



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

TEMA:

**DEBIDA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN
SUJECCIÓN AL DEBIDO PROCESO**

AUTOR:

AB. WILER FABRICIO CHOÉZ AVILÉS. M.SC.

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

TUTOR:

DR. JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ MSC.

GUAYAQUIL, ECUADOR

2021



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

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Abogado Wiler Fabricio Choéz Avilés**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez

REVISOR

Dra. Nuria Pérez Puig

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández Terán

Guayaquil, a los 08 días del mes de marzo de 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Wiler Fabricio Choéz Avilés

DECLARO QUE:

El Proyecto de Investigación **Debida aplicación de las medidas cautelares personales en sujeción al debido proceso** previa a la obtención del **Grado Académico de Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal IV**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

Guayaquil, a los 08 días del mes marzo de 2021

EL AUTOR

Wiler Fabricio Choéz Avilés



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

AUTORIZACIÓN

Yo, Wiler Fabricio Choéz Avilés

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, **la publicación** en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada: **Debida aplicación de las medidas cautelares personales en sujeción al debido proceso** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 08 días del mes de marzo de 2021

EL AUTOR:

Abg. Wiler Fabricio Choéz Aviles



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

INFORME DE URKUND

URKUND	
Documento	VERSIÓN FINAL CORREGIDA EXAMEN COMPLEXIVO DR. WILLER CHOÉZ AVILÉS.pdf (D97792233)
Presentado	2021-03-09 18:50 (-05:00)
Presentado por	Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)
Recibido	santiago.velazquez.ucsg@analysis.arkund.com
Mensaje	RV: Correcciones en Word y Pdf Mostrar el mensaje completo 4% de estas 40 páginas, se componen de texto presente en 11 fuentes.

AGRADECIMIENTO

Principalmente a Dios, el supremo creador que sin su voluntad nada es posible. A mis padres por sus principios y valores que son pilar fundamental de mi moral y de mi ética. A mis distinguidos catedráticos de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil en la Maestría de Derecho Mención en Derecho Procesal, quienes con su dedicación y sabiduría han ampliado mis horizontes cognitivos en el vasto campo y ciencia de los procedimientos al servicio de la justicia.

Con todo aprecio, Wiler

DEDICATORIA

A Dios, mis padres, y a todos mis amigos y maestros que he conocido en mi formación profesional porque con su apoyo, enseñanzas, motivación y consejos he podido escalar un peldaño más en el vasto mundo del saber jurídico.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	2
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD	3
AUTORIZACIÓN	4
INFORME DE URKUND	5
AGRADECIMIENTO	vi
DEDICATORIA	vii
ÍNDICE	viii
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	1
Planteamiento del problema científico	3
Preguntas	4
Premisa	6
Objetivos	7
Objetivo general	7
Objetivos específicos	7
Novedad científica jurídica	8
Métodos en la investigación jurídica	8
Métodos teóricos	9
Métodos empíricos	9
CAPÍTULO I	10
MARCO TEÓRICO	10
1.1 Antecedentes	10
1.2 Antecedentes de las medidas cautelares	12
1.3 Objeto de las medidas cautelares	13
1.4 Las medidas cautelares en el derecho procesal del Ecuador	15
1.5 Clasificación de las medidas cautelares	17
1.6 Características de las medidas cautelares	19
1.7 Principios rectores de las medidas cautelares	21
1.8 Medidas cautelares estipuladas en el artículo 522 del COIP	23

1.8.1	Prohibición de ausentarse del país.....	23
1.8.2	Presentación periódica ante la autoridad.....	24
1.8.3	Arresto domiciliario	24
1.8.4	Dispositivo de vigilancia electrónica	25
1.8.5	Detención.....	25
1.8.6	Prisión preventiva	27
1.9	El debido proceso como garantía constitucional	30
1.10	El debido proceso en materia penal.....	34
1.11	Medidas cautelares en el debido proceso	36
1.12	La carga de la prueba	39
1.13	El arraigo social.....	40
CAPÍTULO II.....		43
MARCO METODOLÓGICO.....		43
2.1	Tipo de investigación.....	43
2.2	Enfoque cualitativo	43
2.3	Métodos y técnicas para la investigación jurídica	44
2.3.1	Método documental.....	44
2.3.2	Método exegético-jurídico	44
2.3.3	Método jurídico-comparado.....	45
2.4	Método empírico.....	46
2.5	Población y muestra	48
CAPÍTULO III.....		49
ANÁLISIS.....		49
3.1	Análisis Caso N° 1	49
3.1.1	Acta resumen	49
3.1.2	Análisis	49
3.2	Análisis de caso N° 2	51
3.2.1	Acta resumen	51
3.2.2	Análisis	53
3.3	Análisis jurídico comparativo de la prisión preventiva entre Ecuador y Alemania	55
CAPÍTULO IV		58
DISCUSIÓN.....		58
CONCLUSIONES.....		68

RECOMENDACIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	72

RESUMEN

El siguiente trabajo tuvo como título Debida Aplicación de las Medidas Cautelares Personales en Sujeción al Debido Proceso, el cual tuvo como objetivo el analizar la medida cautelar personal de la prisión preventiva con la finalidad de una revisión a su correcta aplicación en los procesos penales del Ecuador, con sujeción al debido proceso. Para esto se utilizaron métodos de investigación documental, exegético jurídico, jurídico comparado con el fin de presentar el estado actual de la prisión preventiva en el Ecuador. Sobre la presente investigación, se llegó a la conclusión de que la prisión preventiva, aunque estipulada adecuadamente en el COIP, esta no es aplicada adecuadamente por lo que se sugirió que existiera un mayor control en estos casos y se considerara un principio de proporcionalidad al momento de medir los efectos que esta medida tendría en los ciudadanos para preservar sus garantías constitucionales de los procesados.

Palabras claves:

Prisión preventiva – debido proceso– Reforma – Garantías constitucionales

ABSTRACT

The following work was entitled Due Application of Personal Precautionary Measures in Subjection to Due Process, which aimed to analyze the personal precautionary measure of preventive detention with the purpose of a review of its correct application in the criminal proceedings of Ecuador, subject to due process. For this, documentary, legal exegetical and comparative research methods were used in order to present the current state of preventive detention in Ecuador. Regarding the present investigation, it was concluded that preventive detention, although adequately stipulated in the COIP, is not properly applied, so it was suggested that there be greater control in these cases and that a principle of proportionality be considered at the time. to measure the effects that this measure would have on citizens to preserve their constitutional guarantees of the accused.

Keywords:

Pretrial Detention - Due Process - Reform - Constitutional Guarantees

INTRODUCCIÓN

El tema de medidas cautelares en el Ecuador resulta un tanto polémico sobre todo al momento de aplicar la prisión preventiva puesto que existe mucho sesgo, más sin embargo se debe recordar que esta medida debe ser impuesta como ultima ratio en los procesos penales.

El objeto de estudio de la presente investigación se centra en la prisión preventiva como medida cautelar personal y su debida aplicación los procesos penales debido a que no siempre se motiva de manera adecuada su solicitud y posterior imposición de acuerdo a los requisitos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal la solicitud y su posterior imposición.

Ahora bien, las medidas cautelares objeto de estudio son las de tipo personal, que según Flores (2016) reconoció al respecto:

Que estas medidas tratan de que la persona procesada no evada el accionar de la justicia y que concurra en todas las etapas procesales, en especial al tratarse de la etapa de juicio que por su carácter de oralidad y contradicción se precisa de la presencia de la persona procesada. Del mismo modo, estas medidas buscan asegurar que la persona procesada en caso de ser inculpada cumpla con su condena, lo que se materializa a través de la privación de la libertad. (p.2).

De la cita anterior, se verifica que son importantes las medidas cautelares en el proceso penal, puesto que procuran garantizar de cualquier manera la asistencia del procesado cuando se la requiera, y además se tiene que la prisión preventiva debe aplicarse

si se verifica motivadamente que es la única medida que asegure la comparecencia al proceso.

Es necesario destacar existen casos en los cuales se solicita sin mayor motivación por parte de la fiscalía la prisión preventiva y esta se otorga por parte del juez, incluso sin tomar en cuenta lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs Ecuador* (2004) que indica: “se debe resaltar una de las medidas más severas en los procesos penales es la prisión preventiva, la cual debe motivarse y aplicarse de manera excepcional” (p. 106).

En cuanto al campo de estudios de la presente investigación, este se centrará en la investigación documental de la doctrina y normas penales con respecto de la prisión preventiva como medida cautelar personal estipulada en el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual indica las modalidades de medidas cautelares en los procesos penales, para asegurar la presencia de la persona procesada, estas medidas son: la prohibición de salida del país, que el procesado se presente de manera periódica ante autoridad competente, arresto domiciliario, imposición de un dispositivo electrónico para la vigilancia, detención y por último la prisión preventiva.

El juzgador puede aplicar el dispositivo de vigilancia electrónica en los casos de la prohibición de salida del país, asistencia periódica ante la autoridad competente, y arresto domiciliario.

Este artículo trazara el camino para las medidas cautelares que tienen como su finalidad el aseguramiento de la persona procesada, siguiendo esta línea de pensamiento, el Código Orgánico Integral Penal estipula en el artículo 534 los requisitos para la prisión

preventiva los cuales son: la existencia de suficientes elementos de convicción para el ejercicio público de la acción respecto del procesado sea este autor o cómplice, indicios de que las medidas cautelares que no privan de libertad no son suficientes, y exista la necesidad de aplicar la prisión preventiva, y finalmente que sea una pena privativa de libertad que supere 1 año.

En consecuencia, corresponde al juez o magistrado que al momento de decidir sobre la situación jurídica –procesal del procesado, debe considerarse si esta persona no ha incurrido en incumplimiento de otras medidas cautelares que se hayan dispuesto sobre otra persona en instancias previas del proceso.

Planteamiento del problema científico

En el 2017 de acuerdo a datos del Ministerio de Justicia del Ecuador, se pudo evidenciar que alrededor de 12.680 personas se encontraban privadas de libertad con motivo de la prisión preventiva, representado el 36.11% de las 35.223 personas privadas de libertad en el mismo año; por otra parte, en el año 2016 en Alemania se encarcelaron a 12.992 por prisión preventiva, de 82.2 millones de habitantes que posee ese país respecto de los 17 millones de habitantes del Ecuador, por ende, en Ecuador, existe una tasa 5 veces mayor de personas privadas de libertad que en Alemania (Krauth, 2018).

Un punto que llama la atención es el actual régimen penitenciario ecuatoriano, cuanta con dos objetivos que debe cumplir: la rehabilitación integral y la reinserción social de las personas privadas de libertad, pero cabe preguntarse ¿si en Ecuador se cumplen estos objetivos?

Ahora bien, el problema científico gira en torno al incremento sin mayor control de las personas privadas de libertad, siendo una especie de llamada de atención debido a que una sociedad no es más justa por tener a más gente encarcelada.

Cabe acotar en relación con la excesiva aplicación de la prisión preventiva, esta a su vez en caso de ser dispuesta sin considerar otras medidas cautelares, atentaría en cuestión respecto de las garantías de mínima afectación a la libertad que propone el COIP. Es por este motivo, que armonía de lo que dispone esta garantía, y en relación con los postulados garantistas de la Constitución y de los estándares internacionales de CIDH, es indispensable aplicar se otras medidas cautelares alternativas. Esto se da debido a que en algunos casos si se dicta esta medida y en otros casos de conmoción nacional tales como los procesos contra los hermanos Alvarado, los procesados en los casos de los hospitales del Seguro Social se dictan medidas alternativas, es por esta razón que los jueces con mayor razón están obligados a aplicar la medidas más racional y proporcional según los hechos que les corresponde resolver.

Lo principal en cuanto a cualquier alegato acerca de la prisión preventiva, en las llamadas audiencias de flagrancia, es la intensidad del peligro procesal de que el sujeto procesado no acuda a dicho proceso penal, este “peligro procesal” más bien se reputa que es un requisito no escrito en la norma, pero indispensable para la aplicación de cualquier medida cautelar, porque si no existiera peligro procesal entonces no se aplicarían las medidas cautelares.

Preguntas

El debido proceso ecuatoriano se creó con la finalidad de otorgar protección a las personas que se encuentren inmersas en un proceso penal, y que los derechos garantizados en la Constitución del Ecuador, se encuentren respaldados por diferentes leyes, convenios, y tratados. Este debido proceso en teoría constituye aquella tutela de las partes procesales en litigio, puesto que como dice la ley es verdad que los procedimientos legales tienen equidad, respeto por las partes de igual forma, pero la realidad es que no siempre las cosas son como se dice ya que existe la ilegalidad, y porque no decirlo hasta la corrupción.

Ahora bien, para poder restringir, limitar o afectar los derechos constitucionalmente garantizados de libertad de las personas, las medidas cautelares deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y estar expresamente previstas y reglamentadas en las leyes procesales; en uno u otro caso, indudablemente que la medida cautelar afecta a bienes jurídicos del procesado, pero el sentido de la lesión no puede ir más allá de lo que se pretende con la aplicación de la medida, por lo tanto, bajo punto de vista alguno puede ser una situación que entrañe efecto represivo del hecho incriminado que se juzga, que es como inadecuadamente se pretende, incluso a partir de la dogmática procesal indebidamente concebida.

Ahora bien, muchos autores ecuatorianos coinciden en la arbitrariedad de estas medidas por el maltrecho sistema judicial, la libertad del procesado dentro del proceso es una pena anticipada. En ocasiones se desentienden a las medidas cautelares personales para aplicarlas en contra del procesado, dentro de estas medidas se encuentra la privación de la libertad son de carácter excepcional, y se las aplica en ocasiones sin justificativos de convicción.

En la actualidad el principio doctrinario procesal radica en que se aplique la restricción a la libertad del procesado siempre que exista la posibilidad de que este eluda su responsabilidad procesal para dejar en la impunidad el hecho por el cual se le está sometiendo a la justicia.

