

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

**TEMA:**

**La vulneración de derechos del procesado en el marco del abuso de la aplicabilidad  
de las medidas cautelares. Caso de estudio prisión preventiva**

**AUTOR:**

**Abg. Maria Auciliadora Menoscal Mora**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado académico de:**

**MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TUTOR:**

**Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez M.Sc.**

**GUAYAQUIL, ECUADOR**

**2024**



**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 la **Abogada María Auciliadora Menoscal Mora**, 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**

**REVISORA**

---

**Dra. Nuria Pérez y Puir Mig**

**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

---

**Dr. Miguel Hernández Terán**

**Guayaquil, a los 28 días del mes de octubre de 2024**



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

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, María Auciliadora Menoscal Mora**

**DECLARO QUE:**

El Proyecto de Investigación **La vulneración de derechos del procesado en el marco del abuso de la aplicabilidad de las medidas cautelares. Caso de estudio prisión preventiva** previa a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan 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 28 días del mes de octubre de 2024**

**LA AUTORA**

---

**María Auciliadora Menoscal Mora**



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

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, María Auciliadora Menoscal Mora**

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: **La vulneración de derechos del procesado en el marco del abuso de la aplicabilidad de las medidas cautelares. Caso de estudio prisión preventiva** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 28 días del mes de octubre de 2024**

**LA AUTORA:**

---

**Abg. María Auciliadora Menoscal Mora**



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

**INFORME DE ANÁLISIS**  
magister

**MARÍA MENOSCAL DESARROLLO DE TESIS-OR**

**4%**  
Textos sospechosos



**4% Similitudes**  
0% similitudes entre comillas  
< 1% entre las fuentes mencionadas

**< 1% Idiomas no reconocidos (ignorado)**

**< 1% Textos potencialmente generados por IA (ignorado)**

Nombre del documento: MARÍA MENOSCAL DESARROLLO DE TESIS-OR.doc  
ID del documento: ddaebee0a83f8a106824269e7f6a15eaf02adbff  
Tamaño del documento original: 533,5 KB  
Autores: []

Depositante: Miguel Antonio Hernández Terán  
Fecha de depósito: 7/10/2024  
Tipo de carga: interface  
fecha de fin de análisis: 7/10/2024

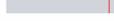
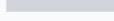
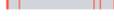
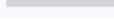
Número de palabras: 33.374  
Número de caracteres: 207.310

Ubicación de las similitudes en el documento:



**Fuentes de similitudes**

**Fuentes principales detectadas**

N°	Descripciones	Similitudes	Ubicaciones	Datos adicionales
1	<a href="http://repositorio.unibe.edu.ec/bitstream/handle/123456789/54/MORENO MORENO CRISTIAN J...">repositorio.unibe.edu.ec</a> <small>97 Fuentes similares</small>	2%		<small>Palabras idénticas: 2% (516 palabras)</small>
2	<a href="http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/10051/1/74393-MDPE-Moreno-Estudio.pdf">repositorio.uasb.edu.ec</a> <small>74 Fuentes similares</small>	1%		<small>Palabras idénticas: 1% (475 palabras)</small>
3	<a href="http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/331717693/3/T-UCSG-POS-MDDP-115.pdf.txt">repositorio.ucsg.edu.ec</a> <small>102 Fuentes similares</small>	1%		<small>Palabras idénticas: 1% (435 palabras)</small>
4	<a href="http://www.recimundo.com/index.php/res/article/download/43/pdf">www.recimundo.com</a> <small>58 Fuentes similares</small>	1%		<small>Palabras idénticas: 1% (412 palabras)</small>

## **AGRADECIMIENTO**

Te agradezco Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hiciste realidad este sueño anhelado.

A mi director de tesis, por su esfuerzo y dedicación, quién, con sus conocimientos, su experiencia, su paciencia y su motivación ha logrado en mí que pueda terminar mis estudios con éxito.

También me gustaría agradecer a mis profesores durante toda mi carrera profesional porque todos han aportado con un granito de arena a mi formación, por sus consejos, su enseñanza y más que todo por su amistad.

De igual manera agradecer a mi profesor de Investigación y de Tesis, por su visión crítica de muchos aspectos cotidianos de la vida, por su rectitud en su profesión como docente, que me ha ayudado a formarme como persona e investigadora.

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a las que les encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida.

## **DEDICATORIA**

Se la dedico a mi Dios quien ha sido mi guía, fortaleza y su mano de fidelidad y amor han estado en todo momento en mi vida.

A mi profesor de Tesis, por su dedicación y pasión por la enseñanza y por guiarme en mi camino.

A mi mamá por dedicarme su amor, y sacrificio a enseñarme que nunca me rinda los obstáculos que se presenta en la vida.

A los que me apoyaron en mi tesis para escribir y por fin al concluir mi trabajo.

## ÍNDICE

<b>CONTENIDO</b>	
<b>CERTIFICACIÓN</b> .....	ii
<b>DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD</b> .....	iii
<b>AUTORIZACIÓN</b> .....	iv
<b>INFORME DE URKUND</b> .....	v
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	VI
<b>DEDICATORIA</b> .....	VII
<b>ÍNDICE</b> .....	VIII
<b>RESUMEN</b> .....	X
<b>ABSTRACT</b> .....	XI
<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo teórico</b> .....	11
<b>La acción penal</b> .....	11
<b>El poder punitivo del Estado</b> .....	14
<b>El garantismo penal</b> .....	17
<b>La persona procesada</b> .....	21
<b>Generalidades de las medidas cautelares: personales y reales</b> .....	24
<b>La prisión preventiva: presupuestos y fines</b> .....	27
<b>La aplicación abusiva de la prisión preventiva</b> .....	30
<b>El principio de última ratio</b> .....	33
<b>Las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva</b> .....	37
<b>El debido proceso en materia penal y su relación con las medidas cautelares</b> .....	40
<b>Referentes empíricos</b> .....	43
<b>Capítulo Metodológico y de resultados</b> .....	51
<b>Metodología</b> .....	51
<b>Alcance de la investigación</b> .....	51
<b>Exploratorio</b> .....	52
<b>Descriptivo</b> .....	52
<b>Explicativo</b> .....	52
<b>Métodos</b> .....	53
<b>Métodos teóricos</b> .....	53

<b>Métodos empíricos</b> .....	55
<b>Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU)</b> .....	55
<b>Criterios éticos de la investigación</b> .....	57
<b>Resultados de normas jurídicas</b> .....	57
<b>Constitución de la República del Ecuador</b> .....	57
<b>Código Orgánico Integral Penal</b> .....	58
<b>Declaración Universal de Derechos Humanos</b> .....	63
<b>Convención Americana de Derechos Humanos</b> .....	64
<b>Resultados de entrevistas</b> .....	64
<b>Análisis de casos</b> .....	67
<b>Caso 1</b> .....	67
<b>Caso 2</b> .....	76
<b>Capítulo de discusión</b> .....	81
<b>Capítulo de propuesta</b> .....	86
<b>Impacto social</b> .....	86
<b>Impacto jurídico</b> .....	87
<b>Características</b> .....	88
<b>Desarrollo de la propuesta</b> .....	89
<b>Conclusiones</b> .....	92
<b>Recomendaciones</b> .....	94
<b>Bibliografía</b> .....	96

## RESUMEN

El desarrollo de esta investigación identifica como problema cómo la aplicación abusiva de la prisión preventiva afecta a los derechos fundamentales de la persona procesada, más que todo en aras del debido proceso. Del mismo modo, el objetivo que se plantea en este estudio consiste en demostrar cómo la prisión preventiva aplicada de manera recurrente y desatendiendo su criterio de excepcionalidad vulnera derechos procesales, de forma puntual en cuanto a la garantía que la privación de la libertad no es la regla general. Respecto de la metodología de esta investigación se ha realizado una investigación de carácter cualitativo y de alcances predominantes en lo descriptivo y exploratorio para comprender las razones por las cuales la prisión preventiva es aplicada de forma preferencial, aun a pesar de su carácter excepcional y de la relación que tiene con la vulneración de derechos de la persona procesada. Esto conlleva al desarrollo de una profunda revisión doctrinal, normativa y jurisprudencial, la cual se relaciona con la opinión de profesionales del derecho entrevistados con el fin de conocer todos los aspectos de carácter crítico frente a la excepcionalidad de la prisión preventiva de cara a una propuesta que fortalezca este criterio en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto permite mostrar como resultados una propuesta de carácter coherente y congruente con la excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar personal en el Ecuador. En efecto, se estará garantizando los derechos del procesado y valorando en mayor grado el aporte de las otras medidas cautelares.

### **Palabras claves:**

**Debido proceso, Excepcionalidad, Medidas cautelares, Prisión preventiva, Procesado.**

## **ABSTRACT**

The development of this investigation identifies as a problem how the abusive application of pretrial detention affects the fundamental rights of the person prosecuted, more than anything for the sake of due process. In the same way, the objective set out in this study is to demonstrate how preventive detention applied on a recurring basis and disregarding its criteria of exceptionality violates procedural rights, specifically in terms of the guarantee that the deprivation of liberty is not the general rule. Regarding the methodology of this investigation, a qualitative investigation has been carried out with a predominant scope in the descriptive and exploratory aspects to understand the reasons why pretrial detention is applied preferentially, even despite its exceptional nature and the relationship it has with the violation of the rights of the processed person. This leads to the development of an in-depth doctrinal, regulatory and jurisprudential review, which is related to the opinion of legal professionals interviewed in order to know all aspects of a critical nature regarding the exceptionality of preventive detention in the face of a proposal that strengthens this criterion in terms of suitability, necessity and proportionality. This allows showing as results a proposal of a coherent and congruent nature with the exceptional nature of preventive detention as a personal precautionary measure in Ecuador. Indeed, the rights of the accused will be guaranteed and the contribution of the other precautionary measures will be valued to a greater degree.

### ***Keywords:***

***Due process, Exceptionality, Precautionary measures, Preventive detention, Processed.***

## **Introducción**

Sobre el *objeto de estudio*, este se encuentra caracterizado por los derechos de la persona procesada. Evidentemente, este sujeto procesal debe estar amparado por una serie de derechos y garantías que son propios del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. Esto por cuanto no se puede desconocer el hecho que su condición de personas los hace acreedores a un estatus jurídico de dignidad, por lo cual no deben estar exentos de que se le reconozcan derechos a nivel procesal. Efectivamente, la persona procesada a pesar que en la práctica en realidad pueda tener participación y ser responsable de la comisión de un delito, esto no significa que no deba de contar con el reconocimiento de sus derechos a nivel fundamental y procesal para que pueda llevar a cabo una adecuada defensa que permita emplear todos los medios y recursos que a bien tuviere en derecho.

Dicho de otro modo, el procesado como sujeto procesal en la medida de lo posible de contar con la seguridad que corresponde de parte del Estado y del sistema de justicia para que este evidentemente responda garantizando los derechos, medios y recursos que correspondan en derecho, bien sea para que su defensa logre en términos eficaces lograr la ratificación de su estado de inocencia, o bien para que pueda conseguir una sanción menos drástica, es decir, que sea más benigna en términos de racionalidad y proporcionalidad. Por consiguiente, este sujeto procesal indefectiblemente requiere estar amparado por las garantías propias del debido proceso, lo cual es un rasgo característico del Estado de Derecho, lo que a su vez supone una premisa propia que se consagra a nivel de los derechos constitucionales y de los derechos humanos.

En resumidas cuentas, la persona procesada dentro del proceso penal debe ser tratada con dignidad, y no se le pueden desconocer, vulnerar o soslayar las garantías y

derechos propios a su tutela judicial efectiva y al debido proceso, lo que naturalmente conlleva a generar los medios y condiciones adecuadas para su defensa dada su condición de persona, por lo que desde un enfoque humanista del derecho penal, toda persona tiene derecho a la defensa y a que se reconozcan los derechos, garantías y medios que contribuyan para el ejercicio eficaz de este derecho cuyo valor es superlativo para el ordenamiento jurídico penal.

En cuanto al *campo de estudio*, este está comprendido por la prisión preventiva, de la cual se analiza los casos de su aplicación excesiva. En lo relacionado con las medidas cautelares personales, la prisión preventiva se considera como la medida o provisión más extrema que pueden aplicar los operadores de justicia en términos de restricción temporal de la persona procesada en aras o miras de asegurar su comparecencia dentro de la sustanciación del proceso penal. Por lo tanto, se asume con total convicción que esta sería la medida cautelar que tendría mayor aplicación y solicitud por parte de jueces y fiscales respectivamente para cumplir con los fines antedichos.

