



uol/a.

FACULTAD DE DERECHO

LA FALTA DE APLICACIÓN ADECUADA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
ERGO EL USO EXCESIVO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

AUTOR

Diego David Jiménez Bazántez

AÑO

2020



FACULTAD DE DERECHO

LA FALTA DE APLICACIÓN ADECUADA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
ERGO EL USO EXCESIVO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Mg. María del Mar Gallegos Ortiz

Autor

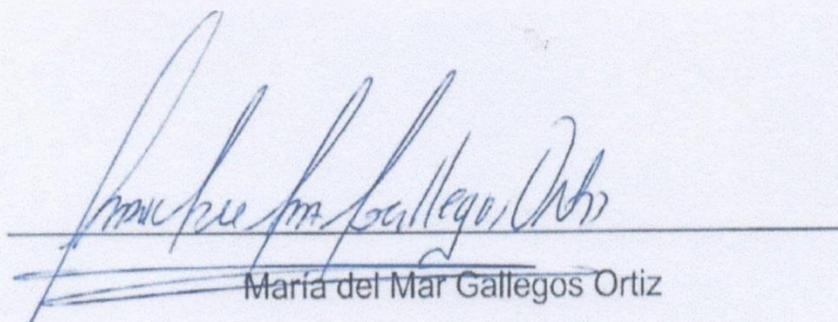
Diego David Jiménez Bazántez

Año

2020

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido el trabajo, “La falta de aplicación adecuada de las medidas cautelares ergo el uso excesivo de la prisión preventiva”, a través de reuniones periódicas con el estudiante Diego David Jiménez Bazánte, en el semestre 202020, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”



María del Mar Gallegos Ortiz

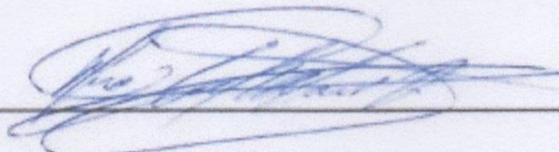
Magíster en Derecho Penal y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la

República

C.C. 1711451847

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, “La falta de aplicación adecuada de las medidas cautelares ergo el uso excesivo de la prisión preventiva”, del estudiante Diego David Jiménez Bazántez, en el semestre 202020, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”



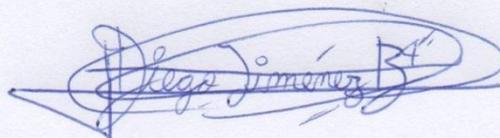
Elsa Irene Moreno Orozco

Magíster en Derecho

C.C. 1705403713

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”



Diego David Jiménez Bazántez

C.C. 0201771599

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios en primer lugar, por permitirme cumplir este sueño, con fe y dedicación todo es posible. A mi madre, Rocío del Carmen Bazántez Escobar, por estar siempre conmigo, su apoyo ha sido fundamental en mi vida y en mi carrera. A mi padre, Luis Hernán Jiménez Ledesma, por darme la oportunidad de poder formarme académicamente a lo que me gusta, él siempre será mi ejemplo a seguir. A todos mis amigos de la Universidad, vivimos experiencias únicas, gracias por su amistad.

RESUMEN

El presente trabajo académico pretende demostrar a través de un análisis teórico-descriptivo la inadecuada aplicación de las medidas cautelares personales que no son de ultima ratio enunciadas en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal, advirtiendo el abusivo uso de la prisión preventiva que actualmente se produce en Ecuador por los administradores de Justicia, provocando sobrepoblación y hacinamiento carcelario. Con el fin asegurar la presencia de la persona procesada y de no dejar ilusorio el resultado del juicio los juzgadores ordenan desmesuradamente esta medida, sin motivar suficientemente la misma, lo cual es contradictorio al Art. 534 del COIP que trata sobre los requisitos de la prisión preventiva, en el cual según la reforma promulgada por el Registro Oficial No.107 que rige desde el 24 de Junio de este año 2020, el Juzgador debe motivar obligatoriamente su decisión y explicar las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.

Todas las medidas cautelares de carácter personal son provisionales y se utilizan únicamente como instrumento de un proceso penal, todas limitan la libertad del individuo procesado, pero la prisión preventiva imposibilita totalmente este derecho primordial, por lo que se determina que su aplicación es extremadamente lesiva para el sujeto procesado, siendo así, que antes de dictarla el Juzgador además de analizar exhaustivamente el cumplimiento de los requisitos, deberá tener en cuenta las garantías básicas apreciadas en los artículos 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador, además de los principios jurídicos pertinentes, también las normas dispuestas por los organismos internacionales referentes a esta medida y su jurisprudencia. Concluyendo entonces, que el objetivo de este ensayo académico es determinar que la prisión preventiva no es una pena anticipada, dado que si tras celebrarse el juicio, se ratifica la inocencia del procesado, éste no podrá recuperar el tiempo que paso en un centro carcelario, ni todos los derechos que gozaba antes de esta medida cautelar, ni siquiera podrá acceder a una indemnización jurídica por todos los daños y perjuicios ocasionados hacia su persona, que es lo que se recomienda establecer en este trabajo académico.

ABSTRACT

The present academic work tries to demonstrate through a theoretical-descriptive analysis the inadequate application of personal precautionary measures that are not the last ratio stated in article 522 of the Organic Comprehensive Criminal Code, warning of the abusive use of preventive prison that currently occurs in Ecuador by the administrators of Justice, causing prison overcrowding. In order to ensure the presence of the person prosecuted and not to leave the result of the trial illusory the judges excessively order this measure, without sufficiently motivating it, which is contradictory to article 534 of the COIP that deals with the requirements of preventive prison, in which according to the reform promulgated by the Official Registry No.107 that has been in force since June 24 of this year 2020, the Judge must compulsorily justify his decision and explain the reasons why the other precautionary measures are insufficient.

All precautionary measures of a personal nature are provisional and are used only as an instrument of criminal proceedings, all limit the liberty of the individual prosecuted, but preventive prison totally disables this primary right, reason why it is determined that its application is extremely harmful for the processed subject, being like this, that before issuing it the Judge in addition to exhaustively analyzing compliance with the requirements, must take into account the basic guarantees found in articles 76 and 77 of the Constitution of the Republic of Ecuador, in addition to the pertinent legal principles, also the norms established by the international organizations referring to this measure and its jurisprudence. Concluding then, that the objective of this academic essay is to determine that preventive prison is not an anticipated sentence, given that if after the trial is held, the innocence of the accused is ratified, he will not be able to recover the time he spent in a prison center, nor all the rights that he enjoyed before this precautionary measure, he will not even be able to access legal compensation for all the damages caused to his person, which is what is recommended to establish in this academic work.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. MEDIDAS CAUTELARES PENALES	3
1.1. Antecedentes	3
1.2. Definiciones	5
1.3. Medidas cautelares personales	7
1.4. Medidas cautelares reales	16
1.5. Medidas cautelares para personas jurídicas	23
1.6. Finalidad de las medidas cautelares	23
2. CAPÍTULO II. PRISIÓN PREVENTIVA	25
2.1. Objetivo de la prisión preventiva.....	25
2.2. Uso y aplicación de la prisión preventiva en el sistema acusatorio adversarial oral	27
2.2.1. Requisitos	27
2.2.2. Principios de la prisión preventiva.....	33
2.2.3. ¿Cómo se determina el plazo de la prisión preventiva?	38
2.2.4. Improcedencia para casos especiales.....	41
2.3. REVOCATORIA, SUSTITUCIÓN Y SUSPENSIÓN	42
2.3.1. Revocatoria	42
2.3.2. Sustitución	44
2.3.3. Suspensión.....	45
2.4. Resarcimiento del daño por privación ilegal de libertad	47

3. CAPÍTULO III. AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INOCENCIA	49
3.1. Falta de motivación jurídica al uso de la prisión preventiva...	50
3.2. Falta de probidad de los elementos de convicción	53
3.2.1. Insuficiencia de los elementos de convicción	53
3.3. Arraigos	56
3.4. La insuficiente aplicación de las medidas cautelares personales de no ultima ratio	57
4. CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES	59
4.1. Recomendaciones	60
REFERENCIAS	62

INTRODUCCIÓN

En los últimos años hasta en la actualidad, se ha contemplado que la prisión preventiva como medida cautelar personal para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, ésta en caso de haberla, está generando una sobrepoblación y hacinamiento carcelario en Ecuador. Los Fiscales suelen solicitar mayoritariamente y sin demasiada motivación al Juzgador para que ordene esta medida precautoria al procesado, pasando por alto las demás medidas cautelares que se encuentran en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, las cuales persiguen el mismo fin, éstas deberían aplicarse de forma prioritaria a la privación de libertad porque son menos lesivas, ya que si bien, también limitan la libertad del individuo procesado, pero no la imposibilitan totalmente.

La prisión preventiva como instrumento del proceso penal, no debe ser una pena anticipada del mismo, ya que la persona procesada podría ser ratificada como inocente y de producirse esta situación jurídica dicha persona ¿Cómo recupera el tiempo perdido?, además de todos los derechos que gozaba antes de entrar en un centro carcelario en calidad de procesado, primordialmente el de libertad; actualmente, en nuestro Estado considerado como garantista de derechos, la persona ratificada como inocente no puede ampararse jurídicamente en una norma de resarcimiento legal como una indemnización por los daños y perjuicios que le hayan sido ocasionados por estar bajo prisión preventiva.

Para cumplir con el objetivo del ensayo académico, el cual es que los administradores de Justicia no sigan utilizando desmesuradamente a la prisión preventiva por una falta de aplicación adecuada de las demás medidas cautelares de carácter personal, se ha desarrollado el presente ensayo académico de investigación, el cual está estructurado en tres capítulos,

además de una sección final para conclusiones y recomendaciones. En el primer capítulo se expone teóricamente a las medidas cautelares penales; sus antecedentes; se explica qué son; también, su clasificación y correspondiente desarrollo de cada una de las medidas cautelares personales, de las medidas cautelares reales y de las medidas cautelares para personas jurídicas, de acuerdo al COIP; culminando el capítulo con la finalidad de las medidas cautelares.

En el segundo capítulo se profundiza en la prisión preventiva; analizando su objetivo; desarrollando críticamente su uso y aplicación en el sistema acusatorio adversarial oral, en el cual se fomentan: Sus requisitos, sus principios en base a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos internacionales, también dilucidando cómo se determina su plazo, su improcedencia para casos especiales, asimismo cuando procede la revocatoria, sustitución y suspensión; se introduce por último en este capítulo a la figura jurídica sobre el resarcimiento del daño por privación ilegal de libertad.

En el tercer capítulo se analiza y se expone cómo la prisión preventiva afecta al principio de inocencia; se indaga la falta de motivación jurídica; también, se profundiza en la falta de probidad de los elementos de convicción que se da por: La insuficiencia de los elementos de convicción; se analiza el papel que juegan los arraigos en la prisión preventiva y su afectación al principio de inocencia; se concluye el capítulo con un análisis sobre la insuficiente aplicación de las medidas cautelares personales de no ultima ratio.

Se finaliza el presente trabajo académico enunciando las correspondientes conclusiones y recomendaciones extraídas del mismo.

1. CAPÍTULO I. MEDIDAS CAUTELARES PENALES

1.1. Antecedentes

Los orígenes de estas medidas preventivas se remontan desde el Derecho Romano, tienen su origen en éste, pero no se las contemplaban como tal en esa época, aunque su propósito era similar a las del presente.

En el Derecho Romano se ubica la figura de La Legis Actio Per Manus Iniectionem (acción de la ley por aprehensión corporal), que consistía en:

Un procedimiento para forzar la ejecución de una condena pecuniaria y mediante el cual el acreedor capturaba al deudor, quien tenía treinta días para liberarse pagando o suministrando un vindex (un tercero que tomaba el asunto como suyo). Una vez pasado el término, el acreedor podía llevarlo a su morada, encadenarlo y tratarlo como esclavo. (Villareal, 2008, pág. 263).

Una medida muy rigurosa, que si se la compara con las contemporáneas, sería impensable, dado que ahora no hay esclavitud, además que nadie va preso por el no pago de una deuda.

Se podía distinguir también la Legis Actio Per Pignoris Capionem (acción de la ley por toma de prenda), que el autor Fernando Betancourt, la expresa en su obra de Derecho Romano Clásico, de la siguiente manera:

Consistía en que el acreedor se apoderaba de un bien del deudor hasta que le pagase. Su origen data de los mores maiorum en relación con los militares cuando estos no recibían sus haberes, o cuando no recibían el dinero para comprar el caballo o el forraje, de quien tenía que pagarles. (2007, pág. 158).