En tiempos actuales, de parte de la CIDH (2018) se expone el hecho que una de las problemáticas trascendentales que afrontan el respeto por los derechos y garantías de las personas que en calidad de privadas de su libertad, es que estas precisamente lo están por la aplicación irracional, indiscriminada y carente de proporcionalidad por parte del sistema de justicia. Prueba de esto es que estadísticamente, a través de una investigación en que se censó a 15 Estados latinoamericanos, se evidenció y se probó que el 53.62% de estas personas ya tienen en su contra una sentencia, en tanto que el 46.38% se le ha dictado prisión preventiva. Estas cifras son parte de una realidad insoslayable que refleja la tendencia de gran poder punitivo de los Estados.

En tal sentido para este proyecto de investigación se tienen las siguientes preguntas: ¿En qué sentido puede limitarse el uso desproporcionado INJUSTIFICADO de la prisión preventiva como medida de ultima ratio para hacer comparecer a una persona procesada?, además surgen las siguientes interrogantes subsidiarias: ¿Se está aplicando la prisión preventiva con idoneidad en los procesos penales?, ¿Qué garantías ofrecen las medidas cautelares personales respecto casos de conmoción social? ¿Se están motivando adecuadamente la solicitud y otorgamiento de la prisión preventiva?

Premisa

El sentido de estas medidas cautelares es destinarse a evitar los incidentes que pudieran darse en el curso del proceso y que buscan asegurar el cumplimiento cabal de la pena, en el caso de haber sido impuesta. En el caso de que la autoridad condenará al procesado, pero si el trasgresor incumpliera con la sanción, el aparato judicial sería burlado y se pondría en peligro la estabilidad social y la impunidad desde la sociedad desembocando en una inseguridad jurídica; Por lo tanto, lo que se pretende es ubicar en su verdadero sentido a la medida cautelar personal; especialmente la que guarda relación con la privación de la libertad que es la que más ha sido manipulada con sentido represivo en el ejercicio de la justicia penal.

En cuanto a la medida cautelar de prisión preventiva es necesario realizar una revisión para verificar presuntas violaciones al debido proceso tales como la falta de motivación al solicitarla por parte del fiscal y al otorgarla por parte del juez, además es necesario revisar el principio de independencia judicial.

Objetivos

Objetivo general

Analizar la medida cautelar personal de la prisión preventiva con la finalidad de una revisión a su correcta aplicación en los procesos penales del Ecuador, con sujeción al debido proceso.

Objetivos específicos

1. Realizar una revisión teórica doctrinaria de la medida cautelar personal de la prisión preventiva dentro de la legislación ecuatoriana.

2. Analizar la correcta aplicación de la medida cautelar personal de la prisión preventiva sobre todo la prisión preventiva dentro del sistema jurídico penal ecuatoriano.
3. Revisar los respectivos casos en relación con los presupuestos que han fundamentado las resoluciones por los que se acoge a las peticiones encaminadas a la aplicación de la prisión preventiva.
4. Aplicar derecho comparado de la prisión preventiva en Ecuador con los países de primer mundo para proponer mejoras a la aplicación de las medidas cautelares personales.
5. Determinar los correctivos necesarios en el sistema penal en específico a la norma para mejorar la aplicación de las medidas cautelares personales con sujeción al debido proceso.

Novedad científica jurídica

Se plantea como solución a esta problemática, la realización de revisiones de los casos en los cuales se concede la prisión preventiva y capacitaciones constantes tanto a jueces como fiscales para poder motivar de manera adecuada la solicitud y de ser el caso conceder esta medida sin que se vea afectado el Debido Proceso. Por otra parte, se aplicará derecho comparado para analizar la prisión preventiva en países de primer mundo con relación a Ecuador con el fin de obtener una visión más amplia de como brindar una solución al objetivo general expresado en el presente documento.

Métodos en la investigación jurídica

Métodos teóricos

En cuanto a los métodos teóricos a emplearse en el presente proyecto se utilizarán: documental, exegético jurídico, jurídico comparado. La implementación de estos permite realizar una investigación documentada tanto a la doctrina, las normas ecuatorianas y el derecho comparado.

Métodos empíricos

Respecto de la aplicación de los métodos empíricos, se procede al desarrollo de los estudios de casos, en los que se pueda demostrar cómo se incumple con el requisito de motivación para la solicitud y la concesión de las medidas cautelares de prisión preventiva según las normas procesales penales del sistema jurídico ecuatoriano.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes

Las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia emitida por el órgano judicial, evitando la dilatación de la eficacia del derecho del peticionando durante el proceso (Morillo, 2017).

Estas medidas en el contexto de la doctrina se las reconoce con la denominación de acciones cautelares o acciones con efecto conservativo. En efecto, reciben esta denominación y se les atribuye este reconocimiento por cuanto se procura evitar que se evada el accionar de la justicia, además que se incumpla con las penalidades impuestas en sentencia en caso de establecerse responsabilidad penal. No obstante, estas medidas tienen por atribuidos criterios que catalogan que buscan garantizar otros derechos como asegurar la contradicción de pruebas, así como la seguridad de las personas ante eventuales comisiones de nuevos delitos.

Buscan evitar que haya un incumplimiento de la sentencia al momento de ejecutársela como un elemento principal para garantizarse el derecho a la defensa y el derecho de la seguridad jurídica para que se cumpla con los procesos o la justicia por parte de los operadores de justicia para proteger los derechos sustanciales quienes son titulares litigantes del proceso.

Por medio de una ciencia procesal, a mitad del siglo XX, existieron elementos comunes como el secuestro, embargo, intervención judicial, entre otras que les otorgaron,

posteriormente un sentido de unidad. Posteriormente, se fueron reconociendo por la doctrina, tribunales una serie de principios, características y presupuestos que han informado a la tutela cautelar (Tortasa, 2014).

Cabe destacar que las medidas cautelares pueden ser reales o personales, las reales por lo general se aplican en su mayoría en el área civil, donde se realizan embargos de bienes por obligaciones pendientes entre otras medidas, en cambio las medidas cautelares personales guardan relación con la presencia de una persona en los procesos penales, en tal sentido de acuerdo a los requisitos se tiene el arresto domiciliario y la medida de la prisión preventiva la cual se aplica en una última instancia.

Para la vulneración del derecho del peticionario quien inicia una acción penal privada o pública, se configuró las garantías procesales de las medidas provisionales. Permitiendo que, estas obliguen o garanticen la inmediación o intervención del investigado al proceso y, este puede ejercer el derecho a la defensa o replica sobre el delito imputado. Al resolver el caso en concreto y emitida una sentencia, el juez mediante las medidas establecidas, tiene la forma de ejecutar la misma en contra de aquella persona, de ser el caso evitando que existe algún incumplimiento a la misma o un retraso para el cumplimiento de la sentencia.

Ahora bien, en cuanto a estudios previos en el país se destaca la Tesis de Maestría en Derechos Procesal realizada por Oscar Obando en el año 2018 en la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito, trabajo de investigación que tiene como título “Prisión Preventiva. Las tensiones entre la eficacia procesal y presunción de inocencia”, en la cual se realiza un estudio teórico de la prisión preventiva teniendo en cuenta que esta medida debe ser

aplicada de forma excepcional, de manera proporcional y cuando sea necesario. (Obando, 2018)

Siguiendo el estudio del arte existe otra tesis de Maestría en Derecho Constitucional que se titula “La prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia”, en la cual se indica que en efecto la prisión preventiva se debe proporcionar con excepcionalidad y que antes de esto, se debe prever la implementación de las demás medidas cautelares sustitutivas. También se señala que debe primar el derecho de la libertad de las personas y la presunción de inocencia. (López, 2017)

Otro trabajo de investigación realizado en el país el cual guarda relación con el presente proyecto es el titulado “Las medidas cautelares en el sistema penal ecuatoriano y su aplicación en el estado constitucional de derechos y justicia”, en la cual se indica que al momento de aplicar las medidas cautelares personales en el proceso penal se debe tomar en cuenta los derechos estipulados en la carta magna y los tratados internacionales para que no exista ninguna vulneración dentro del proceso penal. (Tamayo, 2018)

1.2 Antecedentes de las medidas cautelares

Estas medidas por una parte de la doctrina no se les podría atribuir la calidad de ser un medio de castigo para el infractor de las medidas penales, por lo que todo castigo anticipado en un juicio sería contrario a las garantías de la Constitución. Es por este motivo, que las medidas cautelares se podrían reconocer como medidas de seguridad tanto para las personas como para los intereses del proceso penal. (Olaya, 2015).

Del mismo modo, se considera que esta medida implica un mecanismo de tutela por el que se limita en cierto modo la libertad, pero es para tratar de garantizar la eficacia

procesal para administrar justicia en materia penal. De esa manera, se podría determinar que el sistema judicial busca hacer justicia.

Entre otros criterios, la medida cautelar limita el derecho sustancial, porque no solo se debe entender el factor de administrar justicia como un deber del Estado, sino que también a través de esas medidas se puedan llevar a cabo garantías que puedan certificar la eficiencia y la legitimidad de los actos del poder de justicia.

En el ámbito del derecho sustancial, se puede catalogar que estas medidas son la representación de un sistema de tutela inmediata, por lo que se busca con prontitud arribar a un fallo o resolución procesal, sin que se produzcan dilaciones o retrasos dentro de la sustanciación de la causa. Por lo tanto, adquieren la calidad de instrumentos que de alguna manera procuran asegurar ciertos resultados del proceso penal.

En cuanto a lo que propone el tratadista Calamandrei (2008), las medidas cautelares tienen un carácter preventivo según lo que establecen las normas jurídicas, motivo por el cual se trata de arribar a la eficacia de la gestión procesal que parte del auto emitido por el juez que ordena su práctica o aplicación.

1.3 Objeto de las medidas cautelares

El objetivo de las medidas cautelares es “ser elementos garantistas en el proceso, previo a la sentencia, limitando o privando un derecho de la persona a la cual está sujeto a una investigación pre-procesal.” (Daudi, 2018).

Entendiéndose que, no hay la posibilidad que el sujeto en una investigación actúe de manera arbitraria retrasando el proceso o impidiendo la efectividad del proceso, dado que se limitará su accionar mediante las medidas a aplicarse antes de que se comience el

proceso, permitiendo dar la seguridad al accionante para que el procesado pueda cumplir con aquello que disponga el juez mediante sentencia.

El estado como el elemento garantista de derecho humanos, es el encargado de brindar instrumentos jurídicos para que los procesos sin importar la materia se realicen sin vulnerar los derechos de las partes procesales, cuya finalidad es evitar la inseguridad jurídica procesal por parte del sistema judicial. Aplicándose limitaciones en las acciones de la persona procesada inmersa o vinculada a un sistema jurídico que prevé ciertas garantías que se asume se respaldan en las medidas cautelares.

La finalidad es evitar perjuicios eventuales a los litigantes que son los presuntos titulares de los derechos sustanciales, el de facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional para encontrar la verdad del litigio y así, la resolución se cumpla eficazmente. (Silva, 2015)

En conclusión, la finalidad es instrumental, sirve como medida para el ejercicio de la facultad de solicitar y ordenar medidas cautelares para procurar el menor daño posible de las personas y bienes a los cuales afecte dicha medida. Busca que el procesado forma parte del proceso y se cumpla con la efectiva sentencia al contar con la presencia de todas las partes procesales y no exista una desigualdad procesal e incluso, dejar a una de las partes en un estado de indefensión.

Se busca garantizar el debido proceso, pero en primer lugar se establece una seguridad al sujeto pasivo quien está en busca de una deliberación al caso presentado para que, bajo una decisión razonada y fundada pueda exigirse la restauración de un derecho

y la sanción por los daños causados, permitiendo el respeto y la seguridad del poder judicial.

Las medidas cautelares nacen con la finalidad de brindar seguridad en el proceso penal que se utilizan por la petición del Fiscal y posteriormente, es aceptada por el Juez de Garantías Penales que las ordenará según sea el proceso y las medidas solicitadas e incluso de los fundamentos para solicitarla. En el caso de las medidas personales se busca asegurar la comparecencia del procesado en el proceso para que pueda incluso cumplir con las indemnizaciones a las que la víctima tendrá derecho.

Las medidas cautelares en las distintas etapas del proceso actuará y se solicitará según el grado de inseguridad por la comparecencia del proceso, el control y seguimiento que hace el orden judicial están exhaustiva que se aplica por un seguimiento monitoreado hasta con la vigilancia presencial en casos excepcionales, siempre considerando que el proceso no ha culminado, pero está en proceso una investigación penal la cual tendrá como resultado determinar la culpabilidad o no del individuo que está siendo procesado.

1.4 Las medidas cautelares en el derecho procesal del Ecuador

En el derecho procesal y en especial en el derecho procesal penal ecuatoriano, las medidas cautelares son una vía de cooperación eficaz dentro de los procesos, y entrando en el ámbito penal, estas medidas son consideradas como de instrumentalidad puesto que el fiscal es quien la solicita al juzgador, con la suficiente motivación para garantizar investigaciones objetivas y sobre todo para que las personas colaboren de manera eficaz en cualquier etapa del proceso (Calderon, 2017).

Ahora bien, si existe una cooperación eficaz, esta debe siempre guardarse en secreto para de esta manera evitar los juicios paralelos.

En el evento que el procesado no cumpla con la respectiva medida cautelar alternativa o distinta a la prisión preventiva, el agente fiscal petitionará al juez que se disponga y efectivice una medida cautelar en la que no exista otra opción más que la restricción o suspensión de la libertad. No obstante, en el caso de incumplimiento de estas medidas, la situación será comunicada de parte del juez para que el Ministerio Fiscal lleve a cabo las investigaciones inherentes al suceso o novedad reportada.

En el ámbito exclusivo del proceso penal, según el propósito y las características de estas, las mismas pueden ser de carácter real y personal. En lo que atañe a las medidas personales, las que más se destacan son la detención, y la reconocida prisión preventiva que es parte del objeto de la presente investigación. En cuanto a la importancia que se les atribuye, esta es debida al factor restrictivo de la libertad. Sin embargo, las normas procesales penales disponen otras medidas cuya restricción es menor, pero que de alguna manera permiten que la persona procesada sea monitoreada por la justicia penal. Entre estas medidas, se aprecian la restricción para conducir y la negativa de residir en ciertos lugares, lo que se materializa a través de la emisión de la respectiva orden de protección en los casos y formas previstas por la ley. (Herrero-Tejedor, 2012)

Por su parte, las medidas de carácter real o patrimoniales presentan como rasgos característicos el fin de conservar los objetos que estuvieren vinculados con el delito, igualmente, estas medidas buscan afianzar las responsabilidades de orden pecuniario que en la causa penal fueren dispuestas por los jueces (Pérez, 2010).