En tal caso, la prisión preventiva dado el carácter de mayor fuerza coercitiva, en cuestión gozaría de la preferencia de agentes fiscales y de jueces de garantías penales dentro del sistema procesal penal ecuatoriano, lo que ciertamente respondería a la necesidad y a la idea de que generaría mejores posibilidades de contar con el procesado para evitar que este se escape o intente de alguna otra manera eludir el accionar del sistema de justicia. Sin embargo, en los últimos años, a partir del ordenamiento garantista que rige desde la Constitución de 2008 en el país, se ha reforzado la premisa de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, por lo que resulta un mayor cuestionamiento acerca de la frecuencia y de la pertinencia de la mencionada medida cautelar.

En términos muy concretos, las medidas cautelares tanto personales como reales tiene sus propios fines dentro del proceso penal y la salvaguarda de los intereses procesales en especial dentro del contexto de contar con la presencia del procesado se verían mayormente asegurados con la prisión preventiva. Sin embargo, el sistema penal garantista dispone de una concepción más racionalista y minimalista del derecho penal en términos de privación de la libertad. Por tal motivo, la prisión preventiva de acuerdo al actual sistema garantista a nivel penal debe contar con mayores fundamentos para que pueda aplicarse frente a las demás medidas cautelares alternativas.

Sobre el *problema científico de la investigación* se debe enunciar que en la actualidad la prisión preventiva enfrenta cuestionamientos a nivel de la comunidad jurídica que conforma el sistema de justicia penal, puesto que no se puede desconocer que operadores de justicia (jueces, fiscales, defensores), así como abogados en libre ejercicio de la profesión muestran una opinión y una percepción crítica acerca de la adecuada valoración y aplicación de la prisión preventiva en términos de asegurar la presencia de la persona que está siendo investigada y procesada por la comisión de un delito.

En este sentido, uno de los puntos que más se destacan como parte del acontecimiento y del razonamiento crítico que cuestiona los casos en los que se aplica la prisión preventiva tiene que ver con el hecho que la aplicación abusiva de la misma ha derivado en el congestionamiento o hacinamiento carcelario, puesto que se han abarrotado distintos centros carcelarios en el país cuando ha resultado factible que en muchos casos se haya podido aplicar medidas cautelares alternativas. En dicho punto, cobra gran importancia el hecho que el hacinamiento carcelario tiene entre sus razones de ser el exceso en la aplicación de la prisión preventiva, y como bien se puede observar, conocer y

comentar en la actualidad, el hacinamiento de las cárceles representa una de las primeras razones o motivos por los cuales se enfrenta un paradigma de inseguridad carcelaria.

Al atender lo antes expuesto, es que se considera que a nivel de la opinión jurídica por los distintos profesionales del derecho, tanto a nivel de funcionarios como a nivel particular, así como por parte de la propia opinión pública o ciudadana, es que se critica el abuso de la prisión preventiva como una de las causas del hacinamiento carcelario, lo que claramente desemboca en el hecho en que se generen amotinamientos carcelarios que representan cuantiosas pérdidas de vidas humanas. De la misma manera, este hacinamiento atribuible al exceso en la disposición y ejecución de la prisión preventiva se relacionaría intrínsecamente con los problemas de operación de estructuras de crimen organizado al interior de las distintas cárceles del país.

En virtud de lo antes indicado, es que existe una postura bastante crítica de la prisión preventiva en términos prácticos como medida mayoritaria y preferente que se aprecia en las decisiones que se toman al interior del aparato judicial dentro del Estado ecuatoriano. Aunque, por otra parte, no solo se trata de considerar lo práctica y utilitaria que puede resultar la prisión preventiva, sino que se podría considerar inclusive que esta medida sería vista como una alternativa más sencilla o como una vía más fácil de asegurar que el procesado esté presente a lo largo del proceso penal mientras duren las investigaciones respectivas.

Otro aspecto que se debe tener muy en cuenta no es solo la parte procesal y lo que implica la prisión preventiva en términos de hacinamiento carcelario y de colapso estructural de las cárceles del país, sino que también debe considerarse la parte racional de esta medida cautelar, la que no puede estar apartada de la parte humana que debe tener el

derecho penal en virtud de considerar la situación personal de la persona procesada. Es decir, se debe tener en cuenta si la condición de la persona por temas de arraigo social, por temas de salud y entre otros derechos afines, en realidad amerite que esté privado de su libertad, aunque sea de forma transitoria dentro de una cárcel, puesto que eso afectaría a dichos derechos además de verse ya afectada su libertad y su estatus jurídico basado en la presunción de inocencia.

Lo anteriormente precisado, obliga a observar si sobre esa persona procesada tanto por el tipo de delito, por las circunstancias, por lo que logre conocerse del mismo, además por la condición de la persona, es decir, en poder determinarse si la persona está en condiciones físicas y mentales para poder cumplir con una prisión preventiva. Como bien se dijo con anterioridad, el asunto es reconocer el aspecto humano que debe tener el proceso penal, de forma tal que sea justo, congruente y racional con sus decisiones, en este caso de aplicarse las medidas cautelares pertinentes o que mejor puedan responder al caso.

Este punto antes observado tiene gran importancia, puesto que se debe ir más allá de los fines procesales, esto significa que no solo debe tenerse en cuenta lo que se necesita dentro del proceso o lo que este persigue, sino que lo que se realiza dentro del mismo no desconozca otros derechos, principios y garantías que son propios del constitucionalismo o del fundamentalismo procesal. Al mismo tiempo, que se requiere tutelarse y protegerse aquellos derechos de los que es titular la persona procesada por su condición de persona y en virtud de su dignidad.

Por lo tanto, la parte humana es un aspecto que también requiere de un razonamiento profundo y consciente de fiscales y de jueces al momento de valorarse las medidas cautelares personas que habrán de aplicarse para asegurar la presencia de la

persona procesada dentro de la causa penal que se sigue en su contra. No obstante, se podría estimar que este razonamiento no estaría lo suficientemente valorado por parte de los mencionados operadores de justicia, lo cual daría lugar a que se dicte una gran cantidad de medidas cautelares basadas en la prisión preventiva sin los debidos fundamentos. Dicho de otro modo, la prisión preventiva se la estaría proponiendo y aplicando con ligereza sin analizar su necesidad y pertinencia, lo que es parte de un problema visible o palmario a la luz de la crítica jurídica.

Otro aspecto que necesita ser evaluado es el propio criterio judicial, es decir, que se debe identificar en qué medida la prisión preventiva se encuentra justificada o amparada a la luz del principio de motivación, esto al fin y al cabo porque se trata de una decisión judicial dentro de la causa penal. En este punto se tiene que tomar en cuenta dos variables muy importantes: La primera tendría que ver con el hecho que la motivación no esté debidamente realizada para acreditar la pertinencia de la prisión preventiva. En tanto que, la segunda, estaría determinada por la falta de motivación de que esta se solicite y se dicte dentro del proceso penal.

Al considerarse las dos variables en mención, la justificación de la prisión preventiva representa una condición *sine qua non* para el debido proceso, por lo que la motivación de la misma tiene que responder a ciertos parámetros y condiciones que validen dicha justificación. En tal caso, para que se pueda justificar la prisión preventiva es importante revisar cuáles son las reglas que se determinan en las normas procesales, pero a más de ello, se debe tener muy en cuenta el desarrollo jurisprudencial que ilustre la debida interpretación de los criterios que sean menester para la aplicación eficaz y constitucional

de la prisión preventiva, lo que ciertamente resulta difícil valorar o dimensionar hasta qué punto es valorada por los operadores de justicia ecuatorianos.

Lo expuesto en las líneas que anteceden refleja que uno de los aspectos críticos es el hecho que los operadores de justicia están en la obligación de conocer y aplicar los estándares, parámetros y reglas que deben ser parte de los fundamentos constitutivos y de admisibilidad de la prisión preventiva, de lo contrario se la estaría dictando de forma impertinente afectando la racionalidad penal, la proporcionalidad, así como al principio de mínima intervención penal, la libertad y la presunción de inocencia de la persona procesada, tal como se lo preciso con anterioridad.

Otro punto que debe tomarse muy en cuenta y que es parte del desarrollo y de la fundamentación de este problema tiene que ver con el grado de pertinencia y de preferencia que deben tener las medidas cautelares alternativas de carácter personal a la prisión preventiva, de modo que esta última responda al carácter de *última ratio* como parte del principio de mínima intervención penal como parte de los principios generales que concurren dentro del proceso penal. En tal sentido, el sistema de justicia requiere del desarrollo y del estudio de mayores estándares interpretativos que permitan orientar, justificar y aplicar en debida forma las circunstancias procesales donde debe aplicarse la prisión preventiva y cuándo es que se debe dar paso de forma preferente a las medidas cautelares alternativas.

En virtud de lo anteriormente explicado como parte del problema de investigación, se propone la siguiente pregunta que enmarque el rumbo del proceso investigativo:

*¿Por qué se presenta una aplicación excesiva de la prisión preventiva dentro del proceso penal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano?*

Como parte de la *premisa* de la investigación se determina que la prisión preventiva tendría una aplicación excesiva y en algunos casos irracional e impertinente en tanto se ignoren o se desconozcan los presupuestos del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que establezcan las reglas y condiciones en que esta debe de aplicarse. En tal sentido, se estaría desconociendo la aplicación dentro de contextos donde ameritan las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva como parte del principio de mínima intervención penal y de *ultima ratio*, lo que a su vez guarda relación con el debido proceso y la tutela judicial efectiva como parte de los derechos de la persona procesada.

En lo concerniente a los objetivos de la investigación, como *objetivo general* se aprecia el hecho de: Desarrollar un estudio crítico y jurídico que evidencia la vulneración de derechos de la persona procesada frente al abuso de la aplicación de medidas cautelares como la prisión preventiva. En tanto que los *objetivos específicos* son los siguientes: 1. Fundamentar doctrinalmente los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva. 2. Analizar los elementos normativos de la legislación de la prisión preventiva. 3. Entrevistar a expertos en derecho procesal penal que establezcan sus criterios de adecuada aplicación de la prisión preventiva. 4. Realizar la validación de la propuesta que contribuya a racionalizar la aplicación de la prisión preventiva.

En lo referente a los *métodos de la investigación* estos son los métodos teórico y empírico. En cuanto a los *métodos teóricos*, estos contribuyen a que se realice un estudio desde una perspectiva doctrinal donde se conozcan los fundamentos de las medidas cautelares personales y la forma de cómo estas se encuentran reguladas por los postulados

del garantismo en aras del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. De la misma manera, se podrá conocer cuáles son los fines de la prisión preventiva y cuáles son las reglas o estándares interpretativos que se deben tener en cuenta para su aplicación dentro del proceso penal. Igualmente, se destaca la pertinencia, la importancia y las situaciones en las que se deben aplicar las medidas cautelares personas alternativas a la prisión preventiva.

Igualmente, dentro de los métodos teóricos se realizará la revisión de las normas constitucionales, procesales y de instrumentos internacionales de derechos humanos que contribuyan a conceptualizar dentro del marco conceptual de qué manera se debe llevar a cabo el desarrollo del principio de mínima intervención penal o de *ultima ratio* en relación con la prisión preventiva, de forma que se puedan aplicar otras medidas cautelares de acuerdo con las circunstancias del delito y de conformidad con la situación jurídica de la persona procesada por la comisión de un determinado delito.

En lo atinente a los *métodos empíricos*, estos se fundamentan en recabar ciertos datos o información a través de técnicas que permitan de una forma amplia y diversificada tener mayor proximidad con el problema de investigación, de modo que se pueda establecer cuál es su realidad, cuáles son sus dimensiones y sus repercusiones dentro del ordenamiento jurídico procesal penal, de la misma forma de cuál sería la solución más adecuada para llevar a cabo una solución en relación con lo que se plantea dentro del diagnóstico de la problemática en cuestión.

Entonces, estos métodos empíricos tienen en cuenta tres aspectos principales: 1. La revisión de estudios de caso. 2. El desarrollo de entrevistas a expertos o especialistas en derecho procesal penal. 3. La realización de la valoración de la propuesta por parte de un profesional en ciencias jurídicas a nivel penal que determine que el problema está

adecuadamente identificado, definido y explicado, así como que la solución o propuesta es procedente, racional, congruente y viable.

En tal sentido, los estudios de caso permitirán demostrar que procesalmente el problema existe y que requiere de un estudio acerca de qué manera se presenta o se manifiesta dentro del contexto procesal en el aparato judicial del Estado a nivel penal. En lo relativo a la entrevista a expertos o especialistas en derecho procesal penal, sus criterios permitirán una sistematización sustentada y suficientemente explicada del problema, acerca de cómo este se presenta, de cuáles son sus orígenes y sus consecuencias de hecho y de derecho y de qué manera se lo puede solucionar de acuerdo con el criterio de los profesionales consultados.

