, demoraría más de las actuaciones dentro del término de 24 horas.

En Ecuador, en la Constitución del 2008, se establece en el artículo 76, numeral 7, el derecho a la defensa que incluye mecanismos idóneos para que se respete en su integridad, cada una de las actuaciones de los intervinientes de un proceso donde se traten derechos y obligaciones, que van desde tener abogado patrocinador en cada etapa y circunstancias del proceso a poder contradecir cada una de las pretensiones emitidas en contra (Asamblea Constituyente de Ecuador 2007-2008, 2008).

En el Código Orgánico Integral Penal, como eje central, de un derecho penal constitucionalizado, obliga a los jueces, fiscales, defensores y toda persona participe a que adopten todas las medidas necesarias para respetar el derecho a la defensa, por lo que el artículo 4, de la norma citada señala que:

...las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y

serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos (Código Orgánico Integral Penal, 2021).

En el Ecuador, uno de los principales errores en la aplicación del Código Orgánico Integral Penal, es la solicitud desmedida e irracional de la prisión preventiva por parte del titular de la acción penal, con “indicios” que no aportan nada al derecho penal; y la aceptación sin la debida motivación por parte de los jueces en materia penal, sumado a la escases de un supuesto arraigo social por parte de personas sin recursos, o incluso con recursos, pero sin el tiempo necesario y la mala argumentación de los “indicios” proporcionados por la fiscalía produce que pese sobre varias personas una medida cautelar personal, como lo es la prisión preventiva, dejando a un lado los derechos de libertad, seguridad jurídica, derecho a la defensa, principio de congruencia, debida diligencia, motivación, todo esto, por simples impresiones arbitrarias que sin ser razonadas terminan imponiendo la voluntad del *statu quo*.

La constitucionalización del derecho penal ha cambiado la forma y el modo en cómo tiene que actuar el poder punitivo del estado frente a una persona que aparentemente ha roto la convivencia social y ha adecuado presuntamente su conducta a un tipo penal previamente establecido por la ley penal; sin embargo, pese a los grandes avances en materia procesal penal, relacionado a la prueba como mecanismo de protección y a la garantía básica del derecho a la defensa, se han incrementado notablemente las decisiones judiciales innecesarias, mal motivadas y totalmente contrarias a la realidad social, por sobre la regla general del *indubio pro reo*, principio de inocencia y el tiempo suficiente para preparar una defensa adecuada, en relación a la parte más débil de los proceso penales, el procesado, en proporción a la aplicación o no de la prisión preventiva, teniendo como soporte “indicios” lo que ha repercutido significativamente al atraso en materia penal, al deterioro de las garantías constitucionales y la gran cantidad de vulneraciones a derechos, lo que termina en un sin

número de personas privadas de su libertad de forma provisional y cárceles llenas innecesariamente.

Siendo un tema que afecta directamente a la parte más débil del derecho penal, el procesado, y la falta de interés por parte de mundo jurídico y académico del derecho en proporcionar herramientas de defensa del procesado, esta investigación es indispensable para el día a día del abogado en libre ejercicio; así como para los juzgadores y fiscales que tienen causas rutinariamente, por lo que beneficiaría a lograr un mejor entendimiento de la norma y el rol que juega cada uno en la sociedad por sobre cualquier populismo penal o medios de prensa que en muchas ocasiones direccionan los fallos de los jueces por los temas mediáticos y donde el gran aliado es la discrecionalidad de los “indicios”.

Desarrollo

El derecho a la defensa es una herramienta jurídica de protección, que ampara de forma eficiente y eficaz a cualquier individuo que se encuentra inmerso en un proceso, sea este penal, civil, administrativo o de cualquier otra rama, donde se estén determinando derechos, obligaciones y responsabilidades que puedan afectar directa e indirectamente una situación jurídica determinada que intente obtener la anulación o perjuicio de un bien jurídico protegido, por intermedio de jueces o tribunales competentes, autoridades administrativas o personas seleccionadas por la justicia indígena; protección que abarca el ser escuchado, tener tiempo suficiente para preparar su defensa, tener traductor en caso que no conozca el idioma, que se conozca las razones de su detención, que tenga abogado patrocinador privado y en caso de no tener recursos suficientes, que el estado proporcione un defensor de oficio, tener normas claras, precisas y previas en el ordenamiento jurídico, que se presenten pruebas obtenidas sin violentar la ley entre otros.

En relación a la prueba, que es la información indispensable en todo proceso para demostrar, probar y lograr el pleno convencimiento de los jueces de las alegaciones

planteadas en los procesos, desde la época primitiva, las pruebas judiciales se toman en consideración para tratar conflictos de intereses en la sociedad, en estos tiempos, era normal distinguir comportamientos de acuerdo a cada grupo en formación, pero que sin duda podemos considerar a las impresiones personales visuales y auditivas como los mecanismos de defensa en estos sistemas procesales rudimentarios, de ahí con el pasar de los años se fueron adecuando a los contextos históricos que emergían de acuerdo a las conquistas sociales. Las siguientes fases de evolución del sistema procesal y de pruebas serían, la religiosa, la legal, la sentimental, y la científica. Roma y Grecia tendrían un papel preponderante en el desarrollo de las pruebas; todo esto se dio en la antigua Europa.

Devis Echandía, menciona que:

...las cuatro últimas fases de la evolución del concepto de la prueba y de los sistemas probatorios iniciales se encuentran más o menos definidas en la historia Europea, a partir de la caída del imperio romano, por haberse producido una quiebra fundamental en la civilización jurídica y social que roma había llevado a altos niveles, lo cual hizo que durante muchos años imperara una mezcla de barbarie y de fanatismo religioso que condujo a absurdos procedimientos judiciales (Devis Echandía, 1981).