1.5 Clasificación de las medidas cautelares

Las medidas cautelares regulan un sin número de medidas que, el juez de garantía penales adopta y por medio de las cuales puede restringir la libertad ambulatoria de un individuo imputado por comisión de un hecho ilícito como medidas preventivas. La doctrina establece, medidas cautelares personales que son propias de la pretensión punitiva que se establece en todo proceso penal como, las medidas cautelares reales, que son propia de la pretensión civil que se inserta dentro de todo proceso penal; ambas medidas presentan similares características y presupuestos. (Zamora, 2006)

El juez tiene la potestad de calificar la medida cautelar más adecuada respecto al caso para tener una certeza del aseguramiento de que la de la persona procesada acudirá a cada llamamiento del juez durante el proceso y está dentro de sus obligaciones motivar su decisión, además es necesario destacar antes de aplicarse la medida de privación de libertad, primero deben de aplicarse las medidas alternativas como presentarse de manera periódica ante el juez, arresto domiciliario, prohibición de salida del país; en estos tres casos mencionados, el juzgador dispondrá que aplica el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, o como una cuarta medida, el dispositivo de vigilancia electrónica, la detención y, finalmente la prisión preventiva, según lo determina el artículo 494 del COIP. (Asamblea Nacional, 2014).

En lo atinente a las medidas de protección su propósito de carácter elemental es brindar asistencia y seguridad a las víctimas respecto de aquellas que al ser procedas son una potencial amenaza para estas personas. Es por este motivo, que se debe proteger a las víctimas impidiendo todo tipo de acercamiento o nexo del victimario con su víctima. Por lo tanto, cualquier circunstancia de tiempo, lugar y personas debe de ser evitada respecto de

la cercanía del agresor puesto que es un deber del Estado y del sistema de justicia proteger a la víctima de un delito. Es por tal razón, que el sistema de justicia debe extender las boletas que sean ese medio de amparo o de auxilio en caos que el agresor esté cerca de su víctima. En definitiva, se debe procurar que estas personas no se encuentren, no se vean, y no mantengan ningún tipo relación, mucho menos de convivencia, puesto que se entiende que la integridad de la víctima puede correr un grave peligro de sufrir un episodio de violencia física, psíquica e incluso sexual.

De igual manera, procede que la víctima y/o testigos sean reintegrados y que sea dispuesta la salida de la persona que en calidad de agresor esté siendo procesada. En tal contexto, cuando se trata de un hogar o residencia común se debe aplicar esta medida en aras de salvaguardar la integridad de las víctimas, de ese modo se protege a niños, ancianos o personas con discapacidad que evidentemente en estos casos son personas más vulnerables en los supuestos de violencia intrafamiliar. Precisamente, se debe hacer hincapié en que los menores deberán ser puesto en tutela de acuerdo con las normas del derecho de menores.

Otras medidas que se contemplan se orientan a la suspensión de tenencia y porte de armas. Adicionalmente, se reconocer que entre estas medidas de protección se encuentra el tratamiento psicológico del agresor, de manera tal que pueda rectificar sus patrones de conducta. Igualmente, se dispone el cese de actividades que entrañen riesgos para las víctimas. También se indica el cese de las actividades que pudieren generar un impacto ambiental negativo. Por consiguiente, todas estas medidas están previstas por el artículo 588 del COIP.

El Código Orgánico Administrativo, establece en el artículo 189, las siguientes medidas cautelares cuando la ley lo permita, ya sea de oficio o a petición de la persona interesada, se podrá ordenar medidas cautelares, pudiéndose adoptar las siguientes: en primer lugar el secuestro, la retención, continuamente la prohibición de enajenar, la clausura de establecimientos, la suspensión de la actividad, el retiro de productos, documentos u otros bienes, el desalojo de personas, las limitaciones o restricciones de acceso. (Asamblea Nacional, 2017)

1.6 Características de las medidas cautelares

Como parte de las características de estas medidas se destaca de manera principal el asegurar los resultados del proceso a través de la comparecencia del procesado, así como la protección de la víctima. Del mismo modo, se trata de llevar de manera ágil el proceso sin retardos o retrasos que afecten no solo la normalidad y la fluidez procesal, sino los derechos de los sujetos procesales. (Ramos, 2000)

Consecuentemente, el efecto de conservación de la situación jurídica al momento de iniciar el litigio, indicando que la medida cautelares deben tener características que consiste en ciertas conductas según la orden provisional; si un ordenamiento admite las medidas cautelares de abstención, no puede oponer un obstáculo radical a las medidas consistente en ordenes provisionales de hacer o de entregar determinadas cosas, evitando el perjuicio irreparable e irreversible, evitando la alteración por la conducta activa o por una omisiva cuya legitimidad conforme a derecho es resolver la sentencia del proceso.

Conservan la característica de accesibilidad que se aplica con el fin de dependencia de la pretensión inicial del proceso como un acceso de la formalización de la investigación

penal que se solicita donde se busca restablecer o salvaguardar un derecho que se ha vulnerado. Se consideran provisional dado que se condicionan al proceso; pudiéndose modificar o suprimirse e incluso, volver a solicitarla. Al estar condicionada, se determinará si se continua con la aplicabilidad de la medida o si debe ser modificada o cambiada en virtud del sentido de la sentencia.

Las medidas cautelares solicitadas se aplican considerándose los factores de personalidad del investigado procesal para ajustarse a las exigencias de la ley. Tomándose a consideración que, se deben solicitar contra aquella persona que no se le ha establecido la responsabilidad por la acción cometida, por eso se establece la medida provisional a que el caso se revise y pueda resolverse, evitando que caigan en una justicia nula se proceda a utilizar las herramientas de seguridad jurídica.

Y, finalmente los efectos innovativos hacen referencia a los efectos jurídicos que produce con independencia de la entidad o del contenido, es decir, aquellas cuestiones donde las medidas cautelares puedan configurar que sus efectos trasciendan de la conservación de la situación existente al momento del litigio e innoven esa situación, imponiendo una satisfacción de la pretensión interpuesta en el proceso. (Calderon, 2017)

De acuerdo a Calamendri (2018) se establecieron los siguientes caracteres diferenciales de las medidas cautelares mismas que se diferenciarían de otras. En primer lugar, indican que la provisionalidad, que actúa como una efectiva voluntad de la ley, puesto que las repercusiones jurídicas trascienden del ámbito temporal, en tal caso se presenta un lapso corto relacionado con el tiempo que debe durar la medida; en conclusión, las medidas cautelares no perduran un tiempo determinado, solo son provisionales por naturaleza y no aspiran a ser definitivas.

Luego está la instrumentalidad, que hace referencia a que nunca constituye un fin por sí mismo, sino que busca ineludiblemente permanecer ante el resultado práctico final que aseguran la situación preventiva del sujeto pasivo. Estas medidas trazan la ruta del proceso de modo que dentro del marco del garantismo se pretende efectivizar lo dispuesto en las providencias judiciales. En tal caso, si la sentencia reconoce el derecho vulnerado y que por ende se corrobora su afectación, se habrá entendido que la medida cautelar habrá satisfecho su cometido. En contrario, de no ser de esa manera, la medida cautelar será ineficaz.

Al revisarse la doctrina, se puede advertir el carácter accesorio de la medida, sin embargo, se destaca el hecho de pretender asegurar los resultados del proceso dentro del marco de su autonomía. No obstante, debe reconocerse que los sistemas jurídicos de los Estados en general disponen un tiempo en que opere la caducidad de las medidas cautelares.

1.7 Principios rectores de las medidas cautelares

Parte de los principios rectores que establece la constitución, se indica el principio de presunción de inocencia respecto a la fórmula de la no culpabilidad; es decir que, ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal, mientras no fuera encontrada culpable por medio de una sentencia ejecutoriada; siendo aquí comprobada la culpa y no la inocencia de dicho individuo.

Luego esta, el principio de legalidad, respecto a que nadie debe ser arrestada ni estar sometida a prisión preventiva, menos aplicarle otro tipo de privación o restricción a su libertad, salvo los casos que se encuentren previsto en la ley, por lo tanto, no cabe que se

adopten en contra de los individuos algún tipo de medida que afecte la libertad de las personas, es decir, las disposiciones que autorizan la restricción de libertad o derechos del imputado debe de interpretarse de manera restrictiva y no por analogías. (Gonzales, 2004).

El principio de legalidad hace referencia a la garantía que tiene el procesado para no ser condenado por acciones u omisiones que no han sido investigados e incluso, que aquel hecho no configure parte del catálogo de delito dentro de la normativa penal vigente; entendiéndose que aquella acción no se puede juzgar ni sancionar porque no hay derecho aplicable a ese caso.

Adicional, no se puede solicitar una medida provisional si antes no está establecida en la norma penal como una garantía procesal porque no se puede ir contrario a lo que dispone en la ley para mantener una relación equitativa entre lo solicitado y el hecho cometido, de aquella omisión se aplica dicha medida; y de esa forma se precautela el derecho de la víctima como del procesado sin que exista una vulneración de derecho sin fundamento alguno.

Dado que las medidas aplicables a las infracciones penales se basan a una normativa vigente que regula y establece las directrices para sancionar en caso de llegarse a determinar la culpabilidad del procesado; y previo a ello se aplica de forma prioritarias las medidas cautelares prevista en la ley que se solicitaran y aplicaran según las circunstancias que las requieran.

Adicionalmente, se establecen otros principios que se aplican para asegurar la finalidad del procedimiento por el orden judicial. Por un lado, el principio de necesidad que indica que es aplicable solo cuando su cumplimiento es indispensable y, debe de existir

mientras dure la necesidad de su aplicación, debiendo cesar inmediatamente cuando desaparezca la situación que la originó.

Además, el principio de juridicidad que indica su aplicación directa en la medida que se requiera para emitirse una resolución judicial. La cual debe contener una justificación que permita saber porque se ha considerado oportuno para el tribunal considerando que afectará la libertad del imputado.

El sistema procesal penal ecuatoriano se basa en los principios que componen el debido proceso; incluyendo el principio de transparencia, principios mínima intervención, principio de oportunidad, principio de celeridad, principio de contradicción, principio de inmediación e incluso, el principio de tutela judicial efectiva.

Al decir, principio de mínima intervención es la función decisiva a la que se acogen los jueces como los fiscales para intervenir inmediatamente para poder brindar.

1.8 Medidas cautelares estipuladas en el artículo 522 del COIP

1.8.1 Prohibición de ausentarse del país

Esta medida impide que la persona procesada se ausente del país, lo que corresponde a solicitud del Fiscal, para lo que se debe notificar a los entes pertinentes para que se haga efectiva. De esa misma manera, para a su aplicación, se deberá considerar y aplicar las prerrogativas dispuestas al tenor de lo previsto en el artículo 523 del COIP.

(Asamblea Nacional, 2014).

Naturalmente, esta medida es aplicada para prevenir cualquier intento de fuga o huida que evada o retrase el accionar del sistema de justicia. Adicionalmente, esta medida

se puede ver complementada mediante el uso del dispositivo de vigilancia electrónica con el monitoreo o seguimiento de las autoridades competentes.

1.8.2 Presentación periódica ante la autoridad

Esta medida consiste en la obligación que tiene el procesado de presentarse, sea ante el juez o autoridad designada. En cuestión, se debe llevar un control de la periodicidad de la comparecencia del procesado ante el funcionario correspondiente, lo que representa una obligación inexorable e insoslayable a satisfacerse dentro del plazo de 48 horas. Del mismo modo, se debe prevenir que en casos de incumplimiento de la autoridad, se estará al tenor dispuesto por el artículo 524 del COIP. (Asamblea Nacional, 2014)

Por consiguiente, se pretende evitar la dilación del proceso y contar con la presencia del procurado en el proceso, en aras de la seguridad procesal y de cumplir con la tutela de los derechos de la persona que propuso la acción.

1.8.3 Arresto domiciliario

Esta medida se encuentra en las facultades dispositivas de los jueces, quien mediante el apoyo de la fuerza policial podrá constatar su cumplimiento, sin perjuicio de emplear o hacer uso de otros medios que solventen esta garantía. En tal caso, se puede cumplir con la vigilancia del personal policial y mediante el uso del dispositivo de vigilancia electrónica según dispone el artículo 522 del COIP. (Asamblea Nacional, 2014).

En el caso de este mencionado dispositivo, se considera que es una medida de carácter alternativo a la prisión preventiva, y que en casos excepcionales es utilizado para garantizar la continuidad del proceso y la seguridad de la sustanciación de la causa. Debe acotarse que en casos de aplicación de esta medida sobre mujeres en estado de gestación en

dicho evento, se considera su empleo 90 días post parto, y si existen complicaciones de nacimiento que provoquen enfermedad del recién nacido, se podrá aplicar la medida después de 90 días más.

Esta medida también procede en casos que los procesados sean de hecho de adultos mayores, que superen los 65 años, personas con enfermedades catastróficas y que por su condición no le permitan a quien la padece enfrentar un proceso penal y una posible sanción en términos normales. Hecho que deberá ser certificado por una casa de salud pública tal prevé el artículo 537 del COIP. (Asamblea Nacional, 2014).

1.8.4 Dispositivo de vigilancia electrónica

En lo que respecta a este dispositivo, se lleva a cabo en los diferentes ámbitos de la rehabilitación social hasta que la persona privada de la libertad, pueda cumplir la pena fuera de las cárceles y estar en vigilancia de las autoridades de modo tal que cumple de otra manera con la penalidad respectiva como lo indica el COIP. (Asamblea Nacional, 2014).

1.8.5 Detención

La detención abordada por diferentes sectores de la doctrina reconoce el elemento de restricción de la libertad de una persona de manera transitoria o provisional para que comparezca ante el sistema de justicia. Esta medida en cuestión es parte de las medidas cautelares que se aplica en casos como delitos flagrantes, lo que permite la agilidad y la eficiencia del proceso de investigación penal, de la misma manera considerándose la disposición de los jueces cuando conocen de la comisión de un delito.