Esta acción, en la que el acreedor se tomaba la prenda del contrario o deudor, se la realizaba sin necesidad alguna del pretor, que era el magistrado romano, él que decidía si debía o no haber un juicio y se la aplicaba para objetos de litigio sagrados o militares

Conjuntamente con la anterior disposición, se encontraba también la Pignus Causa Judicati Captum (prenda adquirida en virtud de sentencia), que tiene una gran semejanza con las medidas preventivas actuales como lo son el embargo y el secuestro, estribaba en:

Un procedimiento empleado por el magistrado para asegurar el efecto de sus decisiones, en el cual se permitía al acreedor quedarse con los bienes muebles dados en prenda por el deudor, e incluso con los bienes inmuebles, si los bienes muebles no eran suficientes; si al cabo de dos meses el deudor no respondía, se vendía la prenda y el acreedor se cobraba el precio devolviendo el excedente al deudor. (Petit, 2007, pág. 647).

Continuando con la evolución sobre los antecedentes históricos de las medidas cautelares, se hallan Las Siete Partidas, que surgen hacia la mitad del siglo XIII en la actual España y que fueron promulgadas durante el reinado de Alfonso X, precisamente en la tercera partida: “Se impedía al demandado bajo pena de nulidad de la venta, a que enajenara la cosa objeto del litigio” (Fingermann, 2016). La prohibición de enajenar, aplicable sobre bienes, cuyo origen es Las Siete Partidas, forma parte de una de las medidas cautelares reales de la legislación ecuatoriana vigente, concretamente tipificada en el Art.549 numeral 4, del actual Código Orgánico Integral Penal.

Desde el surgimiento del Derecho en general y como se ha avistado desde los tiempos remotos, estas disposiciones de protección para garantizar el Derecho del hombre, siempre se han hecho presentes, ajustadas a las diferentes

realidades en las que transcurría cada época y que con el pasar de las mismas, han ido evolucionando y desarrollándose, conforme lo ha hecho la justicia.

En la actualidad, las medidas cautelares en Ecuador se hallan contempladas en la Ley Suprema, en su título tercero referente a las Garantías Constitucionales, específicamente en el capítulo tercero sobre las Garantías Jurisdiccionales y anunciadas en el Art.87, el cual alude que: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho” (Constitución De La República Del Ecuador, 2008).

Las medidas cautelares que se analizarán más adelante, se encuentran normadas en el COIP, promulgado en el año 2014 y a partir del Art. 519, perteneciente al libro segundo y título quinto, de dicho cuerpo normativo.

1.2. Definiciones

Para conceptualizar a las Medidas Cautelares, se deben separar primero las dos palabras, para poder diferenciarlas independientemente y luego asociarlas; se obtiene entonces, que medida según la Real Academia Española es: “Acción y efecto de medir” (2020). En cambio, cautelar se refiere a: “Prevenir, precaver” (Rae.es, 2020). A partir de ahí, se deduce que medida cautelar es la acción de medir un efecto, para precaver o prevenir algo.

Jurídicamente las medidas cautelares, de acuerdo al autor Eduardo Couture son: “Aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo” (1976, pág. 405).

De acuerdo a la definición anterior, estas medidas de coerción las interpone un juez, el cual va administrar justicia aplicando lo tipificado en las leyes vigentes,

con la intención de prevenir a través de ellas, que el proceso judicial no sufra alteraciones y se lleve a cabo de modo eficiente.

Los procesos judiciales desde que comienzan hasta que se establece una sentencia, son tardíos, por lo que para cautelar el derecho de la víctima, en lo que transcurre el juicio, el magistrado puede ejercer estas medidas precautorias. En lo concerniente a lo expresado, el autor Piero Calamendrei las explica como: “Una anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma” (1996, pág. 45)

Acontece destacar, que las medidas cautelares son de naturaleza instrumental, porque su fin es respaldar al proceso y que éste se lleve a cabo sin quebrantar los derechos, que son objeto del litigio, hasta que se proceda una resolución. En consecuencia y concluyendo este apartado, destacamos la siguiente definición:

Actos administrativos de carácter urgente e interino acordados antes o durante la tramitación de un procedimiento con el fin de evitar que en tanto éste concluye puedan mantenerse situaciones o conductas que, de forma directa o indirecta, privarían de efectividad práctica a la resolución final. (Jalvo, 2007, pág. 19).

Como puede inferirse, las medidas cautelares se las concibe como garantías, que para el autor ecuatoriano García Falconi son: “Los medios o instrumentos jurídicos, establecidos para asegurar el libre ejercicio de los derechos, es decir estas garantías son previstas para proteger a los derechos cuando estos son vulnerados, por lo tanto sirven de freno contra la arbitrariedad y la ilegalidad” (2008, pág. 26).

1.3. Medidas cautelares personales

Bien, estas medidas de carácter personal recaen expresamente sobre un individuo, que es procesado por el supuesto de consumir un delito y al que se le califica de imputado de un proceso penal. El Juez o Tribunal procederá a efectuarlas excepcionalmente, cuando a su entender encuentre un riesgo potencial, por el cual el sujeto investigado pueda impedir que el proceso continúe su curso según lo previsto, interfiriendo o alterando la investigación, o a su vez, pueda ausentarse del mismo, lo que complicaría la resolución del juicio.

La libertad es un derecho esencial de toda persona, un precepto inquebrantable en nuestra Constitución, pero que al aplicarse una medida de coerción personal, se verá restringida, consecuentemente, se esclarece que: “Son medidas de coerción personales las que vienen a limitar la actividades o de movimiento del imputado (libertad ambulatoria). Su característica esencial es su afectación a la esfera de libertad personal del imputado” (Alberto Binder, 2007, pág. 185).

El autor Juan Luis Gómez Colomer aclara que:

En línea general, las medidas cautelares personales se adoptan siempre bajo la apreciación de graves indicios de culpabilidad, con respeto al principio de proporcionalidad (es decir, teniendo en cuenta la entidad de la posible condena) y, evidentemente, al principio de presunción de inocencia. Cumpliendo estas condiciones, estas medidas son compatibles con el canon constitucional del proceso penal. (2007, pág. 519).

Entonces, el Magistrado concederá una medida de coerción personal considerando los dos principios citados precedentemente, cuando encuentre un indicio en el proceso penal por el que presuma que se pueden destruir o contaminar las pruebas y si además existe un alto riesgo de fuga por parte del

sujeto procesado. Cabe remarcar aquí, que los Jueces de Garantías Penales, deberían otorgar estas medidas utilizando siempre las reglas de la sana crítica, las cuales no solo se deben aplicar cuando se valoren pruebas para determinar una sentencia, sino también para cualquier resolución que resuelva la situación jurídica de la persona procesada, en este caso, se debe emplear la sana crítica para evitar la absoluta discrecionalidad y arbitrariedad del Juzgador, para que éste no solo se ampare en la solicitud de Fiscalía a la hora de ordenar una medida precautoria personal en contra del sujeto investigado.

La Convención Interamericana Sobre Cumplimiento De Medidas Cautelares, en lo pertinente a las medidas cautelares personales, ordena en su artículo primero que:

Para los efectos de esta Convención las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas. (OEA, 1979).

Haciendo alusión a lo anterior, se efectuará un análisis de las medidas cautelares personales radicadas en el COIP (Código Orgánico Integral Penal de Ecuador), que se hallan en el segundo capítulo, sección primera, del título quinto del mencionado cuerpo normativo, en su Art. 522, las cuales son:

1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión preventiva.

La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

De las anteriores medidas de carácter personal, se asignará preponderancia por parte del juzgador o juzgadora a las medidas correspondientes de los numerales uno al quinto, dejando la prisión preventiva como ultima ratio.

Acorde a esto, se detallará cada una de estas medidas:

- Prohibición de ausentarse del país:

Este mandato dictaminado por el juzgador, asevera la estancia del sujeto procesado en el país, de tal modo que éste no pueda salir del mismo, mientras dicho proceso no haya terminado y así cumpla con su cometido de presentarse al proceso penal, por una posible conducta delictiva que se ha presentado en su contra. Esta medida cautelar evita que el procesado pueda infringir la Justicia huyendo a otra nación. Una crítica que se le podría efectuar a esta medida es que la misma no asegura, como las medidas que le siguen, que el imputado vaya a presentarse a la causa penal pendiente.

El COIP en su Art.523 especifica a la prohibición de ausentarse del país así: “La o el juzgador por pedido de la o el fiscal, podrá disponer el impedimento de salida del país, que se lo notificará a los organismos y autoridades responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Los organismos y autoridades, a los que se refiere el artículo previo, son los encargados de verificar de acuerdo al sistema de migración si una persona está imposibilitada para salir del país o no, éstos se localizan en los aeropuertos internacionales, puertos internacionales o cualquier paso fronterizo

internacional. En Ecuador, el autor Ricardo Vaca, indica lo siguiente sobre la prohibición de ausentarse del país:

Esta está a cargo de la Dirección Nacional de Migración y de las jefaturas provinciales de Migración, quienes deben impedir la fuga del procesado bajo “prevenciones legales”, el mismo que es un término vacuo, que en la práctica significa que se investigará hasta las últimas consecuencias; o, en su defecto, la “cuerda se romperá por el lado más delgado” sancionando a los policías de menor rango. (2015, pág. 99).

- Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe:

Cuando el Juez de Garantías Penales estima oportuna esta medida cautelar, la persona procesada deberá cumplir con esta disposición y presentarse de forma reiterada ante él, o ante una autoridad o institución habilitadas por él, para tal efecto. El plazo de presentación fijado para el individuo será de manera periódica, por ejemplo, podría ser pasando un día, cada semana, cada quince días o mensualmente y esto variará dependiendo de la eventualidad del caso. Lo que se pretende con esta acción legal es mantener un control respecto del sujeto investigado, para que tanto el Juzgador como Fiscalía tengan la disponibilidad de éste en el proceso judicial y así evitar una posible fuga que conllevaría a un estancamiento del mismo.

La normativa ecuatoriana dispone la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad, de esta manera:

La o el juzgador podrá ordenar al procesado presentarse ante él o ante la autoridad o institución que designe. El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación y de forma inmediata, si ésta no se ha producido, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.524).

El artículo referido, alude que en el caso que el sujeto pasivo deba presentarse ante una autoridad, ésta a través de el funcionario encargado remitirá el informe de que dicha presentación se esta realizando correctamente, de no ser así, será su obligación bajo pena administrativa, la de advertir al Juzgador lo que acontece, con el fin de avalar la intermediación procesal.

Particularmente, en esta medida cautelar, el Juzgador deberá atender que: “Esta obligación no puede ser de tal naturaleza que le impida al ciudadano sometido a la medida desarrollar sus actividades, básicamente aquellas relacionadas con sus obligaciones laborales” (González, 2007, pág. 212).

- Arresto Domiciliario:

Esta medida es mucho más severa que las dos anteriores, dado que obstruye el movimiento voluntario del inculpado, concentrándolo en un domicilio determinado por el Magistrado, el cual suele ser la residencia habitual de éste; en consecuencia, una vez el individuo quede bajo arresto domiciliario, no podrá volver a salir sin autorización del Juez. Con dicha medida, se pretende ratificar que el sujeto procesado permanezca a disposición judicial y así proteger el proceso penal.

Atendiendo a lo tipificado en el Art.525 del COIP, éste precisa a esta medida cautelar de esta forma:

Arresto domiciliario: El control del arresto domiciliario estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca. La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Cabe destacar, conforme a este artículo, que es la Policía Nacional quien se encargará de vigilar periódicamente y constatar que la nombrada medida cautelar se este efectuado satisfactoriamente, aunque el Juzgador, también puede fijar otro medio para la vigilancia; a esto se suma la vigilancia electrónica, para cerciorarse que el procesado no se desplace del domicilio asignado, burlando los controles policiales.

Normalmente, el arresto domiciliario es una medida cautelar sustitutiva a la prisión preventiva, en la que el Juez procederá dependiendo del caso particular y atendiendo a unos requisitos ubicados en el Art.537 del COIP, los cuales se detallarán en el capítulo segundo del actual ensayo académico, correspondiente con la Prisión Preventiva.

Incluso, una vez que el imputado se encuentre cumpliendo el arresto domiciliario, además de tener prohibido salir de su residencia, habrá unas reglas pertinente que deberá acatar y que se distinguen así:

-Lo no autorizado:

Salir: En caso de que la casa esté dentro de un conjunto, la persona no podrá usar espacios verdes ni de recreación.

Coimar: El intento de soborno se considera razón suficiente para revocar el arresto en casa.

-Lo permitido:

Comunicación: Las personas pueden hablar por teléfono. El uso de redes sociales e internet no tiene restricción.

Visitas: Quienes quieran ingresar a la casa del procesado deben entregar sus datos al policía. (Medina, 2015).

Con respecto a la coima, se la infiere como un acto de corrupción, y éste se define como: "Utilización de un cargo público en beneficio propio" (Bacigalupo, Feijoo y Echano, 2018, pág. 849). Es necesario aclarar que en la ley penal ecuatoriana no se reproduce con ese vocablo, aparece como delito de cohecho y está tipificado en contra de la eficiencia de la administración pública, en el que si uno o más funcionarios públicos reciben un beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años, según lo impuesto por el COIP (2014) en su Art.280. Consecuentemente, si se reprodujese tal acto, tanto la persona en arresto domiciliario como el funcionario público serían castigados por su infracción, en el primer caso el Juez a través de un auto procesal penal motivará los hechos sobre el incumplimiento del arresto domiciliario y ordenará la prisión preventiva en su lugar; en el segundo caso se ejecutará lo advertido en el COIP por delito de cohecho en contra del funcionario público.