En Roma, en los inicios de su imperio, fue magnifico el desarrollo de la prueba, al tal punto que el principio dispositivo, de la carga de la prueba, se mantiene en la actualidad, y es que las personas inmersas en las discusiones tenían que demostrar sus pretensiones y reclamarlas ante un juez, mediante recursos que consistían en pruebas, tanto testimoniales como el juramento.

En el tiempo del imperio romano, tanto en sus procesos de inicio, durante el imperio como tal y en el periodo de Justiniano, fueron creándose varias instituciones jurídicas, que mencionaban la carga de la prueba, así como el rol que tenía el juez, de pasivo a activo en las

resoluciones que vertía de forma oral; terminando todas estas transformaciones que construían la lógica de la prueba por medio del derecho canónico que tomaba fuerza.

Todo sujetado a la discrecionalidad e intervención directa de las personas que asumían posturas, en la época romana se dan tres tiempos definidos, el primero donde reinó el testimonio, por medio de la palabra sofisticada y los ademanes naturales, la misma se la denominó “*legis actiones*”; la época formulario trajo consigo ciertos reconocimientos especiales a los documentos, que quizá sin formalidades podían involucrar directa o indirectamente a una persona y el juramento toma fuerza, porque los medios para presionar a las personas eran varios, más allá de la estigmatización social, se veían casi que obligados por su conciencia a decir la verdad. Como tercer periodo tenemos el “*cognitio extra órdenes*”, donde la interrogación de las partes juega un papel preponderante, ya que podría un juzgador de acuerdo a los alegatos visualizar a quién le correspondía la carga de la prueba.

Línea del tiempo, a nivel jurídico que fue imponente, y que no se pierde, tal como señala Valeria Susana Guerra, que visualizó el sistema judicial romano y sus sentencias y resume que:

....el proceso, su estructura, las funciones del juez, la fuerza de las decisiones judiciales y su fundamento en el *imperium* y en la *iurisdictio*, han sido argumentos del mayor interés en las elaboraciones jurídicas, tanto de la romanística como de la ciencia del derecho procesal (Guerra, 2011).

Los sistemas avanzan y el derecho sigue su curso, y es en el periodo canónico, que se forjó la línea para que el juez decida, ya no de forma arbitraria sino por medio de una serie de formalidades, que la “iglesia” pondría en los estrados. Como señala Duran, Dimas y Rodríguez:

...otras contribuciones que se deben al derecho canónico, fueron la abolición de los medios irracionales de prueba y la introducción en el procedimiento de la lógica del juicio, a través de la llamada teoría de las presunciones, que permitía adherirse a la verdad más probable (Durán , Dimas, & Rodriguez, 2004)

Ya adentrándonos en los últimos días de la edad media, la prueba la tiene que proporcionar el actor y en ciertos casos el reo o procesado, con los lineamientos del proceso canónico, de tal forma que las arbitrariedades quedan abolidas, al menos en la teoría, por la fundamentación por medios probatorios que colocan al juez en la posibilidad de juzgar culpabilidad o no.

En la época moderna, tal como señala Duran, Dimas y Rodríguez:

...el Código de Napoleón, ejemplo clásico del auge inusitado de la codificación que trajo consigo siglos más tarde la revolución francesa (1789), incluyó en su artículo 1315 un principio similar, que es receptado por diversas legislaciones (código civil colombiano, art. 1757; código civil chileno, art. 1968; código civil italiano de 1865, art. 1312; código civil español, art 1315). Si bien estos textos contemplan literalmente la prueba de las obligaciones, la doctrina moderna coincide en que tienen un sentido general, es decir, que corresponde probar los hechos constitutivos a quien los afirma, y quien opone otro hecho con el cual se pretende extinguir sus efectos jurídicos o modificarlos, debe por su parte probarlo (Durán , Dimas, & Rodriguez, 2004).

Tomando en consideración que la prueba y la carga de la prueba ya estaban estructurados completamente en la edad moderna, no es menos cierto que en el derecho procesal contemporáneo tal como menciona Ramírez que:

“un cambio de época significa ruptura de paradigmas, cambio de ideas y también de perspectivas. Pero un cambio de época es lento y está acompañado de una amplia zona gris, el ejemplo más cercano se vivió cuando la edad media entra al renacimiento, posteriormente a la ilustración para finalmente nacer la edad moderna o era de la razón. En esta línea evolutiva, la constitucionalización del derecho a partir de la adopción de las constituciones materiales de postguerra, el reconocimiento de la pluralidad jurídica como coexistencia de diversos sistemas que interactúan, el acercamiento del *commonlaw* y del *civil law*, y las formas de fusión que se empiezan a concretar a partir de teorías *ius naturalistas* - *ius positivistas*, son un síntoma claro de que se vive actualmente un cambio de época (Ramirez, 2013).

En la actualidad, reina un derecho procesal constitucionalizado, que observa a la prueba como punta clave en esa triada juez, fiscal, procesado, ya que por medio de estos elementos aportados al proceso se puede desvirtuar cualquier pretensión infundada, amenaza a la integridad física y psicológica o en su defecto rompe el estado de inocencia que gozamos todos; la prueba tiene como finalidad en los procesos actuales conducir al juzgador, que por sobre la duda razonable o sana crítica en ciertos casos, a idealizar una postura objetivamente probada, alejado de comentarios externos, y decidir de forma acertada y apegada a derecho motivando cada una de sus acciones.

En el Ecuador, es importante mencionar el avance del derecho procesal, las nuevas herramientas con las que cuenta la justicia en materia penal, lo que permite intentar alcanzar nuevos objetivos hacia un derecho penal con menos errores y con más garantías; el haber tenido el país varias codificaciones y reformas a leyes caducas que no avanzaban conforme la sociedad progresaba, fue pilar fundamental para que se evalúe la posibilidad de compilar en un mismo cuerpo normativo las leyes penales, con la finalidad de no tener dispersas las reglas

en materia penal ni tampoco errar en la aplicación de varias leyes que notoriamente eran contradictorias, tanto en principios como en legalidad.