En el momento que el juez dispone esta medida, lógicamente se deberá cumplir con requisitos, para que esta medida sea otorgada debidamente dentro del tiempo que le

corresponda provisionalmente, después de ese tiempo, la persona sobre la que se haya aplicado estará en libertad o se le aplicará alguna otra medida cautelar, pudiendo ser real o personal.

Corresponde señalar que en los casos de delitos flagrantes, si la persona presuntamente responsable de un delito es aprehendida, será puesta en presencia de las fuerzas policiales para los fines pertinentes, comunicándole sus derechos, no debiendo presentarse alguna causal de procedimiento que vulnere sus derechos humanos y sus derechos fundamentales.

Precisamente, al tratarse de estos derechos, las personas detenidas mediante un lenguaje sencillo deberán saber por qué fueron detenidas, a lo que se suma el derecho de conocer a las autoridades que llevarán los respectivos procesos en el marco de la Constitución y las leyes procesales penales. Es esencial, que se establezca de parte de los agentes del orden el derecho que tiene la persona detenida a guardar silencio, así como contar con la defensa de un profesional del derecho, sea este de Defensoría Pública o particular. Tampoco se puede restringir el derecho de permanecer en contacto con familiares o con alguna persona que le pueda prestar asistencia, lo que representa parte de las garantías en el proceso penal según el artículo 77 de la Constitución. (Asamblea Nacional, 2018).

En el evento antes mencionado, estas personas deberán ser entregadas a la Policía Nacional o autoridades de tránsito, por lo tanto, se destaca la facultad que tienen estos agentes para poder ingresar a un lugar en casos de persecución ininterrumpida para realizar la aprehensión de la persona y de los elementos materiales del delito flagrante según el artículo 526 del COIP.(Asamblea Nacional, 2014).

Se destaca también que ninguna persona puede ser aprehendida, con la salvedad de los casos de flagrancia, incluso en esa circunstancia cualquier persona puede aprehender a otra que haya visto cometer un delito. También se contemplan casos de fuga de establecimientos de rehabilitación donde se cumple con las penalidades respectivas, sea que esté en calidad de persona detenida o con prisión preventiva, considerando que cambie sus estatus de persona procesada a acusada y que haya dictado prisión preventiva, o se aplica a la persona condenada que esté en calidad de prófugo según el artículo 525 del COIP. (Asamblea Nacional, 2014).

Se resalta a su vez, que el juzgador por petición del fiscal puede disponer de la detención de una persona por razones de investigación, para lo que se deberá expedir o girar la boleta respectiva. Esta boleta tiene que ser girada de forma motivada, con determinación de tiempo y lugar con la firma de la autoridad judicial correspondiente. Esta boleta deberá ser entregada a la Policía Nacional según el artículo 530 del COIP. (Asamblea Nacional, 2014).

1.8.6 Prisión preventiva

Esta medida cautelar persona dispone una restricción momentánea de la libertad de la persona que es imputada por haber cometido una infracción penal con el fin de asegurar ciertos aspectos procesales, previo a la sentencia con la que se asume finalizará el proceso dentro la instancia respectiva. Esta medida como tal no deberá revestir el carácter de una pena, ni aplicar sanciones o medidas más severas por cuanto se estima que con esta es suficiente en el caso más extremo para evitar el peligro de fuga de la persona procesada y así comparezca ante la justicia.

Asumido el carácter cautelar de la prisión preventiva, su análisis no puede realizarse sin tener en cuenta el ámbito en el que toda medida cautelar se desenvuelve. En este sentido, hoy todo el mundo admite que el objeto del proceso penal está constituido por una pretensión cuya finalidad no es otra que la de declarar la existencia o inexistencia del derecho de penar, esto es, del *ius puniendi*, cuya titularidad corresponde al Estado, que es el único que tiene constitucionalmente reconocido el derecho a imponer penas.

Resulta evidente que el trascurso del tiempo durante el procedimiento puede frustrar el resultado del proceso, por ello se recurre a una serie de medidas instrumentales que están dirigidas precisamente a garantizar el éxito de la resolución que en su día vaya a ser adoptada. Surge así la teoría de las medidas cautelares, que se desarrolla fundamentalmente en el ámbito del proceso civil y estrechamente vinculada a la ejecución forzosa, ya que nace “con la finalidad exclusiva de garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, tratando de evitar que la sustanciación del proceso pueda poner en peligro la efectividad del derecho o la relación jurídica que es objeto del mismo” (Marchena, 2014).

Es necesario destacar que la prisión preventiva tiene los siguientes presupuestos:

a) En primer lugar el *fumus boni iuris* o *fumus comisi delicti* (la apariencia de buen derecho) que está constituido por dos aspectos: la posible atribución de un hecho delictivo al imputado y el juicio provisional que se realiza sobre la responsabilidad penal del imputado respecto del mismo.

b) En segundo lugar, el presupuesto del *periculum libertatis* o *periculum in mora* (la urgencia), es decir, el riesgo de frustración del proceso penal, que aparecerá delimitado por la gravedad del hecho.

El jurista Zaffaroni (1989) afirma:

el modelo de saber cambia constantemente, y la generalización de las “instituciones de secuestro” (la prisión, el manicomio, el asilo, el hospital, la escuela, la policía, etc.), generan una epistemología: la criminología, la psiquiatría, la clínica, la pedagogía y lo que es muy importante, cada institución genera su propio saber al amparo de su micro-poder, para legitimar su acción de control social. (p.56)

En tal sentido la institución de la prisión preventiva también ha creado su discurso justificador, que se encuentra sometido, como no podía ser menos, a crítica.

La doctrina tradicional recurrió al argumento de la necesidad para justificar la prisión preventiva, sin más profundizaciones, se entiende entonces que la prisión provisional resulta la mejor opción política, pues el derecho penal lo manejan los tribunales por medio del proceso para evitar que los delitos queden impunes.

Lógicamente junto a la necesidad se introduce el argumento complementario de que el núcleo del problema no es tanto la existencia como tal de la prisión preventiva, sino el establecimiento de límites en su regulación positiva en la forma más acorde con los derechos constitucionales, para prevenir hechos abusivos e injustos que afectan la libertad y seguridad de los ciudadanos.

Es cierto que la prisión preventiva sólo puede encontrar una justificación procedimental y no sustantiva. Pero según Rawls (1998), indica que “la justicia de un procedimiento siempre depende de la justicia de su resultado probable, o de la justicia sustantiva. Así, la justicia procedimental y la sustantiva están conectadas y no van separadas.” (p.129). La conexión entre la justicia procedimental y la sustantiva viene

ilustrada por el juicio criminal como un ejemplo de justicia procedimental imperfecta; ello sucede cuando disponemos de un criterio independiente para un resultado justo, pero nos faltan los procedimientos capaces de asegurar su realización. Sabemos qué resultado pretendemos: el inocente debe ser absuelto y el culpable condenado. Sin embargo, los procedimientos en juicio, aunque concebidos para garantizar tal resultado, son imperfectos.

Ahora bien, realizando un análisis de lo esgrimido por Ferrajoli, cabe destacar que es uno de los principales detractores de la prisión preventiva, por lo tanto su pensamiento acerca de la prisión preventiva comienza diciendo que el catálogo de distintas necesidades sobre cuya base se construye el habitual discurso de la prisión preventiva como instrumento procesalmente legítimo (por imprescindible) tiene mucho que ver con el modo de ser del actual proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales de la administración. (Ferrajoli, 1995)

1.9 El debido proceso como garantía constitucional

El doctrinario Fabián Corral (2016), define al debido proceso como el conjunto de derechos propios de los cuales son titulares las personas y en su anterioridad el Estado; son de carácter sustantivo y procesal, por lo que se encuentran reconocidos en la Constitución, buscando la protección de la libertad y procurando que aquellos que sean sometidos a un juicio puedan gozar de garantías para hacer cumplir su derecho a la defensa y obtener así de los órganos judiciales y administrativos, un proceso justo y transparente, amparado en las garantías del debido proceso.

Es necesario conceptualizar al debido proceso como aquel que logra satisfacer los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias del ciudadano para garantizar la efectividad y cumplimiento del derecho material. Asimismo, indica que se le otorga el término “debido” ya que se le debe a toda persona como parte de la justicia, y por lo tanto es exigible por su propia subjetividad jurídica.

Para finalizar los conceptos, según Zambrano Pasquel (2005), el debido proceso es un principio general del derecho, que por lo consiguiente constituye fuente de derecho procesal y sustantivo o material, que cumple un papel de garantismo en la administración de justicia en todos sus niveles, instancias y jurisdicciones, según los estándares del derecho nacional e internacional, sea de fuero común de justicia o de vía constitucional.

Como bien lo establece Zambrano podría llegarse a considerar al debido proceso como un principio del derecho procesal; no obstante, se debe tener en consideración que a partir de la promulgación de la Constitución del año 2008, el debido proceso es considerado como un derecho constitucional, por lo que se encubre de la característica de garantía constitucional, que nace como resultado de una actividad jurisdiccional que debe estar apegada a dichas estipulaciones, para que, como mencionó en su definición Corral, el ciudadano pueda gozar de un derecho justo y transparente como parte de sus derechos fundamentales protegidos por la Constitución y los Tratados Internacionales.

Para poder exigir el cumplimiento del derecho al debido proceso, existe una relación intrínseca con el derecho a la tutela judicial efectiva, que es el derecho que garantiza el cumplimiento efectivo y seguro de todos los derechos fundamentales de los ciudadanos. De ellos se deslinda el derecho al acceso gratuito a la justicia, puesto que no puede existir un

debido proceso sin que aquel no esté al acceso gratuito de todos los ciudadanos, tomando en consideración que el acceso a la justicia como tal, no debe tener costo alguno, puesto que es un derecho inherente al ser humano sujeto al derecho a la defensa.

Respecto a lo antes mencionado, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho que asegura también el acceso a la justicia y al debido proceso, con la finalidad de que se lleve a cabo un control judicial efectivo frente al ejercicio del ordenamiento jurídico, transformándose así en un control sobre las actuaciones administrativas, que en algún momento pudiesen llegar a perjudicar o lesionar el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos. (Araujo Oñate, 2015)

Asimismo, el derecho al acceso de justicia se encuentra intrínseco en el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, ya que es el derecho al libre acceso que tienen las personas a los jueces y tribunales de justicia, a obtener una sentencia y que aquel fallo se cumpla con la finalidad de que el ciudadano afectado sea compensado en su derecho en el caso de haber sido sufrido daño alguno.

Entrando en materia constitucional, al haber mencionado con anterioridad la relación de los dos derechos constitucionales que son indispensables para la correcta comisión del debido proceso, es decir, los derechos al acceso gratuito de justicia y a la tutela judicial efectiva, el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, dentro del grupo de los derechos de protección, establece que el derecho al acceso gratuito de la justicia consiste en que toda persona sin costo alguno podrá acceder a la justicia a través de actos de proposición, escritos, quejas, diligencias, sentencias, entre otras, que la ley faculte dentro de sus procedimientos, ya que la justicia debe estar al alcance de cada uno de los ciudadanos sin

importar su estatus económico. Además, la Constitución en el artículo 168 numeral 4 de los principios de la administración de justicia, recalca nuevamente que el acceso a la justicia será gratuito y que la ley establecerá como se aplicará el régimen de costas procesales.

Para aterrizar con exactitud en la materia de estudio, en el artículo 76 de la Constitución se establecen todas las garantías básicas que se deben cumplir para que exista el debido proceso, en cualquier proceso que se busque determinar derechos y obligaciones en cualquier orden.

El presente artículo se encuentra dividido en 7 ordinales, de los cuales, cada uno refleja un derecho congénito al debido proceso; no obstante, por el momento únicamente se estudiará aquellos que no tengan relación con materia penal, puesto que, en lo posterior, se los estudiará con precisión.

En el ordinal primero (1.), se alude a la tutela judicial efectiva que se había estudiado con anterioridad, indicando que le concierne al conjunto global de entes y servidores de las instancias administrativas o de la función judicial con el fin de precautelar los derechos y garantías de los sujetos procesales, ya que el juzgador o quien administre justicia en todo proceso, sea judicial o administrativo, deberá siempre procurar que no se vulneran los derechos de ninguna de las partes, cumpliendo de tal manera el principio de imparcialidad.

En el ordinal tercero (3.), se estipula el principio de reserva legal o también conocido como principio de legalidad, es decir, que ninguna persona podrá ser sancionada ni juzgada por un acto u omisión que no se encuentre tipificado por la ley hasta el momento, ya sea una infracción penal, administrativa o de cualquier otra naturaleza. Asimismo, no se podrá aplicar una sanción que no se encuentre estipulada en la Constitución o la ley.

Para Islas (2019), afirma que “una de las mejores expresiones para comprender el principio de legalidad es que “la autoridad solo puede hacer lo que la ley le permite”, de tal manera que la conformidad del ejercicio de la competencia y el resultado de ella con la ley, no tan solo faculta, sino que, a su vez, vigila la adecuación de los actos de autoridad al orden legal.” (p.54)

En el ordinal séptimo (7.) se establecen las garantías primordiales para el derecho a la defensa, uno de los derechos más importantes que abarca la totalidad del debido proceso. Este numeral tiene consigo 11 garantías, entre las cuales se estipula: el derecho a la defensa de cada ciudadano, por lo que ninguna persona puede ser restringido de este derecho fundamental, por lo que toda persona debe gozar del tiempo necesario para llevar a cabo su defensa, para que sea escuchado, siendo esta garantía que en toda instancia debe prevalecer; para esto se certificará el hecho del cumplimiento del principio de publicidad de los procesos, es decir, los procedimientos serán públicos, con las excepciones que establece la ley; ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en los casos en que se lo amerite; ser asistido por un defensor público o patrocinador privado; gozar del principio de prohibición de doble juzgamiento; entre otros.