- Dispositivo De Vigilancia Electrónica:

Aquí, un artefacto electrónico con tecnología GPS (Sistema de Posicionamiento Global) se le colocará a la persona procesada (también se le puede instalar a personas ya sentenciadas), de esta forma, el Juzgador acotará los desplazamientos de libertad del individuo procesado, manteniéndolo monitoreado en todo momento. Esta medida de coerción personal, se instaurará dependiendo del caso y acorde con los delitos penales considerados menos graves.

En Ecuador, los encargados de monitorear a los sujetos que llevan estos dispositivos de vigilancia electrónica (D.V.E), ya sea en tipo brazaletes o tipo tobillera, son los dieciséis centros de Ecu 911 que se encuentran a nivel nacional y que operan de este modo:

De existir una alerta de los dispositivos de vigilancia electrónica, esta llegará al ECU911 se realizará la coordinación inmediata con Policía Nacional y se enviarán los recursos más cercanos que se requiera para atender la emergencia.

Se ha coordinado con el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos para que su propio personal sea quien monitoree estos dispositivos desde ECU911, las 24 horas los 365 días del año. (Servicio Integrado De Seguridad Ecu 911, 2017).

El Juez, además de ordenar esta medida individualmente, también la puede acompañar a las siguientes medidas cautelares, para asegurar la presencia del procesado: - Prohibición de ausentarse del país. - Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. - Arresto domiciliario. Además, de las mencionadas,

el Magistrado podrá ejecutar dicha medida de modo sustitutivo a la prisión preventiva, atendiendo a los casos especiales detallados anteriormente y que se encuentran en el Art.537 del COIP.

- Detención:

Se la percibe como: “Una medida que priva la libertad ambulatoria” (Engaña, 2012, pág. 267). Lo que se busca al detener a una persona es investigar la comisión de un delito penal, del que éste resulta sospechoso. La detención es temporal, según la normativa ecuatoriana, no puede durar más de un día, dado que si lo hiciera se estaría atentando contra los derechos fundamentales de la persona.

Concorde al Art.530 de COIP, es el Juzgador por pedido motivado del Fiscal quien ordena la detención de un individuo, para fines investigativos (Código Orgánico Integral Penal, 2014). La boleta de detención, siempre deberá cumplir con los posteriores requerimientos:

- ✓ Motivación de la detención.
- ✓ El lugar y la fecha en que se la expide.
- ✓ La firma de la o el juzgador competente.

Para el cumplimiento de la orden de detención se deberá entregar dicha boleta a la Policía Nacional. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 531).

Una vez la persona se encuentre detenida, puede solicitar la presencia de un defensor, ya sea público o privado, además de solicitar una llamada a una persona que estime oportuna. El sujeto investigado puede negarse a hablar en

el interrogatorio mientras no llegue su defensor, e igualmente, conjunto a este derecho, se le deberá anunciar otros derechos que posee como detenido: “El conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordena, los agentes que la llevan a cabo y los responsables del respectivo interrogatorio” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.533).

- Prisión Preventiva:

La localizamos a partir del Art.534 del COIP, misma que será detallada a profundidad, en el capítulo dos del presente ensayo académico.

1.4. Medidas cautelares reales

El Juez competente empleará las medidas de carácter real, para precaver sobre los bienes muebles e inmuebles, de la persona natural o jurídica, a las que se les podría administrar la Justicia, como sujetos pasivos en el proceso judicial penal; con el objeto de respaldar la pretensión pecuniaria, que podría presentarse como resultado de un posible fallo a favor de la parte activa del proceso o presunta víctima.

Como se afirma, las medidas cautelares patrimoniales son las que: “Están encaminadas al aseguramiento del pago de cantidades a las que el imputado o terceros – responsables civiles- pudieren ser condenados” (Guri, 2013, pág. 150). Prestando atención a la aclaración de la autora sobre los terceros, éstos, si se demuestra que están relacionados con el imputado, también pueden ver limitados la disponibilidad de sus bienes o patrimonio, en el tiempo que se alcance una resolución judicial y con la intención de adquirir elementos probatorios.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las medidas cautelares personales, se corresponden al Art. 549 del COIP, pertenecientes al título quinto, capítulo segundo y sección segunda; el nombrado artículo indica que:

La o el juzgador podrá ordenar las siguientes medidas cautelares sobre los bienes de la persona natural o jurídica procesada:

1. El secuestro
2. Incautación
3. La retención
4. La prohibición de enajenar.

Una vez ordenadas las medidas se inscribirán obligatoriamente y en forma gratuita en los registros respectivos. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Estas medidas precedentes, obligan al imputado a acarrear con su responsabilidad civil, por su supuesta comisión delictiva de la que se le acusa; con el propósito de proteger la reparación por daños y perjuicios (incluidas las costas procesales e indemnizaciones), si resultase culpable.

Subsiguiente a esto, se procederá a analizar las medidas cautelares reales citadas:

- Secuestro:

La anticipada medida precautoria real, viene anunciada en el Art.549 del COIP, sin embargo, ningún artículo de la normativa penal esclarece al secuestro, ni cómo se debe proceder con él, por ello, se acude a la doctrina y se entiende que: “Dentro del ámbito del proceso y en un sentido amplio, secuestro es el apoderamiento físico de cosas en virtud de una orden judicial, para su depósito transitorio o custodia” (Balanguer, 1997, pág. 141). Entonces, cuando el Juez de Garantías Penales estipule de manera motivada esta medida, lo hará con el objetivo de prevenir que el procesado dañe, extravíe o se deshaga el bien

objeto del litigio, el cual, se lo retirará directamente de su posesión como propietario. Al bien mueble fijado para el secuestro se lo desplazará con un depositario judicial, éste es: “El funcionario encargado de la guarda, custodia, conservación, administración, defensa y manejo de aquellos bienes puestos bajo su responsabilidad, por orden del Tribunal o Juez competente” (Reglamento De Oficinas De Alguaciles y Depositarios Judiciales, 2008, art.17).

El funcionario mencionado se hará cargo del bien en lo que se resuelve la causa procesal, es decir temporalmente, para precaver que el inculpado tenga acceso al mismo. Cabe aclarar que: “El destino definitivo de los objetos secuestrados no puede acordarse en fase cautelar, sino en ejecución de sentencia” (Ruiz, 2007, pág. 103).

Con relación a lo citado anteriormente, en nuestro sistema acusatorio oral, en la etapa procesal penal pertinente (instrucción fiscal), en la que se dicte esta medida cautelar, el Juzgador o Tribunal de garantías penales, no debería ejecutar ninguna acción adicional sobre el bien objeto de secuestro, por ejemplo, ponerlo en subasta pública o traspasar el dominio del bien, porque la actual ley penal ecuatoriana no enuncia nada al respecto y el Juzgador no puede proceder de forma arbitraria. Cabe reiterar que el dominio del bien secuestrado le corresponderá al sospechoso durante todo el proceso, más no la posesión y solamente con la sentencia definitiva del juicio se podría levantar tal medida cautelar dejando dos supuestos: El primero, en el caso de que el acusado sea culpable del hecho delictivo, el bien secuestrado servirá para asegurar la pretensión y derechos del sujeto afectado; el segundo supuesto, se da cuando el imputado resulta inocente, aquí el Magistrado a través de una sentencia ratificará la inocencia de éste en el proceso penal y le otorgará nuevamente la posesión del bien secuestrado.

- Incautación:

Según la doctrina la incautación:

Constituye una medida cautelar que se adopta en el curso de las investigaciones de un proceso penal, con el objeto de evitar la pérdida, deterioro o distracción de los bienes que son susceptibles de ser decomisados, por haber sido utilizado, o ser el producto de una infracción penal. (Rusconi et al., 2005, pág. 136).

El Fiscal, es quien solicitará la referente medida cautelar y el Magistrado de Garantías Penales la dictará, para ello se suscitará en que los bienes (muebles e inmuebles) que van a ser incautados son producto de un cometimiento penal ilícito o que de no proceder con la respectiva incautación, estos bienes serían empleados para fines delictivos; debido a ello, se procederá a tomarlos forzosamente (con la fuerza pública o entidad competente para ello), para que queden bajo tenencia de la autoridad judicial. Estos bienes servirán como prueba fundamental en contra del individuo procesado, si se demostrare su relación con ellos, quebrantando de esta forma su inocencia. Dependiendo del caso, dichos bienes incautados, podrían reparar el daño originado en el sujeto actor del proceso o quedarse decomisados bajo la administración del Estado, que procederá con ellos, de acuerdo a la normativa vigente.

Ahora bien, la incautación se regirá por unas reglas, dispuestas en el COIP, por el que los bienes y valores incautados durante el proceso penal serán entregados en depósito, custodia, resguardo y administración a la institución encargada de la administración y gestión inmobiliaria del Estado; tal incautación se mantendrá hasta que la o el juzgador emita una resolución definitiva y solo en el caso de que a la persona se le ratifique su inocencia, se le devolverá los bienes que están bajo administración temporal, caso contrario, serán transferidos directamente a propiedad del Estado (2014, art.557). De las

siete reglas que presenta este artículo en la normativa penal ecuatoriana, nos detendremos en el numeral tres:

3. La administración, previo al avalúo pericial, podrá vender en subasta pública, los bienes muebles de la persona procesada antes de que se dicte sentencia definitiva. Inmediatamente después de la venta, se consignará el dinero en una cuenta habilitada por el Estado para el efecto. En caso de quiebra financiera fraudulenta de persona jurídica financiera con patrimonio negativo, el dinero obtenido del remate servirá para el pago de los derechos de las acreencias de la entidad. El producto íntegro de esta venta más sus intereses se devolverán a la persona procesada en el caso de que sea ratificada su inocencia. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.557).

Del precedente precepto legal, cabe incurrir de forma crítica que con la venta de los bienes incautados antes de la sentencia, se estaría consumando una violación constitucional al vulnerar el derecho al debido proceso que tiene el imputado, por el que una persona es inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme, así lo ordena la Constitución ecuatoriana (2008) en su Art.76. Numeral 2. En relación a esta problemática, si el Estado vende en subasta pública los bienes incautados del sujeto procesado y éste tras la respectiva sentencia resulta ser inocente, no le quedará más remedio que aceptar el dinero de la venta más los intereses, lo que es injusto, porque quizás esta persona no pensaba en vender tal bien o le parece irrazonable el precio por el que se vendió.

- La Retención:

Se atribuye por mandato del administrador de justicia, tras solicitud del Fiscal y se aplica en bienes muebles, habitualmente sobre valores pecuniarios (rentas o créditos), sobre los cuales se realiza una retención cautelar, por un supuesto

hecho delictivo relacionado a ellos, dicha retención se la imputa al tenedor del bien (un tercero); dependiendo de lo que decrete el Juzgador de Garantías Penales, el bien retenido lo resguardará y conservará el tenedor actual (impedido de realizar ningún movimiento) o el mismo pasará a un depositario judicial, en lo que se realizan las investigaciones respectivas, dado que estos bienes retenidos se ejercerán como pruebas referente a la posible causa delictiva en la que se encuentra involucrado el procesado y contribuirán para la resolución judicial.

El enunciado del Art.555 del COIP dispone que:

En todo caso en que la persona procesada va a juicio, la o el juzgador dispondrá la prohibición de enajenar y la retención de las cuentas si antes no lo ha hecho, por una cantidad equivalente al valor de la multa y a la reparación integral de la víctima. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Dicho precepto legal, apunta a una retención de cuentas, es decir la cantidad que se le va a retener al imputado, la cual debe ser proporcional a la cantidad que asegure un resarcimiento integral de la víctima, más un recargo producto de la sanción, en el caso de que tras una sentencia el imputado resulte ser responsable sobre el hecho delictivo. Durante el tiempo que dure el proceso penal, el sujeto procesado estará privado de la posesión del bien que se le ha retenido, hasta que el Juez dicte una resolución judicial y se levante dicha medida de prevención real, resultando el acusado responsable o exculpado del delito.

-Prohibición De Enajenar:

Nombrando al autor Jose María Abella, éste interpreta a esta medida cautelar real, de este modo: “La prohibición de enajenar como tal implica la restricción

del dominio como una fórmula suspensiva en la que las causas que lo originan deben verse satisfechas para que sea cancelada” (Rubio, 2012, pág. 33).

El Juez De Garantías penales ordenará temporalmente y mientras dure todo el proceso penal, es decir, hasta que se emita la resolución judicial correspondiente, el impedimento de poner en venta, traspasar o donar el derecho que otorga el dominio del bien raíz al sujeto procesado; por consiguiente, no podrá perder la titularidad de dicho bien, pero si lo podrá tener bajo su posesión e incluso conceder ésta en forma de arriendo o comodato. Una vez decretada esta medida, la misma deberá inscribirse en el registro de la propiedad del lugar al que pertenezca. La intención de esta medida, es que en caso de que el procesado resulte responsable del hecho delictivo del que se le acusa, este bien inmueble sea la garantía para reparar el daño ocasionado a la víctima.