Situación que repercutió para la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en el año 2014; cuerpo legal que en sus articulados profesa la intención de modernizar el derecho penal, siendo una “barrera” o “filtro jurídico” por donde franquean situaciones judiciales vitales para el ser humano, entre esas, legalidades de la prueba, obtención de prueba conforme la norma supresa, debido proceso, actuaciones limitadas de los operadores de justicia y principios que son el nuevo auge del derecho penal ecuatoriano.

La fiscalía en este nuevo modelo penal ecuatoriano que impone tanto la Constitución del Ecuador, así como el Código Orgánico Integral Penal, posee un sin número de facultades, pero también gran cantidad de limitaciones, con el propósito que no sea solo aquel servidor judicial que ostente las más grandes “ventajas” por sobre los sujetos procesales, ya que invierte de todo un aparato judicial para alcanzar sus objetivos, sino que ahora debe de limitarse a buscar elementos de cargo y también de descargo, utilizar todos los medios que estén a su alcance para buscar tanto la culpabilidad o buscar una ratificación del estado de inocencia, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en su libro de Criterios sobre la inteligencia de la ley y aplicación de la ley (2017) señala que la prueba debe justificar “los dos presupuestos básicos de un proceso penal esto es probar tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad” (Corte Nacional de Justicia, 2017).

Debido proceso en el Ecuador

Según el Dr. Merck Benavides Benalcázar:

... se puede definir al debido proceso y al sistema procesal penal, como el conjunto de principios y procedimientos sucesivos ordenados, dentro de los cuales se investiga un delito, cuya finalidad fundamental es llegar a buscar la

verdad de un hecho llamado delito, pero siempre respetando los derechos del procesado – acusado (Benavides Benalcázar, 2017).

De la misma forma la Ab. Rosana Castro Arroyo, Msc. señala que:

...el derecho a un debido proceso judicial: es un componente de la tutela judicial efectiva, por eso se fomenta a través de esta. El debido proceso, a su vez, está conformado por las garantías enunciadas y desarrolladas en el artículo 76 CRE. Cuando se violan las garantías del debido proceso, como la motivación, la defensa, el cumplimiento de normas o el derecho a recurrir; se dice que se viola la tutela judicial efectiva (Castro Arroyo, 2021).

El debido proceso, es de vital importancia para las partes procesales, más aún, tomando en consideración la premura con la que se realizan las audiencias de flagrancia y formación de cargos, y la forma como dentro de las 24 horas luego de la aprehensión se ponen en juego muchas situaciones jurídicas que promueven protección al estado y olvido al presunto sospechoso. Por lo que, es de vital importancia cumplir a cabalidad, al tenor literal las disposiciones constitucionales y legales, y si en caso favorezca más a la vigencia de los derechos humanos, el criterio discrecional del aparéjate judicial y policial.

4.1 Arraigo social

En relación al arraigo social, la historia nos ha dado contundentes pruebas de cómo ha ido evolucionando la calidad de vida de las personas; se ha ido progresando en cuanto a derechos, pero no en cuanto a condiciones de vida, que siguen marcando un desajuste en las brechas sociales. En la línea del tiempo encontramos a los esclavos que más allá de no tener derechos tenían obligaciones que acababan con su vida en varias ocasiones, por el exceso trabajo y humillaciones no remuneradas; con los años pasamos a los siervos de la gleba, que eran considerados como semi-esclavos, porque habitaban en sus tierras, pero estaban

obligados a trabajarla, sin ninguna clase de recompensa, tan solo la garantía legal que los amos otorgaban por su permanencia en las mismas parcelas. A continuación llegaron las explotaciones laborales, y segregaciones sociales, lo que ocasionaban totales vulneraciones de los obreros, que trabajan más de 12 horas al día y su paga era una miseria, y por otro, lado el racismo y separaciones de personas según su color de piel, etnia y condición social. Para todas estas personas era muy difícil conseguir propiedades, simplemente o vivían excluidos o trabajaban para a duras penas sobrevivir.

En los años actuales la brecha entre personas, son las clases sociales, personas pudientes, que abarcan la mayoría de los recursos, frente a personas que no tienen absolutamente nada, incluso viven en una irregularidad jurídica, pese a que son ciudadanos. Como menciona Nicolás Lizama (2017):

... la irregularidad jurídica supone una pérdida o restricción de derechos sociales vinculados con el acceso a ciertos servicios, como los de educación, salud, vivienda, servicios sociales; al mismo tiempo que una imposibilidad de participación y de ciudadanía social. Sus implicaciones en el ámbito personal se ven marcadas por sentimientos de inseguridad, miedo, inestabilidad, inferioridad, pérdida de identidad, baja autoestima y desarraigo (Nicolás Lizama, 2018).

En el país, con corte 2020, según el boletín técnico n° 02-2021-enemdu (2021), “en diciembre de 2020 la pobreza por ingresos a nivel nacional es de 32,4%. en el mismo periodo, a nivel urbano es de 25,1% y en el área rural 47,9%.” (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), 2021), lo que demuestra que actualmente este grupo de personas vive en una situación compleja, llámese así, no tener vivienda propia, no tener hijos registrados en el registro civil, no tener ingresos ni para cubrir la alimentación adecuada diaria, no tienen conectividad o tecnología lo que agrava la situación de estas personas al querer conseguir

mecanismos de defensa, para justificar un arraigo social; por lo que, se verán en la mayoría de casos, por la falta de ingresos a trabajar con defensoría pública sin contar con elementos suficientes.

El mismo boletín técnico n° 02-2021-enemdu (2021):

...en relación a la pobreza extrema, a nivel nacional, es de 14,9% en diciembre de 2020. En el área urbana la incidencia de la pobreza extrema es de 9,0% y a nivel rural 27,5%” (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), 2021), con estos resultados, si la situación de la pobreza es compleja, la oportunidad para demostrar un arraigo social adecuado, por personas que no tienen una calidad de vida, normal, y viven sin nada en extrema pobreza resulta imposible.