1.10 El debido proceso en materia penal

El debido proceso en materia penal, según Ferrajoli (1995) expresa “los valores democráticos del respeto a los derechos del imputado, al de las partes contendientes y a la necesidad de la práctica de la prueba siguiendo los lineamientos de un proceso justo” (p.78), además de la fecundidad lógica de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control del imputado.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 estudiado anteriormente, dedica algunas de sus garantías del debido proceso a la materia penal, que se mencionarán a continuación:

En el ordinal segundo (2.), se determina el derecho a la presunción de inocencia, estipulado a su vez en el COIP, en el numeral 4 del artículo 5 de los principios procesales, en el cual se establece que todo individuo goza de su estatus de inocencia hasta que una sentencia con carácter firme certifique lo contrario. Del mismo modo, este principio se ve subsidiado por el *in dubio pro reo*, por lo que toda sentencia debe motivar y justificar los presupuestos de convicción respecto de la responsabilidad penal de la persona procesada.

Según Stumer, cualquier sistema que considere culpable a una persona por el cometimiento de un delito por el simple hecho de ser acusada, no alcanzaría los estándares de justicia normalmente aceptados. A su vez, considera que el principio de la presunción de inocencia inclina la balanza hacia el imputado al exigirle al sistema judicial un proceso justo para establecer su culpabilidad con un alto nivel de certeza de la comisión del delito.

En el ordinal quinto (5.) se establece el principio de favorabilidad, también tipificado en el artículo 5, numeral 7 del COIP establece que, si existe conflicto entre dos leyes que contemplan sanciones distintas respecto a un mismo acto, cuando la promulgación de dicha ley sea posterior a la infracción, se aplicará siempre la menos rigurosa para el imputado.

Según Gómez (2012), el principio de favorabilidad o principio *pro reo*, protege al procesado del órgano de persecución penal, a través de la búsqueda de una solución más favorable frente a la existencia de un conflicto entre leyes, en la que se pueda aplicar al imputado la ley menos grave a los intereses de dicho individuo.

El ordinal sexto (6.), estipula el principio de proporcionalidad, como también lo menciona el artículo 12, numeral 16 del COIP, que consiste en que deberá existir una correcta proporcionalidad entre la infracción y la sanción que se imponga la procesado, es decir, que una sanción no puede ser desproporcional con relación al tipo de delito que se cometió.

Finalmente, en el ordinal séptimo (7.), respecto al derecho a la defensa, existen dos principios relacionados de forma directa a la materia penal, la prohibición de interrogación sin la presencia de un abogado patrocinador y la prohibición de doble juzgamiento.

De acuerdo al principio de la prohibición de interrogación sin la presencia de un abogado patrocinador, también determinado en el artículo 507, numeral 4 del COIP, toda persona podrá ser asesorada ya sea por un abogado patrocinador privado o un defensor público antes de rendir su versión en un interrogatorio, para que así éste pueda ejercer su derecho a la defensa de manera completa conociendo sus derechos y no sintiéndose intimidado o menoscabado frente a una autoridad.

En cuanto al principio de la prohibición de doble juzgamiento o el principio *non bis in ídem*, también se encuentra contemplado como principio procesal en el artículo 5 numeral 9 del COIP en el que consta que ninguna persona podrá ser sancionada dos veces por el cometimiento del mismo hecho o delito. No obstante, para este principio, el código hace una distinción respecto a las demás materias susceptibles de sanción, como lo son las administrativas o civiles, en esos aquellos casos donde exista el cometimiento de los mismos hechos objeto de juzgamiento, no se podrá aplicar este principio.

1.11 Medidas cautelares en el debido proceso

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 87 dentro de las garantías jurisdiccionales, establece de manera general la finalidad de las medidas cautelares, que se resume en evitar, hacer cesar o disminuir la violación o amenaza de violación de un derecho; sin embargo, para que éstas puedan aplicarse, debe siempre considerarse que se lleve a cabo el cumplimiento de las garantías del debido proceso, para que así no se vean vulnerados los derechos de la persona imputada, en el caso de adopción e imposición de medidas cautelares personales.

El COIP, establece taxativamente seis medidas cautelares personales: 1. Prohibición de ausentarse del país; 2. Obligación de presentarse periódicamente ante el juzgador; 3. Arresto domiciliario; 4. Dispositivo de vigilancia electrónica; 5. Detención; y, 6. Prisión preventiva.

La prohibición de ausentarse del país, como su nombre lo indica, consiste en la prohibición del procesado o investigado de salir del país mientras se lleve a cabo el proceso penal en su contra, para garantizar de dicha manera su presencia en él, o como bien lo indica el COIP en su artículo 523, es el pedido que hace el fiscal al juzgador de disponer el impedimento de la salida del país al investigado, lo cual se notificará a los organismos y autoridades responsables.

La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad judicial consiste en que el investigado cada determinado periodo de tiempo que será dispuesto por el juzgador, deberá presentarse frente a la autoridad competente para que así se corrobore su presencia constante durante el proceso; o, como lo indica el COIP, el juzgador tendrá la facultad de ordenar al procesado presentarse ante él o ante una autoridad distinta que se designe.

El arresto domiciliario o control de arresto domiciliario según el COIP en su artículo 525, es aquella medida cautelar por medio de la cual el juzgador podrá verificar su cumplimiento mediante el trabajo de la Policía Nacional, quien podrá realizar la correspondiente vigilancia periódicamente o a través de un dispositivo de vigilancia electrónica, comprendiendo así también la siguiente medida cautelar.

Rodríguez Magariños (2014), considera “respecto al arresto domiciliario bajo control electrónico, que los medios electrónicos no son un fin en sí mismo, ni tampoco genera una rehabilitación del imputado y a pesar de ser un medio para conseguir la resocialización del sujeto” (p.43), el Derecho penitenciario no debe dejar de lado las otras técnicas útiles como lo son: programas formativos, desintoxicadores, laborales, etc., que reducen los porcentajes de reincidencia de las infracciones.

Respecto de la detención, el juez por solicitud del agente fiscal, estará en aptitud de peticionar la detención de una persona con el propósito de llevar a cabo las investigaciones pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, y determinar si existe o no responsabilidad penal de dicha persona que está siendo investigada.

Finalmente, la medida de prisión preventiva se reconoce como ese elemento de seguridad de la presencia del procesado en la causa, y que de ser establecida su responsabilidad, se disponga a cumplir con la pena dispuesta por el juez; no obstante, ésta será la última medida cautelar que se aplique cuando las demás sean insuficientes y se deberán tener en cuenta los requisitos del artículo 534 del COIP para ordenarla, los cuales se revisarán a continuación:

Dentro de los requisitos, se establece que para que un juzgador pueda ordenar la prisión preventiva, deben existir suficientes elementos de convicción claros y precisos que lleven al convencimiento al juez de que, en efecto, existió el cometimiento de un delito y que el procesado es autor o cómplice de la infracción. A su vez, como se había mencionado en el acápite anterior, deberán existir suficientes indicios que las medidas cautelares alternas o sustitutivas de la restricción de la libertad no garantizan en absoluto la comparecencia de lo procesado en la causa, y de la pena de darse el caso.

Finalmente, esta medida, únicamente se podrá aplicar cuando la infracción o delito cometido tenga una sanción o pena privativa de libertad tipificada superior a un año.

La medida cautelar de prisión preventiva tiene una fuerte repercusión sobre el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del sujeto pasivo, lo que sí podría llevarnos a un análisis más profundo, debido a que la prisión preventiva conlleva la privación de la libertad sin haberse corroborado la culpabilidad a través de una sentencia en firme, lo que a su vez, vulnera en cierta magnitud el principio de inocencia; no obstante, se debe tener en consideración que dicha medida cautelar es aplicada únicamente para el beneficio de la sociedad, garantizando que el presunto culpable esté presente en todo el proceso y no exista un nuevo cometimiento de delito.

1.12 La carga de la prueba

Esta carga es en sentido positivo, es decir quien acusa deberá probar la razón de sus afirmaciones. En este contexto, debe existir una relación entre la prueba y los hechos alegados en el proceso. Basándose en lo anterior y en el artículo 5, numeral 13 del COIP, es imperativo que los sujetos procesales argumenten, prueben y razonen que ofrezcan beneficio

a su proceso. Por su parte, el artículo 520, numeral 3 del COIP indica que es deber de la fiscalía mostrar los hechos que permitan dar justicia al proceso en cuestión. Tomando en cuenta los dos artículos del COIP mencionados en este párrafo, la labor de presentar pruebas que amerite una orden de prisión preventiva recae principalmente en la fiscalía, en el caso que la medida fuese necesaria (Diego Zalema, 2012).

Con lo estipulado en el párrafo anterior queda claro que las pruebas y razones para solicitar una prisión preventiva recaen en la fiscalía, siempre y cuando surja la necesidad basándose en lo estipulado en el artículo 534 del COIP.

Por su parte, si el juez, tomando como base lo descrito en el numeral 3, del artículo 5 del COIP, cree conveniente que las pruebas presentadas no corresponden con la necesidad de aplicar la medida de prisión preventiva, este debe de rechazar la solicitud. De acuerdo con el derecho de presunción de inocencia, es el estado el encargado de presentar de forma concisa en cada caso, puntos validos que ameriten la medida de prisión preventiva. Por ende, está fuera de las labores de la defensa el validar y presentar los elementos que justifiquen una prisión preventiva.

La comisión interamericana hace hincapié en que magistrales a cargo del proceso no cuentan con evidencia solidas que demuestren la intención del procesado de fugarse, la prisión preventiva debería de ser imposible de aplicar. Por ende, las autoridades judiciales son los encargados de reunir las evidencias necesarias, tomando en cuenta la situación del procesado basándose en lo que dice la ley para solicitar la prisión preventiva (IDH, 1997).

1.13 El arraigo social

Contrario con las leyes y sentencias de la corte internacional de derechos humanos, en Ecuador se evidencia una interrogante siempre presente en los casos donde se dicta la prisión preventiva.

A pesar que la ley no deja márgenes para una interpretación subjetiva. Es común observar a los jueces requerir que la defensa presente pruebas de la índole de “Arraigo Social”.

Tomando como base a estudio empírico incurrido por la defensoría pública, se observó que en la mayoría de casos de prisión preventiva, los jueces justificaban la medida utilizando la falta de arraigo social por parte del sospechoso. Por lo general se suele observar en las declaraciones donde se menciona que se dicta prisión preventiva debido a la falta de arraigo social por parte de la defensa. Por ende, si la defensa no cuenta con las pruebas de arraigo social, está asegurada la prisión preventiva para el imputado.

De acuerdo con el artículo 160 del COIP, esta práctica se considera ilegal y puede causar daño a la responsabilidad legal de ellos jueces de garantías penales ya que el arraigo social no es un concepto jurídico mencionado en el COIP. Por otra parte, es la responsabilidad del fiscal la de entregar los indicios que conllevan a considerar que las medidas no privativas de la libertad no son adecuadas.

Solo durante la discusión jurídica del peligro de una fuga se puede considerar la falta de arraigo social como un aspecto relevante. Solo si la situación lo amerita, se puede argumentar que para evitar la fuga durante una sentencia extensa se podrá considerar el llamado “arraigo social” como una medida pertinente.

Se ha establecido por la corte europea que la posibilidad de fuga no se puede fundamentar únicamente en la eventual sentencia, sino que se deben de tomar en cuenta las diferentes circunstancias que rodean el caso. Aunque los inconvenientes de una sentencia prolongada no tienen el peso en si solo para dar una orden de prisión preventiva.

La naturaleza del delito no es razón suficiente para considerar un riesgo de fuga, entonces la falta del arraigo no es razón suficiente para dictar prisión preventiva. Por ende, la falta de arraigo no significa que existe un riesgo de fuga.

El juzgador tiene la obligación de tomar en cuenta los factores relevantes para el caso antes de tomar una decisión. Por lo ante, aunque se lograr comprobar por medio de la fiscalía que el procesado no cuenta con un arraigo, si otros elementos no están presentes, descarta las medidas cautelares no privativas de la libertad.

De acuerdo al COIP, la Fiscalía es la encargada de presentar las razones o hechos que ameritan la prisión preventiva. Resulta ilógico que la defensa muestre algo que no necesita comprobarse, no está inscrito en el COIP, y no tiene relevancia en la seguridad procesal. Por otra parte, la defensa tiene la labor de pedir la justa adjudicación de la carga de la evidencia ante el COIP y las leyes internacionales.

Por ende, en las audiencias de flagrancia, al encontrarse con la mención de carga de prueba y arraigo social, es el deber de la defensoría alegar que es la fiscalía la encarga de demostrar las pruebas necesarias para el dictamen de la prisión preventiva de acuerdo al artículo #5, numeral 13 del COIP y al artículo 534, numeral 3 del COIP; indicar que el concepto de arraigo social no consta en las páginas del COIP.

CAPÍTULO II

MARCO METODOLÓGICO

2.1 Tipo de investigación

El derecho como una ciencia social estudia los hechos, procesos y grupos en los que participa el hombre como parte de la sociedad, y como toda ciencia posee una particularidad como disciplina científica que le obliga a delimitar el objeto de estudio, en este sentido los objetos de estudios fueron las fuentes formales del derecho tales como Constitución, leyes, jurisprudencia entre otros, y las realidades sociales existen en el Ecuador respecto de las medidas cautelares.

El presente proyecto se basó en la investigación jurídica la cual se puede definir como “la actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas a los problemas de la vida social contemporánea a través del estudio de normas, hechos y procedimientos reflexivos, sistemáticos y críticos” (Álvarez Undurraga, 2002); en cuanto a la metodología en empleó el enfoque cualitativo.

2.2 Enfoque cualitativo

El enfoque cualitativo basa su función en la comprensión de fenómenos, los significados se extraen de la información recabada, más no se fundamenta en la estadística; es un proceso inductivo y aporta una profundidad de significados.

Este método permitió una investigación profunda de las medidas cautelares personales en Ecuador desde antecedentes históricos hasta el análisis de posiciones de tratadistas y la aplicación que otorga la legislación ecuatoriana.

2.3 Métodos y técnicas para la investigación jurídica

2.3.1 Método documental

El método o investigación documental “depende fundamentalmente de la información recogida o consultada en documentos o cualquier material impreso susceptible de ser procesado, analizado e interpretado.” (Álvarez Undurraga, 2002, pág. 32). Los investigadores sociales a menudo realizan investigaciones documentales principalmente para evaluar diversos documentos en interés de valor social o histórico. A veces, los investigadores también realizan investigaciones documentales para estudiar diversos documentos relacionados con eventos o personas relacionados con el objeto de estudio (Ahmed, 2010). El método documental fue empleado en el análisis de los resultados puesto que el enfoque de la investigación permite utilizar documentos tales como sentencias o informes.

