



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**Inconstitucionalidad de la prohibición de sustitución de prisión preventiva en
casos de reincidencia.**

AUTORA:

Romero Alarcón, Valeria Anabelle

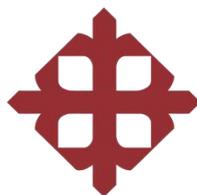
**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de Abogada de los
Tribunales y Juzgados de la República**

TUTORA:

Abg. Almeida Delgado, Giancarlo Ladislao, Mgs.

Guayaquil, Ecuador

20 de febrero de 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Romero Alarcón, Valeria Anabelle**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**.

TUTOR

f. 

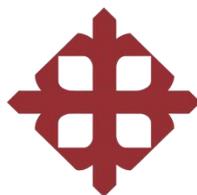
Abg. Almeida Delgado, Giancarlo Ladislao, Mgs.

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Abg. María Isabel Lynch Fernández, Mgs.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Romero Alarcón, Valeria Anabelle**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Inconstitucionalidad de la prohibición de sustitución de prisión preventiva en casos de reincidencia** previo a la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022

LA AUTORA

f. Valeria Romero A.

Romero Alarcón, Valeria Anabelle



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Romero Alarcón, Valeria Anabelle**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Inconstitucionalidad de la prohibición de sustitución de prisión preventiva en casos de reincidencia**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022

LA AUTORA

f. Valeria Romero A.

Romero Alarcón, Valeria Anabelle

REPORTE URKUND

URKUND Abrir sesión

Documento: [TESIS-ROMERO ALARCÓN.docx](#) (D127982230)

Presentado: 2022-02-15 19:18 (-05:00)

Presentado por: valeria.romero01@cu.ucsg.edu.ec

Recibido: maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje: Tesis Valeria Romero Alarcón [Mostrar el mensaje completo](#)

0% de estas 15 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

+	Categoría	Enlace/nombre de archivo	
+	Fuentes alternativas		
+	Fuentes no usadas		

0 Advertencias. Reiniciar Compartir

f. 

Abg. Almeida Delgado, Giancarlo Ladislao, Mgs.

TUTOR

f. 

Romero Alarcón, Valeria Anabelle

AUTORA

Agradecimientos

Doy gracias a Dios porque él es quien ha guiado mis pasos y me ha dado la fortaleza para perseverar y no dejarme nunca desamparada, todo por su infinito amor hacia mí, a mi esposo porque él ha sido un pilar fundamental en mi vida, y siendo mi guía incondicional para la realización de la tesis, a mis padres porque fueron firmes en sus valores y me supieron llevar por el buen camino, a mis hermanos que siempre fueron amorosos.

Dedicatoria

A mis abuelos, a quienes quiero hacer sentir orgullosos de las metas que logro alcanzar.

A mi amado esposo que con su ejemplo me impulsa a ser mejor cada día.

A mi amada familia quienes son todo para mí.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. Xavier Zavala Egas, Mgs.

Decano

f. _____

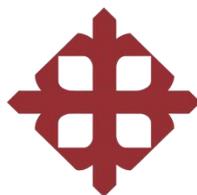
Abg. Maritza Ginette Reynoso Gaute, Mgs.

Coordinadora del Área

f. _____

Abg. Kleber Siguenca, Mgs.

Oponente



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

Carrera: Derecho

Periodo: UTE B-2021

Fecha: 20 de febrero de 2022

ACTA DE INFORME FINAL

La abajo firmante, docente tutora del Trabajo de Titulación denominado **Inconstitucionalidad de la prohibición de sustitución de prisión preventiva en casos de reincidencia**, elaborado por la estudiante **Romero Alarcón, Valeria Anabelle**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **DIEZ (10)**, lo cual la califica como **APTA PARA LA SUSTENTACIÓN**.

f. _

Abg. Giancarlo Ladislao Almeida Delgado, Mgs.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	X
ABSTRACT	XI
CAPÍTULO 1	2
PRISIÓN PREVENTIVA	2
PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL	3
ÚLTIMA RATIO.....	5
LA REINCIDENCIA	6
PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	6
IGUALDAD EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	8
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	9
DERECHO DE LIBERTAD	11
CAPÍTULO 2	13
NEGATIVA A SUSTITUIR PRISIÓN PREVENTIVA.....	13
TRATO NO IGUALITARIO Y DISCRIMINATORIO	15
EFICACIA EN LA COMPARECENCIA DEL PROCESADO	16
JUICIO DE VALOR ANTICIPADO	17
REGLAS DE TOKIO	18
MEDIDAS CAUTELARES COMO GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL	19
CONCLUSIONES	21
RECOMENDACIONES	22
BIBLIOGRAFÍA	23

RESUMEN

En un Estado constitucional de derechos y justicia como lo es Ecuador, las disposiciones que se contemplan en la Constitución de la República, máxima fuente de validez, deben prevalecer sobre las leyes que obren en el ordenamiento jurídico, en los casos en que dichas leyes contraríen la efectivización de derechos que se encuentren reconocidos expresamente en la Constitución. En vista de este planteamiento conceptual que responde a una de las máximas estatales, cabe realizar un estudio cualitativo entre el derecho fundamental a la no discriminación y su aplicación en el último inciso del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, mediante el cual se estableció una condicionante restrictiva a la sustitución de la prisión preventiva, particular que se relaciona directamente con principios constitucionales y procesales, los cuales se desarrollarán en el consecuente marco teórico, tales como: principio de igualdad, mínima intervención penal y proporcionalidad. Por lo tanto, el presente trabajo investigativo tiene por finalidad, una revisión integral tanto doctrinaria como jurisprudencialmente del principio de igualdad y no discriminación, cuando a un procesado se le aplica la prohibición de sustituir la prisión preventiva por reincidencia en un proceso penal. Habiéndose realizado el mencionado estudio sucinto, se llegará a las conclusiones académicas que la suscrita expondrá, referente al estado de igualdad y no discriminación que se contempla para los procesados que tengan un pasado judicial cuando soliciten una sustitución de la prisión preventiva.