Por su parte, la validación de la propuesta tiene que ver con el estudio de la problemática y de la solución que se pretende dar por parte del investigador, por lo que este experto analizará una serie de ítems que certifiquen el correcto estudio y análisis del problema y que la solución responda a las verdaderas necesidades y exigencias para el derecho procesal penal. En este mismo aspecto, el validador refrendará que la solución planteada sea acorde al perfil profesional de un magíster en esta rama del derecho y de las ciencias jurídicas.

Sobre la *novedad científica*, se analizarán las nuevas corrientes interpretativas dentro del constitucionalismo ecuatoriano, para que se pueda llevar a cabo un estudio de calidad y de actualidad científica y jurídica. De ese modo, la presente investigación constituirá un valioso aporte para la comunidad científica y académica del derecho penal ecuatoriano.

## Capítulo teórico

### La acción penal

La acción penal se entiende para Wilenmann (2020), como el procedimiento a seguir cuando el Estado a través de la Fiscalía o Ministerio Público considera que ante una denuncia existen indicios o presunciones seria de la existencia de un delito. Es por esta razón, que se lleva a cabo una investigación penal que da lugar a un proceso donde concurren la víctima en calidad de denunciante, el fiscal para formular la acusación en representación de la víctima y del Estado; el cual puede estar acompañado del acusador particular, para que se dé lugar a un proceso contradictorio frente al procesado y su defensa; sea pública o particular, los cuales deberán presentar sus pruebas y posturas frente a un juez sustanciador que decidirá si existen los méritos para instaurar un juicio, donde un tribunal decidirá si se ratifica el estado de inocencia o se declara la responsabilidad penal de la persona procesada.

Al analizar lo que implica la acción penal, se puede reconocer que este representa un conjunto de acciones donde se investiga y donde se intenta formular cargos para analizar y juzgar la conducta de una persona de quien se presume es responsable de la comisión de un delito. Es por tal razón, que debe considerarse que se requiere de la concurrencia de ciertas personas o sujetos procesales para que se pueda impulsar las acciones correspondientes en torno a las investigaciones y posibles sanciones de un delito. En efecto, la víctima, el fiscal (de ser el caso un acusador particular) y la defensa deben llevar a cabo una serie de actos enunciativos, declarativos, probatorios y contradictorios, de modo tal que los juzgadores se puedan formar los debidos criterios para resolver la controversia de naturaleza penal que se pone en su conocimiento.

Lo anteriormente dicho supone que la acción penal debe seguir un camino que está trazado por lo que establecen las normas procesales, al mismo tiempo que considerando cómo cada una de las partes o sujetos procesales hacen uso de esas normas y en la medida que respetan o cumplen con las reglas procesales debidamente establecidas. En tal contexto, todos estos procedimientos y reglas deben ser observadas por los juzgadores en sus distintas instancias, para que ese proceso aparte de cumplir con sus cometidos también se sujete a las normas y garantías propias del debido proceso.

Por otra parte, la doctrina, al considerarse lo expuesto por López (2018), reconoce en la acción penal al medio procesal por medio del cual se realizan diligencias investigativas y de recopilación y recepción de elementos de cargo y de descargo, los cuales deben ser valorados en las etapas preliminares o de juicio, en las cuales se resuelve la situación jurídica sobre la persona que es imputada de la comisión de un delito. Este acontecimiento procede en virtud que el Estado cuenta con un sistema de normas penales y procesales que establecen el procedimiento a seguir a partir del conocimiento de la denominada *noticia criminis*.

Evidentemente, la acción penal requiere del desarrollo de una serie de operaciones o actos jurídicos a nivel procesal, donde resulta indispensable el que se lleve a cabo una serie de técnicas investigativas que no solo responden a ciertas generalidades procesales, sino que también dependen de la especificidad del delito. Lo precisado, obliga a que dentro de las etapas procesales correspondientes se evacue dentro de los plazos determinados en la ley a la ejecución de cada de las experticias que son pertinentes para poder esclarecer los hechos punibles que son materia de investigación y de sustanciación dentro de un proceso penal.

En tal caso, cada uno de los detalles son importantes dentro del proceso penal, tanto a nivel de las declaraciones de las partes procesales, así como de los indicios o vestigios de la infracción, así como del cumplimiento de las diligencias, formalidades y principios procesales, para que dentro de la perspectiva de un todo, no solo se trate de cumplir con lo que el proceso penal tiene por fin, sino que al mismo tiempo se asegure la observancia y desarrollo formal y material de ciertas garantías indispensables para legitimar el accionar del sistema de justicia y respetar los derechos de cada uno de los sujetos procesales dentro de la causa penal.

En tanto que, entre otras definiciones dentro del contexto doctrinal, de parte de Zambrano (2020), se reconoció que la acción penal es un impulso de carácter procesal que se da en virtud de la denuncia sobre la existencia de un delito, en el cual se buscan aclarar los hechos a través de investigaciones y actuaciones procesales, donde deben aplicarse ciertas diligencias, procedimientos y medidas de acuerdo con la naturaleza propia de delito y según las necesidades del proceso, tanto por gestión de las partes procesales o por criterio de los juzgadores en su labor de administrar justicia.

Al profundizar lo que la doctrina define o conceptualiza como proceso penal, evidentemente que se debe considerar y analizar en todas sus dimensiones el impulso penal, lo cual tiene que ver con la denuncia del delito y el oficio u orden que se delegan para el desarrollo de investigaciones y de ciertas actuaciones, para de esa manera evitar la impunidad y buscar los elementos de responsabilidad de la comisión del delito, los cuales de hallarse dan lugar a las sanciones que procedan en derecho. En tal perspectiva, debe tenerse en cuenta que cada delito es diferente, por lo que pueden cambiar ciertas actuaciones, sin embargo, no se puede dejar de lado, obviar o desconocer algunas

formalidades y garantías que son requisitos *sine qua non* para cumplir con lo relacionado con la seguridad jurídica y el debido proceso.

Si se considera lo antes afirmado, la acción penal depende mucho del impulso procesal y de los actos que la constituyen, por lo que se debe guardar observancia y apego de modo tal que a más de cumplir con el deber del Estado de investigar y sancionar los delitos, no se soslaye ni se omitan las garantías procesales de modo tal que se tomen decisiones justas, donde se sepa de forma adecuada y fundamentada el administrar justicia en el sentido que tengan sustento y validez las decisiones que terminen sea en la ratificación del estado de inocencia del procesado, o en su defecto, que se trate de establecer la responsabilidad penal y las sanciones correspondientes a quien hubiera cometido el delito.

### **El poder punitivo del Estado**

En la percepción de López (2017), el poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, se lo considera como la facultad que tiene el Estado para iniciar una acción penal para descubrir la verdad procesal y conseguir el fallo respectivo que, en el caso de demostrar la responsabilidad penal y la culpabilidad del procesado, se castigue la conducta y al sujeto activo del delito, de forma tal que reciba la pena que corresponda según las leyes penales. En tal caso, este castigo o sanción se deberá imponer en la medida que se justifiquen y se prueben los hechos, así como el nivel de daño ocasionado y el cumplimiento de las normas y de las garantías propias del debido proceso.

De acuerdo con lo precisado en las líneas anteriores, la facultad punitiva del Estado es aquel poder o potestad que tiene el aparato estatal para que a través del sistema de justicia penal se investiguen aquellos actos constitutivos de delitos, para así determinar el

nivel de daños existentes, identificar a las víctimas, los medios empleados y sus motivaciones, para así de concurrir todos estos elementos identificar al responsable e imponer la sanción correspondiente en virtud de la conducta punible incurrida. Es por este motivo, que se debe seguir con una serie de normas adjetivas y sustantivas que establecen al proceso penal para cumplir con las consignas que corresponden a esta facultad que tiene el Estado.

En tal sentido, debe llevarse a cabo una serie de requerimientos y procedimientos los que permitan identificar más que todo a los responsables y su grado de participación en el delito para proceder a juzgar la infracción. Entonces, dentro de la facultad punitiva del Estado se trata de determinar las conductas punibles y las penas, de tal manera que se puedan dar los presupuestos que contribuyan a la adecuada punición de dichas conductas en los términos previstos tanto por las normas procesales en lo penal, así como los principios del derecho que regulen estos procedimientos.

La facultad punitiva del Estado para Arce (2019), significa que existe una atribución estatal para perseguir y sancionar aquellas conductas que se encuadren como delitos, dado que afectan la seguridad ciudadana, la paz social y al orden público, además de representar un desconocimiento al carácter preventivo a nivel general y especial que tienen las normas penales al tipificar ciertas conductas que por acción u omisión los legisladores las positivicen como delitos. Es por esta razón, que el Estado está obligado a identificar, investigar y sancionar los delitos, una vez que a través de un proceso penal se pruebe que estos existen y que fueron cometidos por una determinada persona, produciéndose un tipo de daño específico a través de ciertos medios.

Al profundizarse lo concerniente a la facultad punitiva del Estado, debe entenderse que se trata de una atribución del Estado, puesto que este es el principal responsable de garantizar la seguridad ciudadana y el respeto por las normas jurídicas que buscan tutelar todos los bienes jurídicos de los ciudadanos que forman parte de una comunidad. Por consiguiente, en aras de preservar el orden público y la paz, se establecen mandatos legales que dentro del contexto punitivo tratan de establecer condicionamientos y consecuencias punitivas a nivel general y especial, donde la prevención, la disuasión y la sanción tratan de ser esos elementos por los cuales el Estado busca reprimir las conductas delictivas.

Dicho de otro modo, el Estado debe contar con un aparato judicial capaz de identificar, investigar, comprender y sancionar los delitos, de modo tal que se cumpla de modo eficaz con el poder sancionador que tiene el ente estatal frente a la delincuencia. Sin embargo, dentro del ejercicio de esta facultad, no se puede desconocer el hecho que se debe contar dentro del sistema penal con los medios y procedimientos o estrategias adecuados para que también se produzca la reparación integral de las víctimas, así como la rehabilitación y reinserción social de las personas que han sido privadas de su libertad.

Otra apreciación doctrinal realizada por Paidá (2019), indica que el poder punitivo del Estado no debe entenderse únicamente como un fin sancionador de este ente político, sino también como un medio de protección y reparación a las víctimas de los delitos, lo cual se debe perfeccionar o materializar a través del proceso penal. Además, el proceso que permite el desarrollo de dicha facultad punitiva no tiene que considerarse solamente como una forma de castigo, sino que puede ocurrir un resultado contrario al fin punitivo, es decir, que se termine por ratificar la inocencia de la persona procesada si no se cuenta con las

suficientes pruebas de cargo que demuestren la materialidad y la existencia de la infracción penal.

En virtud de la atribución estatal para perseguir y sancionar los delitos, el sistema de justicia debe, tal como se indicó en las líneas anteriores, de considerar que el proceso penal debe tener un complemento donde no solo se considere la facultad sancionadora del Estado, sino que un sistema penal humanitario y garantista debe también considerar y enfocarse en que las víctimas de los delitos deben contar con la debida reparación integral de los derechos vulnerados, para lo cual se debe restituir, compensar y garantizar la no repetición de los actos punibles que han derivado en la afectación de derechos.

Aparte, debe tenerse en cuenta que las sanciones, que en tal caso corresponden para la privación de la libertad, también se debe considerar que el poder punitivo del Estado sería insuficiente sino se enfocan los esfuerzos de la lucha contra la delincuencia en rehabilitar y reinsertar a las personas que son privadas de la libertad una vez que se ha ejecutoriado una sentencia condenatoria, todo esto tras que se haya comprobado la responsabilidad intelectual y/o material de una persona que hubiera cometido un delito. En este supuesto, el poder punitivo del Estado debe considerar otras aristas para una lucha eficaz frente a la delincuencia.

### **El garantismo penal**

Para Ferrajoli (2018), a partir de su perspectiva, se aprecia que el consideró que el garantismo dentro del proceso penal representa una serie de principios y de herramientas donde se busca armonizar tanto las reglas que deben regir a dicho proceso, al mismo tiempo que se precisa de reconocer y tutelar los derechos de los sujetos procesales, de forma tal que las actuaciones procesales materialicen derechos fundamentales y por lo tanto

esenciales de estos sujetos, sin que estos se vean vulnerados por acontecimientos procesales, los que justamente deben estar normados para que el proceso penal cumpla con debidas actuaciones y fines correspondientes, pero que guarden equilibrio y balance con las derechos de las partes que están involucradas dentro de dicho proceso.