Concerniente a esto, en la norma penal ecuatoriana, se habla de prohibición temporal:

La o el juzgador podrá ordenar la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover fondos, activos, inversiones, acciones, participaciones, bienes o la custodia o el control temporal de los mismos, que serán entregados a la autoridad competente, para su custodia, resguardo y conservación temporal hasta una decisión judicial definitiva. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.556).

Concluyendo con las medidas cautelares reales, cabe advertir, que todas deben ser empleadas para asegurar la responsabilidad de los sujetos procesado, pero de acuerdo a un monto “que será fijado con equidad por la o el juzgador al momento que se ordene la respectiva medida” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.554).

1.5. Medidas cautelares para personas jurídicas

En materia penal, las medidas cautelares no solo se pueden producir hacia personas naturales, se practican también en personas jurídicas. Luís Rodríguez Ramos, añade que:

Es necesario que el Derecho Penal pueda reaccionar también frente a determinados ilícitos de las personas jurídicas. De este modo, la dogmática desbordada por la realidad, corre el peligro al no reaccionar con rapidez, de quedarse fuera de juego. Se debe tener en cuenta que los conceptos fundamentales de la dogmática penal de acción, culpabilidad y pena, se han configurado sobre la base del derecho penal que es el individuo. (1996, pág. 2)

En nuestro COIP, encontramos las siguientes medidas cautelares que se pueden aplicar actualmente, bajo ordenamiento del Juzgador:

1. Clausura provisional de locales o establecimientos.
2. Suspensión temporal de actividades de la persona jurídica.
3. Intervención por parte del ente público de control competente.

La intervención se podrá suspender previo informe del interventor.

La medida cautelar dispuesta por el juzgador tendrá prelación frente a cualquier otro procedimiento administrativo, aún si este último, se inició con anterioridad a la providencia judicial. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.550).

1.6. Finalidad de las medidas cautelares

A lo largo del capítulo, ha aparecido en un sin número de ocasiones, la palabra garantizar, porque efectivamente el fin de las medidas precautorias es asegurar la reparación integral de la presunta víctima, que resultaría afectada si no se las aplicara, por ello y dependiendo del caso el Juzgador invocará una o más medidas cautelares para este resultado.

Asimismo, el cuerpo normativo penal ecuatoriano pormenoriza el propósito con el que el Juzgador dictaminará las medidas cautelares, atendiendo a estos literales:

- ✓ Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
- ✓ Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
- ✓ Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
- ✓ Garantizar la reparación integral a las víctimas. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.519).

Todas las medidas cautelares que se han desarrollado en este ensayo, sin importar su tipo, persiguen en común que no se perjudique ningún elemento probatorio, que pueda resultar fundamental en la sana crítica del Juez a la hora de emitir su sentencia firme.

El autor Javier Sancho recalca dos principios que se aplica como fin de las medidas cautelares en materia penal:

- La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* se entiende la existencia de indicios de verosimilitud de las pretensiones de la parte que la solicita [...] la sospecha fundada de participación del imputado en hechos aparentemente delictivos.
- El peligro por la mora procesal o *periculum in mora*. Más allá de la valoración de los indicios, para que la medida esté justificada, debe existir un riesgo para la efectividad del proceso si no se

adopta una resolución judicial que acuerde las medidas solicitadas. (Durán, 2015).

En definitiva, el objetivo de las medidas cautelares es que el proceso judicial, por el que se ha acusado al procesado no quede iluso, es decir, sin que se le administre justicia, por lo tanto su fin es funcionar como un mecanismo instrumental del proceso judicial que ayude a ello.

2. CAPÍTULO II. PRISIÓN PREVENTIVA

2.1. Objetivo de la prisión preventiva

De la doctrina se desprende que:

La prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución. Se toma esta medida con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena. (Ernesto de la Jara, 2013, pág. 10).

En Ecuador, la Prisión Preventiva, de acuerdo al orden taxativo que se alude en el Art. 522 del COIP, se corresponde con la sexta y última medida cautelar de carácter personal asentada para asegurar la presencia del procesado con la Justicia. Una vez que se haya empezado el proceso judicial, dicha medida se podrá instaurar en contra de la persona acusada, solamente cuando el Fiscal del proceso la requiera indispensable para la continuidad del mismo, por lo que fundamentará al Juez la necesidad de ésta y conforme a ello, el Juez la ordenará o no.

Cabe reiterar en este punto, que si al inculpado se le promulga la prisión provisional, éste sigue siendo inocente, aunque permanezca en un centro carcelario, así lo dispone la Norma Suprema para todo proceso: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Constitución De La República Del Ecuador, 2008, art.76 num. 2). La norma penal ecuatoriana adaptándose a las nuevas doctrinas sobre Derecho penal acoge en su artículo 5 numeral 4 al principio constitucional citado previamente, únicamente como principio de inocencia, dado que lo que se presume es la culpabilidad, porque el estatus jurídico de toda persona es el de inocente y éste solo es destruido cuando la persona procesada es declarada culpable tras una sentencia, antes de ello, toda persona debería ser tratada como inocente.

Toda medida cautelar personal es provisional e instrumental al proceso, incluida ésta, es decir no condenatoria, luego su fin: “Consiste en la total privación al imputado de su derecho fundamental a la libertad de locomoción, mediante su ingreso en un centro penitenciario durante el trámite de un proceso penal” (Bernal y Lynett, 2002, pág. 217).

Por lo anterior expuesto, el objetivo que persigue la prisión preventiva, es que se llegue a concluir la litis del proceso penal con un fallo judicial ejecutoriado, consolidando al ciento por ciento la presencia del imputado en todas las etapas procesales, garantizando de este modo que se cumpla la pena en su contra si la hubiere y en consecuencia, para ello, se radicará esta medida coercitiva personal de índole extrema, eludiendo así una presumible fuga o la perjudicación de evidencias probatorias que podrían librar al procesado de su responsabilidad penal por la comisión del presunto delito.

2.2. Uso y aplicación de la prisión preventiva en el sistema acusatorio adversarial oral

2.2.1. Requisitos

La Prisión Preventiva, no limita parcialmente la libertad del individuo, la imposibilita totalmente, dado que esta persona permanecerá en un centro penitenciario hasta que a través de una sentencia se le ratifique su inocencia o se le condene, según la sentencia del juicio y en consonancia con el hecho punible. Con este proceder se atentan temporalmente a los derechos de libertad de toda persona considerados por la Constitución de Ecuador (2008), en su Art.66.

En razón de que la libertad de la persona, junto con el derecho a la vida, son los bienes jurídicos penalmente tutelados más importantes para todo ser humano, el cuerpo normativo penal ecuatoriano enuncia cuatro requisitos, que el Fiscal presentará fundamentadamente al Juzgador, el cual deberá verificar su cumplimiento de forma rigurosa, para ejecutar o no la referente medida cautelar y estos son:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará

que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 534).

En relación con el artículo del COIP antes mencionado, se añade también en él, que el parte policial jamás será un elemento de convicción en los puntos uno y dos para solicitar o conceder la prisión provisional, el parte policial es un instrumento únicamente referencial; además, el administrador de Justicia deberá constatar si el procesado ha contravenido otra medida cautelar distinta y previamente en cualquier otra causa. Ulteriormente, se examinará cada uno de los requisitos precedentes:

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

En este apartado, cabe aclarar que la infracción penal en general se clasifica en delitos (de ejercicio público o de ejercicio privado de la acción) y contravenciones (sancionadas con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días, según lo estipulado por el COIP en su Art. 19), de acuerdo a esto, este requerimiento se torna exclusivo además de excluyente; es exclusivo solo para los delitos de ejercicio público, pero es excluyente para las infracciones contravencionales y también lo es para los delitos del ejercicio privado de la acción penal. En los delitos de ejercicio público la acción incumbe a la Fiscalía y en los delitos del ejercicio privado la acción le compete a la víctima. Los delitos del ejercicio privado de la acción penal, de tal manera, los

excluidos para la aplicación de la prisión provisional, según el Art. 415 del COIP, son cinco: 1) Calumnia. 2) Usurpación. 3) Estupro. 4) Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. 5) Delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana; los delitos restantes tipificados bajo la norma penal son de ejercicio público de la acción.

Respecto a lo referido, se cita al jurisconsulto Alfonso Zambrano, el cual indica:

Deben existir las evidencias necesarias y suficientes para determinar que dicha conducta sea encuadrada dentro del marco penal, las mismas que permitan ser reconocidas en la etapa de indagación previa o también en los casos de flagrancia, para estar seguros de la existencia de un acto delictuoso, por ende esta acción se encuentra tipificada en el cuerpo legal correspondiente. (Pasquel, 2009, pág. 20).

Los elementos de convicción que el Fiscal fundamente al Juzgador deben ser claros y basados en los hechos, sin sospechas, acorde al principio de objetividad apreciado en el Art.5 Num. 21 del COIP, sobre la infracción penal investigada en contra del procesado, que conduzcan a un resultado de delito de ejercicio público; el Magistrado verificará el cumplimiento de este primer requisito bajo su discrecionalidad.

- Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva:

Esta segunda formalidad, advierte de la autoría o la complicidad que recae sobre el sujeto procesado por el cometimiento de una infracción penal, en la

que el acusador Fiscal justificará con indicios evidentes sobre la participación del inculpado en el hecho punible. José Cerezo Mir, citado por Edgardo Alberto Donna, explica al autor como: “Quien realiza el hecho, comprendiendo con esta palabra, tanto la acción, como la omisión” (2009, pág. 11).

El funcionario Fiscal tendrá que ser muy cauteloso con su imputación, para ello, se apoyará en su análisis que deberá ser explícito y según el cual determinará el grado de autoría del imputado en el delito de acción pública. La vigente normativa penal ecuatoriana diferencia tres tipos de autores: – Directo: Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata o quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo. – Mediato: Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión. Se pueden valer de cualquier método, para este fin. – Coautor: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.42).

También el cómplice puede ser privado preventivamente de su libertad, según la doctrina, son cómplices quienes: “De alguna manera cooperan, ayudan o auxilian -objetiva y subjetivamente- a la producción del hecho descrito” (Fierro, 2004, pág. 473). Para el COIP, el cómplice además participará con dolo en el cometimiento del delito, en el que cooperará con actos secundarios anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aún sin esos actos, la infracción se habría cometido (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.43).

En base a lo precedente, el Juzgador examinará que los elementos de convicción que se le han presentado para solicitar la prisión preventiva sean lo más coherentes y detallados, de no ser así, o de faltar precisión en los fundamentos razonados, no se debería ordenar esta medida cautelar personal.

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

En este punto, cabe acentuar que la presente medida precautoria personal debe aplicarse de ultima ratio, es decir excepcionalmente, solo cuando de forma razonada se demuestre que las medidas preventivas de carácter personal que de forma taxativa se encuentran enunciadas de la uno hasta la cuatro, en el Art.522 del COIP, no son suficientes y es necesario que el Juzgador dicte la prisión provisional, puesto que únicamente así, se confirmaría la asistencia del individuo enjuiciado penalmente.

El Fiscal como solicitante de esta medida, deberá exhibir el por qué las otras medidas cautelares personales no garantizarían que el imputado comparezca al proceso, en consecuencia, estos hechos materiales que el Fiscal expondrá, acontecen a la abundante carga probatoria que se tenga en contra del procesado, por lo que habría un alto riesgo de fuga u obstrucción del proceso.

Por mandato constitucional, se deberá tener presente el siguiente Artículo: “La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.77 num.11).

Aunque el cuerpo normativo penal ecuatoriano no lo introduce, los Fiscales también suelen aludir en este requisito a la figura fáctica del arraigo, dándole a entender al Juzgador que el imputado carece de él. El arraigo, entendido como tal, son los motivos que vinculan o atan a una persona con algo de forma prolongada, los cuales impedirían que el procesado eluda la causa penal que tiene en su contra, tales razones, entre otras pueden ser: El justificar una relación laboral (arraigo laboral), tener cargas familiares y ser el sustento de las

mismas (arraigo familiar), poseer bienes inmuebles con su registro de propiedad (arraigo económico), aportar a la sociedad con impuestos, estudios (arraigo social), etc. Todo lo referido deberá ser correctamente sustanciado con pruebas documentales.

El arraigo como tal, es fácil de probar, pero muy discriminatorio, dado que muchas personas no cuentan con estos recursos y eso no los convierte en más sospechosos que otras personas que si los posean. El arraigo social afectaría a los principios de legalidad e igualdad contemplados en el Art. 5 del COIP. Con esta figura: “El principio de presunción de inocencia se queda en buenas intenciones, y la libertad personal es devaluada aún más” (Laveaga y Lujambio, 2008, pág. 38). El juzgador valorará esta disposición a su sana crítica, aunque la misma debería ser erradicada, por lo manifestado anteriormente.