Palabras claves:

No discriminación – prisión preventiva – pasado judicial – mínima intervención penal – derecho fundamental

ABSTRACT

In a constitutional State of rights and justice such as Ecuador, the provisions that are contemplated in the Constitution of the Republic, the highest source of validity, must prevail over the laws that operate in the legal system, in cases in which said laws contravene the realization of rights that are expressly recognized in the Constitution. In view of this conceptual approach that responds to one of the state maxims, it is worth conducting a qualitative study between the fundamental right to non-discrimination and its application in the last paragraph of article 536 of the Organic Comprehensive Criminal Code, through which a restrictive condition to the substitution of preventive detention, particular that is directly related to constitutional and procedural principles, which will be developed in the consequent theoretical framework, such as: principle of equality, minimum criminal intervention and proportionality. Therefore, the present investigative work has as its purpose, a comprehensive review both doctrinally and jurisprudentially of the principle of equality and non-discrimination, when a defendant is prohibited from substituting preventive detention for recidivism in a criminal proceeding. Having made the aforementioned succinct, the academic conclusions that the undersigned will present will be reached, regarding the state of equality and non-discrimination that is contemplated for the defendants who will have a judicial past when they request a substitution of preventive detention.

Keywords:

Non-discrimination – preventive detention – judicial past – minimal criminal intervention – fundamental rights

Capítulo 1

Prisión preventiva

En este apartado es menester recabar las concepciones doctrinarias sobre prisión preventiva. Para ello, resulta enriquecedor lo redactado dentro de la enciclopedia Jurídica Fenech (1985), donde se concibe a la medida cautelar pre mencionada como:

Es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado al efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena. (pág. 78)

Dentro de los mismos parámetros, se pronunció Gimeno Sendra (2018) al decir que:

Las medidas cautelares, son las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad del imputado y de otro de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles, de la sentencia. (pág. 80)

Finalmente, el criterio doctrinal que más se me asemeja a nuestra legislación es el recogido en el siguiente apartado:

Por ende, la coerción personal será procedente cuando en tanto medida cautelar, existan suficientes pruebas de culpabilidad (que muestren como probable la imposición de una condena cuyo justo dictado se quiere tutelar), ella sea imprescindible (máxima necesidad) y por tanto no sustituible por ninguna otra de similar eficacia, pero menos severa, para neutralizar el peligro grave (por lo serio y por lo probable) de que el imputado abuse de su libertad. (La Rosa, 2006)

En base a lo expuesto se puede concretar que la prisión preventiva es una medida cautelar cuya finalidad esencial es la plena efectivización de la prosecución de los procesos penales porque asegura la comparecencia de la persona procesada, tomando como base que no fue posible asegurar dicha comparecencia con alguna medida más leve o de menor impacto al derecho de libertad y movilidad humana. Por lo tanto, se la

considera la última opción que dictará el operador de justicia en contra de una persona, y sólo debe ser mirada bajo la óptica que produce en la eficacia de permitir la prosecución de las causas, más no como un juzgamiento anticipado ni como estigma discriminatorio.

Una vez que se tiene un acercamiento del concepto, alcance y finalidad de la medida cautelar conocida como prisión preventiva, es indispensable la revisión de la base legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Para este acometido se tiene el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal donde se indica que deben concurrir 4 requisitos para que un operador de justicia dicte la medida cautelar en cuestión y a su vez es valioso resaltar que determina la finalidad que se ha venido esbozando con la revisión doctrinaria precedente, es decir, indica que con el empleo de la prisión preventiva es específicamente para garantizar la comparecencia del procesado, así como el cumplimiento de la pena. Una particularidad de la solicitud de prisión preventiva es que, en nuestro sistema procesal penal, esta facultad le está conferida a la Fiscalía General del Estado por ser el titular del ejercicio público de la acción penal, pero exige la ley que dicha solicitud sea motivada.

Principio de mínima intervención penal

Previo a la revisión de la mínima intervención penal, cabe poner un punto de orden. En el sistema penal existe la corriente del garantismo penal, cuestión delimitada en la exposición de motivos del numeral 16 del Código Orgánico Integral Penal (2014) que indica que:

Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente. (pág. 16)

Con esto queda evidenciado el equilibrio dado por la proporcionalidad para que las penas propugnen resarcir la violación a garantías y a su vez que tampoco se caiga en el extremo de no sancionar a nadie. Por su parte Ramiro Ávila (2011) indica: “...*en el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente...*” (pág. 122). Gracias a esta conceptualización, permite la aproximación

al modelo garantista que pregona nuestra carta magna en su artículo 1 sobre Estado Constitucional de Derechos y justicia. Se tiene como premisa de aplicación que los poderes del Estado están subordinados a la máxima fuente de validez que tiene el ordenamiento jurídico vigente y con ello los principios reconocidos son de aplicación inmediata.