Según lo precisado por el referido doctrinario, debe reconocerse que el garantismo penal implica la observancia y cumplimiento de una serie de principios y prerrogativas que determinen que el proceso penal está regulado y que no solo se enfoca en las acciones, resultados y posibles sanciones, sino que debe seguirse un cierto camino que establece las condiciones adecuadas para un juicio justo y que se encuentre exento de arbitrariedades e irregularidades. En este supuesto, cada una de estas reglas, principios y garantías deben centrarse en los derechos de cada una de las personas que son parte del proceso penal, motivo por el cual existen las normas que establecen las condiciones y modo de satisfacción de las debidas condiciones en cada uno de las partes procesales deben enfrentar el proceso penal.

En tal perspectiva, el garantismo busca un equilibrio entre las normas, los procedimientos y los principios, de manera tal que se proceda de forma justa, y que el hecho de pretender sancionar un delito no sea un factor o elemento que obstruya el reconocimiento y satisfacción de ciertos garantías, los que existen para establecer un límite en el accionar punitivo del Estado y el reconocer la humanidad y la dignidad de las partes procesales, en especial de las personas procesadas y de las que son privadas de la libertad quienes son los que tienen que llevar a costas el descargo sancionador o punitivo del sistema de justicia.

En cuanto a lo expuesto por Ippolito e Ibáñez (2018), se aprecia que dichos autores sostuvieron como criterio que el garantismo penal se caracteriza por ser una serie de mandatos y disposiciones que tienen su sustento en principios constitucionales y en fundamentos que emanan en el contexto de la justicia a nivel de derechos humanos, de modo tal que se establecen una serie de disposiciones que protegen ciertos derechos procesales en términos de acceso a la justicia, de modo que esta sea imparcial, racional, mesurada y que esté apartada de vicios, arbitrariedades y del desconocimiento de derechos fundamentales, de modo tal que los sujetos procesales cuenten con todos los medios que les permitan hacer valer sus derechos dentro de las causas penales.

Evidentemente, se precisa de mandatos y disposiciones para que los postulados garantistas no solo cuenten con un reconocimiento formal y positivo, sino para que existan los presupuestos y sustentos de exigibilidad para su materialización. Dicho de otro modo, lo que se trata de señalar es que el reconocimiento en la norma escrita es lo que termina por dotar de legitimidad y validez a las reglas que se pretenden insertar o implementar dentro de un ordenamiento jurídico el cual cumpla con las condiciones propias de lo que representa el debido proceso.

También debe indicarse que el garantismo penal es un elemento propio de los derechos humanos y del constitucionalismo, dado que constituyen los mayores sustentos y vertientes que por su naturaleza y hegemonía definen los bienes jurídicos y sus fundamentos en materia de tutela efectiva que permitan determinar las garantías que se asuma brinden la debida respuesta o protección de los derechos procesales en el ámbito penal para evitar abusos, violaciones de estos derechos y demás arbitrariedades. De ese

modo, el garantismo penal representa uno de los pilares esenciales en el desarrollo y decurso de las causas penales que se conocen dentro del sistema de justicia.

Por otra parte, según los planteamientos de Astrain y Guerrero (2017), se reconoce que el garantismo penal es una forma que el Estado a través de ciertas reglas, procedimientos y recursos certifica un trato procesal justo, equitativo y racional para las partes, de forma tal que se reconozca el estatus, la condición y las necesidades jurídicas de cada parte procesal dentro de una causa o juicio penal. De ese modo, el sistema de justicia considera que existe diversos tipos de acontecimientos y de peticiones que requieren ser valoradas y atendidas para salvaguardar la tutela judicial efectiva y el debido proceso como máximas procesales donde cada sujeto que es parte del proceso cuenta con las oportunidades para ser escuchado y salvaguardar sus derechos.

Otras apreciaciones que se tienen del garantismo penal permiten evidenciar que este precisa de reglas que sean capaces de regular y tutelar los procedimientos, tanto en condiciones de respeto y dignidad de las personas, además de impulsar el trato justo entre las partes. Esta premisa se justifica por cuanto existen derechos intrínsecos que por su contenido, valor y alcance no pueden ser soslayados o inobservados, por lo que deben contar con las condiciones y los medios para un reconocimiento pronto, oportuno y eficaz dentro del sistema procesal.

En tal caso, no se puede desconocer que en el garantismo penal se presentan peticiones o requerimientos que son propios del estatus de la persona que por su condición humana posee dignidad, lo que obliga al Estado al desarrollo formal y material de ciertas condiciones mínimas, las que de alguna manera deben implementarse para evitar abusos del poder punitivo, motivo por el cual existen normas y reglas que son parte de la tutela

efectiva de derechos, en especial del debido proceso. Es por esta razón, que la luz del garantismo penal se debe tener muy en cuenta que se debe atender los derechos y garantías de los sujetos procesales, al mismo tiempo que las peticiones que respondan a las mencionadas prerrogativas que protegen sus derechos fundamentales a nivel procesal.

### **La persona procesada**

En lo relacionado con la persona procesada Toribio (2018), es la que enfrenta la acusación de ser presuntamente responsable de la comisión de un delito. Es por este motivo que esta persona recibe en contra los elementos de cargo o de imputación para que pueda recibir una sanción de acuerdo con la conducta penal cometida y la gravedad de la misma una vez que quede demostrada su responsabilidad penal. Sin embargo, este sujeto procesal tiene a su haber el derecho a la defensa y el principio de presunción de inocencia, por lo que le corresponde asumir pruebas de descargo para ratificar esta presunción, para lo cual debe estar amparado por las garantías del debido proceso en los términos previstos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las normas penales de carácter sustantivo y adjetivo.

Al analizar el rol que cumple la persona procesada, debe tenerse muy en cuenta que este sería uno de los sujetos procesales que en cierto modo tiene el protagonismo dentro de la acción penal, lo cual se ve motivado porque es sobre quien se realiza en gran parte el accionar investigativo y los impulsos procesales en términos de la determinación que se pudiera realizar sobre su responsabilidad penal frente a la comisión del delito sobre el cual se lo acusa.

En lo concerniente a los elementos de cargo que se imputan a la persona procesada, se debe tener en cuenta que debe reunir una serie de condiciones, en los que existan

correspondencia y adecuación para que la conducta punible atribuida en realidad se ajuste al tipo penal imputado, así como el tipo de daño y la responsabilidad penal deben concordar entre sí. De ese modo, se llevará una debida imputación, la cual también tiene como consecuencia el ejercicio de las garantías penales, las que en la persona del procesado se sitúan especialmente en el respeto por su presunción de inocencia, así como del derecho a la defensa y debido proceso en el marco previsto por la Constitución, las normas procesales de derecho interno y por los instrumentos internacionales de derechos humanos

Entre otras apreciaciones que ofrece la dogmática, según Montero (2020), se observa que la persona procesada es considerada como el personaje esencial dentro del proceso penal, puesto que sobre él recae el accionar investigativo del aparato judicial, así como las decisiones que terminan siendo valoradas en términos de cumplimiento del Estado a los postulados y premisas del garantismo que deben caracterizar la actividad procesal. En tal caso, se trata de un sujeto procesal que está a la vista pública de la comunidad jurídica y de la sociedad en general, pero que a pesar del juicio de reproche a nivel jurídico y social no está exento de las garantías del debido proceso.

. Al referirse al accionar investigativo del aparato judicial, se debe tener en cuenta que en los procesos penales y en términos específicos sobre la persona procesada, el garantismo es un elemento imprescindible, puesto que como se ha mencionado con anterioridad es lo que legitima el accionar estatal en términos de desarrollo o ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Como bien se apuntó en las líneas anteriores, al cumplirse con los postulados garantistas, queda para el escrutinio público, en especial para la comunidad jurídica el hecho que se lleva a cabo un ejercicio procesal que trata de ser el reflejo eficaz de las garantías que responden al debido proceso.

Según lo dicho, la persona procesada es la que promueve el accionar del aparato de justicia a nivel penal para que se realicen las investigaciones, experticias y demás actos procesales o diligencias que son parte de la investigación del delito y de la recopilación de los elementos de convicción que permitan juzgar la conducta de la persona en mención, para que de ese modo según lo aportado y realizado por las partes se determine la ratificación del estado de inocencia o en su defecto la responsabilidad penal. Por esto se debe tomar en cuenta que la actividad procesal a la que habrá de darse lugar debe responder y sostenerse por medio de garantías que son las que dirigen el proceso de modo tal que no se menoscaben derechos fundamentales del procesado frente al poder punitivo del Estado.

Sobre lo reseñado por Fierro-Méndez (2018), el procesado es la persona que cuenta con un grado de suma valoración de escrutinio público y de examen jurídico de su conducta, puesto que es la persona que activa el aparato judicial toda vez que se identifica la posible comisión de un delito de su parte, sea que la acusación parta de la *noticia criminis* una vez que se expone la denuncia por parte de la víctima, o bien, cuando sea el caso que la acusación parta de oficio a cargo de un agente del ministerio público o en representación de la Fiscalía.

Al mencionarse el elemento del escrutinio público, evidentemente que existe un auditorio social muy amplio, el cual está conformado por la ciudadanía y por los propios operadores de justicia y los abogados en libre ejercicio, el cual dentro juicios de valor a nivel social y jurídico están conscientes que existen reglas procesales y principios que son imperativos para que se lleve a cabo un proceso penal, el cual será examinado en términos de validez y de razonabilidad de sus decisiones en la medida que se respeten y se cumplan cada una de las garantías fundamentales que lo constituyen.

En todo caso, estas garantías tienen un punto de partida desde la *noticia criminis*, al mismo tiempo que en el desarrollo de los primeros actos investigativos y de recogida de información, lo cual cobra mayor relevancia y que representa un elemento más exigible en la medida que existe un proceso formal que ha superado la fase de investigación. Esto se debe por cuanto existen ciertos elementos de convicción donde se presenta un mayor razonamiento jurídico y donde con las evidencias se entable un debate jurídico y el desarrollo de una serie de actos y medidas que deben estar ajustadas a las normas, principios y postulados constitucionales y derechos humanos.

### **Generalidades de las medidas cautelares: personales y reales**

Las medidas cautelares desde los fundamentos dogmáticos realizados por Reyes (2019), se consideran como una serie de acciones y disposiciones que imponen alguna restricción a la libertad y a los bienes del procesado, con el fin de garantizar que este no evada el accionar del sistema de justicia para requerir y contar con su presencia en las investigaciones y ante un eventual juzgamiento a nivel penal. Por lo tanto, no se puede concebir un proceso o acción penal que no se sirva del respaldo o del aporte que puedan presentar las medidas cautelares, sea a nivel personal o a nivel real.

Lo previamente acotado al referirse a las medidas cautelares, tiene por sustento el hecho que estas medidas tratan de establecer impedimentos para el ejercicio absoluto de la libertad y de la administración o uso de los bienes de las personas que están procesadas por estimarse su responsabilidad en la comisión de un delito. De esta manera, se estima que al imponer este tipo de restricciones, lo que se busca es que se pueda asegurar que el procesado participe y comparezca en el desarrollo del proceso penal que se está sustanciando en su contra.

Es por esta razón, que estas medidas cautelares se presentan a nivel personal o nivel real, dado que, al determinar restricciones sobre la movilidad de las personas, en este caso del procesado, así como de otros actos, lo que también puede estar acompañado de restricciones a los bienes, podría en cuestión significar en una estrategia de desarrollo necesario para prevenir que el procesado eluda el accionar del sistema de justicia. En dicho contexto, las medidas cautelares justifican su existencia y la aplicación que estas puedan tener en tanto sean racionales con los hechos que constan a la vista de los operadores judiciales.

En lo concerniente a las medidas cautelares personales, de acuerdo con lo que se puede interpretar a partir de lo descrito por Pinto (2021), estas medidas implican restricción de la movilidad o libertad de la persona procesada, con el fin que no opte por realizar acciones en que trate de ocultarse o evadir el accionar del sistema de justicia, con lo que deberá estar presente dentro del proceso penal, para que ejerza su derecho a la defensa y a través del principio de contradicción pueda rebatir los elementos de cargo que presentan en su contra la Fiscalía o el Ministerio Público.

Justamente, al referirse a las restricciones de movilidad, se debe tener muy en cuenta que el motivo fundamental tiene que ver con el evitar la fuga o alguna otra forma de evasión al control y a la comparecencia para los fines procesales que establecen los organismos de justicia pertinentes. En ese ámbito, las medidas cautelares personales se enfocan en la restricción de la libertad de la persona procesada, lo que procede en las formas previstas según las condiciones determinadas dentro de las normas relativas al proceso penal.