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

Junto con el primer requisito, éste es igualmente excluyente, dado que exceptúa a los delitos con penas leves, en los que se estima como máximo hasta un año de encierro penitenciario, así mismo, quedan desestimadas también las contravenciones según el Art.539 del COIP, Num. 2. La prisión preventiva es una medida cautelar y como tal, jamás podrá superar el tiempo definido en la norma penal por el hecho delictivo principal del proceso, haciendo énfasis en el principio de proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales, sustanciado en el Art.76 num. 6 de la Norma Suprema (2008).

Enfatizando con los cuatro requisitos mostrados con antelación, será competencia del Fiscal en la fase de investigación previa reunir los elementos de convicción, según lo dispone el Art.580 del COIP, en concordancia con el Art.195 de la Constitución ecuatoriana, que aduce que la Fiscalía dirigirá la

investigación pre-procesal y procesal penal. Por el contrario, la defensa técnica del procesado, facultará las razones que indiquen la no concurrencia de los presupuestos mentados, y en tal efecto, la no necesidad de la prisión provisional.

2.2.2. Principios de la prisión preventiva

Atendiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe sobre la guía práctica para reducir la prisión preventiva, se presentan los posteriores principios:

Excepcionalidad	Toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad, y sólo por vía de excepción puede ser privada de la libertad
Legalidad	La libertad del acusado sólo puede ser restringida con estricto apego a las normas
Necesidad	La prisión preventiva sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso
Proporcionalidad	Implica una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción
Razonabilidad	La prisión preventiva debe mantenerse durante un tiempo razonable. Aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, esta debe ser liberada si el periodo de la detención ha excedido el límite de lo razonable

(2016, pág. 10)

A continuación se analizarán los referentes principios:

- Principio de excepcionalidad:

El anunciando principio debe ser de sustancial aplicación, el mismo afirma que: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, art.9 num.3). El artículo previo apunta que el procesado debería someterse a otras medidas que garanticen la presencia de éste en el juicio penal, más no advierte el uso de la prisión preventiva como la regla habitual, lo referido, se encuentra también la Norma Suprema en su Art.77 numeral 1, donde se pronuncia también que la privación de la libertad no será la regla general.

Atendiendo a la Jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basó en la excepcionalidad y ordenó una indemnización a Daniel Tibi en su caso vs Ecuador, un ciudadano francés que estuvo 28 meses bajo prisión preventiva; en la parte pertinente a las consideraciones la Corte destacó la aplicación del referido principio sobre la prisión preventiva:

La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. (CIDH, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 106).

En lo que concierne al anterior caso, fue inconcebible que una persona estuviese tanto tiempo en un centro penitenciario, sin tener aún una condena, por lo que la CIDH demostró que se atentó claramente contra los derechos que el Estado debe garantizar al procesado, pues al ser una medida preventiva excepcional, primero se debería haber agotado las otras medidas de coerción

personales que persiguen el mismo fin que ésta, más solo de forma excepcional cuando dichas medidas alternas a la prisión preventiva no cumplieren con los requisitos formales, ni materiales, se debería aplicar la referente medida, pero de forma proporcional, acorde con la ley y no como una pena anticipada.

- Principio de legalidad:

En lo que atañe a este principio con la prisión provisional, la Constitución de la República del Ecuador lo destaca así:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (2008, art.76.num. 3).

Siempre se debe prestar atención al principio de primacía constitucional consagrado en el Artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). Para que esta medida cautelar personal proceda como legítima y cumpla con su finalidad, se deberán cumplir con todos los requisitos considerados en el Art.534 del COIP, revisados con anterioridad en este trabajo.

El juzgador no puede desobedecer este principio y actuar conforme a lo que crea oportuno, abusando de su autoridad, debe ejercer su decisión de forma sumamente motivada en la ley: “La motivación como instrumento de justificación racional de la decisión judicial sirve para controlar cualquier atisbo de arbitrariedad y, en este sentido, constituye un importante mecanismo de legitimación de la función judicial” (Binder et al., 2007, pág. 542). De igual manera lo afirma la Declaración Internacional de los Derechos humanos: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado” (1948, art. 9).

- Principio de necesidad:

La naturaleza jurídica de la prisión preventiva no es punitiva, sino cautelar, es decir instrumental al proceso, por lo que debe dictarse solamente cuando haya extrema necesidad por haber altos indicios y elementos de convicción precisos sobre la responsabilidad penal del hecho delictivo, cabe reiterar, que la carga de la prueba la practicará la Fiscalía acorde a su investigación, quien además solicitará al Juzgador que la decrete, argumentando que las medidas cautelares alternativas no imposibilitarían que el inculpado se diera a la fuga o perjudicase los elementos probatorios, evadiendo de esta manera la justicia, por lo que necesariamente se debe ordenar la prisión provisional para afianzar su comparecencia en el juicio.

Este principio está ligado con el principio penal de ultima ratio o último recurso, que se aplica cuando al Estado no le queda otra opción menos lesiva que garantice el fin propuesto, en este caso, la presencia del procesado en el juicio. Conforme a lo inferido, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) son muy claras: “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” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990, art.6 num. 1).

- Principio de proporcionalidad:

En la prisión preventiva la aplicación de este principio es de suma relevancia y tiene que ver con el trato que recibe el procesado por los operadores de Justicia, éstos le deben considerar como inocente durante todo el proceso judicial, por lo que las condiciones cautelares que se le impongan jamás deberán ser peores que las de un individuo que ya ha sido sentenciado como

culpable, sino en equidad a una medida cautelar procesal, reiterando que la prisión preventiva no es una pena anticipada. La proporcionalidad en la prisión preventiva se deberá practicar conforme a los delitos y acorde a su clasificación según la pena, es decir los delitos leves con penas inferiores a un año son descartados, puesto que la prisión preventiva no se podrá exceder de un año en ningún caso, así lo indica la Ley Suprema en su Art. 77 numeral 9, en estos delitos el Juzgador puede ejecutar una medida de coerción alternativa, incluso cuando los delitos no son tan graves, es decir, que su pena no supera los cinco años, tampoco sería proporcional determinar la prisión preventiva.

El Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal determina que: “En relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992, Art. 17). Consecuentemente, el Juzgador en su sana crítica, deberá ser lógicamente estricto con la proporcionalidad de la infracción penal y la medida cautelar personal que estipule conveniente a la causa penal sobre la que administra justicia, si determinaría prisión preventiva, bajo ningún modo, el plazo de ésta superará al de la pena del hecho delictivo.

- Principio de razonabilidad:

Este principio está enlazado con el principio anterior y advierte que todo precepto legal de índole penal ha de ser racional con los medios utilizados para acometer con su objetivo jurídico, no obstante, sería anticonstitucional: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (Constitución de La República del Ecuador, 2008, art.11 num.4)

Para el autor Germán Bidart Campos: “La razonabilidad y lo razonable superan las formalidades para internarse en un contenido sustancia que no es “puesto”

discrecionalmente por quien dicta la norma y adopta las medidas “razonables”, sino que se anuda a patrones axiológicos superiores y objetivos” (2007, pág. 54). Entonces, a la hora de perseguir un fin jurídico, que en el caso de la prisión preventiva es asegurar la comparecencia del procesado en el juicio penal, el Juzgador deberá constatar si esa es la medida cautelar más idónea de acuerdo al razonamiento jurídico del que él es intérprete, sobre el cual cimentará el por qué de su decisión, no cayendo en arbitrariedades, sino en razones justificadas jurídicamente.

Si finalmente el Juez encuentra los elementos necesarios para dictar la prisión provisional a la persona procesada, deberá ordenarla conforme al plazo determinado por la ley penal, sin excederse jamás de aquellos límites jurídicos; una vez que el inculcado haya cumplido con el plazo establecido, el juez ordenará el levantamiento de dicha medida coercitiva y la persona con prisión preventiva será liberada. También, el Juzgador deberá tener en cuenta la integridad física del procesado, por lo que si el Estado no está en capacidad de resguardar dicha integridad, tampoco se debería ordenar la referente medida de coerción personal, pues no sería razonable, dado que este tipo de prisión no es definitiva y aún dependerá de la sentencia judicial.

El Principio de Inocencia es muy importante en la aplicación de la Prisión Preventiva, éste será analizado con detenimiento en el capítulo tercero del presente trabajo académico.

2.2.3. ¿Cómo se determina el plazo de la prisión preventiva?

Así como el derecho ha ido evolucionando con el pasar de los años, los plazos previstos para la prisión preventiva también, que ha pasado de no tener en Ecuador un plazo de tiempo determinado (hasta antes de Agosto de 1998), lo cual vulneraba La Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus Arts. 3 y 9 respectivamente; hoy por hoy es inconstitucional que una persona imputada permanezca de manera ilimitada bajo prisión preventiva en un centro

penitenciario, siendo una garantía básica del procesado y responsabilidad del Juzgador en el proceso penal que la prisión preventiva: “No pueda exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.77. num.9).

Subsecuente a lo anterior, el Fiscal deberá dirigir la investigación y obtener los indicios suficientes para responsabilizar al inculgado sobre su autoría o participación en el hecho delictivo dentro de estos límites de tiempo que dura la prisión preventiva, que en ningún caso será mayor a un año. Una vez transcurrido el tiempo determinado por el Juez para esta medida cautelar personal, el procesado quedará inmediatamente en libertad, así no se haya finalizado aún con la fase de investigación previa o la etapa de instrucción fiscal, por su parte el Magistrado no podrá volver a ordenar nuevamente la prisión preventiva al inculgado, sin embargo, si podría dictar medidas preventivas de carácter personal menos lesivas a la prisión preventiva, que únicamente se levantarán una vez se celebre el juicio y se produzca una sentencia condenatoria o ratificatoria de inocencia.

Por su parte la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en el Pacto de San José sobre el derecho de Libertad Personal, pronuncia lo siguiente:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (1969, art.7 num.5).

Es necesario destacar en este punto, que en base a los derechos de protección y a los principios de inmediación con el de celeridad hallados en el Art.75 de la

Norma Suprema, el COIP (2014) en su Art.541, ha instaurado unas reglas acerca de la caducidad de esta medida precautoria personal:

No se podrá superar los 6 meses en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años (delitos de prisión) y un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años (delitos de reclusión); el plazo empezará a correr desde la fecha en que se ordena la prisión preventiva y solo cuando se dicte sentencia, se interrumpirá. La prisión preventiva caducará y quedará sin efecto si se exceden los plazos señalados, por lo que el juzgador ordenará la inmediata libertad de la persona procesada y lo comunicará al Consejo de la Judicatura.

También, si el procesado por cualquier medio impide o retarda su juzgamiento, para provocar la caducidad de esta medida, por causas no imputables a la administración de justicia, la orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá de pleno derecho el decurso del plazo de la prisión preventiva; pero, cuando la dilación que produzca la caducidad la lleve a cabo un operador de justicia se considerará que incurren en falta gravísima y deberán ser sancionados conforme las normas legales correspondientes.

Además, para la determinación del plazo tampoco se computará el tiempo que transcurra entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de las sentencias sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando estas sean negadas.

Por último, si para evitar la caducidad de la prisión preventiva el Fiscal solicita el inicio de una nueva causa penal por los mismos hechos, imputando otra infracción penal, será sancionado por infracción grave, de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial.

2.2.4. Improcedencia para casos especiales

Pese a que el Juzgador estimase indispensable en un determinado caso decretar la prisión preventiva como medida cautelar personal para garantizar la comparecencia del procesado, esta orden judicial no procedería penalmente, si el estado físico de la persona procesada no fuese el óptimo para que dicha medida precautoria se ejecute con eficacia, dado que de consumarse esta acción procesal penal, se expondría a la persona imputada a un riesgo muy elevado en contra de su propia integridad física; ateniéndose a ello y sin perjuicio de la pena de la presunta infracción penal, el Juez de Garantías Penales reemplazará la prisión provisional por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, siendo estas medidas menos lesivas, conforme a las condiciones físicas de la persona inculpada.

Ahora bien, para que un caso sea considerado especial, se deberá acoger a los siguientes parámetros legales:

1. Cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentre hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que requieren cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días más.
2. Cuando la persona procesada es mayor de sesenta y cinco años de edad.
3. Cuando la persona procesada presente una enfermedad incurable en etapa terminal, una discapacidad severa o una enfermedad catastrófica, de alta complejidad, rara o huérfana que no le permita valerse por sí misma, que se justifique mediante la presentación de un certificado médico otorgado por la entidad pública correspondiente.
4. Cuando el procesado sea miembro activo de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria y el hecho investigado tenga relación con una

circunstancia suscitada en el cumplimiento de su deber legal. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.537).

Así mismo, se introduce en el artículo previo del COIP una aclaración sobre los delitos que se investigan contra la integridad sexual y reproductiva, también sobre la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, para cuyos casos, el procesado no efectuaría el arresto domiciliario en el mismo domicilio donde se encuentre la víctima.