2.3.2 Método exegético-jurídico

El método exegético es un método de interpretación que se utiliza en el estudio de textos legales y que se centra en la forma en que una ley o reglamento fue redactada por el legislador. Se estudia mediante el análisis de las reglas gramaticales y del lenguaje. De hecho, el entendimiento de lo que quiere establecer el legislador debe ser sencillo, ya que entre sus obligaciones está redactar leyes que cualquier ciudadano entienda. Es una interpretación literal del texto legal, que pocas veces implica dar un significado que se derive de lo escrito gramaticalmente.

Por el contrario, con frecuencia la ambigüedad de lo escrito conduce a una aplicación restrictiva o extensiva. La aplicación restrictiva implica enfocarse solo en lo que está escrito y, sin embargo, la aplicación extensiva conlleva una extensión del significado si no está claro.

El método exegético se utiliza cuando existe la necesidad de extraer el significado de un reglamento legal, porque existen discrepancias en el significado de su contenido. El jurista que interpreta lo hace utilizando el método de investigación en el sentido real de la disposición, para acabar con la discrepancia. Para ser aplicadas, las leyes requieren de un proceso intelectual que defina su significado y finalidad, para determinar si en el caso específico es aplicable o no y bajo qué condiciones (Goodrich, 1985).

Este método se utilizó en el análisis de las normas positivas nacionales y extranjeras acerca de la puesta en práctica de las medidas cautelares personales, es tanto así que este método estudia la validez, eficacia y pertinencia de la norma.

2.3.3 Método jurídico-comparado

El derecho comparado es el estudio de las diferencias y similitudes entre el derecho de diferentes países. Más específicamente, involucra el estudio de los diferentes sistemas legales existentes en el mundo, incluyendo el derecho consuetudinario, el derecho civil, el derecho socialista, entre otros. Incluye la descripción y el análisis de sistemas jurídicos extranjeros, incluso cuando no se realiza una comparación explícita. La importancia del derecho comparado ha aumentado enormemente en la era actual de internacionalismo, globalización económica y democratización.

El derecho jurídico comparado es un estudio académico de sistemas legales separados, cada uno analizado en sus elementos constitutivos; cómo se diferencian en los diferentes sistemas legales y cómo se combinan sus elementos en un sistema. Varias disciplinas se han desarrollado como ramas separadas del derecho comparado. Los estudios de estas áreas específicas pueden considerarse como análisis jurídico micro o macro comparativos, es decir, comparaciones detalladas de dos países o estudios de amplio alcance de varios países. Por medio del derecho comparativo se busca lograr un conocimiento más profundo de los sistemas legales vigentes, perfeccionar dichos sistemas y en ocasiones contribuir a una unificación de los sistemas legales a diferentes escalas (De Cruz, 1999).

Este método permitió el análisis de legislación comparada, lo cual fue de vital importancia para la investigación porque se determinó las semejanzas y diferencias en la aplicación de las medidas cautelares personales en algunos países en comparación al Ecuador.

2.4 Método empírico

Este método se emplea en este trabajo de titulación, en la que se presenta un informe respecto de la aplicación de la prisión preventiva por razones de prevención de la tortura y otras formas del maltrato en el Ecuador, lo que se realizó en el 2018 por parte de la Defensoría del Pueblo y Stefan Krauth.

--	--	--	--

Elaborado por autor

2.5 Población y muestra

Se presenta el desarrollo de los casos resueltos a través de las Unidades Judiciales del Cantón Guayaquil.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS

3.1 Análisis Caso N° 1

3.1.1 Acta resumen

La Fiscalía reconoció el cumplimiento de los presupuestos del art 34 del COIP, lo que revelaría la insuficiencia de las medidas alternativas. En tal caso, no se ha podido determinar si existe arraigo social, considerando que existe el peligro de fuga. Por tal razón, se solicita la prisión preventiva de las procesadas. La defensa replicó que sus defendidas han colaborado en el desarrollo de la causa, por lo que no existe evasión de la autoridad policial. Además se debe considerar que una de ellas es madre soltera de un niño pequeño por lo que la privación de la libertad despojaría al menor del cuidado de su progenitora. En tal caso, la petición es que no se disponga prisión preventiva porque la señora incluso por la situación de su hijo puede verse afectada en su estado de salud, por lo que debe estar en libertad. En síntesis, existe el arraigo y que al ser madres que necesitan trabajar y ver por sus hijos no pueden ser perjudicadas por prisión preventiva, por lo que se debe aplicar otra medida cautelar.

La jueza de la causa: estableció la calificación de la flagrancia, por lo que la instrucción fiscal es procedente y se dispuso la prisión preventiva por ruñir la condición de autora y cómplice de delito según el artículo 189 del COIP del delito de robo.

3.1.2 Análisis

No se debe mirar únicamente los argumentos de la Fiscalía y de la jueza, por lo que la Fiscalía a fundamentarse en una interpretación meramente literal del artículo 354 del

COIP estableciendo la solicitud de prisión preventiva por falta de arraigo social y por la existencia de peligro de fuga, es simplemente aplicar la norma si valorar la realidad de los hechos. A esto se suma a falta de motivación de la juzgadora, por lo que todos estos hechos no califican para aplicarse la prisión preventiva.

Los argumentos de la defensa no se ven mínimamente valorados, motivo por el cual el aplicar de forma automática y con falta de valoración probatoria y argumental, resulta improcedente aplicar el artículo 520.4 del COIP. Por lo tanto, el juez no ha aplicado los presupuestos que la ley exige para la aplicación de la prisión preventiva, esto en cuanto a términos de necesidad y proporcionalidad de esta medida. A la juez le correspondía validar la certeza de los argumentos de la defensa y así dictar otro tipo de medida cautelar, en especial cuando la propuesta de la defensa estaba apegada a derecho.

La prisión preventiva, generará efectos negativos, tanto para ambos menores como para sus madres, por lo que se atenta contra la estabilidad familiar y el cuidado de los menores a través de la maternidad plena de sus progenitoras, lo que incluso afecta al principio de interés superior del niño. Es así, que se aprecia una medida cautelar personal plenamente lesiva y que se aparta del deber de la juzgadora de satisfacer el principio de motivación tal como se encuentra previsto por el artículo 76.7 literal i de la Constitución.

Es evidente, que la Fiscalía y la juzgadora se apartaron de su deber de motivar por una parte la petición y por otra la aplicación de la prisión preventiva, desconociendo incluso por control de convencionalidad de lo dispuesto por el artículo 7.3 de la CADH que prohíbe a los Estados llevar a cabo encarcelamientos de manera arbitraria.

La defensa decidió presentar hábeas corpus de acuerdo con lo determinado por el artículo 43 de la LOGJCC para evitar una privación de la libertad de manera arbitraria y que en este caso, carecía de motivación. En tal caso, se puede apreciar la responsabilidad penal de la juzgadora según el artículo 160.1 del COIP por privación ilegal de la libertad. Del mismo modo, la juez vulneró que las procesadas tenían de ejercer su defensa en los términos previsto por el artículo 8.1 de la CADH.

3.2 Análisis de caso N° 2

3.2.1 Acta resumen

Una mujer en aparente estado etílico provocó un accidente en el sector de Urdesa, al norte de Guayaquil, el pasado 5 de septiembre, y del cual resultó investido un hombre que estaba ingresando a su vehículo justo en ese momento.

Las imágenes del suceso quedaron registradas por cámaras de seguridad. En ellas se puede ver como un carro color blanco realiza una maniobra que termina impactando a un segundo auto color rojo y a R. M., quien se preparaba para subir al mismo.

El video muestra también como el primer vehículo huye de la escena. Horas después se conoció que quien lo comandaba era K. A., quien fue detenida por la Autoridad de Tránsito Municipal (ATM).

Tras la detención, la mujer se negó a realizarse la prueba de alcoholemia.

La Fiscalía considera que: por ser la titular de la acción penal pública toma conocimiento del parte de accidente tránsito No. 00-0000025620, en el cual se relata las circunstancias de la aprehensión de la señora K. A., la fiscalía cuenta con la valoración de

reconocimiento médico legal de tránsito realizado a R. M., en la cual da como resultado un tiempo de incapacidad de 31 a 90 días, se cuenta con la versión rendida por el agente de tránsito quien se ratifica en el contenido del parte de aprehensión, a la señorita K. A. se solicitó la prueba psicosomática siendo positivo y la de alcoholtest se negó a realizarse, existiendo una cámara privada y existe una señal PARE, consta el video del accidente de tránsito con la respectiva cadena de custodia, con esto la fiscalía considera que existe elementos de convicción que hacen presumir la existencia de la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la ciudadana K. A. tiene participación del delito tipificado en el artículo 379 tercer inciso de la embriaguez en concordancia con el artículo 152 numeral 3 del COIP, lesiones causadas por accidentes de tránsito, con el aumento de un tercio de la pena por cuanto se opuso al examen de alcoholtest, y al darle pósito el examen psicosomático, y fue detenida unos metros del lugar de los hechos, solicitando se notifique con el inicio de la instrucción. Solicito el inicio de instrucción fiscal y el procedimiento a seguir es el procedimiento directo atento a lo dispuesto en el artículo 640 del COIP, y como medida cautelar se solicita las establecidas en el artículo 522, numeral 6 del COIP en armonía con el artículo 534 del COIP. Y se disponga la prohibición de enajenar del vehículo de placas GTD-4950.

la Juzgadora Resuelve que la fiscalía ha fundamentado su formulación de cargos en contra de la señora K. A., la formulación de cargos que cumple con los requisitos del artículo 595 COIP, consecuentemente esta Juzgadora acepta la formulación de cargos en contra de la señora K. A., por el artículo 379 tercer inciso en concordancia con el artículo 152 numeral 3 del COIP, Esta juzgadora debe resolver si se aplica la prisión preventiva u otra medida cautelar, y el artículo 77 numeral 1 de la Constitución es claro, y se debe

cumplir los cuatro requisitos del artículo 534, y en esta audiencia se ha probado una actividad laboral, tiene una residencia, y el delito de accidente de tránsito es de carácter culposo, en un delito de tránsito negligencia, impericia e imprudencia, la ciudadana se presume como una pésima decisión de conducir en estado de embriaguez, y trae una consecuencia fatal para la víctima y actualmente se ha probado una incapacidad de 31 a 90 días y se ha probado su actividad laboral, y residencia, si existe otras medidas cautelares que garantizan su comparecencia al proceso penal, por lo que no se cumple el numeral 3 del artículo 534 del COIP. En virtud de estas consideraciones se acepta otra medida cautelar distinta a la prisión preventiva, como es la contemplada en el artículo 522 numerales 1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal, tienen prohibido de salir del territorio ecuatoriano, y la presentación periódica de dos veces a la semana ante la fiscal Maribel Haro. Esta Juzgadora establece que la presente causa reúne los requisitos de procedibilidad contemplados en el artículo 640 del COIP, por lo tanto, sustanciar la presente causa en base al procedimiento directo.

A pesar de la petición de Fiscalía de dictarle prisión preventiva a la acusada, la jueza Heidy María Borja ordenó su liberación y la aplicación de otras medidas cautelares, como presentarse periódicamente ante Fiscalía y prohibición de salida del país.

3.2.2 Análisis

Al revisarse estos indicios, al establecerse que los fundamentos de los hechos probados por Fiscalía, se sostendría que existiría gravedad del riesgo procesal, por lo que según el artículo 534.3 del COIP hay riesgo procesal y que otras medidas cautelares ni aseguran la comparecencia de la persona procesada.

Lo que se pretende sostener es que en los casos de delitos y contravenciones de tránsito el peligro de fuga es una situación muy real y probable, por lo el factor de riesgo siempre está implícito. Por lo tanto, la prisión preventiva sería una manera por la que se pueda garantizar que no se vea materializado ese peligro de fuga dentro de la causa.

En este caso se debe verificarse la valoración de una contravención en tránsito y cuando ya procede a un delito de tránsito con respecto al médico perito evaluador. Un informe pericial médico sirve para explicarle a un juez tres cosas: primero, qué lesiones ha sufrido una persona, segundo, qué relación hay entre dichas lesiones y el accidente de tráfico sufrido.

Qué conceptos indemnizatorios deben accionarse para indemnizar esas lesiones. que carece de conocimientos médicos precisa para emitir dicha sentencia del dictamen de alguien que le explique y convenza con relación a éstos, lo cual significa determinar el daño a la integridad física que sufre un individuo y las repercusiones funcionales temporales o permanentes que puedan derivarse de este. Dentro de las acciones inherentes al peritaje del daño corporal se encuentra la determinación de una relación de causalidad entre el evento lesivo y las repercusiones funcionales procedentes del mismo, lo cual se ve directamente vinculado a la existencia de cualquier menoscabo funcional que se sume al estado secular, y que además se encuentre instaurado al momento de los hechos en estudio, es decir la presencia de un “Estado Anterior”. La presente revisión pretende exponer las principales particularidades que atañen a la valoración del daño físico en presencia de una condición modificadora de un cuadro lesional y sus secuelas.

La juzgadora debe resolver si se aplica la prisión preventiva u otra medida cautelar, y el artículo 77 numeral 1 de la Constitución es claro, y se debe cumplir los cuatro requisitos

del artículo 534, y en esa audiencia se ha probado una actividad laboral, tiene una residencia, y el delito de accidente de tránsito es de carácter culposo, en un delito de tránsito negligencia, impericia e imprudencia, la ciudadana, en este caso se debe o no dar una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva o conceder la prisión preventiva, por la valoración del perito médico designado sin valorar y precautelar a futuro que producto del impacto de tránsito no ocasione la muerte por culpa de un conductor.

En este caso el tipo de lesión si superaba los 90 noventa días de incapacidad porque si se encontraba en la victima cómo no reaccionaba en el hospital donde se encontraba después del hecho acontecido, el medico perito debía observar y valorar dando una decepción total con los indicios y elementos que se encuentra durante el accidente y después valorando la ética profesional por lo que si se facultaba a mayor a los 90 días de incapacidad. Para mejorar aquello habría que hacer transformaciones integrales con todas las partes que son: jueces, fiscales, peritos y agentes de tránsito.