En dicho sentido, también corresponde precisar que si en el marco de las medidas cautelares personales, una persona es privada de su libertad, esta deberá contar con los medios necesarios, adecuados, oportunos y eficientes para que pueda ejercer de forma contradictoria su derecho a la defensa. El limitar estos derechos frente al acervo probatorio y de actuaciones frente a la Fiscalía y con la observancia de los jueces de garantías penales de instancia, daría lugar a la vulneración de las prerrogativas y garantías que son parte del debido proceso.

Sobre las medidas cautelares reales Hernández (2018), indicó que estas son restricciones que implican retenciones o impedimentos de disponer, trasladar, usar o comercializar con bienes muebles o inmuebles que sean propiedad de la persona procesada, lo que se realiza con el mismo fin de que este sujeto procesal esté presente dentro de la causa penal que se sigue en su contra. De esa manera, la situación del bien jurídico, obligaría a que el procesado se encuentre o deba estar dentro del lugar donde se ejerce la jurisdicción y competencia del proceso al cual debe concurrir.

Al analizar el objeto e importancia de las medidas cautelares reales, se debe tener en cuenta que estas medidas tienen en sí un enfoque que cuenta con efectos civiles pese a su connotación punitiva. Esto se justifica porque se despoja al procesado de poder usufructuar o sacar provecho de bienes que forman parte de su propiedad y de su peculio, lo que obliga a que el procesado esté presente dentro de la causa para que pueda resolver su situación jurídica y así recobrar el uso, goce y administración libre de sus bienes que en este caso se ven afectados por las medidas cautelares.

En virtud de lo antes mencionado, cuando un procesado no cuenta con la libre disposición de sus bienes, es lógico asumir que está atravesando por una situación de

perjuicio que para poder solucionarla o darle fin, en cuestión lo obliga a que se presente y sea parte del proceso penal, hasta que al resolver las situaciones correspondientes pueda librar sus bienes, aunque no se debe descartar que estos bienes pueden también ser empleados para medios de la reparación integral en los aspectos de compensación y satisfacción pecuniaria a las víctimas del delito a manos del procesado que está cumpliendo con estas medidas cautelares.

### **La prisión preventiva: presupuestos y fines**

La prisión preventiva en los términos definidos por Sarmiento (2020), es considerada como una medida cautelar personal, en la que se dispone la restricción de la libertad de la persona procesada, para que esta transitoriamente se encuentre o permanezca aislado de la sociedad y permanezca dentro de un centro de detención provisional o recinto penitenciario, hasta que se realicen las investigaciones propias de instrucción, donde puede ocurrir un sobreseimiento o absolución, como también el llamamiento a juicio donde este sujeto deberá comparecer ante el tribunal penal que le corresponda.

Al analizar a la prisión preventiva, esta responde como medida cautelar personal, de la que se cree o se estima que, por la magnitud de restricción de la libertad de la persona procesada, sería entonces la que de mejor manera pueda asegurar la comparecencia de este sujeto procesal dentro de la causa penal. Sin embargo, esta medida debe ser transitoria y provisional, puesto que debe ajustarse a los tiempos y a los momentos procesales hasta que se resuelva dentro de la instrucción fiscal si este es sobreseído o si es llamado a juicio, todo de acuerdo con el resultado de las investigaciones al término de la mencionada etapa procesal.

De acuerdo con lo anteriormente precisado, la prisión preventiva debe cumplir con una serie de condiciones que se encuentran previstas en la normativa procesal penal, de manera tal que se invoquen de forma adecuada sus causales y que pueda debidamente ser solicitada por parte del agente fiscal, además de que el juez de garantías penales realice la valoración pertinente para determinar la aplicación de la misma frente a las demás medidas cautelares de carácter personal en las formas y condiciones previstas por el Código Orgánico Integral Penal.

No obstante, a decir de lo reseñado por Arias (2017), la prisión preventiva como medida cautelar enfrenta críticas por su existencia y por diversos sectores de la doctrina, con lo que se resume la idea de que esta medida equivale a una sanción o privación de la libertad anticipada. Es decir, se está prejuzgando de forma prematura la situación jurídica del procesado, el que como sujeto procesal debe estar amparado por el derecho eficaz basado en la garantía de la presunción de inocencia. Aunque, el mismo autor indica que en cierto modo es necesaria esta medida por cuanto existen criminales de alta peligrosidad que han cometido delitos graves, por lo que es indispensable asegurar su presencia en el proceso, así como también para evitar que continúen cometiendo delitos y ocasionando daños a otras personas.

Lo expuesto por el autor antes en mención, implica que la prisión preventiva por la restricción de libertad que implica evidentemente genera críticas de variados sectores de la dogmática penal, es decir, existen opiniones de investigaciones y de estudios por medio de los cuales la crítica principal es que la aplicación de esta medida representa una privación de la libertad que se lleva a cabo anticipadamente como que su fuere una sentencia que se llevare a cabo cuando aún se encuentran recabando elementos de responsabilidad penal por

la comisión de un delito. En tal sentido, la prisión preventiva supondría el tratar al procesado como su fuere culpable antes que lo establezca una sentencia ejecutoriada dentro de la etapa de juicio.

Lo dicho en las líneas anteriores conlleva la afectación al principio de presunción de inocencia que por su contenido y esencia representa una de las garantías fundamentales y principios procesales básicos e imperativos en materia de desarrollo del debido proceso. En dicho escenario, la prisión preventiva debe ser solicitada en circunstancias especialísimas y de necesidad fundamentada, por lo que se critica su aplicación abusiva, lo que motiva a que se debe practicar o disponer en los casos de delitos graves y de personas procesadas que cuenten con índices de peligrosidad que resulten verificables.

Para la opinión de Ponce (2017), la prisión preventiva debe contar con criterios de justificación, proporcionalidad y racionalidad, puesto que no se puede desconocer el hecho que esta medida puede ser aplicada, pero desatendiendo estos criterios, por lo que se estaría desconociendo al garantismo, en especial con los fundamentos y elementos propios y característicos del debido proceso. Por tal razón, los operadores de justicia están obligado a analizar y aplicar las medidas cautelares que en realidad puedan estimarse como las más adecuadas para la realidad del caso.

En virtud de lo previamente expuesto, la prisión preventiva como parte de las medidas cautelares personales debe imperativamente cumplir con ciertos estándares, criterios o presupuestos, los cuales sirven para una aplicación tanto justa como pertinente. Es por esta razón, que los criterios de justificación, proporcionalidad y racionalidad buscan que esta medida responda a una decisión tanto adecuada como motivada y mesurada, dado que justamente se puede constatar que a nivel de la opinión jurídica de abogados en libe

ejercicio, así como de operadores de justicia y otros jurisconsultos resulta evidente su aplicación abusiva e incluso hasta irracional y con deficiencias en términos de motivación.

En relación con lo previamente acotado, se debe valorar que tanto fiscales como jueces de garantías penales tienen que realizar un estudio profundo y minucioso para que se solicite y se disponga la prisión preventiva, puesto que en cierto modo no se puede desconocer que esta medida cautelar en ocasiones se aplica como una medida que resulte más sencilla para asegurar la comparecencia del procesado, cuando se pueden aplicar otras medidas que pueden presentar los mismos resultados, pero que depende del análisis y la motivación según las circunstancias del caso a manos de los mencionados operadores de justicia.

### **La aplicación abusiva de la prisión preventiva**

La prisión preventiva como reconoce Valenzuela (2018), enfrenta algunas críticas en cuanto a su aplicación, siendo que la crítica no estaría específicamente dirigida a su utilidad o necesidad, sino a la forma y a los criterios por los cuales esta es aplicada en diversos procesos penales como medida cautelar personal para asegurar el hecho de contar con la persona procesada dentro de la causa. Esta crítica tiene que ver con el hecho que los operadores de justicia se inclinan por la prisión preventiva de forma preferente y por costumbre sin conceder en algunos casos la aplicación de otras medidas cautelares que cumplan con la misma finalidad o brinden el mismo aporte.

El citado autor se refiere a que la forma, motivos y requisitos por los cuales se solicita y aplica la prisión preventiva deben estar adecuadamente fundamentados, por esta razón, el que se califique que esta medida tenga una aplicación abusiva de por sí no representa una crítica, cuestionamiento o rechazo a la medida, pero sí implica el objetar la

forma en que se la práctica, puesto que, si no se atiende los estándares o presupuestos para su aplicación, entonces, se estará ante una medida cautelar personal que incurrirá en una disposición arbitraria y contraproducente en derecho.

Ciertamente, se podría considerar que uno de los errores principales al momento de aplicar las medidas cautelares personales consiste en que se analiza el que mayores garantías puede ofrecer para asegurar la comparecencia de la persona procesada dentro de la causa penal, en este caso, resulta fácil intuir que esta es la prisión preventiva, por lo que, desde tal punto de análisis resultaría tanto estéril como inútil que el COIP establezca otras medidas cautelares personales. En realidad, lo que debe tenerse en cuenta es la pertinencia y la idoneidad de la medida, con la que de forma suficiente y adecuada pueda cumplir con la consigna de asegurar que la persona procesada esté presente a lo largo del proceso, más no la que restrinja en mayor medida la libertad, dado que, como se ha sostenido a lo largo de esta investigación, la prisión preventiva es una medida de carácter excepcional, por lo que preferentemente se deben aplicar las otras medidas cautelares a nivel personal.

Otro de los aspectos críticos que se encuentran analizados por la doctrina, tiene que ver con el hecho planteado por Benavente (2021), quien reconoció que la prisión preventiva es una medida cautelar personal que por su esencia propia y naturaleza representa una pena anticipada, aun cuando tenga un objeto precautelar para los fines procesales. Sin embargo, su uso goza de reconocimiento en la praxis penal de varios Estados, pero dicho aval no significa que es la única medida que se puede aplicar, por lo que se debe procurar otras alternativas racionales en aquellos casos en que no se requiera una restricción absoluta de la libertad.

El otro cuestionamiento que se presenta y que se debate ampliamente en la doctrina es que la prisión preventiva se considera como una pena anticipada, pero se podría convenir que esta estimación se debería al hecho que por cuanto se disponga de ella de forma abusiva, irracional y recurrente, además de la inobservancia de otras medidas cautelares personales, en tal caso es que se puede comprender la razón de dicha estimación. Por el contrario, si esta medida se adecua a los criterios y estándares que justifiquen su aplicación, entonces podría cambiar algunas consideraciones que se tiene sobre ella en términos de pertinencia.

Lo antes acotado, permite reconocer que la prisión preventiva debidamente solicitada y ordenada, respetando los criterios para su aplicación, podría en consecuencia determinar que es una medida que cumple con fines preventivos y precautelatorios de una fuga de la persona procesada, además de que se protege a las víctimas y a la sociedad de que esta persona siga cometiendo delitos, aun cuando se estime que se estará defendiendo en libertad y que un proceso en su contra lo abstendría de cometer más delitos. En tal caso, al considerar el estimado supuesto es que adquiere sentido y aceptación de que la prisión preventiva exista como medida cautelar personal.

Entre otros argumentos críticos, en la opinión de Pascual (2021), se aprecia un cuestionamiento sobre la racionalidad de la prisión preventiva, puesto que, a decir de dicho autor, los operadores de justicia penal en algunos casos reducen o limitan la aplicación de esta medida cautelar por sentir que les genera mayor seguridad y confianza para asegurar la presencia del procesado en la causa, pero desconociendo o ignorando la idoneidad de otras medidas que igualmente pueden generar los mismos resultados en torno al cumplimiento del mismo fin o propósito.

En términos de racionalidad de la prisión preventiva, el cuestionamiento entre necesidad y seguridad debe resolverse desde la proporcionalidad e idoneidad de la medida, sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto o medida fiscales y jueces de garantías penales tienen esto en cuenta. Es por esta razón, que el elemento de su racionalidad cobra mayor importancia y significado para tratar de refrendar la validez de esta medida desde un punto de vista ligado a su constitucionalidad y al respeto por el garantismo vinculado al proceso penal.

Desde tal perspectiva y enfoque, la evaluación de los requisitos legales y su relación con el debido proceso en términos de garantías, es lo que permite que esta medida cautelar personal cuente los presupuestos de admisibilidad y estimación sobre una adecuada solicitud por parte de los agentes fiscales y de su concesión por parte de los jueces penales, esto en la medida que converjan los aspectos legales y constitucionales para que la prisión preventiva no se vea afectada en su carácter excepcional, así como en términos de preferencia de las otras medidas cautelares a nivel personal.

### **El principio de última ratio**

Este principio de acuerdo con Piva (2020) implica que, dentro del accionar penal, la privación de la libertad debe ser el último recurso a considerarse por parte del Estado, puesto que, si bien es cierto, pese a que existen acciones punibles que ameritan el castigo provisto por las normas penales, la gravedad de ciertas infracciones no es drástica ni determinante como para que se impongan penas restrictivas de la libertad. Esto debe motivar a que el sistema de justicia considere aplicar otro tipo de sanciones o medidas con menor carga coercitiva.