Haciendo alusión al autor Raúl Canosa Usera, afirma que: “El bien jurídico protegido abarcaría [...] también el bienestar corporal así como la apariencia personal, de tal suerte que las amenazas contra cualquiera de estos bienes constituirían lesión del derecho” (2006, pág. 90). Entonces, los adultos mayores, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas o de alta complejidad, que poseen derechos de atención prioritaria, de acuerdo al Art. 35 de la Constitución ecuatoriana (2008), serían personas muy vulnerables y su bienestar corporal se vería amenazado por sus condiciones físicas si estuviesen en un centro penitenciario para cumplir con la prisión provisional, por ello, es improcedente.

2.3. REVOCATORIA, SUSTITUCIÓN Y SUSPENSIÓN

2.3.1. Revocatoria

En el lenguaje jurídico-procesal y de forma general, para el autor Cristian Palacios, revocar significa: “Dejar sin efecto una resolución judicial por medio de otra, porque le resta la eficacia judicial que naturalmente está llamada a tener” (2015). En materia penal, concordando con la cita antedicha, la acción de revocatoria en lo que compete a la prisión preventiva, la defensa del procesado (sea Defensor Público o Privado) solicitará al mismo Juez de Garantías Penales que dictó tal medida precautoria la revocatoria de la misma,

por considerarla innecesaria e injustificada, conforme lo fija el COIP (2014) de forma clara en su Art.535, en el que se enuncia cuatro sucesos legales en los que será posible la revocatoria a la prisión preventiva, a continuación se analizarán los mismos:

1) Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron: Aquí, acontece demostrar en la respectiva audiencia de revocatoria que los indicios que en un primer momento incriminaban supuestamente al procesado en el delito, ya no lo imputan ni como autor o cómplice del mismo, al haber elementos de descargo corroborados por la Fiscalía que hacen que estos indicios o elementos de convicción sean insuficientes.

2) Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia: En este caso el Juzgador ordenará sobreseimiento para poner fin al proceso dejando al procesado en libertad, puede realizarlo antes de dictar sentencia a través de un auto escrito definitivo o en la parte pertinente de la audiencia preparatoria de juicio. El Magistrado establecerá sobreseimiento si el fiscal se abstiene de acusar, si la acusación sustentada del Fiscal no es suficiente para presumir la existencia del delito o participación del procesado, también si encuentra que se han establecido causas de exclusión de la antijuridicidad, de acuerdo al Art.605 del COIP (2014). Acorde a las causas de exclusión de la antijuridicidad, según la norma penal ecuatoriana, no existe infracción penal cuando: “la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, debidamente comprobados” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.30).

3) Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva: Una vez cumplido el plazo de la prisión preventiva por delito de prisión o reclusión, el procesado quedará inmediatamente en libertad.

4) Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida: Lo que determinará la invalidez de esta medida cautelar personal, si al momento de resolver su decisión judicial el Juzgador competente en materia penal observa una causa que vicie el procedimiento, declarará la nulidad de oficio o a petición de parte, según lo advierte el Art. 652 núm. 10 del COIP; o cuando el recurso de apelación a la prisión preventiva sea aceptado y concedido por un Tribunal de instancia judicial superior, siempre que se haya cumplido con lo dispuesto en el Art. 653. num. 5 para poder aplicar este recurso, en tal caso la prisión preventiva sería sustituida por otra u otras medida cautelares personales.

2.3.2. Sustitución

Primero será importante diferenciar entre revocatoria (antes explicada) y sustitución, según la doctrina: “La revocatoria de la medida de aseguramiento se diferencia de su sustitución, principalmente, en la finalidad buscada: la revocatoria persigue eliminar la medida porque ésta carece de sustento, mientras que la sustitución busca cambiar la medida por otra” (Montealegre y Bernal, 2013, pág.248). La sustitución pretenderá reemplazar a la prisión provisional por otra medida cautelar menos perjudicial de las contempladas en el Art.522 de la ley penal de Ecuador.

Para que el Juez de Garantías Penales conceda la solicitud de sustitución de la prisión preventiva presentada por la defensa del procesado o el Fiscal, dicha solicitud deberá ser correctamente fundamentada al producirse hechos nuevos o cuando surjan nuevos elementos probatorios que demuestren acontecimientos que no pudieron ser acreditados cuando se ordenó la prisión preventiva, quedando desvirtuados los motivos por los que el Juez dictó esta medida de coerción excepcional, según lo contemplado en el Art.521 del COIP.

En concordancia con el Art. 536 del cuerpo normativo penal ecuatoriano, no sería posible la sustitución de la prisión preventiva para infracciones

sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años (considerados delitos de reclusión). Si el procesado infringe la medida alternativa (que sustituye a la prisión provisional) el Juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Para los casos especiales del Art. 537 del COIP, especificados anteriormente en este trabajo, la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica solo acontecerán mientras dure la causa procesal penal, en ningún caso reemplazarán a la pena, si finalmente el imputado es sentenciado.

2.3.3. Suspensión

La suspensión al igual que la aplicación, revocatoria, sustitución o revisión de la prisión preventiva: “Será adoptada por la o el juzgador en audiencia, oral, pública y contradictoria de manera motivada” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.540). Así mismo, el Magistrado bajo su responsabilidad ipso iure deberá suspender la prisión preventiva cuando ésta cumpla con el plazo previsto por la Constitución de Ecuador.

Conforme al Art.538 de la normativa penal ecuatoriana (2014) la prisión preventiva se suspenderá cuando el procesado rinda caución; entonces el efecto jurídico de la caución será su libertad provisional y ésta según sugiere la doctrina es:

La que obtiene el procesado o acusado en el curso de una causa o proceso penal, antes de la resolución definitiva, para impedir o suspender la prisión preventiva, garantizando su presentación al juicio, y la eventual ejecución de la pena, por medio del suministro de una caución real o personal. (Andrade, 2009, pág. 829).

De la cita antes referida, cabe aclarar que con caución real se refiere al dinero o bienes del procesado y la caución personal apunta al dinero o bienes de un garante en beneficio del inculpado. Lo bienes con los que el sujeto procesado puede rendir caución consisten en: Dinero, póliza, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera, según el Art. 543 del COIP.

De cierta forma se puede concebir a la caución también como una medida cautelar personal que de ser admitida por el Juzgador suspenderá la prisión preventiva que este cursando el procesado hasta ese momento, dado que el fin de ésta al igual que el de la prisión preventiva de libertad será la de confirmar la comparecencia del sujeto procesado en el proceso hasta cuando se produzca la sentencia judicial y de ser el caso cumplir con la posible pena.

Sin embargo, la caución no podrá ser admitida en todos los casos, luego no siempre ésta suspenderá a la medida coercitiva de prisión preventiva, la inadmisibilidad se producirá: En los delitos cuyas víctimas sean niños, adolescentes, personas con discapacidad o adultos mayores; en los delitos donde la pena privativa de libertad supere los cinco años; también, si la persona procesada causa la ejecución de la caución; igualmente, en los delitos contra la inviolabilidad de la vida, secuestro, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la integridad sexual y reproductiva; finalmente, tampoco se la admitirá cuando el presunto infractor haya sido condenado con anterioridad por un delito que atente contra el mismo bien jurídico protegido (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.544).

La solicitud de la caución deber ser analizada y resuelta en audiencia oral, así como su modalidad junto con las formas, de acuerdo a los preceptos legales dispuestos por el Art.545 y 546 del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. La garantía que el procesado entregue en caución, de acuerdo a la forma elegida, debería ser suficiente en proporción con la infracción y el daño

presunto causado, para asegurar su cumplimiento con la responsabilidad judicial que presenta, evitando de esta forma una posible fuga. Con la caución se suspende la prisión preventiva y el procesado puede defenderse en libertad, pero si se llegase a ejecutar la misma, el Juez ordenaría nuevamente la prisión preventiva, continuando con la sustanciación del proceso.

2.4. Resarcimiento del daño por privación ilegal de libertad

Una vez culminada la audiencia de juicio, es decir la etapa que pone fin al proceso judicial, el Juez de Garantías penales dictaminará sentencia, la misma podrá ser condenatoria o ratificatoria de inocencia para el procesado; si los elementos de convicción resultaron insuficientes para incriminar claramente al procesado como autor o cómplice de la infracción penal, éste será declarado inocente por el Juzgador y puesto inmediatamente en libertad sin ningún cargo.

Según lo afirmado en el precedente párrafo, si el individuo procesado que hubiera permanecido un tiempo considerable en prisión preventiva recobra su libertad por sobreseimiento o a través de una sentencia que ratifique su inocencia del proceso penal, el Estado podría crear un fondo con el fin de indemnizar el daño ocasionado por la Justicia en el sujeto procesado, el daño para la autora María Fernanda Polo se considera a “todo perjuicio o menoscabo que se infringe a un individuo [...] en su integridad en su libertad, y que lleva consigo la obligación ineludible de reparación” (2011, pág. 65). Los perjuicios provocados a una persona inocente privada preventivamente de la libertad son demasiados, entre otros se encuentran: El daño moral y físico que posiblemente sufra en un centro carcelario, la separación familiar y deshonra con la sociedad, la afectación económica y laboral; y de por sí, todos los derechos de libertad garantizados por la Norma Suprema en su Art. 66.

En el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, en la parte pertinente de su inciso sexto, se especifica también que el Estado reparará cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego

sobreseído mediante providencia ejecutoriada, en la forma que indica el Código de Procedimiento Penal (que está derogado), incluyendo el daño moral; la forma que indicaba el anterior Código de Procedimiento Penal del año 2000 era la siguiente:

Cuando el procesado sea absuelto o sobreseído, deberá ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos, conforme lo previsto en los artículos anteriores. La indemnización será pagada por el acusador particular. Si no lo hubiere, la pagará el estado, que tendrá derecho a repetir contra quien haya inducido la acusación fiscal. (2000, art.419).

El COFJ debería reformar su Art. 32, dado que actualmente la ley penal se rige por el COIP; en cuanto a la reparación, solo le competará al Estado realizarla en favor de la persona que estuvo en prisión preventiva de forma errónea, pero que fue sobreseída o ratificada su inocencia del proceso; entonces, un individuo que estuvo en prisión preventiva de forma ilegal por una inadecuada o arbitraria administración de Justicia, debe exigirle al Estado una resarción por daños y perjuicios al vulnerar el principio constitucional de inocencia o la correcta aplicación de la ley, por ejemplo, al no cumplirse con los requisitos de la prisión preventiva del Art. 534 del COIP. Para realizar la reparación, de acuerdo al COFJ:

El Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales. (2009, art. 33 num. 1).

El artículo 172 de la Constitución de Ecuador (2008) expresa que “las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por

retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”; se deberá tener en cuenta también para exigir la reparación los Arts. 19 y 67 de la Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Incluso el Juez de Garantías Penales que dictó prisión preventiva podría ser acusado por delito de prevaricato por fallar contra ley expresa según el Art. 268 del COIP. En el plano internacional se han producido numerosas demandas al Estado ecuatoriano ante la CIDH exigiendo la reparación por daños y perjuicios, por la mala aplicación de la prisión preventiva, obteniendo el país pérdidas pecuniarias en la mayoría de los casos a favor de los demandantes, por lo que los administradores de Justicia deberán analizar muy bien si esta medida cautelar excepcional es la indicada o a su vez decantarse por una medida alternativa de las contempladas en el Art. 522 del COIP.

3. CAPÍTULO III. AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INOCENCIA

El autor Francisco D´Albora menciona que “la Presunción de Inocencia es un principio acorde al cual el individuo sujeto a proceso goza de una situación jurídica que no requiere fundar, sino que le corresponde derrumbar al acusador; que es el estado” (2003, pág. 25); de hecho, de la persona imputada solo se tiene la sospecha sobre su culpabilidad, más no la certeza de la misma, por lo que sus estatus de inocente se mantendrá durante todo el proceso penal hasta que una sentencia determine o no lo contrario, en razón de lo que esclarezcan las pruebas. La Convención Americana Sobre Los Derechos Humanos (Pacto de San José) refiere en su Art. 8 núm. 2 que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (1969); de igual manera lo corrobora La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 11 num. 1 según el cual:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en

juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (1948).

En concordancia con los tratados de Derechos Humanos revisados previamente, cabe decir que los mismos están garantizados por la Norma Suprema de Ecuador, que hace alusión al principio de Inocencia en su Art.76 num. 2, al igual que lo hace la norma penal en su Art.5 num.4 en el cual se afirma que: “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). A continuación, y en torno a este principio se desarrollarán los siguientes temas:

3.1. Falta de motivación jurídica al uso de la prisión preventiva

El Juez como servidor del sistema de Justicia para satisfacer la claridad procesal y resolutive de sus decisiones, debería explicar cómo aplicó la ley en cada una de ellas, concorde a la doctrina “la motivación de las decisiones judiciales en el ámbito penal es la forma de demostrar que se consideran todos los elementos de valoración de la situación jurídica y penal de una persona” (Gómez, 2009, pág. 58); en virtud de lo cual, el Juzgador de un proceso penal no deberá vulnerar ningún principio o derecho, ni tampoco caer en prerrogativas, evitando así que ninguna de las partes se encuentre perjudicada por un proceso judicial arbitrario.