3.3 Análisis jurídico comparativo de la prisión preventiva entre Ecuador y Alemania

Si se compara la jurisprudencia europea, principalmente alemana, con la ecuatoriana en lo que concierne a la prisión preventiva se pueden encontrar ciertas similitudes. El código penal alemán, en el artículo 112, apartado 2, numeral 2, permite la prisión preventiva cuando se cuenta con los elementos incriminatorios necesarios para que exista una elevada probabilidad de fuga. Para determinar estos elementos, el juzgado deberá de analizar cada caso específico. El código penal alemán indica la obligación del juzgado de analizar exhaustivamente cada caso, demostrando hechos verídicos que demuestren la posibilidad de fuga. Además, indica que simple suposiciones no cuentan con el valor necesario para tomar esta decisión.

Se puede observar que existen diversas similitudes entre el código procesal alemán y el COIP ecuatoriana con respecto a la prisión preventiva. Ambas utilizan la prisión preventiva como medio para asegurar que no existe un intento de fuga por parte del procesado durante el juicio, como se puede observar en los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP.

Por su parte, en el código penal alemán es necesario que el juzgador cuente con pruebas tangibles que demuestren con total veracidad el riesgo de fuga por parte del procesado durante el proceso judicial para dictaminar la prisión preventiva; esto es comparable con el numeral 3 del artículo 534 del COIP. Se puede observar que, en los dos casos, tanto en el alemán como el ecuatoriano es necesario pruebas versos que demuestren fuera de toda duda que existe un riesgo procesal.

El código procesal alemán, en su artículo 112, prohíbe el uso de la prisión preventiva cuando no está relacionada con la sentencia esperada. Los alemanes consideran que la prisión preventiva obliga a las personas cuya culpabilidad no asido demostrada a sacrificar su libertad para el bienestar del proceso.

Por ende, siempre debe de prevalecer el bien jurídico del procesado sobre el supuesto delito. Por ello, es requerido que se realice una comparación por parte del juzgador sobre los bienes jurídicos para verificar si la prisión preventiva es proporcional al bien jurídico del procesado, si no existe proporcionalidad, a pesar de que exista riesgo procesal, la prisión preventiva no será una opción válida (Gebauer, 1987).

Es necesario que el juzgador analice cada caso en particular y el daño que la prisión preventiva podría causar en la persona en particular tomando en cuenta las secuelas que

esta generaría sobre los diferentes aspectos de la vida del procesado. Por ende, es de vital importancia considerar los efectos que tendría la prisión preventiva sobre la economía, la familia, la salud, la reputación y la subsistencia del procesado (Köln, 2000).

En Ecuador se toma a la prisión preventiva como una medida extraordinaria que se toma generalmente cuando las otras medidas cautelares no privativas de libertad no cumplen con la necesidad del caso. Por ende, es necesario que se cumplan una de las 3 condiciones señaladas en el artículo número 534 del COIP para que se dicte prisión preventiva. A diferencia del código alemán que está claramente estipulado el principio de proporcionalidad donde se toma en consideración los efectos que podría suponer la privación de libertad preventiva en el procesado sobre su bienestar mental, físico y social, en Ecuador esto no está tan bien estipulado. Existiendo casos donde incluso se dicta esta medida sin considerar todas las pruebas presentadas por la defensa y los daños que podría incurrir en el procesado. En el caso de estudio que se presentará a continuación se podrá evidenciar como no solo no se aplica el principio de proporcionalidad, sino que se violan varias normativas de las diversas normas en las que se rige la justicia ecuatoriana con respecto a la prisión preventiva.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN

Se presenta una relación entre varios principios procesales, entre los que destaca el debido proceso, por lo que este debe satisfacerse de manera íntegra y cabal según las garantías de la Constitución y del propio COIP, por lo que se deberá verificar su cumplimiento acatando de manera irrestricta lo estipulado en nuestra Carta Magna, y en la precitada norma infra constitucional de carácter especial.

Luigi Ferrajoli (1995) define el debido proceso como: “valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica además de la fecundidad lógica de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado” (p.32)

El derecho al debido proceso al ser una garantía constitucional, y a pesar que suele tener los mismo objetivos o campos de aplicación de la tutela judicial efectiva, se podría agregar que es el derecho a obtener el pronunciamiento dentro de un plazo razonable, pronunciamiento fundado, presunción de inocencia, derecho a no declarar su culpabilidad o instigar a declarar contra sí, y uno de los derechos más relevantes que se lo vincula a la imparcialidad de los jueces, es el de poder recurrir el fallo lo cual será conocido por un tribunal superior, y resolverá lo que en derecho corresponda.

Es indispensable el pronunciamiento de la autoridad dentro del plazo razonable, lo cual consiste en que se deben cumplir con cada una de las etapas procesales previas a obtener la resolución del juez, pero para esto se debe obtener las versiones de los hechos propuestas por cada una de las partes, es decir que cumplan con la narración de los hechos

declarando bajo juramento que están diciendo la verdad, en caso contrario podrían ser procesados por otro delito.

Las pericias que se deben realizar con el objetivo que un profesional de la materia que se encuentre en litigio verifique la existencia de evidencias con las cuales se lograría verificar la realidad de los hechos. Este pronunciamiento no solo deberá cumplirse dentro de determinado plazo, sino que también deberá encontrarse fundado o fundamentado, lo cual consiste en la valoración crítica del juez es decir la narración de los hechos, las partes que han intervenido, sus aportaciones al proceso, y su respectiva motivación.

Al referirnos a esta última, es la sana crítica de la autoridad y por ende profesional de la materia, el cual, haciendo uso de todos sus conocimientos y experiencias, puede emitir un criterio con respecto a lo que sucedió en el proceso, sus decisiones deben estar ligadas a lo establecido en el código rector de la materia, y de acorde con lo que fue solicitado por las partes.

El artículo 76 de la Carta Magna ecuatoriana destaca la relevancia de los derechos y garantías que concede el debido proceso, y para lo cual establece que en los procesos en los que se determinen derechos u obligaciones será una garantía el derecho al debido proceso, y además indica que es responsabilidad de las autoridades administrativas o judiciales, garantizarlo. (Asamblea Nacional, 2018)

Se establece una acción directiva que tienen que realizar estos organismos, los cuales deberán realizar todo lo que se encuentre dentro de sus objetivos principales, siempre que se cumpla con lo establecido en el ordenamiento jurídico, que incluye que se respeten los derechos de los ciudadanos.

Es necesario indicar que se otorga la facultad a los mismos, que, en caso de incumplimiento de los derechos protegidos, puedan ejercer su respectivo derecho de acción para proponer la sustanciación de la causa, cuyo objetivo será el resarcimiento del derecho violentado.

Es imperante recalcar que dentro de las garantías del mismo se encuentra la presunción de inocencia, es decir que toda persona mantendrá su estatus de inocencia hasta el momento en el que se determine la responsabilidad por medio de una orden o fallo firme o con carácter. (Asamblea Nacional, 2018)

Principio que tal como lo menciona el Dr. Jesús Alberto López es precisamente una garantía constitucional, misma que cuenta con un refuerzo concedido por tratados de Derechos Humanos lo que asegura que nadie podrá ser tratado como autor o partícipe de un hecho delictivo, mientras no medie contra esta una resolución firme o sentencia ejecutoriada (López, 2013).

En cuanto al literal 3 del artículo 76 de la CRE, este describe que no se puede procesar a una persona por un tipo penal que no se encuentre expresamente establecido en algún código normativo, lo cual significa que en caso que la persona haya cometido algún tipo de delito en un periodo donde no existía tipo penal con su respectiva descripción, modo, o bien jurídico protegido, no se lo podía sancionar.

Se lo vincula directamente con el principio de legalidad tanto en su aspecto formal como material, sobre el cual el filósofo Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach ha creado su obra literaria *Nullum nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, en la cual se consideraría que obligaba al Estado la existencia de una ley previa, escrita y cierta,

como presupuesto que en caso de incumplimiento devendría en un castigo impuesto por la misma norma jurídica, es decir que una vez que se cumplan con los verbos rectores que regulan ese tipo penal, tendría como consecuencia determinada sanción. Ya que las pruebas obtenidas o actuadas violando lo establecido en la Constitución o la ley, carecerán de eficacia probatoria, es decir que las mismas no tendrán validez alguna dentro de los procesos.

Se consideran que no tendrán eficacia probatoria al no estar acorde a lo establecido en la CRE, en caso de plantear prueba alguna que se encuentre contraviniendo derechos, principios y garantías establecidas, deberá ser rechazada de plano por la autoridad competente.

El literal 5 del artículo 76 de la Constitución del Ecuador, estipula el principio del “el in dubio pro reo” o en caso de duda se empleara la norma que más favorezca al reo, y el principio de favorabilidad que se encuentran establecidos en los artículos 2 y 3 del Código Orgánico Integral Penal, y los cuales se basan en la falta de convencimiento por parte de la autoridad competente para resolver la materia principal de la causa en litigio.

Sin embargo, se considera que se valora directamente la prueba, es decir que entra a determinar si la prueba es lo suficientemente convincente para poder determinar si la persona es culpable de haber cometido determinado delito, lo cual será resuelto en las instancias que correspondan y se pueden crear criterios diversos, sin perjuicio de aquello en caso de que exista duda alguna se deberá resolver a favor del reo.

El literal 6 del artículo 76 de la Constitución manifiesta la proporcionalidad de las sanciones respecto de los actos ilícitos cometidos, al referirse a la proporcionalidad de las

sanciones en caso que se cometa una infracción de cualquiera que fuera su tipo, se marca una relación con respecto a la propuesta realizada por el legislador al considerar que los tiempos van acorde a la conducta negativa que tiene el individuo para la sociedad.

Es discutible la postura planteada por los legisladores, puesto que al considerar que una persona tiene algún tipo de problemas psicológicos y sociales, pueda cambiar su forma de interactuar con la sociedad privado de su libertad, lo cual con el tiempo que se le imponga podría acarrear una consecuencia degenerativa psicológicamente.

A su vez, va acorde con lo que se considera que el privado de la libertad deberá encontrarse en un periodo de rehabilitación, lo cual debe realizarse en un ambiente donde encuentre en óptimas condiciones, con el objetivo que el procesado no recaiga en el ambiente que lo conlleva al cometimiento de las diversas infracciones.

Ahora bien, es necesario indicar que, debido a la actual coyuntura del país, los jueces deben tener las suficientes garantías para poder desenvolverse en su rol de administrador de justicia imparcial, objetivo y con sana crítica, para lo cual es indispensable aplicar el principio de independencia judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en su capítulo II, reduce los principios rectores y disposiciones fundamentales relacionado al objeto de la materia como: el artículo 8 que se trata acerca del principio de independencia.

Según este principio, los juzgadores se someten a su jurisdicción, tal como lo determinan la Constitución y las normas internacionales, así como las normas de derecho interno. Por lo tanto, este elemento de independencia es clave para el adecuado desarrollo de las actividades de administración de justicia propias de la función judicial. De tal

manera, no puede haber otras instituciones o servidores del Estado que causen injerencia en la actividad judicial, por lo contrario, se establecerá responsabilidad en el plano administrativo, civil y/o penal. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2018).

De la misma manera, el artículo 9 de este Código determina la imparcialidad de los funcionarios de justicia, únicamente ateniéndose a los hechos y pretensiones de las partes, sometiendo a la Constitución, normas internacionales y las pruebas y argumentos que sean proporcionados por los sujetos o partes procesales en la causa. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2018).

El irrespeto del principio de Independencia origina un quebrantamiento en el principio de imparcialidad, ambos principios muy trascendentales a la hora de velar por los derechos de la ciudadanía que conforma un Estado democrático. En el sentido que la potestad jurisdiccional establecida por el ordenamiento jurídico otorgado únicamente a los jueces se convierte en una potestad de manipulación p

or cualquier función, órgano o autoridad del Estado, por ende, la parcialidad del juez recae en injerencias que perjudican a la justicia para dictaminar fallos o resoluciones que no están acorde a la ley y la Constitución.

Las autoridades de justicia no pueden coartar el principio jurídico universal del *non bis in idem*, es decir tener como finalidad anular resoluciones con fuerza de cosa juzgada, y deben respetar siempre el debido proceso, está prohibido desechar procesos que ya están en trámite, editar sentencias o alargar su debida ejecución; tampoco las autoridades pueden adjudicarse causas pendientes que no son de su competencia, puesto que esta adjudicación debe correr por parte de la autoridad competente.

La independencia judicial se expresa en la proscripción de cualquier forma de interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, se desvela como una exigencia política del Estado Constitucional.

Enrique Álvarez Conde (1999) afirma que “históricamente en la doctrina referente a la separación de poderes, se ha consagrado en ella el principio de independencia judicial”. (p.24), esta proclamación se evidencia a raíz de la difusión de las ideas liberales del siglo XVII, así mismo “se considera como un parámetro fundamental al momento de esgrimir teorías referentes a un idóneo Poder Judicial y por ende un adecuado Estado de Derecho” (Álvarez, 1999). De esto se desprende que la independencia se consagra como uno de los más altos valores de la justicia capital.

En efecto, debe señalarse que tras los enunciados de la doctrina de separación de poderes y la consumación de las revoluciones atlánticas (Inglaterra, Francia, Estados Unidos) se produjo la ruptura de ligazón entre el Ejecutivo y el servicio de justicia.

Como prueba de la previa existencia de esa ligazón debe recordarse que el texto visigodo conocido como el Fuero Juzgo en el año de 1241, en donde se estableció que los reyes eran jueces natos de las causas de sus reinos y de allí se deriva la jurisdicción. Asimismo, en los tiempos de Alfonso XII en el año de 1225 se estableció en el Fuero Viejo de Castilla que la impartición de justicia de justicia era uno de los atributos del rey.

Para comprender el verdadero significado de la independencia judicial, esta debe ser entendida la capacidad que poseen los órganos de justicia para juzgar en observancia de las reglas y principios del debido proceso, la Constitución y las leyes pertinentes, para evitar cualquier abuso o imparcialidad.