Entendiéndose que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y justicia, se llega al punto donde cabe mencionar que la corriente de esta forma de Estado se debe al neoconstitucionalismo, donde se aplica la Constitución de manera directa y donde ya no hay solo derechos civiles sino una salvaguarda a todos los principios y derechos humanos. Devino en necesaria esta acotación por cuanto el ilustre maestro Ferrajoli (2014) realiza una crítica constructiva a este tipo de aplicatoriedad directa del cual se hizo mención en la oración precedente, y lo realiza de la siguiente manera:

Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución Italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a la prácticas administrativas o policiales. Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. (pág. 851)

En base al pensamiento categórico que realiza el prestigioso jurista precitado, se puede comprender que por más que se tenga un principio de aplicación directa de los principios obrantes en la Constitución, si en la práctica y de manera más específicamente en la práctica procesal penal, no se logra efectivizar, pues resultaría una simple portada utópica que no responde a los preceptos que trae consigo el neoconstitucionalismo.

Por todo lo expuesto, al estudiar el sistema penal ecuatoriano, se tiene un sistema de garantismo penal y ya no uno funcionalista como lo profesaba Roxin. Resulta preponderante tanto para operadores de justicia como para abogados, el hecho de comprender que el garantismo en cuestión no es otra cosa que: *“un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones”* (Ferrajoli, Derecho Penal mínimo y otros ensayos, 2008).

Una vez que se tiene dilucidadas estos temas previos, se puede comprender las razones para que entre en acción el andamiaje penal que concierne el uso del ius puniendi por parte del Estado, y dicho uso solo está legitimada bajo el carácter de mínima intervención, puesto que en el Estado donde prima el garantismo penal, el ius puniendi no se ejerce, sino cuando todos los demás procesos y formas de solución de conflictos, han sido ineficaces para mitigar y resarcir la vulneración a bienes jurídicos. En este punto del análisis ya se puede revisar una definición precisa sobre el principio del acápite que denota lo siguiente:

La mínima intervención significa que el Estado debía actuar únicamente en los casos más graves y proteger los bienes jurídicos de mayor importancia, y sería el derecho penal la última o extrema ratio, cuando ya hubieran fracasado las restantes alternativas del derecho. (Elbert, 1998)

De la lectura al concepto precedente, se dilucida algunas aseveraciones sobre el principio de mínima intervención penal. Primero que se está ante un principio que vuelve al sistema penal fragmentado y subsidiario, como una especie de último recurso para resolución de conflictos. Por lo tanto, la determinación de normas sustantivas y adjetivas penales tienen que ser expedidas a la luz de tal intervención mínima y con ello se precautela el garantismo penal.

Finalmente, como todos los apartados anteriores, es necesario revisar que indica el Código procesal de la materia, y se tiene que en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, se esboza la legitimidad del ius puniendi estatal, supeditado a cabalidad por la mínima intervención, tal como se aprecia a continuación: “*La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales*” (pág. 10). Por todo lo expuesto en este acápite la mínima intervención es una limitante que le otorga legitimidad al sistema penal y va estrechamente relacionado al garantismo penal que se erige en nuestra Constitución.

Última ratio

El término conocido *última ratio*, es una expresión latina que traducida al español expresa que se está frente al argumento o razón final porque ya no había de donde más tomar. Para acercarlo a una visión doctrinal se tiene que la *última ratio* es: “...cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea muy importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con medidas menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas las aplicables” (García Falconí, 2014).

La reincidencia

La reincidencia vista desde un punto de vista doctrinario es la repetición en recaer en la misma conducta delictiva. En cambio, visto desde el punto de vista legal el COIP recoge en el artículo 57 cuando se considera la reincidencia:

Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa. (pág. 48)

Principio de Igualdad y no discriminación

La igualdad tiene un ápice de discusiones a lo largo de la historia de evolución del hombre, puesto que las generaciones han propendido a regular los sistemas para que exista ese trato igualitario tan anhelado por todos y que deviene en un acto que les da legitimidad a los ordenamientos jurídicos. Es primordial que, al momento de hablar sobre igualdad, se tome como referencia que existen dos tipos desde la concepción doctrinaria: formal y material.

La igualdad formal en su concepto base es la forma lógica como todos esperarían que se conciba la misma. Es una noción igualitaria que parte en la ley y propugna por un trato igualitario que otorgue certeza a los ciudadanos de que, a la luz de las normas jurídicas, todos estarán protegidos por los mismos derechos y que no cabe el escenario de parcialidad o trato diferenciado cuando la ley se aplique. En otras palabras, esta clase de igualdad que fue la primeriza en los episodios históricos y precautela la no discriminación por razones particulares que tengan los seres humanos, tales como identidad sexual, filiación política, religiosidad, pasado judicial, etc. En el ordenamiento jurídico

ecuatoriano, esta igualdad puede verse recogida en el segundo inciso del artículo 11 de la Constitución de la República (2008) que dice así:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (pág. 12)

Esta igualdad formal siempre está circunscrita a la ley, en donde se concibe los mismos derechos para todos y el mismo trato sin discrimen. Con esto se puede extraer que el reconocimiento de igualdad formal fue un punto de inflexión en la lucha de derechos que ha tenido el hombre en especial las minorías, para hacer prevalecer sus condiciones sobre un sistema que en la antigüedad siempre hizo discrimen de grandes partes de la sociedad, permitiendo elitismos legales que se denotaba en injusticias. Sin embargo y pese a que ha sido de enorme avance el reconocimiento legal que se le ha dado a los derechos de todas las personas sin mirar sus particularidades, tampoco es menos cierto que dicha igualdad no alcanza en la actualidad para hacer efectivo en el día la tan añorada igualdad de derechos que debería suscitarse en el diario vivir.

