



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TEMA:**

**PRISIÓN PREVENTIVA EXTRALIMITACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES  
EN EL DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL**

**AUTOR:**

**AB. VÍCTOR JAVIER VACA JÁCOME**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:  
MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TUTOR:**

**DR. JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ**

**GUAYAQUIL-ECUADOR**

**2020**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por **Abg. Víctor Javier Vaca Jácome**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho mención Derecho procesal**.

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

---

**Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez**

**REVISORA**

---

**Dra. Nuria Pérez Puig**

**VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO**

---

**Dr. Walter Mera Ortiz.**

**Guayaquil, a los 22 días del mes de mayo del año 2020**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, VÍCTOR JAVIER VACA JÁCOME**

**DECLARO QUE:**

El proyecto de investigación **“Prisión Preventiva Extralimitación de las Medidas Cautelares en el Derecho a la Libertad Individual”** previa a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho mención Derecho Procesal, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan a la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del científico del proyecto de investigación el Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 22 días del mes de mayo del año 2020**

**EL AUTOR:**

**Víctor Javier Vaca Jácome**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Víctor Javier Vaca Jácome**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del proyecto **de Investigación** previo a la obtención del grado académico de Magíster en Derecho Mención Derecho procesal titulado: **Prisión Preventiva Extralimitación de las Medidas Cautelares en el Derecho a la Libertad Individual**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 22 días del mes de mayo del año 2020**

**EL AUTOR:**

**Víctor Javier Vaca Jácome**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL  
INFORME DEL URKUND**

## DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo académico de titulación a mi madre, quien siempre ha sido una luz en los días de obscuridad y a mi padre que siempre me acompañará desde la inmensidad de su amor a sus hijos.



**Víctor Javier Vaca Jácome**

**AGRADECIMIENTO:**

Agradezco por este logro académico perpetuado en el presente trabajo de titulación, a Dios, por brindarme la fuerza y la protección para culminar este desafío personal, a los docentes de la maestría por los conocimientos impartidos, a mis compañeros por enriquecerme con sus experiencias profesionales, y a mis padres por su apoyo incondicional.

Guayaquil, a los 02 días de diciembre del año 2019



**Víctor Javier Vaca Jácome**

**ÍNDICE**

<b>DECLARACIÓN.....</b>	<b>III</b>
<b>AUTORIZACIÓN.....</b>	<b>IV</b>
<b>URKUND.....</b>	<b>V</b>
<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>VI</b>
<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>VII</b>
<b><u>INTRODUCCIÓN.....</u></b>	<b>2</b>
<b><u>CAPÍTULO TEÓRICO.....</u></b>	<b>10</b>
<b>DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL FÍSICA.....</b>	<b>10</b>
<b>MEDIDAS CAUTELARES Y PRISIÓN PREVENTIVA.....</b>	<b>14</b>
<b>MEDIDAS CAUTELARES DE NATURALEZA PERSONAL EN EL PROCESO PENAL.....</b>	<b>17</b>
<b>PRISIÓN PREVENTIVA.....</b>	<b>18</b>
<b>MOTIVACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....</b>	<b>30</b>
<b><u>CAPÍTULO METODOLÓGICO Y DE RESULTADOS.....</u></b>	<b>36</b>
<b>METODOLOGÍA.....</b>	<b>36</b>
<b>ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>37</b>
<b>CATEGORÍAS, DIMENSIONES, INSTRUMENTOS Y UNIDADES DE ANÁLISIS.....</b>	<b>38</b>
<b>TABLA.....</b>	<b>39</b>



<b>CRITERIOS ÉTICOS.....</b>	<b>40</b>
<b>RESULTADOS.....</b>	<b>40</b>
<b>ESTUDIO DE PROFESIONALES DEL DERECHO.....</b>	<b>45</b>
<b>ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS.....</b>	<b>53</b>
<b><u>CAPÍTULO DE RESULTADOS.....</u></b>	<b>61</b>
<b>PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....</b>	<b>61</b>
<b><u>CAPÍTULO DE DISCUSIÓN.....</u></b>	<b>63</b>
<b><u>CAPÍTULO DE PROPUESTA.....</u></b>	<b>65</b>
<b><u>CONCLUSIONES.....</u></b>	<b>66</b>
<b>SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD.....</b>	<b>66</b>
<b>SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>66</b>
<b>SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....</b>	<b>67</b>
<b><u>RECOMENDACIONES.....</u></b>	<b>69</b>
<b><u>BIBLIOGRAFÍA.....</u></b>	<b>70</b>

## RESUMEN

**Antecedente:** El presente estudio académico se realizó en virtud de las múltiples violaciones procesales al momento de dictar la medida cautelar de Prisión Preventiva, y debido a los efectos restrictivos que causa ésta en el derecho a la Libertad individual y personal de los ciudadanos.

**Objetivo General:** Analizar la prisión preventiva como extralimitación de las medidas cautelares en el derecho a la libertad individual. **Metodología:** Investigación de índole jurídico-descriptiva, evaluativa y cuantitativa no experimental que permite establecer el grado de afectación en el derecho a la libertad personal al momento de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva. **Resultados:** Una vez concluido el proceso investigativo, establecer conclusiones objetivas, así como, recomendaciones que permitan la elaboración de una propuesta de solución a la problemática determinada. A partir de la determinación de la implementación desnaturalizada de la Prisión Preventiva en delitos con poca afectación al bien jurídico tutelado por el derecho penal.

**PALABRAS CLAVES:** Seguridad Jurídica, Derecho a la Libertad, Medidas Cautelares, Principios Constitucionales, Prisión Preventiva, Debido Proceso.

## **ABSTRACT**

The present academic study was carried out by virtue of the multiple procedural violations at the time of issuing the precautionary measure of Preventive Prison, and due to the restrictive effects that this causes in the right to individual and personal freedom of citizens. General Objective: Analyze preventive detention as an overreach of precautionary measures in the right to individual liberty. Methodology: Research of a legal-descriptive status, evaluative and quantitative non-experimental nature that allows establishing the degree of affectation in the right to personal liberty at the time of imposition of the precautionary measure of preventive detention. Results: Once the investigative process is concluded, establish objective conclusions, as well as recommendations that allow the elaboration of a proposed solution to the determined problem. From the determination of the denatured implementation of the Preventive Prison in crimes with little effect on the legal good protected by criminal law.

**KEYWORDS:** Legal Security, Right to Freedom, Precautionary Measures, Constitutional Principles, Preventive Prison, Due Process.

## Introducción

La primera descripción positiva del **derecho a la libertad** en la historia de la humanidad se plasmó en la conocida edad media, mediante la Carta Magna en Inglaterra la cual fue impuesta al rey inglés del siglo XIII, Juan I mejor conocido como Juan sin Tierra; actualmente este derecho se encuentra establecido de forma universal dentro de instrumentos internacionales como la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos; en el Ecuador, éste principio y derecho constitucional se encuentra establecido de forma expresa, en varios capítulos de nuestra Constitución en vigencia desde el 2008, varias manifestaciones del derecho a la libertad como el derecho a la libre asociación, el de ideología, siendo la concerniente la del derecho a la libertad física la cual encuentra sus limitaciones en la propia Constitución, siendo una de estas la medida cautelar de prisión preventiva.

Pero como garantía del derecho a la libertad la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva debe de contar con varias exigencias que deben de estar apegada a principios constitucionales, como el de proporcionalidad y el de debida motivación como el hecho de estar sustentada la resolución en criterios objetivos de imposición; además de la consideración del tiempo que debe de tomar la imposición de ésta medida, esto debido a que esta medida cautelar de carácter personal no tiene como finalidad la realización de los objetivos penales principales sino más bien aseguradores del proceso. Por lo que partiendo de estas premisas se busca la reestructuración del derecho positivo penal ecuatoriano que busque regular la imposición de este tipo de medidas cautelares privativas de libertad y permita un ejercicio pleno del derecho a la libertad que contribuya además con terminar el hacinamiento carcelario actual de nuestro país.

En tal sentido, el campo de estudio de la presente investigación es **la prisión preventiva y las medidas cautelares** que rigen nuestro marco legal como mecanismos de

aseguramiento legal. Para la determinación de esto es preciso un estudio doctrinario y jurisprudencial respecto de las prácticas de los magistrados para la imposición de las medidas cautelares que limitan el derecho a la libertad personal.

La prisión preventiva, al ser una de las medidas cautelares que constan establecidas en Código Orgánico Integral Penal, es usada de forma constante por los operadores de justicia, pese a que la privación de libertad como medida cautelar siempre deberá de ser considerada como la excepción y nunca como la regla general. Por eso al imponer ésta medida esta deberá de ser tratada con la mayor diligencia, esto debido además de que la dignidad del ser humano, y su principio de inocencia, deben de ser prioridad para el proceso penal y esto es solo posible si se aplican y se ponen en marcha los principios constitucionales. Las medidas cautelares en el proceso penal, especialmente las privativas de libertad, deben encontrarse alineadas y circunscritas a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de nuestro Estado, además de aquellos derechos que obren en tratados internacionales reconocidos por el Ecuador.

Pese a que tradicionalmente se ha confundido con una misma finalidad el proceso penal, el derecho penal y la prisión preventiva, durante el desarrollo del trabajo se determinará los lineamientos jurídicos y legales para ésta última, ya que entre las finalidades de la prisión preventiva no se encuentra contemplado la de garantizar la ejecución de una futura condena, sino por el contrario, asegurar solo su comparecencia al proceso. Para que se pueda establecer realmente la medida cautelar de prisión preventiva como una medida de carácter excepcional, se deberá de evaluar el peligro justificado del riesgo de fuga. Esta justificación garantiza la presunción de inocencia.

Además, se deberá de considerar en todo momento la proporcionalidad al momento de la imposición de la medida, cuya aplicación representa un desarrollo que evita un abuso de esta medida e impide que centros carcelarios se encuentren sumergidos en sobre población;

debido a ello la medida cautelar no tiene un periodo de imposición ilimitado siendo en nuestro país el periodo máximo de imposición un año, aún en los delitos cuya sanción impliquen una pena más gravosa que otras.

Por lo que la presente investigación plantea como el **marco principal del problema** la aplicación de la prisión preventiva dentro del ordenamiento legal ecuatoriano ejerce una violación, no solo a la presunción de inocencia de los ciudadanos, sino del derecho a la libertad individual y personal del ciudadano en contra del cual se ha dictado esta medida. La falta de homogeneidad al momento de emitir esta restricción de libertad ocasiona que en más de un par de ocasiones personas que han pasado varios meses privados de su libertad, al final del proceso penal, sean declarados inocentes por la justicia ordinaria.

Esta vulneración del derecho a la libertad, no responde a la verdadera naturaleza de las medidas cautelares en materia penal, que es la de asegurar la comparecencia de la persona encausada dentro del proceso respetando el derecho fundamental de la libertad y del principio de inocencia, convirtiéndose la medida cautelar de prisión preventiva en un adelanto de la pena aún no enunciada incluso si existir sentencia condenatoria de por medio, lo cual es evidentemente atentatorio a la disposición constitucional establecida en el Art. 76, numeral 2, que indica que toda persona goza de la presunción de inocencia y debe de ser tratada como tal hasta que exista sentencia ejecutoriada al respecto. Por lo que el ejercicio punitivo del Estado se ve exacerbado cuando los jueces, quienes son los encargados de ejercer el poder punitivo, de forma discriminatoria establecen este tipo de limitación a la libertad, sin permitir que la medida cautelar permita el desarrollo del proceso y la posibilidad de que este a su vez consiga sus objetivos principales.

Por lo tanto, en el caso de privación de libertad requiere especial atención el principio de presunción de inocencia de los que gozan todos los ciudadanos lo cual conlleva también la carga probatoria en la representación estatal, que en el caso ecuatoriano corresponde a la

Fiscalía General del Estado. Un excesivo catálogo de delitos que no pueden ser susceptibles de una sustitución de la prisión preventiva conlleva no solo un hacinamiento de los centros penitenciarios sino que, además, eleva los casos en los que la justicia comete lesiones a los derechos de libertad en contra de personas que al final del proceso son absueltas de los cargos imputados y que no pueden rendir tampoco una caución suficiente, situación que evidentemente permite que estas personas puedan demandar al estado por una administración de justicia ineficiente.

En la actualidad, en vista del acoso mediático realizado por parte de los medios de comunicación en contra de los operadores de justicia son pocos los casos en los que estos, pese a cumplir con todos los requisitos, se atreven a sustituir la prisión preventiva por medidas alternativas, las mismas que bien establecidas y reguladas garantizarían sin mayor problema la comparecencia del encausado dentro del proceso penal, pero se prefiere ejercer un fuerte poder punitivo por parte del estado especialmente en contra de la población menos favorecida que es la que realmente ocupa la mayor parte de los centros carcelarios y penitenciarios.

En una sociedad en la que la vulneración de la libertad no es un motivo de indignación, sino que al contrario sensu, es causa de satisfacción y de apremio; esta situación se ve plasmada y mayormente aplaudida cuando la medida privativa de libertad, es decir la prisión preventiva, prospera y las personas que se consideran víctimas sienten un alivio momentáneo al encontrar lo que ellos consideran como justicia, sin importar si la consideración de justicia es legítima o no sino más bien únicamente se busca enjaular al procesado. Esta carencia de la comprensión del valor de la libertad ocasiona que los operadores de justicia utilicen la prisión preventiva como una medida de prima facie cuando lo legítimamente correcto es que esta sea de ultima ratio.

Además de ello, el derecho a la libertad, vinculado al proceso penal, se encuentra sustentado también por el principio constitucional de inocencia del que se encuentra revestido todo ciudadano por lo que al imponerse una medida privativa de libertad nace el problema conceptual de proporcionalidad dentro del proceso penal, por lo que una aplicación desmedida de medidas cautelares que cuarten la libertad individual y personal atentaría contra este principio de presunción de inocencia, afectación que se incrementa como violación de derechos fundamentales al ser la persona que sufre ésta es un menor de edad. En la actualidad, nace la concepción generalizada por parte de funcionarios encargados de la administración de justicia que la medida cautelar de prisión preventiva se constituye como una generalidad y no como excepcionalidad, evidenciándose esta desnaturalización en el alto índice de hacinamiento carcelario en el país sobre en delitos cuyas penas privativas de libertad no son altas y no develan una afectación directa en el bien jurídico tutelado por el derecho penal.

Como problema esencial de la excesiva imposición de la medida cautelar de prisión preventiva es el hacinamiento del cual subyace la imposibilidad del Estado de poder clasificar a los privados de libertad por categorías, como el caso de procesados y condenados lo cual impide que el Estado pueda dar un trato diferencial y preferente a los que todavía no se les ha dictado una sentencia condenatoria, pese a la disposición de sobre ellos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La libertad como derecho universal y natural del ser humano nos otorga la virtud de elegir nuestro futuro y desarrollar nuestras personalidades y aspiraciones. La medida de restricción de libertad cuarta la posibilidad del individuo de decidir por sí mismo, existiendo, consiguientemente, una dependencia de las personas que eligen por él. Trasluciendo lo antes descrito, constitucionalmente entendido, se constituye en no solo en una violación al derecho a la libertad sino en una medida arbitraria al romper su excepcionalidad; por lo que, en la



actualidad, la medida restrictiva de libertad tiene sus bases en razones morales, populistas, ideológicas que han desplazado las razones jurídicas y legales que deberían de ser las raíces y fundamentos reales de la medida cautelar, esto contradictoriamente a pesar de que una de las obligaciones principales del Estado es la de proteger el derecho a la libertad.

Como problema más concurrente es el pensar de que la privación de libertad es la única arma eficiente para el combate de la delincuencia, conlleva a que la presunción de inocencia no sea más que una retórica en los discursos de ambiciones políticas, sin embargo la eficacia de un sistema judicial se basa en el cumplimiento de las garantías y no en la ausencia de éstas, ya que éste accionar promueve el fortalecimiento institucional de la función judicial y legitimiza esta decisión ante la opinión pública, por lo que al disminuir las garantías para la lucha de la delincuencia, como es la de privar arbitrariamente de la libertad de un ciudadano, solo se conduce al perverso camino de la perversidad del poder punitivo y coaccionador del Estado, el cual se ve libre de actuar en una especie de impunidad y sin límites alguno.