Una de las exigencias de la independencia judicial gira en torno a que el legislador debe proporcionar a los jueces garantías y medidas adecuadas para que el juez pueda impartir justicia de forma idónea con sujeción a los principios y normas del ordenamiento jurídico que han de aplicarse en cada caso; y exige también, de la aptitud del operador de defender su capacidad de decisión con solo sujeción a la Constitución y su conciencia.

El jurista Juan Cano (1999) concibe el principio de independencia judicial la carencia de vínculos o de coerción por parte de organismos o partidos políticos, así también como el impedimento de que órganos que tengan jerarquía superior, se entrometen en las decisiones de las actuaciones de los jueces competentes que actúan con apego a las garantías constitucionales.

Las perspectivas del principio de independencia judicial son las siguientes:

- a) Garantía de justicia: esto debe encaminarse a una verdadera separación de los poderes del Estado.
- b) Garantía operativa: esta garantía guarda concordancia con las correctas actuaciones de los jueces en concordancia con el principio de exclusividad y reserva del proceso.
- c) Garantía de capacidad subjetiva: esto se encamina a la capacidad de la voluntad para practicar y defender la independencia judicial.

Ahora bien, la garantía (capacidad de la independencia) no debe ser confundida con la autarquía puesto que los órganos estatales no tienen la autorización para ejercer un funcionamiento contrario a las normas supremas del Estado, ya que las llamadas garantías jurisdiccionales, consagradas en la Constitución del Ecuador y en los Convenios

Internacionales, se deben aplicar en apego a estricto derecho y no de manera subjetiva o buscando el beneficio fuera de la ley.

De allí que resulte valioso lo expuesto por Enrique Álvarez (1999), afirma que:

El Poder Judicial no puede permanecer al margen de la evolución del Estado de Derecho. Por ello, si bien la independencia judicial es uno de sus principios fundamentales, este tampoco está exento de límites, no pudiendo convertirse en una especie de “patente de corzo”. En efecto, la independencia judicial está sujeta al imperio de la ley y debe estar orientada a la protección de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Hay que recordar que la procedencia de la misma compete también la existencia de derechos subjetivos por parte de los ciudadanos. (p.34)

En tal virtud, se trata de un órgano estatal no dependiente de ningún otro; es decir, autónomo desde un punto de vista político y, jurisdiccionalmente, solo sujeto al mandato de la Constitución y la ley.

Ahora bien, respecto de la prisión preventiva bajo la regulación de un Estado totalitario o bajo la normativa de un Estado social y democrático de Derecho, con predominio del Estado sobre el individuo en el primer modelo y de la libertad del individuo en el segundo.

Al respecto Roxin (2000) afirma que los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal; en un estado de derecho, en cambio, la regulación no es determinada por dicha antítesis, sino que el Estado mismo está obligado por ambos fines: aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano (p.258)

La necesaria concreción del ius puniendi del Estado en el proceso penal, en un Estado social y democrático de Derecho, no debe determinarse por la antítesis Estado-ciudadano, usual en los planteamientos decimonónicos, sino que debe reconducirse dialécticamente hacia una posición de síntesis basada en el sistema de derechos fundamentales y de acuerdo con el principio constitucional de proporcionalidad, que exige la justa ponderación de los valores en conflicto en la adopción y mantenimiento de la prisión provisional. Y la vía más correcta es reconducir y vincular el conflicto individuo-comunidad al principio constitucional de la dignidad humana. Entre libertad y seguridad no puede haber tensión, porque ambas son la misma cosa. (Bacigalupo, 1988)

Por ello, no es posible proteger la seguridad a costa de la libertad sin que padezca la seguridad misma. La síntesis está en el equilibrio entre la protección de la libertad y la seguridad; en la concesión de facultades para garantizar ambas; y en la protección frente a la arbitrariedad en la utilización de las facultades conferidas a la policía.

CONCLUSIONES

Al haberse concluido las revisiones y análisis necesarios, tomando como base la literatura revisada para la culminación del siguiente trabajo, se ha llegado a cumplir con las premisas de los objetivos de la presente investigación centrada en la Debida Aplicación de las Medidas Cautelares Personales en Sujeción al Debido Proceso. La normativa que gobierna la designación de prisión preventiva, aunque se encuentre casi a la par con la misma normativa de otros países sufre de la mala aplicación por parte de las autoridades judiciales.

Durante este trabajo se a podido observar como las medidas cautelares son una herramienta que protegen al debido proceso y permiten que se reparta justicia. La privación de liberta si bien es la herramienta que de acuerdo con el COIP debe de ser utilizada en casos excepcionales cuando se cumplen una de las tres condiciones descritas en el artículo 534 del COIP. Se ha observado un aumento en la utilización de esta medida

En casos donde su utilización no se amerita. Como se mencione en esta investigación, para que se apliquen consciente mente las medidas cautelares de privación de libertad, es necesario que se presenten pruebas tangibles y que demuestren que de verdad existe riesgo de fuga por parte del procesado. Los fiscales son los únicos que pueden presentar estas pruebas y los juzgadores son los encargados de tomar la decisión sobre si las evidencias son oportunas al caso.

La prisión preventiva siempre debe de ser aplicada tomando en cuenta el derecho al libre proceso. Es imperativo que los procesados reciban sus garantías constitucionales. Como se mencione en este documento, en muchos casos esto no es aplicado como se debe

lo que lleva a tener encarcelaciones anti constitucionales y un alto número de privados de libertad por mediad cautelar preventiva en comparación a países con una mayor cantidad de habitantes. Por ende, a pesar de que la norma sobre la prisión preventiva en Ecuador está a la par con la de otros países, necesario replantearla desde el ámbito del alcanza de la misma. Es necesario considerar como se puede evitar el abuso de la misma para de esta manera poder garantizar un proceso justo para todos los ciudadanos.

En resumen, la medida cautelar de la prisión preventiva no es aplicable en todos los casos y, en los casos específicos que se deben aplicar a delitos que tengan más de un año de pena privativa de libertad, esto se debe hacer de acuerdo a las reglas y principios establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, Constitución de la República del Ecuador del 2008 y los Convenios y Tratados Internacionales.

RECOMENDACIONES

Tras haber concluido la presente investigación se puede contextualizar con claridad las falencias que presenta la medida cautelar de privación de libertad. En virtud al cumplirse los objetivos del presente trabajo se pueden ofrecer las siguientes recomendaciones para asegura la correcta aplicación de la prisión preventiva durante los procesos penales.

Se motiva a los administradores de justicia, a revisar los casos de forma individual, aplicando el principio de proporcionalidad y siguiendo el derecho al debido proceso con el fin de tomar decisiones justas e imparciales al momento de aplicar la prisión preventiva. Por ende, se motiva a los jueces de justicia que aparte de las garantías del proceso consideren los efectos que la privación de libertad preventiva puede tener un ciudadano el cual no ha sido haya culpable.

Se motiva a los profesionales en el área de jurisprudencia a crear espacios de debate y discusión sobre los temas inherentes a la materia, con el fin de buscar soluciones a las problemáticas existentes en el ámbito legal de la sociedad y mejorar las normas existentes para garantizar que se administre la justicia y a su vez se respeten los derechos fundamentales y constitucionales de los ciudadanos.

Las limitaciones de esta investigación se pueden superar realizando estudios exploratorios y descriptivos vinculados con los estándares y la crítica de la comunidad jurídica internacional relacionada con las garantías del debido proceso y los cuestionamientos a la aplicación de la prisión preventiva. Estas acciones permitirán tener

otro enfoque, para fortalecer dogmáticamente los presupuestos de adecuada solicitud y aplicación de la prisión preventiva dentro del sistema penal ecuatoriano.

Se recomienda a las autoridades del derecho y a los involucrados en cualquier proceso judicial a denunciar cuando no se está aplicando como es debido las normas con el fin de evitar dañar la causa del proceso, evitar atentar contra las garantías constitucionales de los ciudadanos y evitar que exista corrupción en el proceso.

Finalmente, se recomienda a la comunidad jurídico-docente de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil en el ámbito de la Maestría en Derecho Mención en Derecho Procesal, continuar con la línea crítica y la actualización de publicaciones relacionadas con los principios y garantías del debido proceso, tanto con el enfoque de derecho nacional, así como de derechos internacional de derechos humanos aplicados al contexto procesal.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahmed, J. U. (2010). Documentary research method: New dimensions. *Indus Journal of Management & Social Sciences*, 4(1), 1-14.
- Álvarez, E. (1999). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Araujo Oñate, R. (2015). *Justicia y Tutela Judicial Efectiva*. Bogotá.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2018). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2018). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional. (2018). *Código Orgánico de la Función Judicial*,. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bacigalupo, E. (1988). *Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Calamandrei, R. (2008). *Teoría general de las medidas cautelares*. Padova.
- Calderon, M. (2017). *Medidas Cautelares Indeterminadas*.
- Corral, F. (2016). *La Función de la Constitución*. Quito.
- Daudi, V. P. (2018). *Las medidas cautelares*.
- De Cruz, P. (1999). *Comparative law in a changing world*. London: Cavendish.
- Diego Zalema. (2012). Manual de Litigación Penal: Audiencias Previas al Juicio., (pág. pág. 170). Quito.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gebauer, M. (1987). Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik . *Deutschland: eine empirische Untersuchung zur Praxis der Haftanordnung und des Haftverfahrens*, 275.
- Gómez, M. (2012). *Comentarios acerca del principio de favorabilidad*. Bogotá.
- Gonzales, J. C. (2004). La medidas cautelares en los procesos penales. *Revista de Estudios de la Justicia*, 32-46.
- Goodrich, P. (1985). Historical aspects of legal interpretation. *Ind. LJ*, 61.
- Herrero-Tejedor, F. (2012). *La prisión provisional y la reforma de la justicia*. Madrid: Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal.

- IDH. (1997). *Comisión; Informe N° 2/97 CASOS 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499, Y 11.504*. Argentina.
- Islas, R. (2019). *Principio de Legalidad*. México D.F.
- Köln, O. (2000). *StV 2000*, 628, 629.
- Lopez, A. J. (21 de Junio de 2013). *Presunción de inocencia vs la presunción de peligrosidad*. Recuperado el 16 de 09 de 2018, de <https://www.derechoecuador.com/presuncion-de-inocencia>
- López, H. (2017). *La prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/6572/1/PIUAMCO041-2017.pdf>
- Marchena, M. (2014). *Prisión provisional y principio acusatorio: cuestiones procesales*. Madrid: Sepin.
- Mariaca, M. (2010). *Apuntes Juridicos*. Recuperado el 17 de Septiembre de 2018, de <https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/04/ftic.html>
- Morillo, J. G. (2017). El origen de las medidas cautelares. *Dialnet*.
- Obando, O. (2018). *Prisión Preventiva. Las tensiones entre la eficacia procesal y la presunción de inocencia*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6176/1/T2604-MDP-Obando-Prision.pdf>
- Olaya, J. M. (2015). *Medidas Cautelares*. Bogota - Colombia: Temis S.A.
- Pérez, C. (2010). *La decisión judicial de prisión preventiva provisional*. Madrid: Trant Lo Blanch.
- Ramos, M. O. (2000). *Las medidas cautelares*. Las Rozas.
- Rawls, J. (1998). *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Rodríguez, F. (2014). *La paulatina erradicación de la prisión preventiva*. Madrid: Dialnet.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Silva, C. D. (2015). *Derecho Procesal Penal*.
- Tamayo, M. (2018). *Las medidas cautelares en el sistema penal ecuatoriano y su aplicación en el estado constitucional de derechos y justicia*. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/29217/1/Tamayo%20Guaman%20Mariana%20122.pdf>
- Tortasa, V. P. (2014). *Teoría General de las Medidas Cautelares Penales*.
- Zaffaroni, E. R. (1989). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal*. Buenos Aires: Ediar.

- Zambrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zamora, A. (2006). *Derecho Procesal Penal*.

ANEXOS

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR					
Nombre: Abg. Jéssica Patricia Delgado Guaraca					
Cédula N°: 0950861831					
Profesión: Abogada					
Dirección: Guasmo Sur Coop 26 de abril					

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia		X			
Secuencia		X			
Premisa	X				
Profundidad		X			
Coherencia		X			
Comprensión		X			
Creatividad		X			
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Universalidad		X			
Moralidad social	X				

Fuente (Obando, 2015)

Comentario: No se presentan observaciones

Fecha: 08-mar-2021



Firma _____

CI:



Presidencia
de la República
del Ecuador



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Wiler Fabricio Choéz Avilés, con C.C: # 0920153608 autor(a) del trabajo de titulación: Debida aplicación de las medidas cautelares personales en sujeción al debido proceso, previo a la obtención del grado de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN PROCESAL**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, 08 de marzo de 2021

f.

Nombre: Wiler Fabricio Choéz Avilés

C.C: 0920153608



Presidencia
de la República
del Ecuador



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



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Debida aplicación de las medidas cautelares personales en sujeción al debido proceso		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Choéz Avilés, Wiler Fabricio		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Francisco Obando Freire; Dr. Juan Carlos Vivar		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Procesal IV		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	,08 de marzo de 2021	No. DE PÁGINAS:	71
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho procesal y garantías procesales		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Prisión preventiva – debido proceso– Reforma – Garantías constitucionales		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>El siguiente trabajo tuvo como título Debida Aplicación de las Medidas Cautelares Personales en Sujeción al Debido Proceso, el cual tuvo como objetivo el analizar la medida cautelar personal de la prisión preventiva con la finalidad de una revisión a su correcta aplicación en los procesos penales del Ecuador, con sujeción al debido proceso. Para esto se utilizaron métodos de investigación documental, exegético jurídico, jurídico comparado con el fin de presentar el estado actual de la prisión preventiva en el Ecuador. Sobre la presente investigación, se llegó a la conclusión de que la prisión preventiva, aunque estipulada adecuadamente en el COIP, esta no es aplicada adecuadamente por lo que se sugirió que existiera un mayor control en estos casos y se considerara un principio de proporcionalidad al momento de medir los efectos que esta medida tendría en los ciudadanos para preservar sus garantías constitucionales de los procesados.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 593 98 788 8016	E-mail: wilerfabricio1981@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: 0982466656		
	E-mail: : ing.obando@hotmail.com		