La palabra arraigo social, tiene varios significados, que van desde precautelar la presencia adecuada del procesado al proceso, hasta llegar a convertirse en una situación que debe mostrarse como particular, sin la intervención del estado, en la cual está interviniendo en un proceso penal por sus propios medios de vida, y así plasmar ante el juez y el fiscal que vive bajo condiciones adecuadas para la sociedad. En los procesos penales en el Ecuador, de acuerdo a la situación particular, el procesado tiene una salida, ante la posible emisión de una medida cautelar; sin embargo, tomemos en consideración lo que menciona Mestanza:

...claro está que para que el juzgador opte por una o más de las cinco primeras medidas, tiene que analizar que la infracción no conlleve tanto peligro; que el procesado demuestre el arraigo social y laboral; que tiene su familia, sus bienes y motivos como para no abandonar el país, capaz de que el juzgador se convenza que el procesado va a quedar ligado al proceso para los fines legales consiguientes (Mestanza, 2018).

Situación que suena sencillo, pero que en la realidad se convierte en algo complejo.

4.2 Referencias del arraigo social

La prueba del arraigo social, es un elemento que todo procesado, pese que no hay disposición de aquello, debe de presentar ante el juzgador con la finalidad de demostrar, persuadir, para acaparar la atención de buen ciudadano, que de cierta forma cumple con requisitos mínimos para vivir en sociedad, que vive rodeado de un sistema al cual se adapta adecuadamente en circunstancias sean estas laborales, de comunicación interpersonal, de vínculos con instituciones del estado, y demás, con la finalidad que no se emita en contra de ella una medida cautelar como de prisión preventiva o arresto domiciliario.

Cuando ingresamos a un proceso penal, estamos vestidos del principio universal de inocencia, que como lo estipula la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en Costa Rica, en el año de 1979, en su artículo 8 “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Organización de los Estados Americanos, 1978). De lo cual, el mundo jurídico está de acuerdo con la norma citada, porque mientras no exista una sentencia ejecutoriada que pese en contra de cualquier persona, debe tener las herramientas necesarias para presentarse a un proceso penal, sin ser perseguido, mal visto o que pese un prejuicio incensario, pero también, no es menos cierto que la fiscalía es la encargada de dismantelar esa calidad que ostentamos todos por medio de pruebas claras y fehacientes.

(Reyes, Jaramillo, Jayo, Merlyn, & Martos-Méndez, 2018), señalan que “el arraigo social está condicionado a una percepción de satisfacción en el vínculo con la sociedad de acogida”. Es viable concretar una idealización de un arraigo social con las clases altas o medias, por cuanto se tiene a la mano muchas posibilidades para conseguir cualquier clase de arraigo, sea laboral, económico, familiar, social, deportivo, educativo, lo cual no igual en

clases bajas o de extrema pobreza, donde la informalidad reina y la falta de acreditación con un estado ineficiente con este sector agrava la situación.

Dentro de las garantías judiciales contempladas en este capítulo segundo de derechos civiles y políticos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que se citó previamente, no menciona que el procesado o sospecho tenga la obligación de presentar prueba, si bien es cierto que debe de preparar una defensa adecuada, con el defensor que elija, tampoco establece que una persona deba de probar absolutamente nada, ya que en base al principio de inocencia él ciudadano no sería culpable hasta que se le demuestren lo contrario.

En Chile, de forma constitucionalizada no se encuentra el principio de inocencia como tal, pero como estipula Molina, en presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: reflexiones sobre el caso chileno se:

...concluye entonces que la presunción de inocencia pasa a ser un derecho fundamental cuyo origen se encuentra en el bloque constitucional de derechos de acuerdo con el mandato preceptuado en el art. 5° inc. 2° de la cpr, entendiendo por este, el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (Reyes S. , 2012).

En el Ecuador, es notorio que el principio universal de presunción de inocencia, como los principios de igualdad ante la prueba, *indubio pro reo* y de no discriminación se ven siempre trastocados por la realidad social que vive el país; es un martirio, en un país como el nuestro justificar algo que no se pueda justificar documentadamente por carencia de servicios gratuitos, rápidos y de libre acceso. Estefan Crauth, sobre la prisión preventiva en el Ecuador dice que:

... el llamado arraigo social, aunque no es un supuesto de hecho del COIP (y ni siquiera un concepto jurídico), le corresponde un papel preliminar en las audiencias. Al final, el manejo del llamado “arraigo social” acaba en la discriminación de los que viven y trabajan en condiciones de informalidad, pues no pueden “comprobar” sus arraigos domiciliarios o laborales mediante contratos respectivos (Krauth, 2018).

El sistema económico y social ecuatoriano trastoca cualquier “plan” o intención apegada a derecho que quiera efectuar la parte más débil del proceso penal con su arraigo social, por la escases de elementos y lo egoísta del sistema para entregarlos; y es que pareciera que además de la pobreza o escases en la que se vive, la persona sospechosa debe sobrellevar el peso del estado en su contra, y con un arma sigilosa cubierta por esta misma institución ficticia (estado) que, como menciona (Palacios, 2017) “no vivas del pasado, olvida lo malo, inclusive lo bueno, supera todo lo que hiciste ayer porque simplemente ya de nada vale, mira siempre adelante y procura cometer eso sí, menos errores que ayer” ; pone como “paraíso” un sistema de rehabilitación social que una vez terminada la pena, cumplida, expondrá los verdaderos resultados de lo que generó criminalizar la pobreza y no anteponer el principio de imparcialidad por delante, con o sin arraigo social, ya que el procesado no está llamado a demostrar nada, más que se le ratifique su inocencia si está no ha sido desvirtuado por el titular de la acción penal. La educación juega un rol importante, en este juego de apariencias; una persona que ha tenido la oportunidad de estudiar podría presentar documentos que abalicen su intención de superarse académicamente, o quizá estaría en un paso, hacia adelante, de no caer en la prisión preventiva tan solo por ser analfabeto o estudiar hasta cierto grado del bachillerato, por tanto, como menciona Clery Aguirre, 2016:

Al ser la educación el instrumento que capacita a los individuos para la comprensión y asignación de significados de los elementos que conforman la

realidad, debe entenderse que todo proceso educativo afecta positivamente la capacidad de la población para el desempeño de la actividad productiva; en consecuencia, la democratización de la educación y el desarrollo socio económico están fuertemente relacionados. Por tanto, es justo reconocer que el nivel educativo de la población es un indicador relevante y explícito de las condiciones de vida y de calidad de vida en la población. (Clery Aguirre, 2015).

Como tema puntual, el arraigo social, no existe en trabajos realizados expresamente para revelar las bondades y problemáticas que trae este concepto jurídico en el país. Varios tratadistas han tocado el tema, pero de forma superficial, dado que hablan de la prisión preventiva, o medidas cautelares; otros trabajos, sobre el derecho de inocencia y algunos sobre la carga de la prueba, pero no de forma exacta; según Krauth:

“sorprendentemente en el Ecuador, hay una extendida costumbre en cuanto a la prisión preventiva radicalmente opuesta a la ley y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es sorprendente, porque la ley no deja margen para una interpretación divergente. Sin embargo, los jueces tienden a asignar a la defensa la obligación de presentar pruebas del denominado “arraigo social” (Krauth, 2018).

Se menciona, que se tiene que demostrar un “arraigo social” cuando en teoría estaríamos yendo en contra de disposiciones internacionales.

4.3 Principio de imparcialidad

Es importante señalar un principio pilar en las buenas decisiones que pudiesen tomarse en las audiencias flagrancia y de formulación de cargos en el Ecuador por parte de los jueces, además de delimitar las actuaciones fiscales, lo que ocasionaría un trato más justo y razonable

con lo que se tenga a la mano y no, con el pretexto de cumplir su rol, distorsionar hechos con “indicios” que no aportan nada a la verdadera intención del *ius puniendi*; el proceso penal y actuaciones de la potestad estatal tienen que escudarse en este principio para que se trate de la mejor manera su presencia en el estrado. El principio de imparcialidad, que según Durán Chávez y Henríquez Jiménez sostienen que:

...se concluye que el principio de imparcialidad constituye una verdadera protección respecto de la garantía del derecho a la defensa, sin el cual no se obtendría una decisión justa, apegada al derecho, debido a que su vulneración se traduciría en la violación plena del debido proceso y más específicamente, del derecho a la defensa (Durán & Henríquez, 2021).

4.4 Indicio

Es necesario también, conocer previamente el significado de la palabra “indicio”. Según el diccionario de la Real Academia de la lengua española, es un “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido” lo que sugiere también, que pueda darse el caso de entrar en más conflictos con algo claro y contundente.

El artículo art. 534 # 3 del Código Orgánico Integral Penal señala “indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. De este precepto legal, se desprende la discrecionalidad con la que pudiese actuarse y también la facilidad con la que pueda deslindarse responsabilidades, por cuanto el legislador ha dejado abierta la puerta para que sea beneficioso para las pretensiones fiscales como para las buenas alegaciones de la defensa técnica, en caso que las hubiese.

El artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, trae una herramienta para que se cumpla con la idealización perfecta del proceso penal, que es, que exista un proceso previo

adecuado, para que pueda dictaminarse grados de culpabilidad o no, de cualquier ciudadano que haya roto la convivencia social, adecuando su conducta a un tipo penal previamente prescrito. Pero para que pueda efectivizarse la prisión preventiva, que es la disposición a la que hacemos referencia, el legislador ha previsto cuatro circunstancias que deben de cumplirse para que pueda conceder, las mismas que van desde la claridad de un presunto delito, donde se puedan desprender elementos adecuados de convicción que más allá del parte policial, que es netamente referencial puedan direccionar el criterio del juzgador; además estos mismos elementos deben ser exactos desde la óptica jurídica que permitan precisar el grado de autoría o complicidad con la que actuó el procesado y que la pena privativa de libertad que se tipifique en el tipo penal obligatoriamente tiene que ser no menor a un año.

El inconveniente principal, se encuentra en el numeral tercero de artículo tratado, puesto que el legislador no ha sido claro, en precisar ciertas palabras que en la realidad se tergiversan creando incertidumbre en el proceso penal, lo cual no es su finalidad, recordado que deben de existir normas claras y precisas, procedimientos transparentes para poder ejercer el derecho a la defensa.

4.5 Medidas Cautelares

Las medidas cautelares son opciones jurídicas necesarias en los procesos penales, puesto que su gradualidad e intención procesal es un aliado ideal para que se cumplan con los fines del proceso hasta el momento que se tenga una sentencia en firme; tener que proteger derechos de las personas que han sido presuntamente víctimas y al mismo tiempo traer, si es posible a la fuerza, al presunto culpable para que actúe activamente en el proceso, genera confianza en el sistema, permiten recuperar evidencias así como visualizar posibles reparaciones integrales.

Como señala la Real Academia Española, la medida cautelare es el:

Instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso (Real Academia Española, 2013).

El COIP, en su artículo 522, prescribe a las medidas cautelares y faculta al Juez a imputar al procesado una o varias de ellas, que según el cuerpo normativo son: “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; dispositivo de vigilancia electrónica; detención y prisión preventiva.” (Código Orgánico Integral Penal, 2021).