Dentro de nuestra legislación ha existido una expansión de la prisión preventiva, esto debido al erróneo afán de garantizar una seguridad social, debido a la pésima política de seguridad implementada que nos ha llevado a uno de los índices de inseguridad más altos de los últimos años. Pero esta convicción no puede estar más alejada a la realidad social, para lo cual no basta más que dar un vistazo a los países del primer mundo, ya que la finalidad de la prisión preventiva, como medida cautelar, no tiene como objetivo principal lograr la seguridad de la sociedad y menos aún la de alcanzar una sociedad de igualdad y de paz social, sino la de garantizar el éxito del proceso, ya que esto es propio del derecho penal material. Por lo que la seguridad ciudadana no se puede establecer con tan solo programas penales de restricción sino más bien de educación de calidad y de oportunidades profesionales y de producción económica.

En el caso particular ecuatoriano, desde que entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, por una mala aplicación de preceptos y principios penales y constitucionales, se ha propagado un abuso de la prisión preventiva como medida cautelar en todos los juzgados del Ecuador, lo que ocasiona, en la mayoría de los casos, una aplicación desproporcionada de las penas aún en las figuras delictivas más endebles, aunque la imposición de estas penas contravienen de forma flagrante la disposición constitucional contenida en el Art. 76, numeral 6, de nuestra vigente Carta Magna por la cual la Ley debe de establecer una debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

A consecuencia de lo antes descrito, debido a un abuso de la medida cautelar privativa de libertad, las personas reclusas en los centros penitenciarios han aumentado en gran número ocasionando un hacinamiento en estos mal llamados centro de rehabilitación, que sumado a una deficiente administración de estos han dado pie a una serie de asesinatos ocasionados por una guerra de bandas que disputan el control de las mismas.

Esta súper imposición de la Prisión Preventiva por parte de los operadores de justicia, además de cinco veces mayor a la tasa de un país europeo como Alemania, atenta además contra el principio de presunción de inocencia establecido de forma expresa en la Constitución y desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto atenta ante cualquier proceso penal adecuado que busque la protección de los derechos tutelados. En base a estos escenarios que vislumbran una problemática cabe el planteamiento de la siguiente pregunta de investigación: **¿Cuáles son los lineamientos conceptuales de la Prisión Preventiva, como Medida Cautelar en el proceso penal, para evitar una afectación ilegítima del derecho a la libertad individual?**

Para contestar esta pregunta se plantea la siguiente **premisa**: Con el sustento del análisis doctrinal y normativo, desde el enfoque del derecho universal de libertad personal sobre la prisión preventiva, y con criterios jurídicos obtenidos de magistrados para identificar

la eficacia de las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, para garantizar la comparecencia del encausado dentro del proceso penal y evitar la afectación producto de la prisión preventiva, construir la nueva delimitación de requisitos de exigibilidad para la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar de ultima ratio mediante reforma del marco penal vigente en nuestra legislación.

Para el efecto, se plantea el siguiente **objetivo general**: Analizar la prisión preventiva como extralimitación de las medidas cautelares en el derecho a la libertad individual.

Como **objetivos específicos** de la investigación se formula: Analizar los presupuestos doctrinarios y normativos penales, desde el enfoque del derecho universal de libertad personal, en relación a la proporcionalidad de la medida cautelar de la prisión preventiva. Obtención de criterios jurídicos de experimentados magistrados de la rama penal para la fundamentación de la necesidad de la medida cautelar de prisión preventiva. Identificar la eficacia de las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva como garantía de comparecencia del encausado dentro del proceso penal, y la afectación personal en el caso de aquellas personas a las cuales se les ha ratificado el estado constitucional de inocencia habiéndoseles dictado la prisión preventiva en su contra. Delimitación de nuevos requisitos de exigibilidad para la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar de última ratio, mediante reforma del marco legal penal vigente.

Para la elaboración del marco teórico se ha utilizado métodos relacionados a las ciencias jurídicas que permiten obtener una nueva perspectiva del procedimiento de investigación, tanto teórica como metodológica. Por lo que se utilizará el método Histórico-jurídico: ya que hay una estrecha relación entre los hechos históricos y la elaboración de la normativa legal nacional e internacional; el método de sistematización jurídico doctrinal que permitirá un análisis, síntesis, inducción y deducción a fin de construir los presupuestos teóricos que fundamenten las medidas cautelares en el proceso penal, en especial la Prisión

Preventiva. Finalmente, el método jurídico-comparado para considerar la realidad de los presupuestos reales sobre los que se fundamentan los jueces de garantías penales para imponer la medida cautelare restrictiva de la libertad.

**Los métodos empíricos** utilizados en la presente investigación, para caracterizar y diagnosticar la situación problemática ubicada en el campo de estudio jurídico son: análisis de contenido y estudio de casos de prisión preventiva, a través de instrumentos tales como la observación participante, entrevistas y grupos focales. En el caso concreto de las entrevistas, se realizarán a expertos en la materia, específicamente jueces de la Sala Especializada de lo Penal del Guayas. Las entrevistas son no probabilísticas porque interesa el conocimiento de los expertos. Aunque el asunto relacionado a la prisión preventiva es delicado, en procura de la calidad de las entrevistas se harán preguntas claras y sin eufemismos. También es factible el uso fuentes periodísticas y material audiovisual porque es un tema que se está desarrollando actualmente. Finalmente, se hará énfasis en las políticas públicas que haya o esté desarrollando el Estado para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas privadas de la libertad.

Por medio del presente trabajo investigativo se pretende sentar las bases para una futura reforma del Art. 544, numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal para que la caución o la fianza dentro del proceso penal pueda ser aplicable para delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta 10 años; así como, la reforma del Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal para que la sustitución de la prisión preventiva pueda ser aplicada a delitos cuyas penas privativas de libertad sean hasta de 10 años.

Este trabajo contribuirá con la construcción de nuevas políticas de Estado relacionadas al proceso penal que eviten que los derechos fundamentales sean menoscabados por la arbitraria e indiscriminada aplicación de la privación libertad como una forma de anticipo a la pena, lo que constituye la **Novedad Científica** de la presente investigación.

## Capítulo Teórico

### Derecho a la Libertad Individual y Física.

El marco jurídico de nuestro país desde un comienzo afirma que proporciona la seguridad jurídica para la efectiva vigencia de los derechos humanos fundamentales de mujeres y hombres de nuestro territorio, y así se encuentra expresado al indicar que como un deber primordial del estado está garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución. Por lo que la constitución vigente en el Ecuador desde el año 2008 vincula la seguridad jurídica con la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, con la vigencia y su aplicación inmediata, en otros términos, lo que se persigue es que la seguridad jurídica tenga como presupuesto ultimo la protección de los derechos fundamentales de las personas, superando de esta manera el concepto de que la seguridad jurídica se encontraba únicamente ligada al imperio de la legalidad (Guzmán, 2017).

Como significado de libertad la Corte Interamericana ha resuelto que esta debe de ser entendida como la capacidad de de auto determinarse, esto es la capacidad de hacer y no hacer lo que se encuentre por la ley lícitamente permitido, lo que se desarrolla con mediante la organización de la vida social y colectiva conforme sus preferencias y convicciones propias. Debiendose entender con ello que la libertad es un derecho de primer orden y esencial que es inherente a cada individuo tan solo por la capacidad que tiene esta como persona; y en esta sentido el Preamble de la Convención Americana de Derechos Humanos indica que el ideal de ser humano unicamente se puede desarrollar bajo un regimen de libertad personal que permitan crear todas aquellas condiciones favorables para que las personas puedan gozar de sus derechos economicos, sociales y culturales (García Falconí, El Proceso Penal, 2014).

De la presunción de inocencia deviene el principio en cuanto a la carga de la prueba dentro del proceso penal, ya que la prueba de culpabilidad de la persona procesada recae únicamente en la parte encargada de llevar la acusación, por ende la pena privativa de libertad, a consecuencia de una condena, es únicamente viable en el caso de que exista un convencimiento por parte del órgano judicial de la persona acusada en cuanto, no solo a la existencia de la conducta típica y penalmente relevante, sino, en cuanto a la culpabilidad del encausado. Así, el principio de inocencia surge desde el propio inicio del proceso penal, principio del que se deriva otros derechos como el del derecho a la defensa, el derecho a guardar silencio, etc.; por ende, antes de un proceso penal ningún tipo de autoridad pública puede presentar a una persona como culpable sin una sentencia condenatoria en firme (Martínez, 2011).

Dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos se protege también el derecho a la libertad Física de la persona, consolidándose este en el movimiento físico de la persona, pudiéndose ejecutar este derecho de distintas opciones. Como limitación de este derecho existen varias restricciones, pero para ello se deben de respetar distintas garantías que deben de darse o ejecutarse al momento de limitar la libertad de una persona, siendo esta una forma mediante la cual el estado ejercer su poder punitivo, pero regido bajo el principio de que la libertad siempre deberá de ser la regla principal y la limitación ésta la excepcionalidad del caso. Así, el principio de inocencia se convierte en una verdadera garantía en el proceso siempre que sirva como garantía de la aplicación de otros derechos sustanciales dentro del proceso penal (Puente, 2006).

Con relación a este principio de libertad personal el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que toda persona tiene derecho a la libertad individual y seguridad personal, debiéndose entender que ningún ciudadano en goce de sus derechos políticos puede ser detenido o privado de la libertad de una manera arbitraria,

ilegitima o ilegal. En ese sentido, la Corte Internacional de Derechos Humanos manifestó con relación a la garantía constitucional de libertad está destinada a tutelar de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de su detención y así poder analizar si es procedente algún tipo de limitación a ésta al existir un justificativo legal válido para ello (Ávila Santa María, 2011).

Tanto la Constitución del Ecuador en su Art. 76 como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7 regula los aspectos fundamentales del derecho a la libertad una general y otra específica en el ámbito procesal, ya que la primera consta de un conjunto de garantías que buscan no ser privado de la libertad de forma arbitraria o ilegítima, además de conocer las razones o fundamentos por los cuales se da su detención permite impugnar esta decisión de detención; se protege además el derecho de comparecer al proceso de forma libre que implica una presencia física ante la persona que promueve su detención además de entenderse la promoción en cuanto a la protección contra aquella inferencia externa que coarte la libertad de una forma ilegítima (Pulido, 2007).

Pese al carácter de universal y de inviolabilidad del derecho a la libertad, el que además constituye uno de los valores superiores dentro del ordenamiento jurídico, el ejercicio y el goce de éste no es absoluto mucho menos ilimitado, que éste, al igual que otros derechos consagrados dentro de nuestra Constitución, se encuentra regulado por la ley. Es decir que su ejercicio se encuentra limitado y regulado por la misma norma o ley que la reconoce. Por otro lado, la presunción de inocencia se encuentra desarrollada, dentro del marco jurisprudencial, como un haz de derechos tanto procesales como extraprocesales, que suelen constituir, entre otros, las distintas facetas de la presunción de inocencia. Esta presunción sirve de pilar para todo el proceso criminal a desarrollarse y a su vez condiciona

su estructura, lo que lo convierte además en límite de la potestad legislativa y criterio condicionador para la interpretación de las normas penales (Gimeno Sendra, 2015).

Dentro de un Estado Constitucional de Derechos, el resguardo a la libertad debe de incluir no solo una protección a libertad física de los ciudadanos, sino que además lleva incluida la obligación de un resguardo de su seguridad personal, esto haciéndose respetar y cumplir al menos las garantías básicas para el ejercicio de los derechos ciudadanos.

Debiéndose entender además que el derecho a la libertad se desarrolla y se ejerce por medio de la posibilidad que tiene el ciudadano en hacer o dejar de hacer todas aquellas actividades que le fueren permitidas por la ley. Por medio de la protección de los Estados para el ejercicio de los derechos fundamentales se permite el ejercicio efectivo del derecho a la libertad el cual incluye la posibilidad de que un ciudadano pueda hacer o no, de acuerdo a sus creencias y preferencias internas, lo que la ley le autoriza a realizar (Freyre, 2011).

La seguridad de la libertad se encuentra ejercida y resguardada cuando se priva a esta de amenazas o perturbaciones internas y externas, ya sean por agentes estatales o particulares, debiéndose reiterar que esta seguridad unicamente se puede ver excluida en casos específicos previamente determinados por la normativa legal de cada país en específico. Es virtud de aquello, es que la Libertad es consierar de forma universal como un derecho inherente al ser humano y básico, ya que el ideal de una sociedad mas justa y equitativa solo puede vislumbrarse y desarrollarse bajo este derecho, en donde la miseria no sea una constante como en la actualidad y los derechos de segunda generación, culturales, sociales y económicos puedan ser accesibles y disfrutados por los individuos de la sociedad. Partiendo de estas consideraciones es que se debe de entender que el hecho de que el marco legal de un país limite el derecho a la libertad en sus aristas mas esenciales es negativa para el ejercicio de éste; ya que la libertad debe ser siempre la regla general y la excepción debe ser siempre la limitación de la misma (Freyre, 2011).



El principio de libertad se encuentra vinculado de forma estrecha con el principio procesal de presunción de inocencia, para poder concluir si esta garantía ha sido violentada dentro de un proceso hay que constatar los parámetros o circunstancias bajo las cuales se llegó al convencimiento para dictar la sentencia condenatoria. Es necesaria la existencia de razones para la justificación de la sentencia de culpabilidad, ya que si existe la duda en cuanto a la responsabilidad de la persona encausada, en virtud del garantismo constitucional se debe de proceder con la absolución de la persona acusada, esta absolución garantiza el derecho fundamental de libertad (García Falconí, 2014)

### **Medidas Cautelares y Prisión Preventiva.**

Como en todo tipo de proceso judicial, en el proceso penal se tiene como fin sustancial el poder arribar a la que es conocida como la verdad formal de los hechos, la cual es la que se encuentra más cercana a lo acontecido fácticamente, y que esta verdad al encontrarse cuenta con los elementos normativos del tipo penal que se acusa para que se pueda acreditar la comisión del éste ilícito a la persona procesada y promover además la reparación integral de la víctima, ya que el proceso penal busca como resultados sustanciales uno punitivo y otro reparador, que se fundan en el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Es en busca de estos resultados que cobra dentro del proceso penal relevancia las medidas cautelares, ayudan a que el *ius puniendi* del Estado pueda ser ejercido y que el derecho indemnizatorio pueda ser exigido por la víctima de la infracción (Botero Cardona, 2014).

Como concepción más antropológica de medida cautelar se encuentra aquella en la que se describen las medidas cautelares como aquellas disposiciones emanadas por el órgano judicial competente que buscan garantizar el resultado cierto y final del proceso y a su vez garantizar el cumplimiento de la sentencia, buscando como finalidad última la satisfacción judicial de la parte accionante a causa de la duración de la controversia judicial

planteada. Tradicionalmente estas medidas han sido llamadas Medidas Cautelares, aunque son conocidas además como acciones cautelares o conservativas; o, procedimientos cautelares, esto debido a la sustanciación de las mismas y la forma por las cual son obtenidas (Montero Aroca, 1995).

Las Medidas Cautelares, además de ser el medio por el cual el juzgador tiene la forma legal de evitar que una de las partes evada el incumplimiento de la sentencia que le es contraria, supone además una anticipación de la garantía constitucional de la defensa de aquellos derechos en disputa, ya que se busca asegurar bienes, objetos que puedan servir como pruebas, y de mantener situaciones de hecho; siendo esto otro de los beneficios de las medidas cautelares ya que se procura que no existan perjuicios entre los litigantes dentro del proceso que se consideran presuntos titulares de los derechos en disputa y que la decisión judicial llegue a ser efectivamente cumplida, pero se debe de atender siempre a causar el menor daño posible a la parte procesal y a los bienes sobre los cuales recae la medida cautelar (Tardío Pato, 2013).