Avanzando en la línea doctrinaria del caso, se llega al avance que se ha obtenido con la concepción de igualdad material o también denominada como real. En este tipo de igualdad ya no basta con que la ley prevea un trato igualitario sin discrimen por condiciones particulares, sino que además se requiere una intervención activa del Estado para eliminar o en lo posible reducir los estándares de desigualdad que de manera natural crea la naturaleza humana. Dichos escenarios de desigualdad dados por origen natural tienen que ver con ámbitos económicos, sociales, políticos, entre otros, donde se evidencia que un grupo determinado de personas no gozan de las mismas oportunidades y viven en escenarios desiguales con respecto a otros.

En base a las consideraciones expuestas, existe una clara diferencia entre los tipos de igualdades y esta radica en la tangibilidad de cada una de ellas. Mientras la igualdad formal se queda en cuestiones intangibles que atañen a declarar y reconocer igualdad en las normas, por su lado, la igualdad material sí cristaliza acciones que igualen a los

desiguales. Este tipo de igualdad se encuentra prevista en el tercer inciso del artículo 11 de la Constitución de la República (2008) que reza así: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (pág. 12).

Igualdad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Como punto de partida es preciso delimitar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), tiene dos artículos que hacen referencia de manera directa al derecho a la igualdad y no discriminación, estos son, los artículos 1.1 y 24. Dicha normativa positiva reza de la siguiente manera:

Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...] Artículo 24 Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. (págs. 2,11)

Estos dos articulados que a primera vista parecieran englobar y promover la no discriminación, resultan más bien dos artículos válidos y aplicables autónomamente puesto que la Convención no sobre abunda directrices sobre un mismo derecho, sino que cada artículo por separado, goza de un alcance integral y particular que se recogieron en las sentencias casos Norín Catrimán y otros vs. Chile y Yatama vs. Nicaragua. En los mencionados casos resueltos por la Corte Interamericana, se ahondó en la diferenciación de los artículos 1.1 y 24, llegando a la siguiente conclusión:

[...]el artículo 24 prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino también en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. (2014, pág. 186)

En el mismo hilo lógico conductual complementa la Corte que:

[...] no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los

derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe. (2014, pág. 186)

En base al criterio jurisprudencial emitido por el ente máximo de justicia en materia de Derechos Humanos, se puede llegar a la conclusión que infringir el derecho a la igualdad y no discriminación mediante la vulneración a las prerrogativas que recoge la Convención, así como las prerrogativas internas de cada Estado, conllevaría una responsabilidad estatal ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho en otras palabras, se pudiera dictar una sentencia en contra del Estado Ecuatoriano por incumplir y no garantizar la igualdad y no discriminación dentro del ordenamiento interno al momento de aplicar reglas diferentes para personas procesadas por reincidencia.

Principio de proporcionalidad

Es necesario tomar como punto de partida que la proporcionalidad surgió en primera instancia en el derecho penal, en lo que refiere a la gradualidad y congruencia que debe tener la pena con respecto al hecho ilícito. Conforme evolucionó el derecho, se comprendió que también se requería que los actos del poder público contuvieran un mínimo proporcional entre las decisiones con las premisas fácticas de las leyes. Hasta que fue necesario que este criterio de legitimidad fue trasladado al derecho constitucional y con ello se tiene la siguiente aproximación:

El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles — ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. (Barnes, 1994)

Se puede comprender de la descripción previamente indicada que el principio de igualdad engloba principios como son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con el uso adecuado de estos parámetros se logra alcanzar una

proporción entre algún derecho protegido por el medio arbitrado y el derecho protegido por la finalidad querida. En síntesis, mediante el uso del principio de proporcionalidad se puede determinar si son constitucionales los actos en la medida en que se puntualice cual es relación de las medidas adoptadas y los fines pretendidos o que en palabras más sencillas sería los costos versus los beneficios de las medidas. En una vista holística se comprende que: *“la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos”* (Ávila, 2017)

Para definir los subprincipios que se ven inmersos dentro de la proporcionalidad es consecuente indicar la relevancia de cada uno de ellos, puesto que al momento de emplearse de forma concurrente dan como resultado un criterio proporcional que goza de legitimidad para los ciudadanos. En primer lugar, se tiene la adecuación de los medios con los fines, esto implica que se empleen medios aptos para conseguir una finalidad que, de ser legítima, se revestiría de justicia. En lo referente a la necesidad, se considera que el medio o decisión que se está tomando sea la menos restrictiva para el derecho que se encuentra en juego. Finalmente, el test de proporcionalidad cierra con una ponderación entre los derechos que se encuentren inmersos, lo que al final del día permite una revisión de las ventajas y desventajas de aplicar la medida. Queda como resultado un tratamiento proporcional que tiende a lo sucesivo y concurrente, es decir que, si no pasa todos los filtros o en su defecto o se cumple uno de ellos, no se puede hablar de proporcional la medida que se está optando (Sapag, 2022).

En el derecho positivo podemos encontrar que, en materia penal, el derecho proporcional se encuentra recogido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República (2008) que reza así:

Artículo. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra. (pág. 37)

Remitiendo la búsqueda a la norma adjetiva del caso, se tiene el artículo 520 del Código Orgánico Integral Penal (2014) donde se desarrolla las reglas para ordenar medidas cautelares. La revisión de esta concordancia con base legal se debe al tema de estudio del presente trabajo, por cuanto, el escenario jurídico que se trata es la privación de la libertad a causa de una medida cautelar, por lo tanto, se estaría adecuando el objeto de estudio con la normativa que se procede a transcribir:

Art. 520.- Reglas generales de las medidas cautelares y de protección.- La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas:

4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada. (pág. 267)

De todo lo recabado en esta sección del estudio, se puede abstraer la idea de que la proporcionalidad juega un rol preponderante en las decisiones del poder público, que para el caso sub iudice de estudio, denota la proporcionalidad que debe existir entre la medida cautelar que se impone y la real comparecencia o no de la persona procesada al juicio penal.