Hay que señalar, que en la medida cautelar de la prisión preventiva, quien deberá motivar primero es el representante de la Fiscalía General del Estado cuando realice la petición al Juzgador de esta medida, verificando que todos los requisitos (contemplados en el Art. 534 del COIP) se cumplan para solicitarla; posteriormente, el Juez de Garantías Penales podrá o no ordenar el auto de dicha medida que privaría al procesado totalmente de su libertad, pero para ello, motivará objetiva y razonadamente conforme a la ley el porqué de su decisión haciendo énfasis en los elementos de convicción para justificar su

análisis, el cual deberá ser comprensible para las partes procesales para no lesionar los derechos constitucionales y fundamentales del debido proceso, ni romper con el principio de inocencia del encausado.

Una de las garantías del debido proceso consagrada en el Art. 76 num. 7 apdo. L) de la Norma Suprema es que:

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

Consecuentemente, la motivación jurídica que se debe dar en la prisión preventiva no es opcional, es obligatoria, de modo que de no haberla fundamentado debidamente se estaría violando a los derechos y garantías constitucionales plasmados en los Artículos 75, 76 y 77 de la Constitución ecuatoriana, lo que incurriría en una infracción grave hacia el servidor de la Función Judicial, debido a lo cual, se le podría imponer sanción de suspensión, conforme al Art.108 núm. 8 del COFJ.

Los servidores de la Función Judicial deberán tener muy en cuenta su rol con la Justicia, en el caso del Fiscal llegar a demostrar la verdad del caso judicial con acciones de cargo y descargo de evidencia; por su parte, el Juzgador desempeñar su función de tutela eficazmente en base al derecho objetivo, con la finalidad de que en una decisión judicial como lo es el dictar o no la prisión preventiva, solamente sea la ley quien determine la ejecución de tal acción, acorde a lo acotado, el autor Merck Benavides aclara que: “Todo trámite pre-procesal y procesal penal, debe desarrollarse al respeto incondicional de los derechos y garantías de la víctima y victimario” (2017, pág. 269). En este

punto, es importante destacar el derecho a la seguridad jurídica, el cual “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución De La República Del Ecuador, 2008, art. 82).

La Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 133-14-SEP-CC, determinó sobre el derecho a la motivación lo posterior:

La motivación se constituye en un derecho y a su vez en una obligación; en un derecho, ya que las personas pueden exigir que las autoridades públicas fundamenten sus resoluciones debidamente, mientras que en una obligación, ya que el efecto de una resolución inmotivada además de su nulidad es la imposición de sanciones a las autoridades responsables. En tal sentido, este derecho exige por parte de los operadores de justicia una justificación prolija y detallada de los fundamentos de una decisión, que no se restrinja a la aplicación de un ejercicio subsuntivo, sino por el contrario, que haga uso de las técnicas y principios que rigen la argumentación jurídica. (17 de Marzo de 2014).

Incluso, se podría interponer una acción de Hábeas Corpus de un proceso penal ante la Corte Provincial de Justicia para recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma arbitraria por orden de autoridad pública, según lo dispuesto en el Art. 89 de la Ley Suprema ecuatoriana; con esta acción se demostrará la ilegalidad y falta de motivación judicial que hubo cuando se ordenó la prisión preventiva.

3.2. Falta de probidad de los elementos de convicción

3.2.1. Insuficiencia de los elementos de convicción

En un delito de ejercicio público de la acción, por el cual el Fiscal haya solicitado prisión preventiva al Juzgador para asegurar su comparecencia a Juicio, le compete a éste demostrar objetivamente y sin presunciones los elementos de convicción que carga en contra del procesado como autor o cómplice del delito que le está imputando, lo cual es un requisito legal inquebrantable e interpuesto por la legislación penal ecuatoriana, en su Art.534. Los elementos claros y precisos que exhibirían la participación o no del procesado en la infracción penal se basan en indicios, que podrían convertirse en elementos de convicción, a partir de los cuales el Fiscal fundamentará en su solicitud de prisión preventiva al Juez de Garantías Penales para convencerle que éste requisito se ha cumplido.

Para el autor Pablo Gómez:

El indicio es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado, el indicio debe estar plenamente acreditado, es el hecho base de la presunción, es un estado fáctico o elemento que debe quedar acreditado a través de los medios de prueba previstos en la ley. (1996, pág. 228).

Referente a lo mencionado, se sustrae que a partir de los indicios establecidos por el Fiscal en su investigación, en la fase de indagación previa “se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 580); entonces, a partir de los elementos de convicción el Fiscal podrá conocer

la verdad de los hechos en su investigación (tanto para cargarlos en contra o descargarlos a favor del procesado), ya que éstos podrían convertirse en medios de prueba directa que determinarían acorde a su evidencia la culpabilidad o inocencia del sujeto procesado.

En este punto, cabe esclarecer que para que se produzca un delito necesariamente tiene que haber un daño como resultado que sea causado por alguien directamente o producto de su omisión de la acción; y, que el responsable de causarlo lo haya realizado materialmente conforme a una conducta punible y antijurídica, constituyéndose un nexo causal entre el delito con la materialidad y responsabilidad del procesado, la legislación penal ecuatoriana dispone que:

La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones. (2014, art. 580).

Así pues, los elementos de carga que sostenga el Fiscal para fundamentar la petición de prisión preventiva como medida cautelar personal deberán ser reales, más no justificados con sospechas o presunciones, porque de ser así, se estaría afectando y vulnerando al principio de inocencia de la persona acusada, por el que constitucionalmente se le deberá presumir y tratar como inocente durante el proceso penal. La doctrina sostiene que “de las presunciones se forma o deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes de que éstos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos” (Cabanellas, 1981, pág. 390); por lo tanto las simples presunciones no serán suficientes como elementos de convicción para acusar al procesado sobre el cometimiento de una infracción.

La legislación penal ecuatoriana expresa en su Art. art.454, numeral primero, segundo párrafo que “las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio” (2014); es decir hasta entonces seguirían siendo elementos de convicción, es importante esclarecer que la finalidad de la prueba será “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 453).

Por consiguiente, el Fiscal cuando requiera solicitar la prisión preventiva al Juzgador como la medida cautelar personal más acertada para el inculcado, deberá considerar objetivamente si los elementos de convicción son suficientes en base a la fuerte carga probatoria que se desprende de éstos, por lo que no cabría duda alguna de la participación del procesado en el delito penal, en ese caso si se estaría cumpliendo con el requisito segundo del Art. 534 para la solicitud de dicha medida cautelar, sin embargo, puede suceder que con el fin de asegurar los intereses de la presunta víctima se solicite esta medida aún no siendo estos elementos de convicción lo suficientemente claros y precisos, mismos que de llegar a la audiencia de juicio podrían ser contravenidos por la defensa del procesado, atendiendo al principio de contradicción, demostrando la inocencia de éste, en este caso se vería gravemente afectada la libertad personal del sujeto procesado por el tiempo que estuvo bajo prisión preventiva; la libertad es concebida como el bien jurídico más fundamental del hombre junto con el derecho a la vida. Por lo manifestado, el Fiscal en su rol de acusador deberá estar seguro al ciento por ciento que los elementos de convicción incriminan al sujeto procesado, de lo contrario y en consecuencia de que constitucionalmente la prisión preventiva no es la regla general, lo idóneo sería garantizar la presencia de éste con las medidas alternativas dispuestas por la legislación penal en su Art.522.

3.3. Arraigos

La figura del arraigo no está contemplada en legislación penal ecuatoriana, por lo que tampoco es posible por parte de la defensa de algún procesado presentar una demanda por daños y perjuicios ante la CIDH exigiendo la no consideración de esta figura de un Juez nacional que ordenó la prisión preventiva. El derecho penal es objetivo, no puede basarse en subjetividades que interfieran en ninguna decisión judicial, sin embargo, este supuesto del arraigo se refiere a la situación socioeconómica en la que encuentra el procesado, una situación que será distinta dependiendo de cada caso, por lo que de ninguna manera esta figura es objetiva. El arraigo afecta directamente al principio constitucional de igualdad, debido al cual: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (2008, art.11 num. 2).

En el proceso penal, en el que el Fiscal haya solicitado prisión preventiva al Juez de Garantías Penales, la defensa del imputado puede presentarle también al Juzgador unas razones justificadas que puedan acreditar que el procesado no simboliza un peligro para la sociedad, ni tampoco pretenderá evadir su responsabilidad con la Justicia, ni tampoco obstruir la investigación que se está realizando en su contra.

Brevemente, se puede definir al arraigo como un vínculo, algo que ata fuertemente al procesado, que podrá fundamentar estas razones materialmente. Entre los principales arraigos se encuentran: El laboral, el familiar y el social. El arraigo laboral puede evidenciarse con un contrato laboral, si la persona está afiliada al IES, si desempeña un papel muy importante que le hace casi imprescindible donde labora. En cambio el arraigo familiar, puede justificarse con las cédulas de los hijos menores de edad, cónyuge o familiares que se encuentre bajo el sustento del procesado, por ejemplo con el pago de colegiaturas, pago de hipotecas, arriendo, entre otras. Por su parte, el arraigo social puede verificarse con un certificado de estudios que demuestre que el procesado se encuentra cursándolo, si es miembro de un

sindicato o si también si brinda algún tipo de servicio a la comunidad. El número de documentos que puede presentar el imputado como arraigos para su contradicción al peligro procesal de fuga, es indefinido, todo dependerá si el Juzgador lo tome o no en consideración, para sustituir a la prisión preventiva.

Subsecuente a lo anterior, es importante aclarar que el arraigo en el proceso penal, se representa como un acto de contradicción por parte del imputado hacia el acusador Fiscal que advierte sobre un posible riesgo de fuga, sino se concede la prisión preventiva; esta figura del arraigo, aunque no debería (porque solo al Fiscal le competiría demostrar si existe o no peligro de fuga), suele ser tomada en consideración conforme a la sana crítica del Magistrado, que podría sustituir la prisión preventiva por otra medida de coerción personal de las fijadas en el Art. 522 de la normativa penal ecuatoriana, lo cual a modo de crítica, no sería algo justo, porque unos sujetos procesados puede que cuenten con importante actividad socioeconómica y otros no, entonces, la figura del arraigo es una ventaja que no todos poseen para obtener otra medida alternativa a la prisión preventiva.

3.4. La insuficiente aplicación de las medidas cautelares personales de no ultima ratio

En este punto, es oportuno reincidir en que constitucionalmente (Art. 77 num. 1) la prisión preventiva no es la regla general, así como el derecho fundamental de libertad no tendría que ser la excepción, pero ante esto, los administradores de Justicia han hecho caso omiso y acorde al último año existe una sobrepoblación penitenciaria en el país, claramente la prisión preventiva tiene mucho que ver en esto, pues “casi un 40% de la población carcelaria en Ecuador tiene prisión preventiva y, al momento, existe un hacinamiento de unas diez mil personas privadas de la libertad (PPL)” (EL UNIVERSO, 2019). Además, para el mentado diario Edmundo Moncayo, director del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad (SNAI), señaló que hasta ese entonces había 40.078 PPL. Para evitar el uso excesivo

de esta medida cautelar que priva de la libertad al procesado, provocado hacinamientos en los centros penitenciarios o posibles reparaciones en caso de que resulte inocente el encausado, los Juzgadores deberían dar prioridad y aplicar de forma adecuada las otras medidas cautelares personales que persiguen el mismo fin, como por ejemplo el dispositivo de vigilancia electrónica.

Los fiscales en su rol de acusadores, no están considerando significativamente el requisito número tres del Artículo 534 de la normativa penal ecuatoriana, por lo que cabe plantear la siguiente pregunta ¿Por qué no son suficientes las demás medidas cautelares para asegurar la presencia del imputado en el Juicio? Los acusadores Fiscales deberían responder con la demostración de indicios de manera objetiva y motivada, puesto que éstas medidas cautelares de carácter personal que son alternativas a la prisión preventiva, persiguen el mismo propósito que ésta, pero a pesar de que también son limitantes de los derechos de libertad contemplados en el Art.66 de la Ley Suprema, son por mucho menos lesivas que la prisión preventiva que restringe totalmente la libertad. Puede ocurrir, que el servidor Fiscal responda la pregunta planteada afirmando que el procesado incumplió una medida alternativa otorgada con anterioridad por el Juzgador, por lo que, no habría más remedio que el mismo Juez ordene la prisión provisional, o también, que debido a la notable y abundante carga probatoria encontrada por el Fiscal en un delito considerado como grave, sería impropio poner en riesgo el proceso judicial no ordenando la prisión preventiva; exceptuando estas hipótesis, para todos los demás casos que la ley faculte se debería ejecutar la aplicación de medidas de coerción alternativas a la prisión preventiva, puesto que éstas no son excepcionales.