En lo concerniente a lo precisado por el autor referido en las líneas precedentes, en términos de que el sistema de justicia penal conozca de la comisión del delito, este debe asumir que prevalece el estado de inocencia de la persona acusada, y que esta para defenderse se preferencia debe realizarlo en libertad, excepto, que por la gravedad del delito y por existir un peligro de fuga estimable y justificable, en tal caso es que se aplicará la prisión preventiva. Esto conlleva que este último recurso como parte de las medidas cautelares es lo que se entiende por *última ratio*, por lo que la excepcionalidad de tal medida cautelar permite aplicarla si existen los presupuestos de los que se ha tratado a lo largo de esta investigación. Por el contrario, si estos presupuestos no se cumplen cabalmente, deberán aplicarse alguna de las otras medidas cautelares personales previstas por el COIP.

Al considerar la prerrogativa antes acotada, como se indicó, el sistema penal en materia de medidas cautelares personales debe inclinarse por las medidas menos coercibles y restrictivas de la libertad, por lo que, solo si la gravedad del delito, así como la pena, la peligrosidad del procesado y el mencionado peligro de fuga confluyen, se estaría contando en efecto con causales para que se apliquen los criterios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad para que la prisión preventiva sea aplicada en términos tanto constitucionales como garantistas.

En tanto que, conforme a lo reseñado por Carnevali (2008), el principio de *última ratio*, establece que el Estado debe reservar la privación de la libertad para aquellos delitos graves y cuyas circunstancias ameriten, justifiquen y puedan determinar tanto la peligrosidad del procesado, al mismo tiempo que las víctimas del delito puedan estar en riesgo si es que este sujeto procesal se encuentra en libertad o aun cuando cumpla medidas

cautelares menos restrictivas de dicha libertad. Al mismo tiempo, se establece en relación con la prisión preventiva que esta deberá aplicarse cuando se pueda presumir con elementos de convicción que el procesado esté en posibilidades de darse a la fuga frente al accionar de la justicia.

Un aspecto especial, tal como se acota por parte del autor que es mencionado en las líneas que preceden, tiene en cuestión que ver con el elemento de riesgo del procesado, es decir, del peligro que pueda suponer su libertad aun cuando enfrente un proceso penal en su contra, puesto que, esta persona al poderse defender siendo libre, este puede representar una amenaza para las víctimas del o los delitos que haya cometido, o que pueda seguir delinquiendo, lo que conlleva a que por necesidad la prisión preventiva deba ser aplicada para mitigar ese riesgo y que esta persona pueda responder ante la justicia por los cargos que se le imputan.

Lo dicho anteriormente representa un criterio fundamental para la privación de la libertad de la persona procesada a través de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que, de no concurrir materialmente, en su defecto demanda que se consideren otras medidas alternativas para contar con el procesado dentro de la causa penal. Este aspecto reafirma el criterio y la concepción en términos de la excepcionalidad y de la *última ratio* de la prisión preventiva, la que debe justificar justamente este atributo de último recurso para ser dispuesta dentro el proceso penal.

En otros términos, para Guerra (2018), el principio de *última ratio* está ligado con la mínima intervención penal, para así reconocer que existen acciones y medidas menos coercibles e igual de precautelatorias dentro del proceso penal. Es decir, que no debe necesariamente a llegarse a los máximos niveles de coercibilidad en que se suponga la

privación absoluta de libertad de un procesado, cuando este puede de alguna manera cumplir con una medida cautelar o con una pena sin tener que atravesar por el cumplimiento de una medida que rebase la proporcionalidad del delito y de los hechos.

Al establecer esta relación entre la *última ratio* con el principio de mínima intervención penal, se concibe que esta relación es tanto necesaria como congruente dentro de la praxis penal. Es decir, si la privación de la libertad es la última opción o el último recurso que tiene el sistema de justicia penal, este está limitando su poder coercitivo, no tanto por el hecho de aplicar una medida cautelar personal más benigna, sino que la medida más pertinente y necesaria en los casos donde la privación de la libertad sea la única solución o alternativa a través de la prisión preventiva. Esto ocurre cuando mediando las necesidades de precautar la presencia del procesado y de evitar más actos punibles de su parte, las otras medidas cautelares en cuestión no sean suficientes para cumplir con este cometido.

En tal caso, en términos de gravedad y de potenciales daños que pueda seguir ocasionando la persona procesada, es menester, que la proporcionalidad concorra en calidad de principio para así establecer una debida regulación de la prisión preventiva. Esto implica, que al generarse esta regulación, lo que se trata de hacer es que esta medida cautelar no se aplique de manera irracional y abusiva, tal como suele ocurrir en la práctica y tal como se detalla dentro de la problemática de esta investigación, lo que demanda justamente el analizar y ponderar los hechos con las medidas cautelares que mejor se ajuste a la situación jurídica del procesado.

## **Las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva**

Al analizar lo expuesto por Zaramea (2019), como bien se tiene a apreciar, dentro del proceso penal se debe contar con ciertos presupuestos de seguridad en que se pueda tener la certeza que la persona procesada estará dentro de la acción penal ante un eventual juzgamiento al cual pueda ser llamado. En tal caso, para dicho autor, se debe valorar cuáles son las medidas cautelares apropiadas para que cumplan con ese cometido. Esto se debe al hecho en que la prisión preventiva puede representar una medida excesiva o extremista, por lo que no sea necesario una restricción absoluta de la libertad, sino que se podrían aplicar otras medidas que, con menor margen de restricción a la libertad, igualmente aseguren la competencia de la persona procesada.

Según el autor antes citado, el proceso penal debe contar con ciertas seguridades y garantías para poder llevarse a cabo en la medida que este pueda cumplir con los fines pertinentes propios de su naturaleza y materia. Es por esta razón, que una de las garantías principales que deben existir dentro de este proceso es contar a lo largo del mismo con la persona a la que se le ha imputado en la comisión de un delito. Sin embargo, para asegurar esa presencia y comparecencia del procesado, se debe aplicar las medidas cautelares que resulten más apegadas al delito que se está investigando.

Dicho lo anterior, tal como se ha dicho a lo largo de esta investigación, la persona procesada debe enfrentar medidas proporcionales para que su comparecencia se vea asegurada dentro del proceso, lo que no quiere decir que la prisión preventiva sea la regla general, sino la excepción, puesto que, debe valorarse si las otras medidas son suficientes y si están en capacidad para poder certificar y demostrar que se puede asegurar que este

sujeto procesal esté presente dentro de la causa, tanto para los fines investigativos y para que también pueda hacer uso legítimo de su derecho a una adecuada defensa técnica.

De acuerdo con lo precisado por López, Arévalo y Vásquez (2022), se observa que existe un aspecto criticable sobre la aplicación de la prisión preventiva, y este consiste en que la prisión preventiva se aplica sobre delitos de bagatela. Es por tal razón, que para esta clase de delitos, que no suponen un gran nivel de alarma social, tampoco en relación con la peligrosidad del procesado, resulta más coherente y conveniente que se apliquen medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva. Esta última proposición tiene su fundamento considerando que dentro del COIP de 312 infracciones penales, 88 de ellas poseen una pena privativa de libertad de uno a tres años.

En la presente investigación no se puede prescindir de precisar y analizar las críticas que pesan sobre la medida cautelar de la prisión preventiva, por lo que, tal como se ha sostenido a lo largo de este estudio, una de las críticas recurrentes tiene que ver con el hecho que esta medida se aplica en delitos de menor gravedad, por lo que no existiría razón suficiente para que una persona en calidad de procesado tenga que afrontar una causa penal estando privado de la libertad, en especial cuando puede ser parte del proceso y ejercer su defensa a través de otras medidas menos restrictivas y coercitivas respecto del bien jurídico de su libertad.

Como bien se acotó, dentro del COIP existe 312 delitos, de los cuales 88 tienen una pena privativa de uno a tres años, lo cual implica que no son delitos graves que ameriten privar a una persona de su libertad a través de la prisión preventiva. No obstante, no se puede negar que existe un daño y una responsabilidad a nivel punible que no se puede eludir, sin embargo, esto no justifica considerar otras medidas menos restrictivas para

reservar la prisión preventiva a aquellos delitos y sus posibles responsables en términos de infracciones más graves donde resulta más necesario que esa persona esté privada transitoriamente de su libertad.

Por ejemplo, según lo expuesto por Zalamea (2018), uno de los aspectos que debe ser analizado y que puede contribuir para que se apliquen las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, tiene que ver con el hecho de justificar que la persona procesada cuenta con un arraigo social, que esta persona no registre antecedentes, que el delito no sea grave y que en consecuencia si esta persona cumple con otras medidas cautelares personales no represente una amenaza para la sociedad. Es por este motivo, que este tipo de medidas debería de gozar con una mayor aplicación dentro del ordenamiento procesal penal ecuatoriano.

Sobre el arraigo social debe mencionarse que este implica que la persona cuenta con ciertos medios de justificar que se trata de una persona que no representa un peligro para la sociedad, y que esta se encuentra plenamente capacitada para asumir responsabilidades y ejercer derechos de forma que no pueda transgredir los derechos de los demás. Por lo tanto, se intenta demostrar que esta persona no supone una amenaza que debe ser contenida o prevenida a través de medidas más radicales que coarten de manera absoluta su libertad, por lo que el arraigo social sería un elemento bastante útil para tratar de solicitar una medida cautelar distinta a la prisión preventiva.

Es así, que así como existen elementos y criterios para la prisión preventiva, el arraigo social supondría un elemento indispensable que en ciertos casos puede dar lugar a estimar que se trata de una persona que no debe necesariamente ser coaccionado por una prisión preventiva. Esto permite aplicar otras medidas cautelares personales con menor

carga restrictiva de la libertad, de modo que pueda enfrentar el proceso con esta garantía, la que permita no solamente ser congruente con la infracción y la situación jurídica del procesado, sino que el mismo pueda tener un papel más activo en la defensa de sus derechos.

### **El debido proceso en materia penal y su relación con las medidas cautelares**

Para Seseña y Herrera (2021), el debido proceso penal representa un conjunto de principios, procedimientos y garantías donde se pretende que cada uno de los sujetos procesales cuente con el reconocimiento y tutela de sus derechos a nivel procesal, con el fin que el proceso sea justo e imparcial para las partes donde cada uno pueda realizar las actuaciones procesales que estime pertinente para la defensa y representación de sus derechos. Al mismo tiempo se considera que esta garantía busca aplicar la idoneidad de los procedimientos que mejor se ajusten a la realidad del caso y que impliquen la satisfacción de los derechos y principios que otorguen seguridad jurídica a las partes.

La relación entre el debido proceso penal y las medidas cautelares se sostiene en gran parte teniendo en cuenta que todas las partes o sujetos procesales cuentan con ciertos derechos y garantías que no pueden ser desconocidos, soslayados o vulnerados, dado que no se puede limitar aspectos indispensables para el ejercicio de los derechos procesales, más que todo al tener en cuenta que existen derechos fundamentales logados al proceso penal, tanto previstos por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como por las normas procesales.

Por consiguiente, en tanto se cumplan con estos derechos y garantías, se puede justificar las medidas cautelares personales que se apliquen dentro del proceso penal, por lo que, al seguir los estándares garantistas se podrá contar con las pautas que permitan orientar

en cuanto a saber en qué casos y bajo qué circunstancias se puede solicitar y conceder la prisión preventiva, y en qué otros contextos se deben solicitar y conceder medidas alternativas distintas a ella. De esa manera, no solo que se estará cumpliendo con el debido proceso, sino con la racionalidad que en términos jurídicos debe caracterizar a la solicitud y concesión de las medidas cautelares dentro del proceso penal.

En tanto que, para López (2018), la relación entre el debido proceso y las medidas cautelares se encuentra establecida por cuanto estas últimas deben ser aplicadas en relación con ciertos principios y garantías como la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad, de forma que se aplique la medida correcta puesto que es inherente al debido proceso en la forma que no se disponga una restricción excesiva de la libertad en relación con la situación jurídica de la persona procesada. En consecuencia, lo que se trata de evitar son los abusos y las disposiciones irracionales dentro del sistema de justicia que desconozcan la mínima intervención penal.

El debido proceso se relaciona y interactúa con las medidas cautelares dentro del proceso penal, esto siempre y cuando la necesidad, idoneidad y proporcionalidad confluyan como los elementos, criterios y conceptos que permitan establecer la medida cautelar más adecuada para un proceso penal de acuerdo con el tipo de infracción punible que se está investigando y que pretender ser llevada a juicio. Desde esta premisa, estas medidas deben ser coherentes y que responden más que todo al ya mencionado principio de mínima intervención penal, donde la restricción de la libertad se produzca en el menor grado posible, lo que constituye una razón para ponderar y analizar medidas distintas a la prisión preventiva.