Derecho de libertad

La libertad bajo una óptica general recoge los siguientes conceptos que resultan hasta cierto punto consecuentes y evidentes:

1. Calidad de libre. 2. Facultad humana que permite al individuo actuar o no actuar, según su propia elección. 3. Facultad de hacer o decir todo lo que no sea contrario a la ley, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. 4. Calidad de lo que no está subordinado a nada ni a nadie. 5. Calidad del que no está sometido a esclavitud ni recluido, detenido o preso. (Estudios de Derecho. Tomo VII, 1997)

Teniendo como base lo anterior, es meritorio revisar el desarrollo de la libertad puesto que es un derecho que de manera concatenada se ve soslayado cuando no se trata de manera igualitaria a los procesados reincidentes en un mismo tipo penal. En consecuencia, al momento de referir al derecho de libertad siempre vienen de la mano la efectivización de todos los demás derechos, por ende, si se coarta la libertad, sea parcial o total, no se puede gozar a plenitud ni desarrollar la vida mediante el ejercicio de derechos. Este criterio es sostenido por el prestigioso jurista que señala:

No cabe duda alguna que la libertad constituye piedra angular sobre la cual se construye los demás bienes jurídicos fundamentales, y es que solo a partir de la libertad personal se puede tener “derechos” hacia los demás. Resulta imposible hablar de libertad personal sin limitación, una sociedad en la que esté vigente

únicamente la libertad personal constituiría un retroceso al estado de barbarie, donde prevalece la ley del más fuerte. (Reátegui Sánchez, 2006)

A manera de cierre de ideas respecto a la libertad, se puede inferir que toda persona nace con la potestad de gozar de libertad personal y con ello realizar lo que desee bajo su voluntad y responsabilidad, esto engloba la libertad ambulatoria para transitar en territorio. La mayoría de los derechos amparados en normas supremas, encuentran su efectivización a través del derecho a la libertad, puesto que gozar de la misma permite desarrollar los preceptos y garantías que prevé la constitución.

En lo que refiere a la base legal del derecho a la libertad, lo podemos encontrar en el desarrollo de los artículos 66 al 70. Cabe señalar que la libertad en estos artículos es entendida bajo la concepción descrita en el párrafo precedente, en el sentido de que debe existir libertad no sólo desde el sentido estricto de la palabra de permitir al hombre mantenerse libre sin cautiverio, porque ese tipo de libertad ha sido asimilado de manera unánime desde hace mucho tiempo. En consecuencia, la libertad como derecho permite que los demás derechos descritos en el artículo 66 de la Constitución de la República, se pueda desarrollar de manera prolija y bajo estándares libertarios y justos.

Capítulo 2

Negativa a sustituir prisión preventiva

El problema jurídico que se ha procurado revisar en el presente trabajo, engloba las figuras jurídicas estudiadas en el capítulo 1. En una lectura integral de la norma se tiene que el artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal prevé unas limitantes para conceder la sustitución a la prisión preventiva ya impuesta. La única limitante para este estudio es la que se recoge en el inciso tercero de la norma precitada, esto es, la no concesión de una medida diferente a la prisión porque el procesado es reincidente. El problema jurídico específico radica en que a pesar de que el procesado logre desvirtuar alguno de los requisitos del artículo 534 del COIP que motivaron su prisión preventiva, y con ello solicite que se le sustituya dicha medida cautelar, no le resultará motivo jurídico suficiente para que el juez revoque dicha medida cautelar por una más benevolente, si resulta ser que es reincidente el procesado que pide la sustitución de la prisión preventiva en cuestión.

Para poder comprender donde subyace la vulneración a principios constitucionales es menester partir como corolario con la medida cautelar que se está esgrimiendo y para ello, es menester remitirse a la finalidad que tiene la prisión preventiva dentro del sistema penal. Siendo así que la prisión preventiva corre la suerte de especie - género con respecto al concepto de medida cautelar, que tal como su nombre indica es una disposición que precautela un hecho, en el caso de materia penal, la finalidad de la prisión, así como de las demás medidas cautelares han quedado determinadas en base a la revisión de bibliografía, como una garantía de que el procesado comparecerá al proceso y que cumplirá la pena en caso de ser sentenciado.

Conforme a la lectura del texto legal, en el proceso penal ecuatoriano se encuentran previstas seis tipos de medidas cautelares, siendo la prisión preventiva, la más rigurosa. El primer acápite del presente trabajo ya desarrolló los conceptos doctrinarios y legales de la prisión preventiva, por ende, cabe recurrir a otro sistema de fuente de derecho como lo es la jurisprudencia vinculante para poder entrañar en el alcance de la prisión preventiva.

La sentencia 8-20- CN/2 emitida por la Corte Constitucional desglosa la prisión preventiva determinando sus finalidades y las razones que la justifican, particular que podría añadirse a los requisitos que debe cumplir Fiscalía al momento de solicitarla al operador de justicia. En lo que concierne a las finalidades que persigue la prisión preventiva la Corte ha manifestado que tiene tres y son: la garantía de que la persona procesada comparecerá a la causa pública penal, la garantía a la tutela judicial efectiva y oportuna donde no haya dilaciones para las víctimas y el aseguramiento de que se cumplirá la pena en caso de que se dicte.