Al estar la persona acusada sujeta a un encause penal al encontrarse imputada de la comisión de un acto típico antijurídico, que se ha manifestado con la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico tutelado y protegido por el derecho penal, esta imputación cobra relevancia y afectación en cuanto a la situación jurídica del encausado cuando esta acusación ha alcanzado un nivel formal cuando se le atribuye la responsabilidad penal objetiva. Pese a ello la declaratoria de culpabilidad de un injusto penal solo puede deberse a sentencia condenatoria en firme que debe de ser emitida por el órgano jurisdiccional competente para ello luego de haberse desvirtuado el principio de presunción de inocencia dentro de un proceso penal oral con la respectiva evacuación de pruebas, y es recién en este estado en donde el Estado puede ejercer su poder punitivo para privar de la libertad a una persona (Botero Cardona, 2014) .

Las medidas cautelares dentro del proceso penal guardan varias características similares entre sí, características éstas que pueden ser descritas en forma sucesiva: a) Presentan una particularidad coercitiva ya que limitan derechos ya sean de la persona encausada o de un tercero; b) no tiene una naturaleza principal sino mas bien accesoria ya que estas se encuentran encaminadas a que el proceso principal alcance su fin ultimo que es la imposición de una sanción y de la obtención de una reparación civil a la víctima de la infracción; c) ser ejercen con una finalidad precautelatoria ya que, como se indicara antes, busca cautelar los fines principales del proceso penal; d) no son permanentes y por tanto no se pueden perpetuar en el tiempo de forma indefinida ni permanente; y, e) son únicas y expresas, lo cual conlleva al juez a imponer unicamente las medidas cautelares que consten descritas expresamente en la normativa legal vigente (Martínez, 2011).

La prosecución de un proceso penal, aún en un Estado social de derechos, se requiere de medidas de coerción que afectan derechos fundamentales, pero esta afectación es solo posible porque se entiende que estos derechos no son absolutos y por tanto, bajo parámetros previos de legalidad, estos se pueden ver limitados dentro de un proceso legal, a excepción del derecho fundamental a la vida. Con esta distinción no cabe hacer un símil en cuanto a los efectos de privación de libertad en una sanción punitiva, con los de una medida cautelar dentro de un ordenamiento procesal, ya que la primera es impuesta como sanción a un ciudadano al cual se le ha destruido su presunción de inocencia mediante sentencia condenatoria en firme, mientras que en el segundo escenario esta privación de libertad es impuesta a una persona la cual se encuentra revestida por la presunción de inocencia (Castillo Alva, 2013).

En la actualidad el sistema penal ecuatoriano está desarrollado bajo un modelo que no promueve la aplicación desmedida e irrestricta de medidas cautelares situación que apenas hace unos años atrás era una regla general y no una excepcional. Esto principalmente

porque el legislador entendió que las medidas cautelares de carácter personal son un ataque en afectación directa a la libertad persona. Es por ende que el juez de la causa no puede ordenar dentro de un proceso penal una medida cautelar de oficio, cualquiera que fuere esta, ya que esta debe de ser solicitada por el titular de la acción penal, que en nuestra materia es el fiscal encargado de la investigación del ilícito, es decir a través de una imputación formal de un acto ilícito al afectado de la medida cautelar (Castillo Córdova, 2012) .

### **Medidas cautelares de naturaleza personal en el proceso penal.**

Es de iniciar indicar que la privación de libertad y la limitación de varios derechos fundamentales no se deben traducir en la ejecución de una condena penal, ya que esta es una característica propia de los medios de coacción de procesos penales, pero para que estas limitaciones puedan ser consideradas como legítimas estas deben de contar con requisitos formales, esto debido a que efectivamente la efectiva búsqueda de la justicia social se sostiene sobre un legítimo intereses de alcanzar el bienestar y la satisfacción social. Para alcanzar este efecto descrito el Fiscal es el responsable y único facultado para solicitarle al juez que conoce la causa, proceda con ordenar el establecimiento de medidas cautelares que indudablemente representarán una limitación al ejercicio de derechos fundamentales del ciudadano sobre el cual recaiga dicha medida (García Falconí, 2014).

Si bien es permitido para que se establezca una medida coercitiva la verificación de información, cosa distinta es el nivel de verificación de la información que es aportada para el caso de la imposición de las medidas coercitivas más graves e impositivas. Pero el grado de

comprobación de la información puesta a conocimiento de las autoridades varía de acuerdo según se trate de una medida cautelar de carácter real o una medida cautelar de carácter personal, siendo la medida de privación libertad provisional la que debe de presentar el nivel más alto de estándar de comprobación. Este estándar de verificación y prioridad de la información, de acuerdo al principio de proporcionalidad y de inocencia, la corroboración debe de ser suficiente, rigurosa y adecuada que no pueda permitir arbitrariedades. Esta interpretación es concordante con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha indicado que ninguna persona puede verse privada de su libertad sino por los casos, causas y circunstancias fijadas por las Constituciones de los Estados o por las leyes penales fijadas para el efecto (Gálvez Villegas, 2017).

### **Prisión preventiva**

Como uno de los requisitos materiales para la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva es el requisito conocido doctrinariamente como *fumus boni iuris*, conocido también como *fumus comissi delicto* que es realmente el elemento material de la medida cautelar de prisión preventiva que el Código Orgánico Integral Penal se encuentra establecido en el Art. 534, numerales 1 y 2, que establece como requisitos para esta medida coercitiva de libertad la existencia de elementos de convicción suficientes sobre la existencia no solo del delito de acción pública sino de que la persona acusada sea autor o cómplice en el cometimiento de la infracción. En países de derecho anglosajón este requisito es conocido como sospecha vehemente de la comisión de un delito; es decir que no basta de que haya una imputación sobre un delito que provoque alarma social y que a su vez estos sean sancionados

con una alta pena, sino que a esto se le debe de añadir la existencia de la concurrencia de evidencia real y comprobable que la sustente. (Zavala Egas, 2014)

Como medidas cautelares más restrictivas de libertad física dentro del proceso penal encontramos, además de la prisión preventiva, se encuentra la detención preliminar, en nuestro sistema penal el Código Orgánico Integral Penal lo establece con un periodo de extrema limitación de 24 horas, y únicamente para fines investigativos, tiempo en cual, de no haber una acusación fiscal formal se deberá por proceder con la inmediata libertad de la persona afectada por dicha medida. Esta detención preliminar debe de estar sujeta a los primeros esquemas investigativos del proceso penal las cuales se encuentran destinadas a que el fiscal obtenga las evidencias que sean necesarias para una imputación futura. Debido a que la detención es sumamente breve sus efectos y afectaciones no pueden ser comparados con el de la prisión preventiva, lo que no impide u obsta para que transcurrido el tiempo límite de su vigencia la detención preliminar pueda convertirse en prisión preventiva (Botero Cardona, 2014).

Esto debido a que la libertad personal implica varias esferas en consideración, entre las que se encuentran la libertad física, ambulatoria, libertad civil, libertad política, libertad religiosa, libertad de conciencia, etc.; pero la que afecta la prisión preventiva es la libertad física y ambulatoria o de movimiento de la persona que sufre esta limitación, debiéndose sumar a esto la libertad de tránsito. Por lo que para legitimar la prisión preventiva esta debe de alcanzar y resolver varios fines, investigar, procesar y sancionar al investigado, pero esta privación de libertad únicamente puede realizarse de forma excepcional y solo, y únicamente cuando esto sea estrictamente indispensable. Así, la validez de los límites de aplicación de la medida de prisión preventiva dependen únicamente de que se encuentren conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad (Ferrer Beltrán, 2017).

La concepción cautelar de la prisión preventiva se basa en una distinción conceptual entre ella y la prisión como pena, distinción que constituye un presupuesto incuestionable del argumento que pretende mantener fuera del campo prohibitivo de la presunción de inocencia a la prisión preventiva. Específicamente, según la concepción cautelar, la propiedad relevante que hace que la prisión preventiva no sea pena sino algo distinto, es el específico fin adjudicado a ella en conjunción con la ausencia de fines punitivos, por ende, el juez se encuentra en la imposición de analizar las consecuencias producto de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, debiendo tener la convicción de que la medida impuesta tendrá tan solo las consecuencias expuestas y pretendidas por la Fiscalía (Aranguena Fanego, 2006).

Pudiéndose definir la medida cautelar de prisión preventiva como una medida de coersión de carácter personal que puede y debe ser únicamente ordenada por el juez, a pedido o insistencia del Fiscal, la cual limita la libertad de la persona imputada ambulatoria; siendo esta medida procedente únicamente durante la etapa de investigación o revocatoria de elementos probatorios, teniendo como una de las finalidades evitar que la persona que es investigada, pueda eludir la acción de la justicia. Por ende, la mayoría de los juristas entienden a la medida cautelar como una forma de institución jurídica por la cual busca que la sentencia dictada sea ejecutada de forma completa y así cumplir la función del derecho penal objetivo y la protección de derechos (Reátegui Sánchez, 2014).

La limitación de la prisión preventiva se encuentra enmarcada en los principios de legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, necesidad, todos estos indispensables en una sociedad de vanguardia dentro del ámbito jurídico penal, es en virtud de estos principios que la medida cautelares de privación de libertad tiene un carácter excepcional. Es por ende, que el juez no se encuentra en la obligación de dictar sentencia absolutoria y ratificatoria de inocencia del sujeto procesado para ordenar su libertad, esto debido a que la

situación jurídica de éste debe de ser evaluada periódicamente en cuanto a su necesidad y la proporcionalidad de la prisión preventiva, observando además si el plazo de la prisión preventiva se encuentra dentro de los límites legales, ya que de sobre pasar estos se debe de ordenar la libertad de forma inmediata (Ferrer Beltrán, 2017).

Al ser el juicio penal de naturaleza contradictoria y de carácter público bajo la tutela de los derechos fundamentales del encausado, éste busca sancionar la conducta penalmente relevante del imputado, situación que se adecua a los fines que busca nuestro código penal actual. Por otro lado, la medida cautelar de prisión preventiva no tiene como finalidad la búsqueda o la realización de los objetivos del derecho sustancial penal, de ser este el ejercicio realizado por parte del operador de justicia se estaría realizando una desnaturalización de ésta medida de carácter cautelar. Partiendo de la concepción jurídica básica de que ninguna medida cautelar puede causar una limitación de los derechos fundamentales de las personas, esta decisión de limitación debe de estar solamente al derecho sustancial debido a que la legitimación punitiva es únicamente propia de la pena (Reátegui Sánchez, 2012).

En el proceso penal la prisión preventiva no puede ser una medida cautelar de suposición, ni aún escrita en este sentido dentro de la ley, ya que esto es, a más de una arbitrariedad legislativa, una desvirtualización de la función jurisdiccional, la cual, por medio de los jueces, es la llamada a realizar un ejercicio de ponderación con relación entre los intereses sociales y distintos derechos que se encuentran en contraposición dentro del proceso penal. Por ello, al momento de realizar el análisis jurídico para la imposición de éste tipo de medida cautelar, este razonamiento debe de encontrar su base en elementos objetivos aportados dentro del proceso que conlleven a la existencia de la posible materialización de los peligros procesales que se buscan precaver dentro de la etapa procesal, siendo el mayor de estos la no comparecencia del encausado dentro del proceso (Berdejo Pastrana, 2010).



Una de las caras de la presunción de inocencia, es la calidad de regla de trato a la persona encausada, la cual debe de ser tratada como un sujeto inocente hasta el momento en el cual sea declarada culpable dentro de una sentencia. Esto busca resguardar que el Estado, como ejercicio de su poder punitivo, no ocasione un daño anticipado e irreversible a un ciudadano al cual puede ser que no se le obtengan las pruebas necesarias para declarar su culpabilidad, esto debido a que, por rico o fiable que pudiera ser un sistema judicial, muy rara vez se permite alcanzar certezas racionales sobre un hecho. Esta garantía de presunción de inocencia le otorga el encausado el derecho de ser tratado como inocente hasta que un operador judicial competente, luego de un proceso llevado y concluido con todas las garantías básicas del debido proceso, declare probada su culpabilidad (Ferrer Beltrán, 2017).

Entre las medidas cautelares de carácter personal que establece el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano se encuentra la Prisión Preventiva siendo esta la mas severa que se le puede aplicar a un ciudadano que se encuentra cursando un proceso penal en su contra, pero esta medida cautelar debe de respetar el principio constitucional de presunción de inocencia reconocida en el artículo 8.2 de la Convención, lo que le conlleva la obligación al Estado de no restringir la libertad individual y física más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que el encausado no impida el desarrollo normal del proceso así como, que no eludirá la función de la justicia, pero debiendo ser siempre la libertad del procesado la regla general, esto mientras se resuelve su situación jurídica (Gimeno Sendra, 2015).

Así, el principio de presunción de inocencia tiene su exigibilidad y aplicabilidad desde el mismo instante de inicio del proceso penal, esto, ya que conocer de la noticia criminal y de la supuesta acusación o investigación llevada en contra de una persona, le permite a esta ya ejercer su derecho a la defensa, ya sea guardando silencio, contra con un

abogado de su confianza, además de otros derechos consagrados derivado de la debida defensa. En esta medida, a aquel ciudadano al cual no se le ha iniciado un proceso penal en su contra, no goza de una presunción de inocencia, debiendo únicamente este sujeto gozar del beneficio de su libertad, debiéndose presumir la inocencia de una persona únicamente si a esta se tiene abierto un proceso penal. Por otro lado, si es un hecho probado la responsabilidad penal de una persona se encontrará aniquilado en ese momento su presunción de inocencia, pero se le deberá de esperar una sentencia en firme para denominarlo como culpable (Urbano Martínez, 2018).

Así también, hay quienes consideran que la prisión preventiva está llamada a realizar una función delimitante procesalmente fundada básicamente en el peligro que se pueda generar dentro del proceso, ya que de existir fines meramente preventivos sin la existencia real de un peligro concreto se desnaturaliza o deslegitima esta institución de carácter cautelar. Por ende, la legitimación de la prisión preventiva tiene que ver con estar en conjunción con su aplicación, y con los principios establecidos en la Constitución que deben de ser tomados como rectores, sin dejar en consideración lo establecido en tratados internacionales como derechos fundamentales. Es decir, que el corazón de la legitimidad de la prisión preventiva es la excepcionalidad de la misma, es por ello que es de línea trascendental llegar a la certeza de la existencia del peligro procesal; ya que dentro de un Estado de derecho, como es el ecuatoriano, es posible ser garantista de los derechos fundamentales haciendo uso coherente de la prisión preventiva (Calle Montoya, 2010).

Ante la inexistencia de una norma positiva que abarque todos los casos particulares existentes para que se pudiera aplicar como medida cautelar la prisión preventiva, el funcionario ejecutor de la potestad jurisdiccional del Estado debe de recurrir a los principios generales del Derecho, ya sean estos principios de carácter procesal o no, para llenar éste vacío, pero siempre bajo la línea principal de libertad del imputado, es decir respetando el

principio *pro hominen*. Debiéndose estar siempre a que los principios fundamentales en ningún momento constituyen una especie de norma supletoria, sino que deben de ser acogidas y aplicadas como normas rectoras, que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Ya que los principios desempeñan siempre el papel constitutivo del orden jurídico, nos brindan criterios de razonamiento jurídicos de solución antes situaciones concretas no especificadas dentro del ordenamiento jurídico legal convencional. (Alexy, 1998)

Debido a que, al ser mandato constitucional y de tratados internacionales suscritos por el Ecuador, ninguna persona puede ser privada de su libertad sin que la ley previamente haya establecido claramente los supuestos jurídicos necesarios para el caso de la restricción de ésta, estos deben de ser cumplidos y encontrarse verificados ya que de no ser el caso la restricción de libertad no tendría legalidad fundada. Este planteamiento jurídico se desarrolla debido al principio de legalidad que debe de sede de guardar para dictar la medida cautelar de prisión preventiva, debiéndose realizar un análisis tanto en la existencia de la legalidad sustancial y de la procesal ya que, la primera, se encuentra vinculada a la existencia concreta del delito o de la tipificación de la conducta como injusto penal. Por otro lado, la legalidad procesal tiene que ver con la también denominada legalidad procesal que consiste en la descripción clara de la normatividad, además de precisa y previa, de la actuación procesal, el respeto de ambos constituye la configuración de la seguridad jurídica (Cuellar Serrano, 1990).