En consecuencia con lo expuesto anteriormente, el Juzgador que es quien ordena la prisión preventiva deberá tener en cuenta los principios: Favor Libertatis y el principio Pro Homine. Para Leone Giovanni (1963) el principio Favor Libertatis es: “La posición del sujeto que soporta una limitación en la propia esfera de libertad jurídica, está favorecida por el derecho, en el sentido

de que dicha limitación sea siempre lo menos gravosa posible en la reglamentación de los intereses opuestos“ (pág. 188). El principio Pro Homine, alude que todo servidor judicial aplicará e interpretará la ley que sea más beneficiaria para la persona evitando la limitación de los derechos humanos.

4. CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES

Del análisis hallado en este trabajo, se puede colegir que las medidas cautelares desde su surgimiento con el Derecho Romano hasta la actualidad han perseguido un mismo fin y éste como está enmarcado constitucionalmente es que quien causó la violación de un derecho no se quede en la impunidad.

Se pudo constatar también, que un proceso penal desde que empieza con la investigación Fiscal hasta que concluye con una sentencia, es muy tardío, por lo que la utilización de estas medidas como instrumento del proceso es necesaria para evitar que el procesado pueda eludir de la Justicia, sin embargo, en los delitos que son ejercicio público de la acción, no siempre se elige la medida cautelar más adecuada, siendo la Prisión Preventiva la más utilizada por la presente Administración de Justicia del país.

En esta investigación académica se analizaron los requisitos de la Prisión Preventiva, de acuerdo a la reforma del COIP promulgada por el Registro Oficial No.107 que rige desde el 24 de Junio de este año 2020, haciendo hincapié, en que con los indicios hallados de responsabilidad en contra del procesado no bastaría de acuerdo al COIP reformado para ordenar la prisión preventiva y también en la falta de motivación tanto de Jueces como de Fiscales sobre el porqué las demás medidas cautelares personales no son suficientes; con la nombrada reforma de la normativa penal será obligatoria esta motivación por parte de los servidores Judiciales; el fin que se espera, es

el de no seguir haciendo un excesivo abuso de la prisión preventiva como hasta ahora.

Ecuador como un Estado de Derecho, siempre ha reconocidos los principios y derechos humanos en su legislación interna acorde a los parámetros internacionales como los de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluso sometiéndose como Estado a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y perdiendo en reiteradas ocasiones precisamente por aplicar la prisión preventiva inadecuadamente y de forma errónea afectando gravemente al principio de inocencia del que goza el sujeto procesado, además de vulnerar el derecho de libertad considerado como fundamental por la Constitución de Ecuador y también por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Como se justificó en este trabajo de investigación, un sujeto procesado podría revocar a la prisión preventiva cuando su aplicación no sea excepcional, dado que no es la regla general; cuando incumpla con los supuestos de su legalidad, al no estar suficientemente motivada; cuando no sea necesaria, es decir, que no se demuestre que las demás medidas cautelares personales son insuficientes; y, también cuando no se demuestre su proporcionalidad y razonabilidad en referencia a la gravedad de la infracción penal.

4.1. Recomendaciones

Como autor del presente ensayo académico y tras lo desarrollado en el mismo, se podría recomendar que se reforme y se cambie específicamente el requisito número 4 del Art. 534 del COIP, en vista que éste puede confundir a los actores judiciales en la aplicación de esta medida cautelar; se propone para ello, que la prisión preventiva se aplique únicamente para los delitos cuya pena

privativa de libertad sea superior a 5 años, considerados como delitos graves, en lugar de uno, dando prioridad a las demás medidas alternativas a la prisión preventiva contempladas en el Art. 522 en los delitos que oscilen de 1 a 5 años; se plantea esta propuesta en base a la sobrepoblación carcelaria y a los hacinamientos que se producen los centros de rehabilitación social del país, teniendo en cuenta que la prisión preventiva no es una pena anticipada, sino un instrumento del proceso penal.

A modo de recomendación, cabe sugerir también que se añada tanto en la Constitución, como en la normativa penal ecuatoriana, lo subsiguiente: En el primer caso un numeral en el Art. 77 como garantía básica y en el segundo como un artículo nuevo, que ya existía en el Código de Procedimiento Penal del año 2000, el hecho de indemnizar a la persona que se le haya privado de su libertad en un centro carcelario como medida cautelar personal para asegurar su comparecencia en el Juicio y que tras éste celebrarse dicha persona procesada haya sido ratificada como inocente. Actualmente, no hay ninguna norma que le ampare a esta persona para poder realizar algún reclamo jurídico formal por todos los daños y perjuicios que sufrió mientras se encontraba en un centro de privación de libertad, el Estado debería responder ante esta situación, porque con la prisión preventiva si la persona resulta condenada le descuentan el tiempo, pero si por el contrario, se le ratifica su inocencia ¿Cómo recupera el tiempo perdido? La indemnización, ante este escenario, debería ser propuesta y promulgada por los legisladores del país.

REFERENCIAS

- Andrade, R. V. (2009). Manual De Derecho Procesal Penal. Tomo II (IV ed.). Quito, Ricardo Vaca Andrade, Ecuador: Cooperación de Estudios y Publicaciones.
- Andrade, R. V. (2015). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal (Vol. 2). Quito, Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Bacigalupo, F. F. (2018). Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid, España: Universitaria Ramón Areces.
- Balanger, C. (1997). Medidas Cautelares. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Bautista, H. C. (2005). Aspectos dógmaticos, criminológicos y procesales del lavado de activos (1ra ed.). Santo Domingo, República Dominicana: Justicia Y Gobernabilidad - Escuela Nacional De La Judicatura - USAID.
- Betancourt, F. (2007). Derecho Romano Clásico (3a ed.). Sevilla, España: Publicaciones de la Universidad De Sevilla Manuelaes Universitarios.
- Binder, D. N. (2007). Derecho Procesal Penal (2da ed.). (A. D. Hogar, Ed.) Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional De La Judicatura - CONAEJ.
- Cabanellas, G. (1981). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Vol. 6). Buenos Aires, Argentina: HELIASTA S.R.L.
- Cabezas, M. F. (2011). Reparación integral en la justicia constitucional (Vol. 1). (J. M. Velasco, Ed.) Quito, Ecuador: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional.
- Calamendrei, P. (1996). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. (M. Araya, Ed.) Buenos Aires, Argentina: El Foro.
- Campos, G. J. (2007). Nociones Constitucionales. Las intersecciones. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

- CIDH. (2004). Sentencia: Caso Tibi Vs. Ecuador. Recuperado el 05 de Junio de 2020 de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- CIDH, C. I. (2016). Guía práctica para reducir la prisión preventiva. (O. C.-i.-P. Data, Ed.) Recuperado el 20 de Mayo de 2020 de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito, Ecuador: Legislación Codificada. CEP. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Quito, Ecuador: Legislación Codificada. CEP. Corporación De Estudios Y Publicaciones.
- Código de procedimiento penal. (2000). Quito, Ecuador. Registro Oficial Suplemento 360 .
- Colomer, J. L. (2007). Tutela Procesal Frente A Hechos De Violencia De Género. Castellón De La Plana, España: Publicacions de la Universitat Jaume I.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1990). Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. Recuperado el 26 de Mayo de 2020 de: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm#:~:text=Objetivos%20fundamentales,medidas%20sustitutivas%20de%20la%20p>
- Constitución De La República Del Ecuador. (2008). Constituyente, A. Quito, Ecuador. Legislación Codificada. CEP. Corporación De Estudios Y Publicaciones.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969) Recuperado el 15 de Mayo de 2020 de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Couture, E. J. (1976). Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

- Cuéllar, E. M. (2013). El proceso penal. Tomo II: estructura y garantías procesales (sexta ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cultos, L. Z.-M.-D. (2017). SERVICIO INTEGRADO DE SEGURIDAD ECU911. Recuperado el 12 de Mayo de 2020 de: <https://www.ecu911.gob.ec/dispositivo-de-videovigilancia-min-justicia/>
- D´Albora, F. J. (2003). Código Procesal Penal de la Nación. (A. Perrot, Ed.) Argentina: LexisNexis.
- Declaración Internacional de los Derechos humanos. (1948). Recuperado el 06 de Mayo de 2020 de: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Donna, E. A. (2009). La autoría y la participación criminal. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Durán, J. S. (2015). javiersancho.es. Recuperado el 6 de Mayo de 2020 de: <http://javiersancho.es/2015/08/12/medidas-cautelares-fumus-boni-iuris-periculum-in-mora-caucion/>
- Engaña, J. L. (2012). Derecho Constitucional Chileno (2da ed., Vol. II). (Santiago, Ed.) Chile: Ediciones UC.
- Ernesto de la Jara, G. C.-T. (2013). La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada? (1° ed.). Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.
- Falconi, J. C. (2008). La Corte Constitucional Y La Acción Extraordinaria De Protección En La Nueva Constitución Política Del Ecuador. Quito, Ecuador: RODIN.
- Fierro, G. (2004). Teoría de la Participación Criminal. Alcances. Modalidades, autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- Fingermann, H. (2016). Medidas Cautelares. Recuperado el 15 de Abril de 2020 de: <https://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/medidas-cautelares>
- Giovanni, L. (1963). Tratado de Derecho Procesal Penal” (Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Ejea.
- Gómez, M. I. (2009). La predecibilidad de las decisiones judiciales. (F. d. Universidad de Talca, Ed.) Ius et Praxis.
- Gómez, P. G. (1996). Derecho Procesal Penal. Granada, España: Comares.
- González, M. V. (2007). Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. X JORNADAS de DERECHO PROCESAL PENAL. (U. C. Bello, Ed.) Caracas, Venezuela: Publicaciones UCAB.
- Guri, M. D. (2013). Los Derechos Fundamentales - Derecho A La Libertad Frente A Las Medidas Cautelares Penales. España: JM BOSCH EDITOR.
- Jalvo, B. M. (2007). Medidas Provisionales En La Actividad Administrativa (1a ed.). Valladolid, España: LEX NOVA.
- La Convención Interamericana Sobre Cumplimiento De Medidas Cautelares. (1979). OEA. (Montevideo, Editor) Recuperado el 2 de Mayo de 2020 de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-42.html>
- León, A. G. (s.f.). La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el código procesal civil. (N. 5. Revista de Derecho Themis, Ed.) Recuperado el 6 de Mayo de 2020 de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9109>
- Lujambio, G. L. (2008). El Derecho Penal a juicio. Diccionario crítico (2da ed.). México D.F, México: PGR Instituto Nacional De Ciencias Penales.
- Lynett, J. B. (2002). El Proceso Penal . Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia .

- Medina, F. (2015). El Comercio. El arresto domiciliario es una medida poco usada por los jueces. Recuperado el 12 de Junio de 2020 de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/arrestodomiciliario-coip-embarazadas-terceraedad.html>
- Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. . Recuperado el 26 de Mayo de 2020 de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Palacios, C. (2015). El Recurso de Revocatoria. Enfoque Jurídico. Recuperado el 09 de Junio de 2020 de: <https://enfoquejuridico.org/2015/11/20/el-recurso-de-revocatoria/#:~:text=El%20concepto%20de%20revocatoria%20hace,naturalmente%20est%C3%A1%20llamada%20a%20tener.>
- Pasquel, A. Z. (2009). La prueba ilícita en el proceso penal. Guayaquil, Ecuador: CEP - Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Petit, E. H. (2007). Tratado Elemental De Derecho Romano (23a ed.). (J. F. González, Ed.) México D.F, México: PORRÚA.
- Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas. (1992). Reglas de Mallorca. Recuperado el 04 de Mayo de 2020 de: <http://cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>
- Rae.es. (2020). Real Academia De La Lengua Española. Recuperado el 12 de Abril de 2020 de: <https://dle.rae.es/medida>
- Ramos, L. R. (1996). La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Madrid, España: Dykinson
- Reglamento de Oficinas de Alguaciles y Depositarios Judiciales. (2008). Recuperado el 05 de Mayo de 2020 de: http://www.silec.com.ec/bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CIVIL-REGLAMENTO_DE_OFICINAS_DE_ALGUACILES_Y_DEPOSITARIOS_JUDICIALES&query=depositario%20judicial#I_DXDataRow1

- Rubio, J. M. (2012). *La División De La Cosa Común En El Código Civil* (4ta ed.). Madrid, España: Dykinson.
- Ruiz, L. C. (2007). *La Propiedad Intelectual: Medidas Cautelares En El Procedimiento Civil*. Madrid, España: VISION NET.
- Sentencia No. 133-14-SEP-CC. (2014). portal.corteconstitucional. Recuperado el 08 de Junio de 2020 de: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=133-14-SEP-CC>
- UNIVERSO, D. E. (2019). eluniverso.com. Recuperado el 15 de Junio de 2020 de: <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/12/19/nota/7657770/ecuador-40-personas-privadas-libertad-estan-prision-preventiva>
- Usera, R. C. (2006). *El Derecho A La Integridad Personal*. Valladolid, España: Lex Nova.
- Villareal, G. H. (2008). *Temas Vigentes En Materia De Derecho Procesal Y Probatorio*. Bogotá, Colombia: Universidad Del Rosario.