Con estas finalidades taxativas, la propia Corte es categórica al indicar que bajo ningún concepto se puede pretender que la prisión preventiva busque ejercer el ius puniendi y peor aún querer que se cumpla anticipadamente la pena. Se reitera además que la prisión preventiva es de última ratio y por eso encontrará razones que la justifiquen siempre y cuando sucedan cuatro escenarios: que los fines perseguidos sean válidos, que sea idónea como medida cautelar, que sea necesaria al punto que ninguna otra medida menos gravosa cumple con la finalidad que la prisión persigue y que el proceso amerita ser precautelado a tal punto que es proporcional que se prive de la libertad al procesado. (2020)

En otra fuente de derecho válida para los operadores de justicia, resulta del control de convencionalidad, puesto que cabe tomar en consideración al momento de resolver, la sentencia de la Corte CIDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (2007), misma que prevé tres requisitos para limitar la arbitrariedad de dictar una prisión preventiva y son:

i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea [...] que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. (pág. 21)

En virtud de lo expuesto se logra confirmar la excepcionalidad de la prisión preventiva, pero sobre todo se denota una añadidura de más requisitos obligatorios a la dictación de esta medida cautelar. Deviene en lógico y congruente que la Corte Constitucional desarrolle más limitantes para dictar la prisión preventiva por cuanto la

fuente legislada no resulta suficiente para precautelar derechos constitucionales y sobre todo para asegurar el garantismo penal que promulga la Carta Magna.

Una vez que se tiene claro el alcance, finalidad y razones de justificación de la medida cautelar más severa del ordenamiento, es menester analizar la limitante expresa que determina el artículo 536 inciso tercero.

La disposición legal la cual se refiere el párrafo precedente es la de prohibir la sustitución de la prisión preventiva cuando el procesado es reincidente, y al ser esta una norma infra constitucional cabe interpretarla a la luz de la Constitución y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, porque a pesar que la interpretación que realice la suscrita carezca de aplicación obligatoria, no es menos cierto que todos estamos llamados a interpretar las normas bajo conceptos pre establecidos en las fuentes de derecho que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Trato no igualitario y discriminatorio

Teniendo claro el problema jurídico suscitado por la negativa a sustituir la prisión preventiva, resulta relevante analizar si dicha prohibición legal deviene en un acto discriminatorio que no permite ejercer plenamente los derechos constitucionales.

De la lectura a la Constitución de la República indica en su artículo 11 numeral 2 de manera precisa y sin vestigios ni elucubraciones que el Estado garantizará un trato igualitario en sentido formal y que además no será dable la discriminación o trato diferencial cuando una persona presente alguna distinción particular respecto a la mayoría o colectividad. Al leer esta igualdad formalista, se comprende que toda norma jurídica reconocedora de derechos, deberes y oportunidades tendrá la misma aplicación para cualquiera sea la persona que sea y bajo ningún concepto cabe la discriminación mediante un trato disparatejo al momento de ejecutar la mentada norma jurídica.

En virtud de lo expuesto, es consecuente ahora citar la norma que reconoce derechos referentes a la sustitución de medidas cautelares. En el Código Orgánico Integral Penal, el artículo 521 indica los considerandos para que proceda la sustitución de las medidas cautelares y de manera específica el artículo 535 indica los requisitos para que proceda o no, la imposición de la prisión preventiva. Los dos artículos precitados son el

marco jurídico que donde se le reconoce al procesado, el derecho de sustitución de prisión preventiva siempre que cumpla con los requisitos previstos en dicho marco.

Uniendo las ideas de los dos párrafos que antecede, se llegaría al inequívoco resultado que sea cual sea la condición del procesado, este debe tener garantizado un trato igualitario para poder ejercer su derecho constitucional consagrado en el artículo 77 numeral 1, a que no sea la privación de libertad la regla general y con ello pueda acceder a la sustitución de la prisión preventiva, es decir, permitirle aplicar y acceder a ella de la misma manera como se trata a todos los demás procesados. Sin embargo, resulta que conforme se detalló en el acápite primero de este capítulo, la ley contiene una prerrogativa que restringe y convalida el trato discriminatorio contra los procesados que sean reincidentes, particularmente cuando dichos procesados solicitan la sustitución de la prisión preventiva.

Se tiene un escenario claramente desigual, donde un procesado reincidente pese a que consiga acreditar los presupuestos previstos en el artículo 521 y 536 que marcan la procedibilidad de la sustitución de prisión preventiva, esta no le sea otorgada judicialmente porque la ley lo discrimina por su calidad de reincidente. Para el caso de estudio presente, se observa la calidad de reincidente que tendría el procesado, y con ello queda claro que se toma en cuenta como argumento dirimente el pasado judicial y por esa razón, se le prohíbe un derecho que sí se les reconoce a los demás, el derecho a que se le sustituya la medida de prisión preventiva pese a que hayan acreditado los presupuestos legales para dicha concesión. Cuando no se garantiza el derecho de sustitución viene concatenado el hecho de que no se puede gozar el derecho a la libertad y con ello, todos los derechos que derivan de este.

Eficacia en la comparecencia del procesado

En apartados revisados con antelación se ha esgrimido cuál es la finalidad de imponer medidas cautelares a los procesados en el decurso de un proceso penal. Siempre se encuentra arropada la idea de que el proceso no se puede ver dilatado por la no comparecencia del procesado y peor aún dejar que quede impune el delito cometido contra la víctima. En vista que el Estado es el llamado a precautelar que no sucedan los supuestos hipotéticos previamente descritos, deviene en necesaria la imposición de medidas cautelares que den la certeza de que se llevará a cabo todo el proceso penal de

manera oportuna y que en caso de haber una sentencia el procesado la cumplirá, así como se ejecutará la reparación integral que el caso amerite.