Como proporcionalidad de la prisión preventiva; que debe de servir como marco regulador del poder punitivo del Estado en la afectación del derecho fundamental de libertad, debe de entenderse al principio indispensable cuya aplicación en forma rigurosa evitará además la arbitrariedad judicial, siempre que este principio sea puesto en operación dentro de la evaluación de la concesión de la prisión preventiva. Se debe de considerar que al momento de la ejecución del principio de proporcionalidad, este debe de ser uniforme a todos en cuanto

a su contenido y alcance dentro del ordenamiento jurídico de nos cobija, ya que de no existir la proporcionalidad la medida de privación de libertad no sería en más arbitraria, dejándose claro que la proporcionalidad de estar en relación directa entre el delito y la pena probable que se encuentra prevista en la ley como consecuencia del injusto penal; así, el principio de proporcionalidad funcionará como límite de la prisión preventiva, convirtiéndose además en un equilibrio entre el fin último de la ley y la restricción del derecho fundamental de la libertad ocasionado por la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva en contra del encausado (Fanego Arengüena, 2006).

El pensar la libertad personal tan solo como una expresión de la protección frente arrestos o detenciones físicas del ciudadano es una conceptualización corta, esto debido a que la libertad personal incluye toda una serie de capacidades de hacer y poder actuar de forma lícita las cuales pueden ser limitadas en su ejercicio y aplicación por circunstancias ajenas a la detención física. Las garantías del derecho a la libertad incluyen un mecanismo reactivo de aplicación del ejercicio, ya que el principio de libertad vislumbra un principio anterior a este, que no es otro que poder realizar todo aquello que no se encuentre prohibido de acuerdo a la Constitución y la ley. Pero el derecho base, es decir el derecho a la libertad, no es la garantía que se alcanza con este derecho, sino la facultad del ciudadano de poder realizar o desarrollar todo aquello que no esté prohibido (Valenzuela Nolasco, 2012).

En esta línea de entendimiento podemos asegurar que las garantías del derecho universal a la libertad se pueden hacer respetar y valer en el caso que el derecho que tienen como base se encuentre amenazado o conculcado, por ende, salvo las limitaciones establecidas mediante reservas de ley, las garantías del derecho a la libertad entran en operación en el justo momento en que se haya producido la privación de libertad, convirtiéndose entonces, en más que una garantía del derecho a la libertad, en una garantía propia de la persona que se encuentra privado de ella. Por ende, la libertad personal e

individual, más que ser visto como un derecho, debe de ser entendido como un principio constitucional ante detenciones o arrestos (Valenzuela Nolasco, 2012).

Uno de los requisitos para sustentación de la medida cautelar de prisión preventiva, es que esta debe de ser considerada dentro del escenario y circunstancias que deben de ser planteados por la Fiscalía ya que la medida privativa de libertad no puede ser emitida únicamente por el tipo de delito acusado. Además, que los actos investigativos que se realicen dentro del proceso deben de ser previos al dictar la prisión preventiva en contra de una persona y no obrar de manera incoherente al primero privar de la libertad a una persona para luego realizar los actos investigativos concernientes al caso, ya que durante la investigación se debe de obtener los indicios suficientes, los cual al ser admitidos en su totalidad establezcan que existe una alta probabilidad del delito. La obtención de estos indicios establecidos durante la investigación permite al operador de justicia emitir una decisión luego del entendimiento del caso concreto, lo que además frena cualquier tipo de arbitrariedad y permiten una resolución ajustada a derecho (Rimache Cusi, 2017).

Siendo siempre, los elementos de convicción recolectados, producto de las actividades investigativas que realiza el titular de la Acción Penal, que en nuestro país, por mandato constitucional y legal, es la Fiscalía, quien además se encuentra en la obligación de determinar el sentido de la imputación la cual debe de ser probada con los indicios recabados dentro de la misma investigación, que dentro de la audiencia de juicio, una vez practicados en legal y debida forma, alcanzar el valor de prueba plena. A pesar de ello, al contrario de nuestra legislación penal, en otras legislaciones, como en la peruana, se hace referencia a los elementos de convicción como la forma en la que deben de identificarse a los indicios que a su vez permite construir la prueba indiciaria, por lo que entienden que los elementos de convicción son el punto de partida para hablar de probabilidad dentro de un hecho el cual, una vez probado, permite cumplir el grado de convicción necesario para poder encontrar

configurado el primer supuesto para la imposición de la prisión preventiva (Berdejo Pastrana, 2010).

Para que el juez de garantías penales pueda llegar a la convicción necesaria, no en cuanto a la responsabilidad penal de la persona imputada, sino solo en cuanto a la probabilidad debido a que no existirá una práctica probatoria en concreto, ya que solo existirá, en el caso del proceso penal ecuatoriano, la presentación documentológica de los indicios, se debe realizar una consideración pormenorizada de estos analizando el grado de certeza de estos, es decir, partir de los indicios determinados y probados, en virtud de lo cual la defensa del encausado queda en la libertad de contribuir con contraindicios, o en otras palabras, con la incorporación de indicios encaminados a determinar la no responsabilidad de su representado en el mismo lo cual indudablemente contribuirá con disminuir la alta probabilidad para que exista una fundabilidad en la imposición de la prisión preventiva (Berdejo Pastrana, 2010).

Siendo los indicios parte fundamental de los elementos de convicción, estos deben de ser considerados como toda circunstancias o hecho conocido, y debidamente comprobado, que le permita al juez arribar, por medio de la inferencia directa, a la certeza, al menos fuera de toda duda razonable, de la existencia de otro hecho hasta ese momento desconocido. Por ende, en el ámbito judicial, un hecho solo puede ser conocido cuando se encuentra debidamente comprobado, de otra forma solo se estaría ante una mera sospecha lo cual, dentro de la materia penal, no alcanza a cumplir los estándares mínimos de presunción para que un juez pueda valorar la intensidad de imponer la medida coercitiva de prisión preventiva en contra de una persona. Debiéndose dejar señalado además que los indicios no pueden ser incluidos o igualados a simples conjeturas o sospechas sobre un hecho incierto esto debido a que los indicios siempre tendrán como base fundamental datos materiales, concretos,

objetivos y que son ciertamente probados como verdaderos que inducen a la convicción de un hecho que se pueda inferir de forma lógica (Valenzuela Nolasco, 2012).

Debiéndose entender que la medida cautelar de prisión preventiva no es una institución jurídica que opere de pleno derecho, es decir *iuris et de iure*, sino que, previo a que sea esta ordenada por el órgano judicial pertinente, se debe de probar por parte de la fiscalía por medio de graves y fundados elementos de convicción de la comisión del hecho punible y que este fue cometido, ya sea como autor o cómplice, por el ciudadano previamente ya individualizado e identificado. Por lo que los criterios para dictar la prisión preventiva deben de estar sustentados solo en criterios objetivos, que puedan permitir entender previo a un ejercicio de razonamiento la comisión de una infracción, requiriéndose además tomar en consideración la existencia del peligro procesal y el principio de proporcionalidad, así como, el tiempo que se pretende que dure la medida privativa de libertad (Del Río Labarthe, 2016).

En relación, es de considerar el principio procesal de plazo razonable en cuanto a la duración de la prisión preventiva, que tiene como finalidad principal que las personas encausadas no pasen largo tiempo privadas de su libertad de forma injustificada. Por lo que es claro que un proceso excesivamente largo genera un daño irreparable a la persona privada de la libertad de forma injusta. Por lo que la afectación que se genera por el excesivo tiempo de duración del procedimiento, que tiene que ver con la relación jurídica del encausado, prestará ayuda para la determinación del plazo razonable en relación a la duración de la prisión preventiva. Por ello, en un proceso con prisión preventiva se debe de tener la prioridad de determinar la condición jurídica del encausado, pues la libertad debe de ser siempre la regla general dentro del proceso y tiene que prevalecer, ya que mientras mayor sea el tiempo de duración de la prisión preventiva más atentatoria será esta al principio de presunción de inocencia (Bacigalupo Zapater, 2005).

Al ser la libertad un bien jurídico tutelado de forma exhaustiva ya por tratados de protección internacionales, así como, normativa interna vigente, este se evidencia como el pilar por el cual se pueden desarrollar y realizar el disfrute de otros derechos, por lo cual su limitación por medio de la medida cautelar de prisión preventiva siempre debe de estar sujeta a presupuestos jurídicos y doctrinarios que limiten su utilización e impidan su aplicación de forma desmesurada, presupuestos que además revisten a esta medida de legitimidad y coadyuvan al respeto de la dignidad personal. Por lo se debe ponderar, para garantizar la libertad personal, que la utilización de presupuestos jurídicos se encuentren acompañados de explicaciones adicionales que deberán e encontrarse resguardados por algún medio que permitirán justificar la decisión judicial (Botero Cardona, 2014).

Los presupuestos doctrinales identificados relevantes son: a) La provisionalidad, por la cual la prisión preventiva no puede extenderse en el tiempo de forma indefinida ni de forma excesivamente gravosa, debiendo además cesar ésta una vez que haya cumplido su fin o mientras se encuentren presentes los presupuestos facticos que impulsaron su otorgamiento en un primer momento; b) Instrumentalidad, por el cual, y debido a su naturaleza y el ejercicio del mismo, únicamente puede ser otorgado dentro de procesos penales, ya que este ayuda a que el procedimiento penal alcance su fin establecido; y c) Proporcionalidad, requisito que guarda relación también con el tiempo que debe durar esta medida para que no sea excesivamente atentatoria, por ende se debe de considerar varias que se pueden presentar en cada caso concreto como el tipo penal acusado, la pena recaiga por el injusto penal, el tipo de bien jurídico afectado así como el grado de afectación del éste, y demás circunstancias a presentar inclusive el peligro de fuga del mismo por lo cual el juez de siempre velar que esta medida pueda asegurar la comparecencia del encausado dentro del proceso (Botero Cardona, 2014).



El que el juzgador funde la medida de prisión preventiva basándose mayormente en la gravedad del delito que se acusa se ha cometido, y en el reproche penal que, aunque pudiera ser procedente, es atribuible al que se identifica como autor del mismo y en la sanción privativa de libertad acorde al tipo penal, sin que se considere, porque la ley así lo exige, otras circunstancias que permitan valorar a toda la situación en su conjunto, como la procedencia del caso o el derecho de protección y los fines que legitiman la medida, contraviene la presunción de inocencia de forma directa al convertirse en una ejecución anticipada de la sentencia condenatoria mucho antes de que se confirme ésta, por lo que una imposición de esta manera de la prisión preventiva si bien podría ser legal se convierte en arbitraria. Es claro por ello que la perspectiva de la imposición de una pena no es elemento suficiente para fundar la medida cautelar de privación de libertad (Del Río Labarthe, 2016).

#### **Motivación de la prisión preventiva.**

Esta fuera de toda discusión jurídica, de nivel, que dentro del marco legal de un Estado Constitucional de Derechos se viola el derecho a una decisión motivada cuando esta, no solo que es inexistente, sino que la misma es tan solo aparente, debido a que en la resolución no se da cuenta o no se desarrolla con los supuestos mínimos de razonamiento que sustenten la decisión con lo que no se da cumplimiento con el mandato constitucional para el efecto, haciéndose una exposición de esgrimaciones incoherentes sin una base fáctica y jurídica adecuada. Siendo esto una falta de razonamiento interno jurídico, que se plasma en una invalidez de la inferencia arribada por medio de las premisas que son establecidas dentro de la decisión judicial; y, a través de una incoherencia narrativa con razones confusas que no logran transmitir con grado comprensibilidad las razones con las que se funda la decisión (Zavala Egas, 2014).

Una adecuada motivación de la resolución de prisión preventiva incluye también una decisión congruente en relación a la exposición de las partes dentro del proceso evacuado

hasta ese momento; ya que esta falta de incumplimiento de dejarse de pronunciar sobre las pretensiones de los sujetos procesales deja en indefensión a la parte afectada. Tal es el caso que el juez al momento de resolver no conceder la medida cautelar de prisión preventiva si esta antes no ha sido solicitada de forma fundamentada por parte de la Fiscalía; o, si solicitada esta medida de carácter personal no se pronuncia al respecto. Es decir, que una resolución judicial por medio de la cual se le imponga a una persona la medida cautelar de prisión preventiva que carezca de razones de hecho y de derecho, o contengan premisas incoherentes o impertinentes para el caso en concreto se reflejan en una motivación inexistente (Reátegui Sánchez, 2012).

Para entender los presupuestos jurídicos motivados por los cuales se solicita y se dicta la medida cautelar de prisión preventiva en contra de una persona, es necesario conceptualizar lo que se entiende como el ejercicio jurídico mental de motivación de las resoluciones judiciales. En palabras conceptualizadas, la motivación es una actividad mental basada en argumentar y razonar para poder dar razones a favor o en contra para sustentar o atacar una tesis determinada. Pero las razones con las cuales se sustenta la motivación, no solo deben de estar enunciadas sino que deben de ser explicadas por medio de una estructuración lógica de los hechos producto de la actividad, así como, de la normativa con la que se busca dar un sentido de valor a la tesis expuesta (Bajón Rodríguez, 2012).

Con relación a la exigencia de motivación, esta cobra relevancia en su importancia debido a que el contenido del ejercicio de validación de la decisión del juzgador exige varios elementos que permitirán que esta tenga una adecuada aceptación entre todos los elementos de la sociedad, mas principalmente entre las partes afectadas directamente por la decisión judicial. En esta línea de pensamientos, uno de los mayores exponentes de la argumentación jurídica, ha indicado que en la aplicabilidad del derecho se puede permitido distinguir entre aquellas decisiones que se encuentran desarrolladas para dar solución a problemas prácticos y

las razones jurídicas por las cuales se apoyan estas decisiones. Por lo que la motivación no se agota con la enunciación de la resolución sino que además se exige que esta sea sustentada. En ese sentido, doctrinariamente se entiende que el explicar una decisión es mostrar cuales son aquellas causas que la motivaron o los fines que se pretenden lograr mediante la decisión adoptada (Bajón Rodríguez, 2012).

En un Estado Constitucional de Derechos, como en el caso del Estado ecuatoriano, la diligencia de motivación de decisiones judiciales cobra sentida relevancia al tener que primar la razón dentro de las decisiones emanadas de las autoridades judiciales. Al ser un arduo ejercicio la fundamentación de las resoluciones judiciales estas se encuentran destinadas a ser ejercidas con responsabilidad para justificar las razones de estas, guardando siempre una *sindéresis* entre el objeto de controversia a solucionar y los principios y normas que sirvieron de sustento jurídico para resolver, lo cual servirá además para conversar que la citada decisión cumple con criterios válidos para justificar su validez, además de ser correcta. Esto debido a que una simple enunciación de silogismos no alcanza a dar cumplimiento al proceso lógico que debe de realizar el juzgador al momento de elaborar su resolución (Atienza Rodríguez, 2016).