Lo anteriormente precisado permite reconocer que, tanto a nivel dogmático como a nivel normativo e incluso jurisprudencial, tal como se demostrará en la discusión y análisis de casos de esta investigación, la prisión preventiva por ser una medida cautelar que priva plenamente de la libertad a una persona procesada hasta que se demuestre su responsabilidad y culpabilidad dentro de la causa, entonces, corresponde que se aplique de forma lógica y racional según los estándares de los niveles y criterios antes mencionados, por lo que esta no puede ser ni discrecional ni atender únicamente los presupuestos del COIP, no sin antes valorar otras dimensiones jurídicas que cumplan con los criterios que permitan su aplicación excepcional.

Por parte de Torres (2018), se estimó que las medidas cautelares se relacionan con el debido proceso penal, puesto que la actividad procesal penal debe ser racional y congruente, y no exceder la punición en términos de privación o aislamiento de la libertad, aunque este sea parcial, lo cual se debe a reservar las medidas cautelares que tengan un mayor contenido restrictivo de la libertad para aquellas circunstancias en que el delito sea grave, al mismo tiempo de investigación extensa y compleja por lo que se requieran mejores condiciones en cuanto al hecho de asegurar la presencia del procesado.

Esta relación implica la reciprocidad y la integración de todos los elementos antes mencionados, de manera que, cada medida cautelar tenga su debida justificación, motivación y pertinencia, sea que exista la debida adecuación e idoneidad para su solicitud y practica dentro del proceso penal. Esto también representa que las medidas cautelares sean justas y que respondan a la magnitud de la falta y de las necesidades dentro de la causa, de modo que se pueda evitar rebasar ciertos límites que vulneren derechos y garantías de la persona procesada.

Sobre la finalidad de asegurar la comparecencia del procesado esta es más que clara, no obstante, la justificación obedece a la relación que se tenga en términos de la debida solicitud y disposición de la medida cautelar personal que sea la adecuada y la suficiente para cumplir con el fin antedicho. Es por este motivo, que fiscales y jueces deben tener muy en cuenta esta relación que se ha mencionado entre el debido proceso penal y cada una de las medidas cautelares personales que habrán de practicarse a solicitud fiscal sobre la persona que está siendo imputada por la comisión de un delito.

### **Referentes empíricos**

Los referentes empíricos forman parte de la investigación, debido a que estos se fundamentan en los antecedentes de otras investigaciones, lo cual pone en evidencia un contexto teórico y práctico que puede ser puesto en evidencia para saber cómo está constituido el objeto que forma parte de la investigación, además de identificar los criterios que lo definen, más que todo para conocer su impacto y consecuencias dentro del ámbito del derecho procesal. Es por esta razón, que se ha recurrido a revisar y analizar de manera puntual las teorías, análisis y premisas de otras investigaciones realizadas en el medio ecuatoriano, de modo que se pueda caracterizar de una forma más realista la aplicación excesiva de la medida cautelar personal de la prisión preventiva.

De acuerdo con Tapia (2021), por el hecho de reconocerse un uso indiscriminado de la prisión preventiva, es que esta debió ser de carácter excepcional, motivo por el cual se han planteado propuestas para su aplicación excepcional tanto desde la perspectiva de reconocimiento como una política pública, así como por las críticas a los jueces por favorecer esta aplicación excesiva. De este modo, esta investigación ofrece que, para cumplir con este criterio de excepcionalidad, se debe tomar en cuenta de manera efectiva

sobre qué se conoce como elementos de convicción. Es así, que estos elementos se deben considerar a partir de la conjunción de sospechas, indicios, huellas, pesquisas y actos de investigación, los que en su etapa preliminar deben estimar razonablemente la comisión de un delito para llevar a cabo la vinculación del imputado como autor o partícipe de este.

Dicho lo anterior, la investigación de la autora en mención, refleja que, dentro del estudio a nivel académico y científico en el ámbito del derecho procesal penal, se reconoce que la prisión preventiva representa una medida cautelar practicada de forma abusiva e indiscriminada. Por lo tanto, se puede considerar que la investigación trata de exponer la idea que el Estado debe reforzar las políticas públicas en términos de garantismo dentro del sistema de justicia, en especial, siendo que el sistema procesal penal no demuestra en realidad que la prisión preventiva sea una medida cautelar personal de *ultima ratio*.

Esto conlleva justamente, a que algunos fiscales y jueces no observen realmente dentro de los fundamentos de la imputación si existen las causales y los elementos de convicción para que se solicite y se aplique la prisión preventiva dentro del proceso penal. Es por esta razón, que en materia de elementos de convicción de la infracción no llegan a ser observados y analizados íntegra ni cabalmente, por lo que la presumible responsabilidad penal y el desarrollo del proceso depende en ciertos casos únicamente de la prisión preventiva.

La investigación realizada por Obando (2021), establece como parte de su problemática que existe una aplicación indiscriminada y excesiva de la prisión preventiva, en especial sobre los delitos contra la propiedad en casos cuya pena no supera los cinco años. En este contexto la investigación sugiere que la mayoría de los fiscales en lugar de solicitar otras medidas cautelares, recurren de forma directa a la prisión preventiva, sin

mediar posibles vulneraciones de derechos, lo que torna su aplicación como un ejercicio mecánico, sin considerar y evaluar la concurrencia de principios elementales como la excepcionalidad, la proporcionalidad y la necesidad.

De acuerdo con el contexto planteado en las líneas precedentes, se observa que la prisión preventiva incluso suele ser soslayada en casos donde se requiere analizar no solo el hecho delictivo, el nivel de participación y el perjuicio en sí, además de la peligrosidad del infractor y de una posible evasión al proceso, sino que se desatiende el tipo penal en sí y la pena, por lo que se cree falazmente que esta medida es la que más eficacia aporta en términos de investigación, con lo que se ignora como resultado de todos los principios de esta medida cautelar al presupuesto de idoneidad.

A esto debe sumarse, que tal como se apuntó previamente, la prisión preventiva tiene en ocasiones un uso o ejercicio mecánico, por lo que se ha convertido en una especie de regla general, cuando bien se conoce que la privación de la libertad es una excepción, por lo que el Estado y el sistema de justicia podrían incurrir en la falta de valoración suficiente cuando en realidad dentro de una conducta punible las otras medidas cautelares personales sean suficientes para asegurar la comparecencia de la persona procesada. En este contexto, si se incumple esta regla general, no solo que la prisión preventiva sería improcedente, sino que vulneraría otros derechos y garantías que fundamentan la aplicación prioritaria de otras medidas cautelares donde no se restrinja de modo absoluto la libertad.

En tanto que, la investigación de Riofrío (2022), ofrece el desarrollo de una cuestión muy interesante, en la cual se demuestra cómo la prisión preventiva incluso se aplica de forma abusiva en delitos que no entrañan gran alarma social. Un ejemplo de esta situación es que hasta en delitos menores como el de receptación se abusa de la aplicación de la

prisión preventiva, por lo que al ser un delito que no representa suma gravedad, esta medida sería irracional y desproporcional ante un delito menor, en el que por su naturaleza tendría mayor lógica que se aplique otra medida cautelar que no afecte la libertad de la persona procesada.

Al referirse a la alarma social, el referente investigativo antes indicado permite dar cuenta de que la prisión preventiva justamente debe aplicarse en tanto este criterio de alarma esté respaldado por la gravedad del delito, pero en los casos en que se trata de delitos menores, y que de alguna manera el riesgo social sea mínimo, en tales casos deben aplicarse medidas alternativas a la prisión preventiva. Por ejemplo, como se citó el caso de delitos de receptación, al ser delitos en los que incluso está en duda la responsabilidad penal y donde la carga de la prueba ahora le corresponde a la Fiscalía, entonces en menor razón tendría sentido que dentro de este tipo penal se disponga una medida cautelar tan restrictiva de la libertad.

Esto conlleva a que la ponderación y la idoneidad de la medida en realidad respondan y sean más o menos equivalentes o proporcionales con la gravedad de la falta. Es por esta razón, que en casos como el delito de receptación, así como de otros delitos menores, no es proporcional que la prisión preventiva sea solicitada y aplicada, esto en especial cuando existen otras medidas cautelares que pueden cumplir con los mismos propósitos, sin tener que recurrir a una medida que restringe la libertad de una manera que puede ser atentatoria hasta contra el debido proceso y sus correspondientes garantías.

Por su parte, Clavijo y López (2023) destacan que la prisión preventiva en el momento que es aplicada de forma indiscriminada e irracional, más que todo por solicitud de la Fiscalía, debe entenderse que afectaría al principio de objetividad, puesto que no se

estaría contemplando todo el hecho y el nivel de participación de la persona imputada, por lo que la prisión preventiva sería la forma más sencilla de asegurar su comparecencia en el proceso, lo que daría lugar a una medida arbitraria que apunta más a la comodidad de algunos fiscales que al propio criterio de objetividad en el que se deben sustentar.

La aplicación indiscriminada e irracional de la prenombrada medida cautelar de carácter personal se relaciona con el desconocimiento con el principio de objetividad, puesto que es indispensable analizar la gravedad del delito y establecer la conexión con los hechos y niveles de posible responsabilidad para así contar con argumentos que orienten y respalden la valoración de los presupuestos y criterios que deben tenerse en cuenta para la valoración de la prisión preventiva. De tal manera, que esta medida cautelar no se puede aplicar de forma discrecional, sino que debe contemplar parámetros y criterios legales y constitucionales para su debida aplicación.

Ciertamente, la objetividad es un elemento característico de las actuaciones de los fiscales, razón por la cual no se puede omitir ni prescindir de un adecuado análisis de los presupuestos del delito, el nivel daño y de la imputabilidad de la persona presuntamente responsable. Es por esta razón, que en el caso de que este criterio no acompañe la actuación del fiscal, entonces se podrá imputar esta falta como un elemento concurrente ante la improcedencia de la prisión preventiva, dando lugar a que se solicite la revocación de la misma a través de apelación, en tal caso, se deberá evaluar la idoneidad de la aplicación de otra medida cautelar.

En tanto que, para Proaño, Coka y Chugá (2021), la prisión preventiva debe ser solicitada y practicada con cautela en caso de existir los presupuestos para su concesión, puesto que esto conlleva el deber de reconocer derechos y garantías fundamentales de

acuerdo con la normativa constitucional ecuatoriana. Es por esta razón, que se resalta la vigencia y la supremacía de los requisitos de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad para que la prisión preventiva sea dictada de forma racional y garantista, sin desconocer o vulnerar derechos de la persona procesada.

En relación con lo precisado por los autores antes mencionados, implica que más allá de las cuestiones procesales que son parte de la valoración de los criterios de la prisión preventiva, no solo se tiene que tomar en cuenta el hecho fáctico o el delito *per se*, sino que también se debe establecer una relación con los hechos y la posible afectación que derive para los derechos y garantías a nivel constitucional y de derechos humanos. Esto se debe por cuanto a través de esta valoración se establece el nexo entre los aspectos procesales, constitucionales y de derechos humanos, lo que converge en una postura garantista que no debe verse desconocida.

Al referirse al elemento de la postura garantista, es que se debe tener muy en cuenta que los requisitos de la prisión preventiva cumplen un papel primordial en lo relacionado con la pertinencia de esta medida, tanto en términos del garantismo como de la propia constitucionalidad que debe preceder a esta medida. Por lo tanto, si no concurren estos presupuestos, entonces la prisión preventiva podría ser dispuesta de forma inconstitucional, más que todo en detrimento del principio de la *última ratio* de la privación de la libertad, motivo por el cual se debe mayor consideración y valoración a la aplicación de las otras medidas cautelares personales establecidas en el COIP.

En relación con lo que se ha revisado de los referentes empíricos, se aprecia que existen estudios que establecen que la prisión preventiva es una medida cautelar personal que afronta cuestionamientos diversos en cuanto a la forma y a la recurrencia con la que es

aplicada dentro de los procesos penales. Es decir, los estudios que se han seleccionado en referencia para ilustrar los antecedentes y la magnitud de la problemática, más que todo en cuánto influye el objeto de estudio al campo de acción de esta investigación, efectivamente terminan por referir e indicar cómo la prisión preventiva es aplicada de forma recurrente y de manera en que no se valoran íntegramente sus presupuestos para una adecuada disposición dentro del proceso penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Como consecuencia de esta situación que es referida y analizada en las investigaciones y en los precedentes estudios, se puede estimar que la aplicación abusiva y en algunos casos arbitrarias de la prisión preventiva no solo que limitan o reducen el espacio en cuanto a la aplicación y procedibilidad de aplicar otras medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva, sino que esto conlleva el ignorar, soslayar y vulnerar derechos y garantías relacionados con el debido proceso, puntualmente en términos de la presunción de inocencia y la mínima intervención penal, dado que esta medida cautelar que se cuestiona se debe aplicar de manera excepcional.