La imposición de la medida cautelar varía de acuerdo a los parámetros que ya han quedado determinados en el precedente jurisprudencial que transcribo a continuación:

En general, si no se demuestra la existencia del riesgo de que la persona procesada evite el proceso no se podría justificar la prisión preventiva incluso en delitos altamente graves, puesto que se reconoce ampliamente que no existe ninguna relación automática entre la gravedad de la pena y el peligro de fuga. Tampoco debemos partir de la desconfianza en el sometimiento voluntario de la persona procesada como premisa para la imposición de la prisión preventiva, sino que, el riesgo procesal, insistimos, debe acreditarse, en presupuestos fácticos objetivos, no en meras suposiciones o premisas preconcebidas. (Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, 2020)

En aras de cumplir el precedente obligatorio y aterrizarlo en el caso práctico del problema jurídico planteado en este capítulo, se puede esbozar un carácter extraordinario el que se le otorga a la medida más gravosa de derechos como lo es la prisión preventiva. Además de ratificar el carácter de extraordinaria la Corte Constitucional manifiesta la imperiosa necesidad de erradicar del pensamiento social que el procesado va a querer evitar el trámite y prosecución de la causa, más aún si ha presentado todas las conductas que demuestran su predisposición a que el proceso continúe.

Juicio de valor anticipado

Dejando de lado el trato desigual que resulta evidente conforme se detalló en líneas precedentes, es menester analizar el juicio de valor que le tocaría realizar al juez cuando acepta o niega una sustitución de prisión preventiva. No resultará sobre abundante transcribir el artículo que contempla el problema jurídico porque se analizará la literalidad de la norma, conforme debe hacerse en derecho penal: *“Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia”* (pág. 274).

Realizando un ejercicio de análisis integral del escenario donde se ejecuta esta disposición del COIP, da como resultado que la prohibición transcrita textualmente en el precedente párrafo se aplica en el decurso de un proceso penal. Tomando en

consideración que uno de los principios procesales es el estado de inocencia conforme reza el artículo 5 numeral 4 del COIP y por el cual todos somos inocentes hasta que no exista una sentencia en firme que determine lo contrario, entonces se estaría ante una situación llamativa. Se tiene una persona procesada que solicita la sustitución de la prisión preventiva y esta se le niega porque mediante un juicio valorativo del tipo penal por el cual se encuentra procesado, el juez determina que es reincidente, juzgamiento y calificativo prematuro ya que no existe aún una sentencia en firme, además que pudiera ser que al finalizar ese proceso penal se le ratifique su estado de inocencia y con ello queda como atentatorio de derechos el hecho de haberle prejuzgado como reincidente al momento de no otorgarle la sustitución de la prisión preventiva.

Reglas de Tokio

En aras del Estado Constitucionalidad de Derechos y justicia y del bloque de constitucional que rige en el país conforme lo expresa el artículo 424 de la Constitución, se tiene que Ecuador por pertenecer a la Organización de las Naciones Unidas ONU, debe acatar las resoluciones que se dictan por la Asamblea General de dicha organización. Una de esas resoluciones son las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o más conocidas como Reglas de Tokio.

Estas reglas son traídas a colación en el presente trabajo porque coadyuvan a la idea de que se tiene que tener como excepcional la prisión preventiva tal como lo indica el artículo 2.3 de las Reglas de Tokio:

2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990)

Además, se puede revisar en estas Reglas, las premisas jurídicas con las cuales se ha desarrollado el capítulo precedente, esto es, que, así como el sistema penal goza del

principio de mínima intervención, de igual forma la medida cautelar más gravosa también tenga como premisa dicho principio, conforme se puede en los siguientes artículos:

2.6 Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención. [...] 6. La prisión preventiva como último recurso. [...] 6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990)

Para cerrar la revisión de las Reglas de Tokio, se tiene un derecho de recurrir respecto a la imposición de prisión preventiva, particular que se encuentra inmerso en el derecho a la defensa y que dice así: “6.3 *El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva*” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990).

Medidas cautelares como garantías del proceso penal

De acuerdo con la revisión bibliográfica se ha desarrollado arduamente cuál es la finalidad que persiguen la imposición de medidas cautelares en el decurso de un proceso penal. Se ha establecido que tanto doctrinaria como legalmente, las medidas cautelares pugnan por la eficacia de la prosecución de todas las instancias del proceso penal incluyendo la ejecución de la pena, tanto la sanción de prisión como la de reparación integral.

En el caso que atañe el presente trabajo, las personas procesadas que solicitan la sustitución de la prisión preventiva, lo hacen al amparo de lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal mediante la fundamentación que han desvirtuado las razones que la motivaron. La disyuntiva que se crea en este punto es si sabiendo que la prisión preventiva es una medida excepcional, que debe ser utilizada en caso de que las demás no sean suficientes y que el procesado demuestra y acredita que no existe peligro alguno en su comparecencia al proceso porque siempre ha demostrado su cooperación con la justicia para la prosecución de la causa y pese a todos los considerandos señalados, aún así se inadmite la sustitución de prisión a expensas que el COIP determina dicha limitante y trato desigual para reincidentes.