A simple vista se desprende que existen varias medidas cautelares a la mano del Juez para imponer o imponerlas, las de mayor intensidad son las que privan la libertad, generando así una latente preocupación al recibirlas, por lo que no es lo mismo, defenderse en libertad que teniendo una prisión preventiva. No todos los casos merecen presentación periódica ante autoridad competente y tampoco todos deberían terminar en prisión preventiva, que al parecer, los juzgados están llenos de estas de decisiones y las cárceles no dejan cambiar de criterio.

Como prescribe la Resolución No.14-2021 de la Corte Nacional de Justicia, que:

... al hablar del principio de excepcionalidad, debemos hacer relación a que, como regla general, las personas son libres individualmente, por lo tanto, todas las medidas cautelares que limitan la libertad son excepcionales y deben ser administradas con sentido restringido en tanto afectan a un derecho de rango constitucional. La excepcionalidad tiene íntima relación con el principio de mínima intervención penal, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas

que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas (Corte Nacional de Justicia, 2021).

Si como manifiesta la Corte Nacional de Justicia en su Resolución No.14 – 2021 que:

... el juicio penal no es en modo alguno un instrumento para combatir ningún fenómeno social, el juicio penal es, en cambio, el lugar para determinar la responsabilidad penal de una persona acusada de haber cometido un delito o una contravención. No existe una política penal con el juicio penal, al igual que en otros aspectos con el derecho penal sustantivo, no es posible resolver los fenómenos sociales que deben mantenerse absolutamente fuera del derecho penal (Corte Nacional de Justicia, 2021).

Dentro del precedente obligatorio emitido por la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia N.º 001-18-PJO-CC, caso N.º 0421-14- JH, señala que:

En un Estado constitucional de derechos y de justicia, el respeto por los derechos humanos constituye un pilar fundamental, por lo tanto, es obligación del Estado abstenerse de intervenir arbitraria e innecesariamente en los derechos y libertades de los ciudadanos, así como garantizar su plena efectividad. En tal sentido, si tenemos presente la gran importancia que tiene el derecho a la libertad personal dentro de los derechos civiles y políticos y su reconocimiento en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, es necesario reconocer que cualquier restricción o privación a la libertad deberá fundarse en motivos previamente establecidos en la ley y solo procederá cuando sea absolutamente necesaria. Esta orientación humanista y garantista de los derechos humanos de las personas penadas, configura un importante elemento de distinción entre un Estado autoritario y un Estado democrático, pues mientras el primero usa su poder punitivo como primera medida para reprimir conductas delictuosas, el segundo se asegura de que el *ius puniendi* y las penas

privativas de la libertad se utilicen solo como último recurso, después de que quede plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resultan insuficientes para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia (Corte Constitucional del Ecuador, 2018).

Por lo tanto, el estado debe limitarse a actuar de forma congruente y anteponiendo los estereotipos y prácticas cotidianas que desfavorecen a las personas más vulnerables, por su condición y limitarse a actuar tomando como pilar fundamental, el respeto a los derechos humanos como la vida, libertad, asociación, salud, integral física y emocional, económica, estatus de inocencia, congruencia y legalidad.

4.6 Insuficiencia de Medidas Cautelares

Si la regla general son los principios de mínima intervención penal, *indubio pro reo*, estándares de *ultima ratio* de la prisión preventiva, estado de inocencia para que no vulneren derechos de la defensa en la solicitud de esta medida cautelar, legalidad de las actuaciones estatales, seguridad jurídica, debido proceso, derecho a la defensa, igualdad de armas ante la prueba, igualdad de condiciones en el proceso penal; ¿Cuándo estaríamos ante un posible alejamiento de estos parámetros por comportamientos sociales fuera del margen de la ley tanto en forma como de fondo?. La respuesta partirá desde la apreciación que nos da la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de fecha 21 de noviembre del 2007, donde señala: “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 eludiré la acción de la justicia y que las medidas sean idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales respecto de tal fin; y, iii) que la decisión que las impone

contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Conociendo estos lineamientos, estamos ante situaciones que de forma visible podrán tener argumentación jurídica, pero mientras no exista el soporte en prueba o elementos de convicción necesarios, seguirá siendo regla general lo primero, así que sin un ciudadano, con alevosía, dolo y utiliza todos los medios idóneos y conducentes para que se consuma el hecho ilícito, estaría adecuando presuntamente su conducta al delito, además, si se observa notoriamente por varias personas y personal policial su intención inescrupulosa de abandonar la escena del suceso, evidenciaría su propósito de aludir a la justicia; poseer antecedentes penales, que si bien sería una revictimización para la obtención de la verdad procesal y una discriminación por su pasado judicial, es necesario conocer de antemano la realidad social del ciudadano; y si, al mismo tiempo se lo encuentra con material del ilícito o instrumentos con el cual se perpetuo el mismo, estaríamos ante justificativos necesarios para colocar una medida cautelar que conlleve privación de libertad. Pero, para que surta efecto todo, deberá ser óptima su demostración por parte del titular de la acción penal, que tiene la obligación de traer todos estos hechos a la palestra del juez en forma de indicios que serían, como ejemplo, videos de cámara de seguridad debidamente periciados, donde se observa el ilícito y la intención de fuga; certificado del Ministerio de Relación Exteriores o Migración, donde se observe salidas del país del ciudadano y los medios de como las realizó, declaraciones de personas que observaron la escena en sentido puro, documentación certificada por instituciones públicas de condiciones de vida, certificados bancarios que demuestren ingresos, la no afiliación al seguro social ecuatoriano, para citar algunos. Las dos partes procesales están amparadas por la ley a poder encontrar documentación adecuada para preparar su defensa, como menciona (Clery Aguirre, 2015) “el ejercicio del derecho de acceso a la información sigue las reglas comunes al procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo se inicia a petición de parte,

mediante una solicitud a la administración” habría que analizar si en el contexto nacional, estaríamos ante igualdad de armas, ya que cuando existe flagrancia la persona se encuentra provisionalmente detenida y la Fiscalía si goza de aquella libertad.