La acción de motivación de las decisiones judiciales se constituyen en buenas razones que deben de estar fundadas en los hechos sucedidos así como de las normas relacionadas al caso en concreto, pero estas enunciaciones además de ser expresas deberán de ser suficientes; más aún cuando se trate de la concesión de la prisión preventiva en contra de un ciudadano el cual todavía no ha pasado por un proceso judicial válido y goza aún del de la presunción constitucional de inocencia. En virtud de esta característica para que la decisión judicial de concesión de la prisión preventiva para considerarse motivada debe de exponer en su constitución las razones suficientes de su expedición así como la enunciación de su tiempo y constitución, además de ser esta decisión enmarcada en un sentido de razonabilidad en donde

se evidencie un ejercicio mental judicial en la que se aprecie la justificación para la adopción de la medida privativa de libertad (Rimache Cusi, 2017).

Como parte de la valoración para la concesión de la medida cautelar de prisión preventiva, el juez debe de valorizar los elementos de convicción puestos a su conocimiento. Así, una vez que se ha llegado a conocimiento del titular de la acción penal la noticia de la comisión de un ilícito éste debe de reunir todos los elementos de convicción que permitan al juez considerar que los hechos denunciados son reales o probados al menos en un alto grado de certeza. Pero el ejercicio y la valoración mental sobre la solicitud de prisión preventiva debe de ser realizada también por el fiscal quien es el único encargado de poder solicitar esta medida restrictiva de libertad, en tal virtud ya existe un análisis previo en cuanto a la pertinencia de la prisión preventiva, incluso antes de que los hechos puedan ser puestos a conocimiento del juez, por ende previamente se requiere la petición del Fiscal en cuanto a la concesión de la prisión preventiva (Botero Cardona, 2014).

Como parte de la motivación de la resolución de prisión preventiva emanada por el juez cabe la evaluación de prueba, que no solo se puede realizar en la parte final del proceso por medio de emisión de la sentencia, sino en otras etapas del proceso, en este caso cuando se debe de evaluar la prueba para la imposición de las medidas cautelares; esto debido a que la imposición de esta medida cautelar se encuentra siempre sujeta a un determinado estándar probatorio real, y este estándar depende en su mayor medida en la clase de derecho objetivo en la que se determina la gravedad y afectación del derecho protegido por la normativa penal. Existen umbrales de motivación, el primero de ellos es la de establecer en la resolución la existencia de indicios reales de la existencia de un delito y el segundo umbral es la de establecer una convicción meridiana de la veracidad de los presupuestos (Ferrer Beltrán, 2017).

En ese sentido el estándar máximo de probabilidad encaminada a dictar la prisión preventiva debe de ser en el máximo rango posible, pero existen hechos facticos que no permiten esta situación, entre las principales se encuentra el hecho de que la prisión preventiva se inicia al inicio del proceso penal las evidencias obtenidas hasta ese momento no cuentan con un grado realmente aceptable de intensidad y calidad, por lo que en un estado incipiente del proceso penal no es posible esperar un conjunto de elementos de convicción para exigir un estándar de credibilidad tan alto como: más allá de duda razonable. Esto debido a que este estándar de aseveración únicamente puede ser aplicable dentro de una sentencia condenatoria en la que se imponga una pena en firme; esto siempre después de un juicio oral dentro del cual se hayan respetado todas las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa. Por ende, el grado probatorio de los elementos considerados para dictar la prisión preventiva debe de estar bajo un estándar que debe de cumplir varios requisitos que buscan la calidad y eficacia de la resolución en su caso concreto (Fanego Arengüena, 2006).

Se establece un estándar de prueba dentro de las resoluciones de prisión preventiva, entre las que se debe contar con la hipótesis del titular de la acción penal que en nuestro país es la Fiscalía General del Estado, además de que esta debe de estar confirmada con una serie de pruebas objetivas, debido al principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que la prueba debe de ser de cargo y aportada por la entidad pertinente, lo que permite la garantía de la prueba, ya que se cumple con la necesidad de un sistema coherente de datos graves, precisos y conducentes y no solo con una serie de datos probatorios. Esto debido a que en el proceso penal se busca además recabar una serie de pruebas o elementos para refutar o sostener las hipótesis sobre los hechos denunciados o investigados, lo cual efectivamente ejerce una influencia directa en el ámbito de la decisión judicial; debiéndose excluir de esta decisión de imposición de prisión preventiva el conocimiento privado que

tenga el juez de los hechos principales y todos aquellos elementos que a pesar de haber sido aceptados a practicarse dentro del juicio luego fueron excluidos del mismo por la ilicitud en la forma de su obtención (Reátegui Sánchez, 2012).

Con relación a la prueba que se considera para la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, estas deben de guardar calidad en cuanto a la clase de prueba que representan para la confirmación de la hipótesis anunciada. En esta medida una prueba obtenida mediante métodos científicos de última generación tendrá una validez universal frente a otra prueba que se haya otorgado u obtenido de forma menos fiable. En este sentido, se desprende las resoluciones en las que se establece que la carga de la prueba es de responsabilidad indelegable del órgano Estatal que lleva entre sus funciones el probar la hipótesis de la acusación en contra del ciudadano encausado ya que no es obligación del procesado acreditar su inocencia dentro del proceso, siendo posibilidad de la defensa atacar y dejar sin efecto la hipótesis acusatoria por medio de la contraprueba, que a su vez el ministerio Fiscal tiene la carga de invalidar (Valenzuela Nolasco, 2012).

Durante la motivación de la imposición gravosa de la medida cautelar de prisión preventiva, como se indicara en líneas anteriores, se incluye la ponderación y el análisis interno de razonamiento jurídico por parte del Fiscal el cual es producto de los indicios recabados durante la etapa procesal pertinente, esta situación no exime que las demás partes, víctima o acusador particular, realicen una valoración de estos recaudos indiciarios pero no les otorga la posibilidad de exigir dicha medida sin la solicitud motivada del titular de la acción penal que es la fiscalía. Esta motivación de prisión preventiva, ya que se debe de asegurar la presunción de inocencia de la personas acusada, así como su derecho a la libertad física, se desliza por medio de una valoración más compleja de todas las situaciones que rodearon el supuesto acto delictivo realizado por parte del encausado (García Falconí, 2014).

Esta consideración de los indicios obtenidos durante la etapa previa de investigación nunca es realizada por parte del Juez o el Tribunal Juzgador, sino que es apreciada por el Juez de la Etapa Preparatoria del Proceso Penal el cual, en virtud de ser un garantista de la seguridad jurídica y del debido proceso, se encuentra en la obligación constitucional de velar por el desarrollo sin limitaciones objetivas o subjetivas de los derechos fundamentales del ciudadano encausado, en relevancia el derecho a la libre movilidad y libertad personal e individual, no realizando nunca un prejuzgamiento sobre la responsabilidad penal del encausado dentro de la infracción encausada, lo cual se verifica al constatar que se ha procedido a realizar una revisión de la configuración de los supuestos básicos de la prisión preventiva; además de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (Tardío Pato, 2013).

Como fuente para la imposición de la prisión preventiva, considerándose estos como elementos de convicción, deben de existir elementos de fuerza suficientes que deben de guardar correlación con la del delito y la afectación que este puede causar al bien jurídico tutelado por el derecho penal, para que la cesación de la prisión preventiva no se constituya en una situación imposible que no permita la evaluación de nuevos elementos de convicción presentados por parte del solicitante de la revocatoria de ésta medida, pero esta evaluación debe de centrarse en los requisitos generales para la procedencia de esta medida de imposición personal, que además es mutable y temporal (Berdejo Pastrana, 2010).

## Capítulo Metodológico y Resultados

### Metodología

El paradigma o enfoque que asume esta investigación es cualitativo tiene que ver con la violación al derecho a la libertad individual y personal en virtud de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva de forma arbitraria por lo que se pretende, además, delimitar los requisitos doctrinarios y legales para la tutela efectiva de los derechos constitucionales. Esto no implica que se fomenta una impunidad social en la comisión de ilícitos, sino regular el ejercicio del poder punitivo del Estado ecuatoriano, evitando de esta forma una sobre población de los centros carcelarios y apegar el derecho ecuatoriano a los estándares mínimos de resguardo fundamentales de derechos humanos.

Al ser la metodología de la investigación, de acuerdo a lo indicado por el Licenciado en Letras, Fabián Coelho, aquellos procedimientos elaborados que se deben de aplicar de forma ordenada y sistematizada para la realización de un estudio y así poder revertir de validez y rigor el mismo, durante el desarrollo del trabajo se han propuestos tres elementos esenciales y primordiales en la metodología, primero con la elaboración de un marco conceptual sobre el derecho a la libertad, el principio de presunción de inocencia y los presupuestos elementales para la imposición de la prisión preventiva, en segundo lugar se hace una comparación entre las resoluciones jurisprudenciales relacionadas a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva; y el tercer componente es la realización de una evaluación empírica interactiva que recaba y analiza el conocimiento de los magistrados nacionales con relación a los requisitos y elementos básicos de la medida cautelar de prisión preventiva.

Como una forma para poder interpretar, transformar y conocer el mundo y la realidad sobre la cual nos desenvolvemos contamos con la investigación científica, la cual, por el constante cambio generacional debe de enfocarse en los nuevos retos producto de las



evolucionadas ciencias jurídicas. Con el objetivo de poder utilizar de forma eficaz las herramientas que promueve el enfoque cualitativo y lograr una comprensión de los fenómenos sociales causadas por las violaciones del derecho a la libertad, el presente trabajo investigativo se desarrolla con una combinación entre las exposiciones doctrinales del derecho a la defensa y los presupuestos de la prisión preventiva para garantizar una tutela de los derechos fundamentales.

### **Alcance de la investigación**

La investigación, gracias al desarrollo efectuado, ha tenido un alcance a nivel explorativo, descriptivo y explicativo. Exploratorio porque permite incursionar en el estudio de una problemática social actual por el tema de seguridad. Este alcance exploratorio evalúa el conocimiento y el criterio de los jueces para la imposición de este tipo de medidas cautelares privativas de libertad. Para la exploración del objeto de estudio del presente trabajo, se resalta la exposición de un alto contenido de medios probatorios y la recolección de información por medio de la bibliografía, trabajos jurisprudenciales y entrevistas con las cuales se les han expuestos interrogantes a expertos magistrados con relación al principio de presunción de inocencia, del derecho a la libertad y de las medidas cautelares dentro del proceso penal.

Su alcance descriptivo se desarrolla al momento en el que se indica con detalle las características de los elementos de la prisión preventiva que permiten sustentar con verdadera motivación de la resolución de prisión preventiva; así como, la descripción de las características de los elementos de la presunción de inocencia. Esta descripción no se limita a la enunciación de datos referenciales sino que se centra en conceptos de utilidad jurisprudencial. Además, expone la caracterización de las propiedades, componentes, elementos y demás particularidades de la presunción de inocencia, derecho a la libertad y de la presunción de libertad que son el objeto de estudio.

Finalmente, con relación al alcance explicativo del presente trabajo este busca pretende exponer las causas y razones que ocasionan que las medidas cautelares en el proceso penal, en específico la prisión preventiva, conlleva a una limitación sustancial en el derecho a la libertad individual. Por lo que, para ponderar a una contribución en el desarrollo científico social, se ha invertido una cantidad de esfuerzo investigativo con la suma de la capacidad de análisis y síntesis para la interpretación del fenómeno de vulneración de derechos expuestos durante la investigación.

### **Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis.**

La categoría del trabajo gira en torno al Derecho a la Libertad Individual y Física a través de las dimensiones de la Prisión Preventiva y de las Medidas Cautelares dentro del derecho penal, como estas últimas por medio de un abuso e imposición desmedida por medio de las autoridades judiciales que conocen sobre la solicitud realizada por parte del Fiscal. Como Instrumentos de Análisis se han considerado elementos documentales, entrevistas objetivas sobre criterios de magistrados de la Sala Especializada de lo Penal del Guayas acerca de las Medidas Cautelares dentro del proceso penal; así como, análisis de sentencias y resoluciones concernientes a determinar la vulneración del derecho a la libertad al revocarse la prisión preventiva o una sentencia condenatoria en donde el procesado se encontraba privado de su libertad a raíz de una medida cautelar.

Tabla Uno

<b>Categorías</b>	<b>Dimensiones</b>	<b>Instrumentos</b>	<b>Unidades de análisis</b>
			Constitución de la República del Ecuador Artículo 64, 66 numerales 3, 4 y 14, 77, numerales 1 y 2.

Derecho a la Libertad Individual y Física	Prisión Preventiva y Medidas Cautelares	Análisis documental	Declaración Universal de Derechos Humanos Artículo 1, 9,11  Convención Americana de Derechos Humanos Art. 7 y 8  Código Orgánico Integral Penal Art. 534, 535, 536, 539, 540, 544
		Estudio de Profesionales del Derecho	Tres entrevistas a Magistrados de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas
		Análisis de casos prácticos.	Análisis de tres autos resolutorios en los que se haya revocado la prisión preventiva y de sentencia en los que se haya confirmado el estado constitucional de inocencia de una persona que se encontraba con una medida cautelar de prisión preventiva dictada en su contra.

### **Criterios Éticos**

El presente trabajo contó con la autorización de los profesionales del derecho que colaboraron con la realización del mismo, respetándose sus criterios y las resoluciones adoptadas por estos al momento de resolver sobre la materia de estudio. Así también, se contó con el permiso institucional pertinente para las horas ocupacionales necesarias para la elaboración del trabajo investigativo.

## **Resultados**

Constitución del Ecuador: Artículo 64, 66 numerales 3, 4 y 14, 77, numerales 1 y 2.

Se reconoce por medio de estas disposiciones constitucionales las garantías de la integridad personal entre las que se consideran las físicas, psíquica, moral y sexual. Se desarrollan todos los derechos y garantías básicas a resguardar dentro del proceso penal; así también, se establecen los derechos de las personas privadas de la libertad para poder comparecer al proceso y poder ejercer su derecho a la defensa.

Por su parte del Art. 64 de la Constitución limita el goce de los derechos políticos, disposición que guarda relación con el derecho a la libertad persona, debido que se establece que solo por sentencia ejecutoriada que conlleve como pena la privación de libertad se podrá suspender los derechos políticos, con lo que se preceptúa una vez por mandato constitucional que solo por sentencia ejecutoriada o en firme se puede limitar el derecho a la libertad de las personas. Así también, el Art. 66 reconoce por mandato constitucional el derecho a la integridad personal y física la cual evidentemente se encuentra menoscaba al momento en que se impone la medida cautelar de prisión preventiva en contra de las personas procesadas, como derecho a la igualdad formal y material de no discriminación consta la de gozar de los beneficios propios de derecho procesal en temas de suspensión o revocatoria de la prisión preventiva.

El Art. 77 de la Constitución establece que dentro de los procesos penales en virtud de la primacía del derecho a la libertad, la imposición de Prisión Preventiva debe de realizarse de forma excepcional y como mecanismo de ultima ratio y solo para asegurar la comparecencia del procesado al proceso, el acceso a la justicia de una forma oportuna, así como, para garantizar el derecho a la pena de privación de libertad que se impone a consecuencia de una sentencia condenatoria luego del proceso penal respectivo, estableciéndose además los requisitos necesarios para que la privación de libertad se

encuentre acorde a derecho y que no sea arbitraria ni ilegítima, prohibiéndose además, una vez más garantizando el derecho a la libertad individual y física, que cualquier bajo y bajo cualquier motivo sea retenida en un centro de privación de libertad sin orden legítima para ello

Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo 1 reconoce el estado de libertad de todas las personas, así como, la igual en materia de derechos y trato igualitarios entre todos los pares, se consolida la presunción de inocencia de todos los procesados hasta que exista una sentencia condenatoria que desvirtúe esta presunción de inocencia. El Art. 2 sirve como reafirmación del Art. 1, ya que por medio de este se reafirma el de que todas las personas gozan de todos los derechos y libertades proclamados tan solo por el hecho de su condición de ser humano por lo que no cabe ningún tipo de discriminación de ningún tipo, como garantía de eso se establece la prohibición, bajo ningún motivo, de retener de forma arbitraria o ilegítima a cualquier persona; en este sentido se busca además proteger la presunción de inocencia de todos los ciudadanos.

El Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reafirma el derecho a las personas, que se encuentren atravesando un proceso penal, de ser consideradas y tratadas como inocentes mientras no exista una sentencia condenatoria en firme que revoque dicha presunción de inocencia, y siempre bajo la realización de un proceso justo que respete las garantías del debido proceso, garantizándose así, no solo la citada presunción de inocencia, sino además el derecho a la libertad personal e individual. El citado artículo protege también el hecho de que una persona sea sentenciada por una ley o un tipo penal creado de forma intempestiva para sancionarlo o perseguirlo, esto al prohibirse que una persona pueda ser sancionada por un acto u omisión que al momento de que se realizó no se encontraba considerado como infracción penal en el Derecho nacional o internacional.

Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 7 reafirma una vez más el derecho a la libertad Personal, Individual y Física de todo ciudadano, esto al establecerse de forma expresa la prohibición de privación de libertad física por causas ajenas a las codificaciones penales de cada Estado parte, por lo que consiguientemente se encuentra prohibido que cualquier persona pueda ser objeto de detención o encarcelamiento de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, estableciéndose si, como supuesto de excepción el hecho de que sea producto de una garantía destinada a procurar su comparecencia a juicio, como es el caso de estudio de la medida cautelar de Prisión Preventiva, pero así también, se establece la posibilidad de que el ciudadano afectado por esta medida pueda apelar de esta decisión, para que un juez competente, y de jerarquía superior, decida sobre la legalidad de la privación de libertad dictada en su contra.

Como Garantías Judiciales de protección del derecho a la libertad el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos reafirma una vez más el derecho que tiene toda persona de ser oída por medio de su comparecencia al proceso, en la sustanciación de cualquier proceso que pudiera ocasionar una limitación o restricción a su derecho a la libertad personal y física lo que incluye contar no solo con los medios, sino con el tiempo necesario para ejercer una defensa eficaz, lo que incluye contar con el asesoramiento de un abogado proporcionado por el Estado parte en caso de que la persona procesada no cuente con los medios económicos necesarios para garantizarse uno, debiendo este profesional del derecho velar por el cumplimiento irrestricto del derecho a la defensa y de la libertad personal e individual del sujeto encausado. Se invalida por este medio además la confesión forzada del inculpado, así como también la prohibición de doble juzgamiento que podría terminar con una vulneración del Derecho a la Defensa y una limitación ilegal e ilegítima del derecho a la libertad y libre circulación, se impone así la publicidad del proceso penal para transparentar el accionar de la función judicial y asegurar por ende también la legitimidad de la misma.

Código Orgánico Integral Penal Art. 534, 535, 536, 539, 540, 544: Se establecen las finalidades, requisitos, aplicación y regularidades de la prisión preventiva para que este alcance su nivel de legitimidad para la aplicación de esta medida apegada al marco constitucional y de tratados de Derechos Humanos Reconocidos por el Ecuador, bajo el cual, tanto el juez como el fiscal actuante en la causa, deben desempeñar sus funciones al momento de resolver y solicitar de forma fundamentada la medida cautelar privativa de libertad en contra de un individuo.

El Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal es artículo rector fundamental para la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva en el Ecuador, ya que establece las directrices y la finalidad de esta, como principales se establece como necesario la existencia de elementos de convicción, no solo de la existencia material de la infracción, sino que además sobre la participación, como autor o cómplice, del encausado dentro del mismo. Pero además de ello el Fiscal, quien al ser el titular de la acción penal, al fundamentar dicho pedido debe de poder probar, en gran medida, de que las medidas alternativas a la prisión preventiva no pueden garantizar la comparecencia del procesado al proceso, ya que es ese uno de los fines principales y de inmediata aplicación de la prisión preventiva.

Por su parte, el Art. 535 del Código Orgánico Integral Penal establece los supuestos de procedencia de la revocatoria de la Prisión Preventiva, siendo uno de ellos la desaparición o desvanecimiento de los indicios que promovieron en una primera medida su imposición; otro caso lógico es cuando a la persona que se encuentra detenida el juez de instancia o el tribunal dentro de la audiencia respectiva, al no encontrar los elementos suficientes y necesarios, ha resuelto dictar sobreseimiento o ratificar el estado de inocencia de la persona procesada en tal caso resulta ya inoficioso y atentatorio a derechos fundamentales que dicha medida siga teniendo efecto. Existen también causas procesales para dicha revocatoria, como es el caso de la caducidad, en el que se entiende que el tiempo máximo de duración de la

medida se ha cumplido, o la declaratoria de nulidad declarada antes del momento de la imposición de la prisión preventiva, con lo que se entiende que dicha medida nunca fue dictada.

Así también, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 536 establece, cuando por el tipo de caso y situación particular del mismo, es procedente la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva, por otra de las medidas cautelares establecidas en el mismo código penal; y este mecanismo de sustitución o revocatoria de la prisión preventiva se encuentra regulado por el propio Código Orgánico Integral Penal en su artículo 540 con el que se establece que dichas consideraciones podrán ser tratadas en una audiencia especial bajo los principios de oralidad y de contradicción luego de la cual, bajo la obligación constitucional de motivación establecida en el Art. 76, numeral 7, literal l) de nuestra Carta Magna, la resolución del juez debe de contar con todos los parámetros de motivación para su validez y aplicación eficaz.

Por ende, la libertad individual y personal encuentra un límite en la prisión preventiva siempre que esta sea dictada de forma bajo los parámetros de legalidad y respetando los derechos fundamentales de la persona sobre la que recaería esta medida cautelar, por lo que al desvanecerse los indicios que motivaron la imposición de la prisión preventiva el juez se encuentra en la obligación de, en el caso de no proceder la revocatoria, dictar su sustitución por una las medidas cautelares alternativas a la Prisión Preventiva.



## **Estudio de Profesionales del Derecho**

### **Entrevista al Dr. José Coellar Punín**



**Profesión:** Abogado

**Cargo:** Juez en Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

**Competencia:** Derecho Penal y Procesal Penal

**Fecha entrevista:** 08 de octubre del 2019

#### **Desarrollo de la entrevista**

**1.- Basado en su experiencia como Juez de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ¿cuáles considera usted que son los principios que deben de regir para la imposición de la medida cautelar de Prisión Preventiva?**

En el ordenamiento normativo que rige nuestro sistema penal ecuatoriano se establecen varios controles de legalidad que impiden un abuso en la imposición desmedida de la prisión preventiva, y que permiten que los principios rectores de la medida cautelar de privación puedan ser respetados por las partes, esto siempre la vigilancia y control del órgano jurisdiccional. Desde la Constitución de Montecristi se pueden evidenciar principios rectores básicos que rigen los lineamientos de consideración al momento de imponer la medida cautelar de prisión preventiva, entre los que se encuentran el principio de jurisdiccionalidad, por el cual, como es evidente, la medida cautelar solo podrá ser ordenada e impuesta por el juez competente, pero siempre de forma escrita.

La excepcionalidad es otro de los principios rectores que rigen la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, por el cual el juez debe de aplicar esta medida cautelar como último recurso al constatarse el riesgo de fuga inminente por parte de la persona encausada, o de que no se tenga la certeza de que esta comparezca al juicio. Como tercer principio rector el juez al momento de resolver si establece la medida cautelar de prisión preventiva, debe de realizar un análisis del caso en particular para poder distinguir sobre la idoneidad de la prisión preventiva y de la necesidad de la misma en sentido estricto, ya que ésta se deberá aprobar solo cuando las otras medidas cautelares que se encuentran detalladas en el Código Orgánico Integral no sean garantía suficiente para garantizar la presencia del procesado y el cumplimiento de la sentencia de darse el caso.

Esto debido a que en muchas ocasiones se tratan de delitos menores en donde la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse cada 15 días o cada semana ante el juzgador son suficientes para garantizar el trámite normal de la causa.

**2.- Bajo su criterio, como juez de instancia superior, ¿cuáles son los requisitos que considera que no se cumplen por parte de los jueces de primer nivel al momento de imponer la medida cautelar de prisión preventiva?**

Si bien la libertad individual y constitucional se encuentra garantizada de forma constitucional, como ningún derecho es absoluto, este derecho encuentra una de sus limitaciones en la prisión preventiva, pero debiéndose dejar por sentado que esta no busca el cumplimiento de forma anticipada de una sanción penal; ya que el derecho a la libertad, al ser un derecho natural inherente a toda persona es un elemento básico y estructural del Estado constitucional de derechos y justicia como el estado Ecuatoriano.

Pero esta limitación de la libertad se encuentra regulada por un marco legal rígido en nuestro país, un marco jurisdiccional por medio del cual solo se podrá disponer de la prisión preventiva por orden o autorización escrita de juez competente, y de forma excepcional y con

las formalidades de ley; además de guardar la debida proporcionalidad, es decir de acuerdo al delito.

El artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal establece de forma expresa cuales son los requisitos que deben de cumplirse u observarse por parte del juez de Garantías Penales al momento de considerar la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar, entre las que observamos que muchas veces no son observadas por los juzgadores esta la contenida en el numeral 3 del Art. 534 del Código ya que en la mayoría de los casos que son puestos a nuestro conocimiento en virtud del recurso de apelación al auto de prisión preventiva, nunca se realiza un análisis por parte de los jueces de primer nivel acerca de la idoneidad o no de las demás medidas cautelares para asegurar la comparecencia del procesado a juicio.

**3.- ¿Considera usted que las medidas cautelares establecidas en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal son suficientes para asegurar la comparecencia del procesado a juicio?**

Si, las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva que constan descritas en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal han demostrado en muchos casos que permite y aseguran la comparecencia de la persona procesada al juicio, como es el caso de la prohibición de salida del país o la presentación periódica ante la autoridad judicial encargada para el caso. Como muestra de ello en la actualidad en casos de connotación nacional se les han impuesto a las personas procesadas dentro de estas las medidas cautelares de grillete electrónico, prohibición de salida del país y presentación periódica ante la autoridad judicial, siendo lo de relevancia la vigilancia en el cumplimiento de estas medidas alternativas por parte del juez y de las autoridades policiales a quienes se encuentre a cargo.

## Entrevista al Dr. Guillermo Valarezo Coello



**Profesión:** Abogado

**Cargo:** Juez en Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

**Competencia:** Derecho Penal y Procesal Penal

**Fecha entrevista:** 09 de octubre del 2019

### **Desarrollo de la entrevista**

**1.- ¿Qué consideraciones que representante a usted, en su experiencia profesional como funcionario judicial, la medida cautelar de Prisión Preventiva?**

Si bien la libertad individual se encuentra garantizada de forma constitucional, como ningún derecho es absoluto, este derecho encuentra una de sus limitaciones en la prisión preventiva, pero debiéndose dejar por sentado que esta no busca el cumplimiento de forma anticipada de una sanción penal; ya que el derecho a la libertad, al ser un derecho natural inherente a toda persona es un elemento básico y estructural del Estado constitucional de derechos y justicia como el estado ecuatoriano.

La prisión preventiva que se decreta de manera automática solo con la acusación del ministerio público es atentatoria a los derechos humanos porque es una prisión sin juicio, cuando no ha habido juicio y sentencia que diga que no se ha cometido un delito, basta solo la acusación, se puede estar preso hasta un año que se haga la audiencia. Por medio de la medida cautelar de Prisión Preventiva se busca asegurar la comparecencia del imputado a juicio, la prisión preventiva existe en muchos países no solo en el Ecuador, pero debe de ser

dictada la medida cautelar bajo los requisitos legales y constitucionales. Imponer una prisión preventiva de manera injustificada y sin fundamentar es atentatoria a los derechos humanos, y al principio de inocencia, se estaría omitiendo el debido proceso.

**2.- ¿Cuáles son los requisitos o presupuestos fundamentales que debe de observar el Juez de Garantías Penales al momento de dictar la medida cautelar de Prisión Preventiva en contra de una persona que ésta siendo investigada o procesada?**

La limitación de la libertad personal se encuentra regulada por un marco legal rígido en nuestro país, un marco jurisdiccional por medio del cual solo se podrá disponer de la prisión preventiva por orden o autorización escrita de juez competente, y de forma excepcional y con las formalidades de ley; además de guardar la debida proporcionalidad, es decir que no se debe de dictar ante cualquier tipo de delitos, sino solo en aquellos que representan una verdadera amenaza para la paz social, así tampoco es procedente la medida cautelar de privación de libertad en contravenciones de ningún tipo.

El Código Orgánico Integral Penal establece un presupuesto fundamental e impone dos requisitos esenciales que justifican constitucionalmente la medida de prisión preventiva, el principio principal es que existan indicios graves de que se ha cometido un delito con todas sus características y que el imputado esté vinculado a este delito de forma dolosa como autor o como cómplice. Esto es un dato necesario, pero no suficiente, la medida cautelar de prisión preventiva requiere la presencia de dos requisitos, el primero el de proporcionalidad es decir de que se trate de un delito grave, que en el caso de Ecuador el Código Orgánico Integral Penal establece que estos delitos deben de tener siempre una pena privativa de libertad mayor a un año y en segundo lugar, que es de relevancia y que le da legitimidad a la medida es que se presente algún riesgo que pueda vulnerar el proceso.

### **3.- ¿Cuáles son los riesgos que considera usted que pueden vulnerar el proceso penal en el Ecuador?**

Son dos riesgos que se pueden considerar doctrinariamente ya que el Código Orgánico Integral Penal no los recoge de forma expresa, pero que el juez de Garantías Penales, en busca de la protección de los derechos fundamentales del encausado debe observar, es el peligro de fuga y el peligro de obstaculización del proceso o de la actividad investigativa o probatoria por parte del encausado, la ley establece condiciones constitutivas de riesgo. En el Ecuador no se ha actualizado las rectas y pautas que deben de ayudar al juez para establecer si hay un riesgo concreto desde los hechos de la causa, por la causa del delito, la estructura y el comportamiento del imputado que revele riesgos para el proceso. Pero esto no es nuevo, ya que estos lineamientos ya fueron impuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto debido a que un testigo pueda ser lesionado y que agréguese hechos inexactos para el favorecimiento del procesado. Por otro lado, en cuanto a la estructura se debe de considerar no siempre que el procesado va a ser el jefe de la estructura delictiva porque puede ser además una estructura horizontal que puede presentar muchas aristas. Lo que hace la ley es fijar algunos datos que hay que cumplir en cada hecho completo, por eso se hace referencia a la gravedad del delito y a la inexistencia de un arraigo, estos son datos que la ley incorpora para que el juez los analice y haga un juicio de optimización en concreto. Hay que resaltar que siempre las medidas alternativas a la Prisión Preventiva deben de ser la regla general y la privación de libertad siempre la excepción, esto porque se debe de considerar además siempre el principio constitucional de presunción de inocencia, y es bajo éste principio que se debe desarrollar el proceso penal.

## **Entrevista al Dr. Pedro Ortega Andrade**



**Profesión:** Abogado

**Cargo:** Juez en Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

**Competencia:** Derecho Penal y Procesal Penal

**Fecha entrevista:** 10 de octubre del 2019

### **Desarrollo de la entrevista**

**1.- ¿Desde sus funciones como juez de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, qué consideraciones representativas se le puede atribuir a la Prisión Preventiva?**

La imposición de la prisión preventiva no implica un desconocimiento de la presunción de inocencia, sino que representa un carácter excepcional de esta norma, que busca la comparecencia del ciudadano encausado al proceso. Otra de las finalidades de la prisión preventiva es la de evitar que la persona que se busca procesal procure destruir u ocultar las pruebas que puedan ser usadas en su contra dentro del juicio.

Pese a ello se debe de dejar acentuado que en un Estado Constitucional de Derechos, la prisión preventiva no puede convertirse en un mecanismo indiscriminado de privación de la libertad, pero esto debe de encontrarse dentro de los límites que indica la ley, y esto corresponde únicamente a las autoridades de control público encargadas de velar por el

cumplimiento de los derechos y de los deberes constitucionales. Por eso, se debe dejar sentado que la privación de libertad es siempre la excepción y nunca la regla general.