Si la finalidad de todas las medidas cautelares es la misma y el recurrir a la prisión preventiva es el último escenario, adicionando que si se toma en cuenta que el procesado puede demostrar que sí va a comparecer al proceso mediante el uso de otra medida cautelar menos rigurosa, no cabe tratarlo de forma desigual y se lo discrimine por su pasado judicial en base a la prohibición legal que recoge el inciso tercero del artículo 536, esta perspectiva jurídica está descrita en la Resolución No.14 – 2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional y es de carácter vinculante:

En general, si no se demuestra la existencia del riesgo de que la persona procesada evite el proceso no se podría justificar la prisión preventiva incluso en delitos altamente graves, puesto que se reconoce ampliamente que no existe ninguna relación automática entre la gravedad de la pena y el peligro de fuga. (págs. 12-13)

Siguiendo la misma línea de ideas, la base legal recogida en el artículo 536 inciso tercero, además de ser atentatoria al derecho a la igualdad y no discriminación reconocida en la Constitución, también vulnera el principio de inocencia que goza toda persona procesada, ya que el juez que niega una sustitución de prisión preventiva por considerar al procesado como reincidente, ya lo está pre juzgando, y con ello violenta flagrantemente dos principios constitucionales como se ha detallado en este apartad

Conclusiones

La prisión preventiva es la medida cautelar más grave que tiene el ordenamiento jurídico ecuatoriano y sólo puede ser dispuesto por el operador de justicia, cuando la fiscalía ha acreditado que ninguna de las otras medidas cautelares asegura la comparecencia del procesado y que por lo tanto cabe restringir su derecho a la libre movilidad.

El artículo 536 inciso tercero que recoge la prohibición de conceder la sustitución a la prisión preventiva por motivo de ser reincidente, resulta atentatorio al principio de igualdad y no discriminación que recoge el artículo 11 numeral 2 de la Constitución.

De igual forma se ve vulnerado el principio de inocencia del procesado cuando un operador de justicia aplicando el inciso tercero del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, considera y trata como reincidente a una persona dentro de las etapas del proceso penal, aunque no se tenga sentencia en firme que haya enervado su estado de inocencia.

Recomendaciones

Es una opción viable una reforma al artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, para que a través del legislador se suprima el tercer inciso del mencionado articulado y con ello sean erradicadas la desigualdad y juicio anticipado que promueve el texto normativo que allí consta.

En aras de prolijidad por cuestiones de temporalidad de aplicación, se puede presentar una acción de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional, a fin de que esta resuelva declarar la invalidez del inciso tercero del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal por no estar en armonía y contravenir los derechos constitucionales recogidos en los artículos 11 numeral 2 y 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

Bibliografía

- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*. Tokio: Resolución 45/110.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento 180.
- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Ávila, R. (2017). Principio de Proporcionalidad. *Revista Judicial. La Hora*, C1.
- Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*, 500.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 12.091 y 172/99 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de 11 de 2007).
- Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de mayo de 2014).
- Elbert, C. (1998). *Manual básico de criminología*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Estados Americanos de la OEA. (1977). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José: Decreto Supremo No. 1883.
- Fenech, M. (1985). *Enciclopedia de Ciencias jurídicas y Sociales, Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Labor S.A.
- Ferrajoli, L. (2008). *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*. México: CEDH.
- Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal comentado Tomo I Arts. 1 al 78*. Lima: Perú Ara Editores.
- Gimeno, S. V. (2018). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, S.L.

La Rosa, M. (2006). *Exención de prisión preventiva y excarcelación*. Buenos Aires: Astrea.

Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, CASO No. 8-20-CN (Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador 18 de 08 de 2020).

Mantilla Pineda, B. (1997). *Estudios de Derecho. Tomo VII*. Antioquía: Enciclopedia Jurídica Omeba.

Reátegui Sánchez, J. (2006). *En busca de la prisión preventiva*. Lima: Jurista Editores.

Resolución No. 14-2021 (Pleno de la Corte Nacional 15 de 12 de 2021).

Sapag, M. (14 de 02 de 2022). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado. *Díkaion*, 157-198. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/720/72011607008.pdf>



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Romero Alarcón, Valeria Anabelle**, con C.C: # 0931919807 autora del trabajo de titulación: **Inconstitucionalidad de la prohibición de sustitución de prisión preventiva en casos de reincidencia** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República** 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 titulación 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 titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **20 de febrero de 2022**

f. Valeria Romero A.

Nombre: Valeria Anabelle Romero Alarcón

C.C. **0931919807**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Inconstitucionalidad de la prohibición de sustitución de prisión preventiva en casos de reincidencia		
AUTOR(ES)	Romero Alarcón Valeria Anabelle		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Almeida Delgado Giancarlo Ladislao		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	20 de febrero de 2022	No. DE PÁGINAS:	23
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Penal; Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	No discriminación , prisión preventiva, pasado judicial, mínima intervención penal, derecho fundamental.		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

En un Estado constitucional de derechos y justicia como lo es Ecuador, las disposiciones que se contemplan en la Constitución de la República, máxima fuente de validez, deben prevalecer sobre las leyes que obren en el ordenamiento jurídico, en los casos en que dichas leyes contraríen la efectivización de derechos que se encuentren reconocidos expresamente en la Constitución. En vista de este planteamiento conceptual que responde a una de las máximas estatales, cabe realizar un estudio cualitativo entre el derecho fundamental a la no discriminación y su aplicación en el último inciso del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, mediante el cual se estableció una condicionante restrictiva a la sustitución de la prisión preventiva, particular que se relaciona directamente con principios constitucionales y procesales, los cuales se desarrollarán en el consecuente marco teórico, tales como: principio de igualdad, mínima intervención penal y proporcionalidad. Por lo tanto, el presente trabajo investigativo tiene por finalidad, una revisión integral tanto doctrinaria como jurisprudencialmente del principio de igualdad y no discriminación, cuando a un procesado se le aplica la prohibición de sustituir la prisión preventiva por reincidencia en un proceso penal. Habiéndose realizado el mencionado estudio sucinto, se llegará a las conclusiones académicas que la suscrita expondrá, referente al estado de igualdad y no discriminación que se contempla para los procesados que tengan un pasado judicial cuando soliciten una sustitución de la prisión preventiva.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0988754693	E-mail: valeria15romero@outlook.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Maritza Ginette Reynoso Gaute	
	Teléfono: +593-4-380-4601	
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

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