Aun obteniendo esta documentación y la intervención del Fiscal sea tan precisa, estaríamos ante una vulneración al derecho a la defensa por cuanto en la parte que nos atañe la audiencia de flagrancia y formulación de cargos, no se prueba absolutamente nada, lo cual englobaría juzgar a alguien por mera información proporcionada sin certeza legal o sin el tiempo suficiente para ser debatida, ya que tampoco se podría contrarrestar en sentido puro de litigación y contradicción “estos indicios” para que se declare nulidad o exclusión de la misma por cuanto la fase para aquello aun no estaría comenzada. No tendría la defensa del procesado, es decir, del ciudadano al cual le calificaron la fragancia y le formularon cargos, de contar con el tiempo suficiente para defenderse, ni de buscar indicios que le beneficien.

Siendo preciso, lo que señala la Corte Nacional de Justicia en su Resolución No. 14 - 2021 donde sostiene:

... que, estas dificultades, devenidas de la obscuridad del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, han provocado que se dicte la prisión preventiva de manera arbitraria y generalizada, sin tener en cuenta su carácter de excepcionalidad, ni se consideren adecuadamente los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, elementos básicos a tener en cuenta al momento de decidir sobre la concesión o no de esta forma de privación de libertad. Este excesivo uso de la prisión preventiva, sumado a otros aspectos, ha provocado hacinamiento y crisis en el sistema carcelario y, como ya ha quedado dicho, la consiguiente violación de los derechos humanos de las personas procesadas (Corte Nacional de Justicia, 2021).

4.7 Aspectos Metodológicos

Para este ensayo científico, se utilizó de forma principal, un estudio de tipo documental, por cuanto toda la información que pudo obtenerse, nace de las fuentes del derecho, como lo son las leyes, tratados internacionales, la doctrina y jurisprudencia, lo que ha permitido enriquecer la temática y encontrar situaciones jurídicas viables en cada caso propuesto al análisis, que sin duda será de gran ayuda al mundo jurídico, cada uno de los resultados encontrados y la visualización distinta y uniforme de la aplicación de la normativa desde otra perspectiva, una más garantista y tutelar de derechos.

El análisis de documentos, fue de vital importancia para alcanzar una sofisticada indagación jurídica; la vulneración al derecho de la defensa en la aplicación del artículo 534 numeral 3 del COIP es una “institución jurídica” mal utilizada y que la falta de uniformidad de criterios sobre la problemática, promueve que encontremos un sin número de imprecisiones y discrepancias entre decisiones de jueces, actuaciones de fiscales y actuaciones de abogado en libre ejercicio. La información ha tenido un trato cualitativo, para poder tener resultados de la investigación, ya que se funda en la observación de la norma a su tenor literal, la visión del legislador al plasmar este resultado jurídico y los efectos que se emanan de la aplicación de este artículo basado en la realidad objetiva considerando los argumentos de la indagación. Como menciona Molina Benavides et. Al:

La investigación cualitativa se inicia en la sociología y en la antropología, para posteriormente empoderarse en otras disciplinas científicas como uno de sus principales modelos, útil para comprender el mundo, pero sobre todo útil para comprender a las ciencias sociales (Molina Benavides , et. Al, 2017).

Conociendo la historia, así como significados de estas figuras jurídicas, es la aplicación de métodos históricos lógicos y análisis síntesis la que se pone en marcha en este

ensayo, ya que la extracción de la información nos encamina a la utilización de una evaluación de los preceptos jurídicos, traídos a la realidad procesal que vive el Ecuador.

Estamos ante una línea de investigación sobre el procedimiento que se está tomando en consideración por los fiscales y los jueces y el que debería aplicarse de forma puntual, por cuanto la cotidianidad de los procesos y las grandes vulneraciones de derechos humanos así lo necesitan.

Conclusiones

Encontrándonos con una gran cantidad de decisiones judiciales, en la que se establecen fehacientemente que ciertos indicios han sido suficientes para alcanzar una prisión preventiva o no se ha logrado justificar el arraigo social por parte del proceso ha dado como resultado un sin número de personas con la medida cautelar más fuerte en el proceso penal, que son, por el grado de amenaza a derechos, la prisión preventiva, arresto domiciliario y colocación del dispositivo de vigilancia electrónica, lo que ha causado una vulneración directa a los derechos de defensa de los procesados; del otro lado de la moneda, se desprende que cuando se tiene la documentación necesaria y es bien expuesta en la audiencia respectiva por parte del procesado, se logra convencer al juzgador de dictar, medidas cautelares de menor rango a nivel de restricción de derechos como lo son la presentación periódica ante autoridad competente y la prohibición de salida del país; todo esto, trae como efecto dominó, un interés exclusivo, y que fue abordado de manera muy sencilla, en conocer cuáles son los argumentos jurídicos empleados y comunes en la que los juzgadores se afianzan desde su óptica para tomar sus decisiones, así como las motivaciones fiscales para “atacar” a la parte más débil del proceso penal y la respuesta de la defensa técnica para sobrellevar la cancha inclinada en un proceso penal a su favor.

Esta investigación, consiguió en el lector, que se involucre totalmente en la necesidad primordial de instruirse en relación al medio jurídico llamado el “arraigo social”; la situación

legal denominada “indicio” y la vulneración de derechos que se desprenden de la aplicación del artículo 534 inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal. A su vez conocer las actuaciones dentro de las audiencias de flagrancia, con la intención que el lector lograra identificar y visualizar, como intervenir, que utilizar y que observe, desde una perspectiva didáctica la gran cantidad de decisiones judiciales que se emiten de forma oral, en la audiencia de flagrancia y formulación de cargos, sin la debida sustentación jurídica y omitiendo un sin número de factores que conlleva cada delito, tal como lo mencionan las personas involucradas en estos procesos, así como defensores técnicos privados, que en su día a día luchan contra la adversidad del entorno social y la estigmatización de los juzgadores.