## **2.- ¿Cuál es el uso progresivo de la Prisión Preventiva que se encuentra descrito en el Código Orgánico Integral Penal?**

Desde la vigencia del COIP cabe el uso racional de la Prisión Preventiva podrá ordenar una o varias medidas cautelares, o de protección, que buscan entre otras cosas, la protección de la víctima. El Art. 520 del Código Orgánico Integral Penal establece que las medidas cautelares pueden dictarse solo en delitos y proceden solo a petición de parte, pero es necesario que el juez la dicte de manera motivada considerando los principios de proporcionalidad y objetividad, dictadas estas medidas cautelares deben de cumplirse de forma inmediata, en caso de incumplimiento se podrá dictar en otra medida de mayor eficacia siempre para garantizar el cumplimiento de las medidas.

Como medidas alternativas a la prisión preventiva esta la prohibición de ausentarse del país y la presentación periódica ante el juzgador o ante la autoridad que se designe por parte del juzgador, como novedad consta el dispositivo de vigilancia electrónica y el arresto domiciliario.

## **3.- ¿Cómo funciona la medida cautelar de Prisión Preventiva en el sistema Penal ecuatoriano?**

Se debe estar a la racionalización en cuanto a la imposición de la prisión preventiva, sobre todo su carácter de racionalidad y debe de estar siempre ante un control judicial, porque debe de ser una autoridad judicial que la determine o imponga, pero el juez debe además tener la posibilidad de revisar siempre si es necesario tener con prisión preventiva a una persona. Otro de las características de la prisión preventiva es la temporalidad de esta, ya que



por mandato constitucional y legal, bajo ningún motivo se puede tener privada de la libertad a una persona en virtud de la medida cautelar de Prisión Preventiva por más de un año.

De lo que se trata las medidas cautelares alternativas a la Prisión Preventiva es que las personas puedan ejercer su defensa en el proceso penal en libertad, a menos que se estime que estas medidas no puedan asegurar su comparecencia al proceso debido a la existencia del riesgo de fuga por parte del encausado o que se sospeche que éste realice actos atentatorios contra la o las víctimas de la infracción o la desaparición o destrucción de evidencias que pudiesen existir en su contra.

### **Análisis de casos prácticos.**

#### **Caso N° 09286-2018-04470 auto resolutorio de fecha 10 de enero del 2019:**

Comienza indicando que el Ecuador es un estado constitucional de derechos, de acuerdo al Art. 1 de la Constitución, es deber respetar y hacer respetar sus derechos establecidos en la Constitución y en tratados internacionales ratificados por el Ecuador, siendo principal el resguardo de la tutela judicial efectiva, así como, el debido proceso y la seguridad jurídica. Dentro de la citada resolución los magistrados de la Sala Especializada de la Corte Provincial del Guayas dejan acentuado que la privación de libertad siempre deberá de ser la excepción en los procesos penales, y siempre bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos de forma expresa en el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, encontrándose plasmados en este artículo los requisitos doctrinales como la emisión de esta medida cautelar por autoridad competente, motivación de la resolución, la existencia de elementos de convicción suficiente sobre la existencia del delito así como, de elementos para presumir la participación del encausado dentro del mismo, graves presunciones de que la persona procesada no comparecerá dentro del proceso. Esto en virtud de que la prisión preventiva en definitiva representa una limitación en el derecho a la libertad individual y personal.

Indicándose en la resolución que la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad, proporcionalidad, indispensables en una sociedad regida por principios constitucionales, ratificándose además que la medida cautelar de privación de libertad deberá de ser siempre la excepción y nunca la regla general. En la resolución se analiza la necesidad de proceder contra un individuo que presuntamente ha lesionado o destruido bienes jurídicos individuales o sociales, y los esenciales del Estado, debe ser valorada por el Juez Penal y siempre teniendo en consideración la necesidad de defender el orden jurídico y su efectiva observancia, así como la mayor o menor jerarquía y valorización de los bienes jurídicos protegidos.

En la citada resolución, el tribunal de impugnación de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas hace un análisis del tipo penal por el cual se emitió la medida cautelar de prisión preventiva en contra de los ciudadanos Polo Gregorio Ramírez Barzola, Narcisa del Pilar Arias Subiaga, Alfonso Orlando Gordillo Rodríguez, Luis Fausto Montero Reyes, Johnny Alexander Gordillo Romero, Cristina Leonor Mayorga Camargo, Luis Bravo Carbayo, Bryan Montoya Baquerizo y Luis Fausto Montero Reyes, siendo este el tipificado y reprimido en el Art. 220, numeral 1, literal c) del Código Orgánico Integral Penal, ya que como indicio de la existencia del delito se consideró la existencia de Marihuana con un peso neto de 0.09 gramos, lo cual no cumplía con el presupuesto doctrinal y legal de la existencia del delito penal acusado en primera instancia por parte de la Fiscalía, ya que éste, de acuerdo a la tabla del CONSEP exige un peso mínimo de 2.000 gramos, situación que nunca se verificó en el caso de estudio.

Al revocarse esta medida se dejó establecido por parte de la Sala Especializada de la Corte Provincial del Guayas, que jamás concurrieron de modo perfecto los cuatro requisitos que exige el Art.534 del COIP, y menos el que se exige en el numeral 1. Dicho de otro modo, jamás existieron los elementos de convicción suficientes para privar de la libertad a los

procesados. Dentro del análisis realizado se dejó acentuado que la medida cautelar de prisión preventiva bajo ningún aspecto puede constituirse en antesala de una reformulación de cargos.

**Caso N° 09285-2018-01812, auto resolutorio de fecha 28 de diciembre del 2018:**

Se comienza indicando que la resolución de imposición de prisión preventiva es la más controversial dentro de un proceso penal, aún más que una sentencia condenatoria, porque mediante ésta se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que por no haberse dictado la sentencia condenatoria, se debe presumir su inocencia. Exposición se además encuentra su fundamento de acuerdo a lo expuesto en el Art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; haciendo énfasis el tribunal de impugnación de la Sala Especializada de la Corte Provincial del Guayas la existencia de dos requisitos fundamentales, el primero, el riesgo de manipulación de la información que implica la posibilidad de que el procesado estando en libertad promueva la desaparición de los indicios o pruebas que lo puedan vincular al caso; y, el segundo, el riesgo de fuga, por el cual no se contaría con la presencia del procesado dentro de la causa penal iniciada en su contra.

Para la fundamentación de la revocatoria de la prisión preventiva se consideró que la medida cautelar impuesta por el juez de primera instancia en contra del ciudadano Luis Alberto Jiménez Jiménez, no cumplía con los fines cautelares que establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, advirtiéndose que para garantizar la comparecencia al proceso por parte del recurrente, bien pueden dictarse otras medidas cautelares de carácter personal menos gravosas, resultando innecesario y desproporcional privarlo de la libertad en este estado del proceso, pues tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador, la privación de libertad no será la regla general, sino siempre la excepción, por lo

que al existir medidas de menor gravedad, la intensidad de su intervención resulta desproporcional frente al peso de las razones que la justifican.

**Caso N° 20331-2016-00265 auto resolutorio de fecha 03 de mayo del 2017:** Se fundamenta el auto resolutorio de revocatoria de la medida cautelar dictada en contra de Luis Gerardo Vera Martillo indicando la calidad del estado ecuatoriano como estado constitucional de derechos y justicia por el cual la privación de libertad como medida cautelar siempre será la excepción y jamás la regla principal, enfatizándose en la resolución los requisitos para la imposición de la prisión preventiva establecidos Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, y que a pesar de la existencia de esta disposición la prisión preventiva se puede observar como una limitación al derecho fundamental de la libertad personal, que con otros derechos de libertad se encuentran reconocidos y garantizados en el artículo 66 de la Constitución.

El tribunal realiza un análisis de la afectación trascendental de la medida cautelar de prisión preventiva en el derecho a la libertad personal e individual, y de la protección realizada por parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por los cuales la prisión provisional de la libertad de una persona únicamente se podrá efectuar en los casos y en las formas estipuladas en la Constitución y las Leyes pertinentes; indicando que esta medida se encuentra limitada por los principios de legalidad presunción de inocencia, necesidad, proporcionalidad indispensables en una sociedad democrática. Deduciendo que el Estado no debe detener para investigar, ya que solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio, pero que aún verificado este extremo, la privación de libertad al imputado no puede residir en fines preventivos-generales o preventivos-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en un fin legítimo. Por lo tanto, es necesario tomar en cuenta que la prisión preventiva exige un grado

razonable de imputabilidad de la conducta delictiva al procesado, por lo que el Estado respetando la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de libertad, es preciso que fundamente y acredite la existencia del ilícito.

Como parte de la fundamentación del recurso de apelación para que pudiera existir una revocatoria de la prisión preventiva, el tribunal que conoció el recurso de apelación indicó que era necesario demuestren que hubo errónea valoración de los elementos aportados por la partes o que no se cumplieron con los requisitos establecidos por la ley, para de esta forma aclarar, que no era necesaria la medida cautelar de prisión privativa de libertad y asegurar la comparecencia del proceso y el eventual cumplimiento de la pena; y que por tanto, no era necesario y procedente dictar dicha prisión preventiva. Con estas consideraciones el tribunal revocó la medida cautelar de prisión preventiva, ya que en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

**Caso N° 09320-2018-00208 dictado el 12 de febrero del 2019:** Se fundamenta la sentencia por la cual se revoca la sentencia condenatoria y se confirma estado constitucional de inocencia de Jorge Steven Vera Contreras, y que a su vez dispone la libertad del encausado al revocar la prisión preventiva y en virtud de la cual se encontraba en un centro de reclusión de Guayaquil; indicando que la institución del debido proceso constituye una de las garantías impescindibles que debe concurrir en todo procedimiento, y que específicamente, en el proceso penal adquiere especial relevancia, pues tiene como sagrada misión el amparo del cumplimiento fiel de las normas procesales y de procedimiento, con la finalidad de que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona.

Se indica además que la presunción de inocencia implica que la persona encausada deberá de ser tratada como tal y que una imposición desafortunada de la prisión preventiva indudablemente afecta éste principio, que además se encuentra amparado internacionalmente en el Art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, constituyéndose de esta manera, la presunción de inocencia, en un principio y garantía poniendo un límite al poder punitivo del Estado y al estar constitucionalizado, adquiere la categoría de derecho fundamental, alcanzando este derecho su más alto nivel en el momento de impartirse justicia, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos que alteran la seguridad jurídica.

Además de realizarse un análisis de la presunción de inocencia, por la cual, dentro de un proceso penal la carga de demostrar la culpabilidad de la persona procesada recae en la administración Estatal, mediante la actuación de pruebas indubitables, por lo que el inculcado no está obligado a demostrar su inocencia, ya que se presume ésta y por ende no tiene que ser construida. Para la arribar a una sentencia condenatoria, el tribunal de impugnación apunta a que la prueba practicada dentro de la audiencia de juzgamiento debe de ser suficiente, pruebas que deben de generar una convicción directa en el juzgador y en este sentido, la Sala aprecia, que al no existir prueba que revele la responsabilidad del procesado en el ilícito, procede inexorablemente la absolución, esto es, la ratificación de su estado de inocencia y la consiguiente revocatoria de la medida cautelar de prisión preventiva.

**Juicio No. 09284-2016-02344 sentencia dictada el 30 de octubre del 2018:** Se fundamenta la sentencia por la cual se revoca la sentencia condenatoria y se confirma estado constitucional de inocencia de Jesse Armando Guerrero Suárez, y que a su vez dispone la libertad del encausado al revocar la prisión preventiva y en virtud de la cual se encontraba en un centro de reclusión de Guayaquil; que el debido proceso es el que en todo momento se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho como las demás potestades del

Estado, a la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico y que sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos.

Se indica que a pesar de que de autos se encuentra comprobada la existencia material de la infracción, esto es, el delito de Asesinato tipificado y reprimido en el Art. 140, circunstancia 4, del Código orgánico Integral Penal, de conformidad con el Art. 5 del citada ley penal, el juzgador para dictar sentencia condenatoria debe de tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada más allá de toda duda razonable. Por lo que, en las sentencias condenatorias, las exigencias de certeza y convicción judicial son mayores que cuando se tratan de sentencias absolutorias, porque en estas últimas el juez está obligado a aplicar el principio constitucional de *in dubio pro reo* y de presunción de inocencia cuando los actos de investigación o de prueba llevan al juzgador a un campo de oscuridad que le impide arribar con certeza, por lo que en ese caso el juzgador se encuentra en la obligación de liberar al encausado de las medidas impositivas dictadas en su contra.

En este sentido, la presunción de inocencia pertenece a los derechos fundamentales de la persona y sobre ella se erige el proceso penal. En virtud de lo cual debe reconocérsele al investigado o procesado el derecho subjetivo de ser considerado inocente, permitiéndole conservar un estado de no autor en tanto no se expida una resolución durante todo el proceso. Cualquiera que sea la concepción que se asuma en relación a la presunción de inocencia, como principio, derecho o garantía, existe un elemento común en todas, este radica en que se ha de apreciar hasta tanto no se dicte un fallo condenatorio basado en las pruebas practicadas. Con la presunción de inocencia relacionada al trato procesal impone la obligación de tratarlo como si fuera inocente hasta que exista una sentencia condenatoria que declare su culpabilidad. Del caso en mención, este tribunal de impugnación encuentra que como prueba directa presentada por la por la fiscalía, en la audiencia de juzgamiento en contra del hoy

recurrente Jesse Armando Guerrero Suárez solo existió el testimonio de uno de los familiares de la víctima quien indicó que no se encontraba presente en el momento en que se dieron los hechos principales por los cuales se inició el proceso materia de la sentencia en análisis.

Los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas consideran que las pruebas practicadas dentro de la audiencia de juzgamiento no pueden llevar a una convicción en cuanto a la responsabilidad penal de la persona acusada y que por tanto no es posible dictar una sentencia condenatoria y que así lo desarrolla el Art. 5, numeral 3, del Código Orgánico Integral Penal, generándose además dentro del proceso una existencia probatoria.

**Sentencia N° 09281-2016-03040 dictado el 7 de septiembre del 2017:** Se fundamenta la sentencia por la cual se revoca la sentencia condenatoria y se confirma estado constitucional de inocencia de José Javier Reasco Zamorano, quien fuere sentenciado por el delito de Robo, tipificado y reprimido en el Art. 189, inciso segundo, del Código Orgánico Integral Penal; disponiéndose su libertad al revocarse la prisión preventiva y en virtud de la cual se encontraba en un centro de reclusión de Guayaquil; indicando que el Debido Proceso Penal enfocado constitucionalmente se rige por una serie de normas que garantizan en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite en un juicio; respetando los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos. Lo que guarda correlación con lo determinado por la Constitución de la República del Ecuador, en la que se de forma expresa establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, regulado por normas legítimamente aprobadas; adicionalmente del mismo mandato constitucional se desprende que, la aplicación racional de la justicia no solo exige un proceso, sino que al interior de éste se harán efectivas las garantías del debido proceso y además se deben observar los principios de: inmediación, celeridad y eficiencia.



Así también, indican los magistrados dentro de la sentencia de segunda instancia que de acuerdo al Art. 5, numeral 3, del Código Orgánico Integral Penal se establece que el derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios, la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable. Señalaron la importancia de determinar, que en la sentencia recurrida se han vulnerado principios básicos de la prueba en materia penal como, *inter alia*, el de necesidad de la prueba, que le permite al juzgador conocer los hechos a través de los diferentes medios de prueba conforme a las reglas preestablecidas, lo que evita que sus resoluciones se basen en conocimientos privados; el de la unidad de la prueba, que les permite conformar en un todo para llegar al convencimiento, fundado en la sana crítica; principios que están inmersos en los derechos a la defensa, a una tutela judicial imparcial y efectiva, y sobre todo al debido proceso.