La presente investigación proporcionó información que será de gran utilidad a todo el mundo jurídico, tanto jueces, fiscales como a abogados en el libre ejercicio para capacitar y perfeccionar el conocimiento jurídico sobre la magnitud de la problemática de los “indicios en materia penal”, medidas cautelares, arraigo social del procesado en las audiencias de flagrancias y a su vez la manera de cómo podemos enfrentar dicho conflicto entre la norma y la realidad social en la vulneración latente al derecho a la defensa.

Esta investigación, una vez estudiada a profundidad por el lector, contribuirá a reducir las órdenes de prisión preventiva, y los arrestos domiciliarios por parte de los fiscales; por cuanto existirá una unificación de criterios, y se aclararon varias puntos que no se tocan en el día a día; además permitirá que existan menos derechos vulnerados o restringidos, así como menos población penitenciaria y de esta forma podremos contrastar la labor de los jueces, fiscales y abogados litigantes con la realidad social que viven las personas que están dentro de un proceso penal.

Afirmamos, luego de la investigación que no existe la figura del “arraigo social” en el COIP, lo que si podemos encontrar en este cuerpo normativo, es que el titular de la acción penal, es la fiscalía, y que es la encargada de buscar no solamente elementos de cargo si no de

descargo, no obstante lo anterior, se le atribuye a los investigados a probar su arraigo social, rompiendo la concordancia del propio sistema penal que vivimos y que es, el sistema acusatorio oral, que tal como su nombre lo dice, es acusatorio, por ende el fiscal es la persona encargada de romper con el arraigo social de aquella persona, con indicios suficientes, reales y demostrables; y no meras expectativas.

Las directrices de la justicia ecuatoriana, son idóneas en cuanto la intención de cubrir todos los sectores del derecho a la defensa, por cuanto se blinda al derecho penal de principio, garantías y humanismo, por lo que en la palestra pública la información cualitativa de este tipo de decisiones y actuaciones que están fuera del margen de la ley, por su arbitrariedad, se cometen ampliamente, ocasionando un agravio a la práctica penal, ya que en la actualidad no hay investigaciones sobre, a que llamamos indicios, o cuales serían los indicios más idóneos o del arraigo social del procesado; es por esto, que resulta vital llevar a la práctica esta problemática y sentar las bases de un nuevo derecho penal, que cumpla con los parámetros planteados por la propia Constitución y los Tratados Internacionales y que no se vulnere el derecho a la defensa en el articulado estudiado, por la simple discrecionalidad cubierta por la mala motivación.

Bibliografía

Asamblea Constituyente de Ecuador 2007-2008. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi .

Asamblea Nacional. (2021, 17 de febrero). *CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP*. Registro Oficial del Ecuador.

Benavides Benalcázar, M. (13 de Septiembre de 2017). *DerechoEcuador.com*. Obtenido de DerechoEcuador.com: <https://derechoecuador.com/garantia-del-debido-proceso/>

- Castro Arroyo, R. (30 de Noviembre de 2021). *DerechoEcuador.com*. Obtenido de DerechoEcuador.com: <https://derechoecuador.com/debido-proceso-en-ecuador/>
- Clery Aguirre, A. (2015). El acceso a la información pública: análisis de la experiencia europea y española y bases para su regulación en la República del Ecuador. *El acceso a la información pública: análisis de la experiencia europea y española y bases para su regulación en la República del Ecuador*. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). Sentencia: No. 001-18-PJO-CC. *Sentencia: No. 001-18-PJO-CC*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. *Ficha Técnica: Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*.
- Corte Nacional de Justicia. (2017). *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley Materias Penales*. Quito: Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo de la CNJ.
- Corte Nacional de Justicia. (2021). RESOLUCIÓN No. 14-2021. *RESOLUCIÓN No. 14-2021*.
- Devis Echandía, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Temis.
- Durán , M., Dimas, K., & Rodriguez, E. (2004). Consecuencias jurídicas derivadas del principio reversión de la carga de la prueba en los procesos de filiación y pensión alimentaria. San Salvador.
- Durán, C., & Henríquez, C. (2021). El principio de imparcialidad como fundamento de la actuación del juez y su relación con el debido proceso. *Revista Científica UISRAEL*, VIII(3), 173-190.

- Guerra, V. (2011). Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad. *Revista de Derecho Privado*(21), 59-86.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). (2021). *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU), diciembre 2020*. Quito: Dirección de Innovación en Métricas y Metodologías.
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.
- Mestanza, M. (13 de Agosto de 2018). Medidas Cautelares. *La Hora*.
- Molina Benavides , L., Vera Campuzano, N., Parrales Loor, G., Lainez Quinde, A., & Clery Aguirre, A. (2017). *Investigación aplicada en Ciencias Sociales*. La Libertad, Ecuador: Universidad Estatal Península de Santa Elena - UPSE.
- Nicolás Lizama, M. (2018). Los informes de arraigo: un análisis desde la perspectiva de los Servicios Sociales. *Cuadernos de Trabajo Social*, 85-93.
- Organización de los Estados Americanos. (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)* . San José.
- Palacios, R. (2017). *El corazón de Salinas para el mundo*. Salinas: Kindle.
- Ramirez, D. (2013). Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo. *Revista Academia & Derecho*(7), 171-188.
- Real Academia Española. (2013). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Obtenido de Diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/medida-cautelar>

Reyes, C., Jaramillo, F., Jayo, L., Merlyn, M.-F., & Martos-Méndez, M. J. (2018).

Dimensiones de integración social en población colombiana y cubana que vive en Quito, Ecuador. *Universitas Psychologica*, 1-14.

Reyes, S. (2012). Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal:

Reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV(2), 229-247.

1. Anexos