## Capítulo de Resultados

Como consecuencia del análisis realizado en las unidades anteriores, se ha determinado los resultados que se exponen a continuación:

- Se ha encontrado que la medida cautelar de Prisión Preventiva ha sido aplicada en el Ecuador, por parte de los operadores de justicia, de forma común e irrespetando su excepcionalidad violentando el principio de presunción de inocencia y el Derecho a la Libertad Individual y Personal reconocidos y protegidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos y en la Constitución de la República del Ecuador. Utilizándose esta medida cautelar como una herramienta de gobierno para aumentar el índice de aceptación social.
- De los autos resolutorios analizados se encuentra que no se realizó un análisis responsable con relación a determinar la existencia de elementos de convicción para determinar la existencia de la infracción penal acusada; así como, de elementos para llegar a una medida convicción sobre la participación de la persona encausada dentro del mismo; no cumpliéndose de esta forma lo determinado en el Art. 534, numerales 2 y 3 del Código Orgánico Integral Penal.
- Las novedades encontradas, de la percepción de la realidad social relacionadas a los índices de seguridad, no guardan relación y proporción con la imposición desmedida de la medida cautelar de prisión preventiva pese a que esta medida recae en la comunidad social económicamente deprimida.
- La normativa legal y constitucional, por las cuales se pretende asegurar el derecho a la libertad personal y el principio de inocencia, no son los

suficientemente desarrollados o aplicados de forma correcta por lo que no ejercen un control de legalidad y constitucionalidad de resoluciones judiciales que atentan contra este derecho y principio universal

- Analizada la dogmática penal se ha verificado que los argumentos de hecho y de derecho esgrimidos dentro de las resoluciones judiciales recogidas no existe un verdadero control de constitucionalidad y legalidad para verificar el respeto irrestricto de la presunción de inocencia y del derecho a la libertad personal e individual.
- De la constatación de las resoluciones y de las entrevistas realizadas a los magistrados de la Sala Especializada de la Corte provincial de Justicia del Guayas se aprecia que al momento de imponer una medida cautelar dentro de un proceso penal en contra de un ciudadano se ha optado por la privativa de libertad desatendiendo las otras medidas contenidas en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal, sin que se haya evidenciado que éstas últimas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del encausado al proceso.

## Capítulo de Discusión

De la constatación de la aplicación desnaturalizada de la prisión preventiva en procesos seguidos por delitos que no infringen mayor daño a la sociedad con relación al bien jurídico tutelado por el derecho penal, se aprecia que, en la mayoría de los casos, no se realiza una ponderación correcta en cuanto a la valoración de los supuestos establecidos por la normativa penal vigente para la imposición de esta medida cautelar. El derecho a la libertad al encontrarse garantizado tanto en Instrumentos Internacionales de Derechos ratificados por el Ecuador, así como, por la Constitución del Ecuador, debe ser el prisma bajo el cual se desarrollen la normativa legal, situación que ha querido prever el legislador, pero la falta de resguardo de este derecho por parte de los jueces, que no consideran la aplicación de la prisión preventiva como una excepción sino como la regla general, no permite obtener este fin.

La interpelación al accionar judicial se da como producto de un estudio doctrinario y legal de los presupuestos que rigen no solo la imposición de la prisión preventiva, sino también su tiempo de duración y alcance. Pese a que el Código Orgánico Integral Penal ha establecido los requisitos de admisibilidad para que el juzgador orden la prisión preventiva, de las constataciones realizadas de las resoluciones y sentencias emitidas por los jueces penales se desprende que el análisis realizado a los hechos y a los supuestos indicios relacionados a la existencia del delito y la culpabilidad de la persona procesada es escueto lo cual no constituye una tutela eficaz del derecho al procesado.

Esta situación se debe en mayor medida a la injerencia en la función judicial por parte del poder factico de turno, y en la presión social y mediática realizada actualmente por los distintos medios de comunicación s, sin entender que lo que contribuye a la seguridad del ciudadano son políticas de bienestar social y laboral implementadas y desarrolladas de manera adecuada desde el gobierno central.

La implementación de estándares rigurosos de cumplimiento para la sustitución de la prisión preventiva dentro del marco legal ecuatoriano no hace sino contribuir, además del hacinamiento penitenciario que vive actualmente nuestro país, a la afectación del derecho a la libertad del ciudadano. En este sentido se encuentra la imposición del requisito para la caución de delitos que no tengan una pena privativa de libertad que no sea superior a cinco años, además de otras situaciones de inadmisibilidad, limita el tipo de delitos de los cuales se puede acceder a este beneficio esto y pese a que la persona no haya sido detenida en delito flagrante. Si bien en reiteradas ocasiones en las resoluciones emitidas por los jueces de Garantías Penales se hace referencia a que el Ecuador es un Estado social de derechos en el cual se hacen respetar los derechos establecidos en la Constitución, ésta enunciación no cobra sentido ni efectividad al momento en que éstos no conciben la medida cautelar de prisión preventiva como la excepción de la norma, y sin analizar y considerar a profundidad los requisitos contenidos en la ley.

Pese a que es obligación del juez motivar la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, esta se realiza solo bajo la simple solicitud del Fiscal, la cual tampoco es motivada, impidiéndose de esta forma incluso una defensa eficaz por parte del ciudadano a quien este tipo de resolución, aunque son susceptibles de apelación, llegan sin mayores consideraciones ante el tribunal superior el cual desconoce e las circunstancias que motivaron esta resolución. Los resultados obtenidos posibilitan nuevos ámbitos de investigación relacionados no solo al hacinamiento carcelario sino a la afectación personal y física que sufren las personas sobre las cuales se ha impuesto esta medida cautelar y que posteriormente en una sentencia se les ha ratificado su estado constitucional de inocencia.

## Capítulo de Propuesta

En función de lo analizado en el trabajo investigativo, como un mecanismo idóneo para superar y evitar la continua vulneración y limitación del derecho a la Libertad física y personal, mediante la imposición arbitraria de la medida cautelar de prisión preventiva, a través de una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, específicamente en los siguientes términos y artículos:

El Art. 536 debería reformarse para que conste en la normativa penal de la siguiente forma:

Art. 536.- Sustitución: La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a **diez años**.

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.

El Art. 544, numeral 2, debería reformarse para que conste en la normativa penal de la siguiente forma:

Art. 544.- Inadmisibilidad: No se admitirá caución:

1. En los delitos en los que las víctimas son niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad o adultas o adultos mayores.
- 2. En los delitos cuya pena máxima privativa de libertad sea superior a diez años.**
3. Cuando la persona procesada por cualquier motivo ocasione la ejecución de la caución.
4. En delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

## Conclusiones

### Sobre el Derecho a la Libertad

- El derecho a la Libertad individual y personal dentro de nuestra legislación se funda desde la base de disposiciones internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Ecuador específicamente se encuentra desarrollado dentro de nuestra vigente Constitución y protegida además por diversas leyes internas de segundo orden como la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- El derecho a libertad incluye como principal virtud la autodeterminación de las acciones que se plasma por medio de la organización social, este fin puede ser alcanzado únicamente con la aplicación de políticas estatales para la inversión de posibilidades para el desarrollo individual de los ciudadanos; derecho que también se consolida con la libertad de movimiento físico.

### Sobre las medidas cautelares

- Las medidas cautelares son una de las herramientas con las cuales el juzgador busca vislumbrar la verdad formal y así cumplir las finalidades sustanciales del proceso penal, una punitiva y la otra reparadora. Dentro del proceso penal las medidas cautelares constituyen el medio por el cual se busca evitar que la persona procesada evite comparecer al proceso o en el caso de existir una sentencia, evitar su cumplimiento.
- De lo analizado, se desprende que las medidas cautelares en materia penal guardan características que reportan una coherencia para su aplicación, entre estas la limitación de derechos de las personas procesadas e incluso terceros, no son principales sino accesorias, se las impone solo de forma precautelatorias, son temporales y no indefinidas y expresas es decir que son únicas y no pueden ser impuestas por el juez sino constan descritas expresamente en la ley.

- Pese a que las medidas cautelares representan una limitación de derechos fundamentales, esta limitación es aceptada de forma social generalizada debido a que se entiende que ningún derecho es absoluto, permitiéndose esta limitación bajo parámetros de legalidad previamente establecidos y delimitados. Esta limitación de derechos se debe de aplicar bajo un parámetro de regulación constitucional que evite una aplicación desmedida de las limitaciones de los derechos, especialmente en la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal, porque estas se constituyen en una limitación del derecho a la libertad, motivo por el cual se le impone al juzgador por medio de la normativa legal la imposibilidad de dictar una medida cautelar de oficio, sino solo bajo la petición fundamentada del fiscal, quien bajo nuestra legislación es el titular de la acción penal.

### **Sobre la prisión preventiva**

- La aplicación de la medida cautelar corresponde al juez principal del proceso penal, esta decisión judicial debe de encontrarse enfocada en la garantía de la libertad personal e individual de la persona procesada, y en ese sentido se pronuncian los jueces de impugnación dentro de las resoluciones emanadas por su autoridad, indicando además que estas medidas cautelares no deben de constituirse nunca en una forma anticipada de cumplimiento de una sanción penal, ya que el derecho a la libertad es inherente a toda persona sin distinciones de clases, por lo cual las medidas cautelares que no afecten la libertad de la persona procesada deberán de ser siempre la regla general, siendo la prisión preventiva siempre la excepción. En tal virtud, los jueces aplican un marco de legalidad estricto de regulación para velar por el cumplimiento de principios constitucionales, como el de presunción de inocencia, debiendo tener estos siempre en cuenta la observancia de defender el orden jurídico y la protección de aquellos bienes protegidos por el derecho penal.



- Pese al avance en la investigación en cuanto a las características y requisitos de la imposición de la prisión preventiva, esta se puede ampliar en cuanto a los beneficios de la aplicación debida y garantista de las medidas cautelares de carácter personal para la reducción del hacinamiento carcelario en el país. Para ese ejercicio y control de legalidad corresponde a los juzgadores, tanto de primera como de segunda instancia, al momento de resolver sobre la petición de prisión preventiva realizada por el fiscal de la causa, realizar un razonamiento constitucional garantizando siempre el derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva que anteponga como regla general la libertad personal e individual de la persona encausada, al igual que el principio de presunción de inocencia.

### **Recomendaciones**

Como se expusiera dentro de la propuesta de investigación, posterior al análisis doctrinario y jurisprudencial del derecho a la libertad personal que pudiere verse afectada por la imposición de medidas cautelares de carácter personal, se debe de realizar un control de legalidad por parte de los juzgadores que conocen sobre la solicitud de la imposición de las medidas cautelares requeridas por el fiscal permitiéndose además, gracias a la reforma legal propuesta, la protección del derecho constitucional al permitirse que personas acusadas por otros delitos, a los establecidos en la actualidad, puedan ser beneficiados de la sustitución de la prisión preventiva.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1998). *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Alicante: Filosofía del Derecho.
- Aranguena Fanego, C. (2006). *Teoría General de las medidas Cautelares dentro del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch.
- Atienza Rodríguez, M. (2016). *La Guerra de las Falacias*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Ávila Santa M, R. (2011). *Los Derechos y sus Garantías. Ensayos Críticos*. Quito: Risper Graf C.A.
- Bacigalupo Zapater, E. (2005). *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bajón Rodríguez, M. (2012). *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Berdejo Pastrana, J. (2010). *La Prisión Preventiva y su Función Frente la Pena Privativa de Libertad*. México: Fores.
- Botero Cardona, M. E. (2014). *El Sistema Procesal Penal Acusatorio: El Justo Proceso*. Lima: Ara.
- Calle Montoya, S. (2010). *Peligro procesal y proceso debido*. Lima: San Marcos.
- Castillo Alva, J. L. (2013). *La motivación suficiente en materia penal*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Castillo Córdova, L. (2012). *En Defensa de la Libertad Personal*. Lima: Palestra.
- Cuellar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: COLEX.
- Del Río Labarthe, G. (2016). *Prisión Preventiva y Medidas Alternativas*. Lima: Instituto Pacífico.
- Fanego Arengüena, M. D. (2006). *Teoría general de las medidas cautelares dentro del proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). *Colaboración Eficaz Prisión Preventiva y Prueba*. Lima: Ideas.

- Freyre, A. R. (2011). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: San Marcos.
- Gálvez Villegas, T. A. (2017). *Medidas de coersión personales y reales en el proceso penal*.  
Lima: Ideas.
- García Falconí, R. (2014). *El Proceso Penal*. Lima: Ara Editores.
- García Falconí, R. (2014). *El Proceso Penal*. Quito: Ara Editores.
- Gimeno Sendra, J. (2015). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Civitas.
- Guzmán, A. R. (2017). *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional*.  
Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Martínez, R. D. (2011). *El Principio de Legalidad Penal*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (1995). *La Cosa Juzgada: Conceptos Generales*. Madrid: Ariel.
- Puente, A. M. (2006). *Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia*. Valencia: Tirant  
lo Blanch.
- Pulido, C. B. (2007). *El principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*.  
Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Reátegui Sánchez, J. (2012). *En Busca de la Prisión Preventiva*. Lima: Juristas Editores.
- Reátegui Sánchez, J. (2014). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Lima: Pacífico.
- Rimache Cusi, J. (2017). *Prisión Preventiva*. Lima: Ediciones Jurídicas S.A.C.
- Tardío Pato, J. A. (2013). *Principios Generales del Derecho*. Barcelona: Boch.
- Urbano Martínez, J. (2018). *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Bogotá: Nueva  
Jurídica.
- Valenzuela Nolasco, J. (2012). *El Juez Penal: Principios, Deberes y Estándares Probatorios  
de la Decisión Judicial*. Lima: Ara.
- Zavala Egas, J. (2014). *Teoría del Delito y Sistemas Acusatorios*. Lima: Murillo Editores.



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Víctor Javier Vaca Jácome, con C.C: # 0926966516 autor(a) del trabajo de titulación: ***Prisión preventiva extralimitación de las medidas cautelares en el derecho a la libertad individual*** previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 22 de mayo de 2020

f. \_\_\_\_\_

Nombre: Víctor Javier Vaca Jácome

C.C: 0926966516



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



SENESCYT  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Prisión preventiva extralimitación de las medidas cautelares en el derecho a la libertad individual		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Vaca Jácome, Víctor Javier		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Puig-Mir, Nuria Pérez; Vivar Álvarez, Juan Carlos		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magister en Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	22 de mayo del 2020	No. DE PÁGINAS:	82
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal, Prisión Preventiva		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Seguridad Jurídica, Derecho a la Libertad, Medidas Cautelares, Principios Constitucionales, Prisión Preventiva, Debido Proceso.		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

**Antecedente:** El presente estudio académico se realizó en virtud de las múltiples violaciones procesales al momento de dictar la medida cautelar de Prisión Preventiva, y debido a los efectos restrictivos que causa ésta en el derecho a la Libertad individual y personal de los ciudadanos. **Objetivo General:** Analizar la prisión preventiva como extralimitación de las medidas cautelares en el derecho a la libertad individual. **Metodología:** Investigación de índole jurídico-descriptiva, evaluativa y cuantitativa no experimental que permite establecer el grado de afectación en el derecho a la libertad personal al momento de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva. **Resultados:** Una vez concluido el proceso investigativo, establecer conclusiones objetivas, así como, recomendaciones que permitan la elaboración de una propuesta de solución a la problemática determinada. A partir de la determinación de la implementación desnaturalizada de la Prisión Preventiva en delitos con poca afectación al bien jurídico tutelado por el derecho penal.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-2485019/ 0992940449	E-mail: <a href="mailto:victor.vaca@funcionjudicial.gob.ec">victor.vaca@funcionjudicial.gob.ec</a> ; <a href="mailto:victorvacajacome@outlook.es">victorvacajacome@outlook.es</a>
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando	
	Teléfono: 0992854967	
	E-mail: <a href="mailto:ing.obando@hotmail.com">ing.obando@hotmail.com</a>	

#### SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	