La fundamentación dogmática que es parte de estos referentes empíricos, ciertamente se muestra concordante, concisa y concluyente respecto a los problemas que se presentan en relación con el abuso de la prisión preventiva, que tal como se ha acotado con anterioridad, termina por ser en algunas casos aplicada de manera automática o robotizada, es decir, descuidando el análisis y la ponderación en términos prolijos que debe llevar para poder justificar esta medida cautelar, o que, en su defecto, termine de proveer la razones suficientes para que se apliquen algunas de las otras medidas cautelares según lo dispuesto por el COIP.

En consecuencia, queda demostrado que los estudios teóricos, más que todo a nivel de teorías generales y teorías sustantivas, así como de los propios referentes empíricos, coinciden en que la prisión preventiva es una medida excepcional y de *última ratio*, la misma que debe atender al principio de mínima intervención penal, así como a otros derechos y garantías de la persona procesada de conformidad con la Constitución, el COIP, y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, es necesario replantearse y revisar los fundamentos y el alcance de los criterios que definen la forma y las circunstancias en las que habrá de proceder la aplicación de la prisión preventiva.

De esta manera, se estará cumpliendo con uno de los objetivos de esta investigación, de modo que, exista un amplio marco de análisis, el cual permitirá comprender el problema, los aspectos criticados sobre la prisión preventiva y su posición frente a las otras medidas cautelares personales. Esto, a su vez, da cuenta que existe un mayor interés en cuanto al desarrollo de estudios académicos, científicos y jurídicos acerca de la prisión preventiva ante los derechos y garantías que se le deben respetar a la persona procesada, más que todo en observancia al garantismo y los principios que forman parte del debido proceso penal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## **Capítulo Metodológico y de resultados**

En lo concerniente al desarrollo de este capítulo se trata de determinar y explicar cuáles han sido los métodos y técnicas aplicadas para efectos de cumplir con los objetivos que se han trazado y propuesto para esta investigación. Es por este motivo, que se precisa cuáles si los procedimientos, medios e instrumentos para la obtención de información, recolección de datos y su posterior análisis. En consecuencia, se tiene por propósito establecer y demostrar que se ha procedido a otorgar el debido manejo de información para cumplir con la propuesta de este trabajo de carácter científico y jurídico.

### **Metodología**

Esta investigación se encuentra desarrollada a través del paradigma de la modalidad *cualitativa*, lo que se justifica debido al encuadre y enfoque doctrinal, normativo y jurisprudencial que se ha seleccionado como parte de esta actividad investigativa. Del mismo modo, debe indicarse, que se ha realizado un análisis y comprobación minuciosa de la validez, actualidad y aporte de cada una de las fuentes donde se ha obtenido información. Esta consigna se ve desarrollada y cumplida para poder certificar la validez científica de los argumentos que se exponen a lo largo de este documento.

### **Alcance de la investigación**

Sobre el alcance que tiene esta investigación, cabe destacar que se tiene por finalidad el generar una contribución en la que exista un enfoque y análisis del fenómeno jurídico que involucra a los estándares que se deben aplicar para la adecuada determinación o disposición de la prisión preventiva, de modo tal que, exista un documento de investigación que explique esta problemática de modo amplio y suficiente. Igualmente, se destaca el hecho que esta investigación se propone convertirse en un recurso útil para que

otros estudiantes e investigadores de la ciencia del derecho penal puedan enriquecer y fortalecer sus análisis y posturas críticas acerca de los fundamentos de la prisión preventiva.

### **Exploratorio**

El estudio exploratorio presenta como particularidad el profundizar los niveles investigativos para poder contar con un amplio estudio y comprensión de la problemática de la investigación. Es por esta razón, que se trata de observar en qué consiste el fenómeno investigativo, qué es lo que lo caracteriza y cuáles son las incidencias que dentro del propósito de este estudio refleja en cuanto a la posible afectación de garantías como parte del proceso penal ecuatoriano. Por este motivo, en la medida que se profundice, se puede tener una percepción más realista del impacto del fenómeno de estudio.

### **Descriptivo**

El estudio descriptivo tiene que ver con un estudio más minucioso de la relación entre el objeto y campo de la investigación. Es decir, se debe reconocer qué tipo de resultados y consecuencias sociales y jurídicas se desprenden de la relación entre dichos elementos. Entre otros enfoques de este nivel investigativo, se puede enunciar que se particulariza los rasgos esenciales de los elementos de estudio, al mismo tiempo que se pueda sostener y comentar cómo es que estos se integran a fin de poder resaltar las formas de cómo se manifiesta el fenómeno propio de este estudio.

### **Explicativo**

El desarrollo y aplicación de este nivel de la investigación brinda el marco adecuado para aplicar la técnica de la argumentación de los recursos o datos que se obtienen, puesto que la información a nivel doctrinal, normativo, jurisprudencial y los criterios de los entrevistados representan un valioso insumo para ilustrar las diferentes dimensiones y

características del problema. En este caso, se trata de puntualizar las razones por las cuales la prisión preventiva debe contar con el cumplimiento de ciertos estándares formales y materiales para su aplicación dentro del proceso penal.

## **Métodos**

### **Métodos teóricos**

En relación con los métodos teóricos, se debe resaltar que estos consisten en una serie de técnicas que tienen la finalidad de convertirse y desempeñar un soporte para el adecuado tratamiento de la información que se pueda aportar a través de los referentes cualitativos que en este caso están integrados por la revisión y estudio de la doctrina, las normas jurídicas y los estudios de casos o jurisprudencia vinculadas al fenómeno que amerita un estudio de la arista procesal penal. Por consiguiente, se aplican una serie de técnicas y métodos que responden a los que se enlistan a continuación:

#### *Histórico jurídico:*

Este método consiste en reconocer y exponer cuáles son los orígenes del fenómeno jurídico, tanto desde la institucionalidad de la norma, así como del grado de aplicación, evolución y repercusiones que tiene dentro del ordenamiento jurídico interno.

#### *Jurídico doctrinal:*

Los aspectos constitutivos de este método reflejan el grado de importancia y de relevancia que tienen los fundamentos y postulados de la doctrina para poder explicar ciertos elementos constitutivos del problema, y cómo a su vez, son parte elemental del diagnóstico de la realidad a nivel jurídico.

#### *Análisis y síntesis:*

La aplicación de este método, tiene por intención o propósito caracterizar la información más importante de la doctrina, de las normas o legislación, así como de los

casos, para después de su clasificación o agrupación en términos de relevancia y utilidad poder explicar las características elementales o más significativas sobre el objeto y campo, así como de las repercusiones que generan estas dentro del ordenamiento u entorno jurídico.

*Inductivo deductivo:*

Sobre este método, debe tenerse muy en cuenta que existen elementos o premisas de carácter concreto o particular, así como otras de nivel general. En tal virtud, se precisa de organizar la información para poder comprender sus singularidades y generalidades con el propósito de reconocer su incidencia en contexto jurídico que en este caso obedece al estudio de los fundamentos de la prisión preventiva y su relación con el debido proceso.

*Exegético jurídico:*

En lo concerniente a este método, se trata de realizar una interpretación de las normas jurídicas que se reconocen como las normas que son las que describen la situación jurídica que se requiere analizar, de modo tal, que a través de dicha interpretación se pueda conocer las dimensiones de los derechos que se podrían ver vulnerados ante una problemática de orden jurídico, así como la identificación de las soluciones que se pueden adoptar en la práctica.

*Jurídico:*

En referencia a este método, se puede construir un modelo comparativo en donde el objeto de estudio es analizado desde el enfoque o tratamiento que se le otorga en otras legislaciones. Por lo tanto, esta perspectiva comparada permite encontrar coincidencias o similitudes, así como divergencias o diferencias de modo que se puede realizar un

diagnóstico del problema o investigación con mayor sustento de modo que se puedan adaptar o proveer de soluciones eficaces ante el hecho suscitado.

### **Métodos empíricos**

Sobre estos métodos, debe establecerse que se desarrollan a través de las técnicas de la observación directa que procede de la selección de las normas jurídicas, del estudio de caso y de las entrevistas que se realizan a profesionales del derecho procesal penal, de modo que se pueda contar la información adecuada y pertinente que explique los acontecimientos jurídicos que son materia de investigación y análisis. De la misma manera, para poder identificar argumentos y críticas que permitan encontrar fundamentos para la propuesta de esta investigación.

### **Cuadro de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis (CDIU)**

En lo relacionado con este cuadro, se puede observar cómo se define a partir del objeto y del campo, con lo que las repercusiones a nivel jurídico son parte de las dimensiones por las incidencias que generan en el entorno jurídico. De igual manera, los instrumentos son los insumos o tipo de información que se ha seleccionado para el estudio de la problemática de derecho procesal penal. En tanto que, en lo concerniente a las unidades de análisis, estas representan las normas, sentencias y criterios de entrevista puntuales para reconocer en qué consiste el problema y cómo debe ser tratado.

<b>Categorías</b>	<b>Dimensiones</b>	<b>Instrumentos</b>	<b>Unidades de análisis</b>
Derechos de la persona procesada	Prisión preventiva	Análisis de documentos	Constitución de la República del Ecuador Artículos. 76.2, 77.1 y 77.11

			<p>Código Orgánico Integral Penal</p> <p>Artículos 5.4, 522, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540. 541.</p> <p>Declaración Universal de Derechos Humanos</p> <p>Arts. 10 y 11.1</p> <p>Convención Americana de Derechos Humanos</p> <p>Art. 8 numerales 1 y 2</p>
		Análisis de precedentes judiciales	Se revisarán sentencias o procesos donde se establezcan los criterios de justa y racional aplicación de la prisión preventiva
		Entrevistas	Se entrevistará a cinco expertos en derecho procesal penal que conozcan los temas referentes a la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad.

Elaborado por: Abg. Mercedes Menoscal

### **Criterios éticos de la investigación**

En virtud de los fundamentos éticos de la investigación, se debe resaltar que la información, así como los datos personales de las personas entrevistadas, así como los casos que han sido seleccionados como objeto de estudio para demostrar la realidad contextual dentro del proceso penal vinculado con la problemática en cuestión, al mismo tiempo que los datos de la validación de la propuesta, serán tratados de forma imparcial, respetando las opiniones, puntos de vista y experiencia de las personas involucradas, de manera tal que se empleen únicamente para fines académicos.

### **Resultados de normas jurídicas**

La selección, revisión, estudio y análisis de las normas jurídicas obedece a una observación minuciosa del grado de pertinencia que estas tengan en relación con el objeto, el campo y el problema de la investigación jurídica en el ámbito del derecho procesal penal. De esa manera, se busca llevar a cabo el desarrollo de una interpretación a nivel jurídico y normativo de carácter eficaz, para así cumplir con los objetivos trazadas para este proceso investigativo. Por consiguiente, se podrá comprender los fundamentos normativos relacionados con la vulneración de derechos al momento de aplicarse la prisión preventiva.

### **Constitución de la República del Ecuador**

El artículo 76.2 de la Constitución ecuatoriana reconoce al principio de presunción de inocencia como uno de los elementos constitutivos y fundamentales del debido proceso (Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, 2008). Por lo tanto, debe entenderse que una persona dentro de un proceso penal no puede ser tratada como una persona culpable o responsable de la comisión de un delito, puesto que debe llevarse a cabo una investigación y un proceso penal con las debidas formalidades y garantías que evidencien la existencia de pruebas y elementos de cargo lo suficientemente consistentes y

declarativos de responsabilidad penal, de modo tal que de acuerdo con el grado de participación, además de los resultados y la materialidad de la infracción, recién en ese escenario se pueda establecer la culpabilidad de una persona procesada.

Por su parte, el 77.1 de la Constitución precisa que la privación de la libertad no será una regla general. Es por este motivo, que existe una premisa fundamental propia del debido proceso dentro del contexto penal, en el cual deben existir elementos de cargo y de imputabilidad de sumo peso, importancia y demostrabilidad para que una persona procesada pueda ser privada de libertad. En tal caso, al aplicarse una medida cautelar privativa de ese bien jurídico de la libertad, debe atenderse el presupuesto mencionado para cumplir con esta garantía del debido proceso.

De manera más específica, 77.11 de la Constitución, determina que la prisión preventiva a nivel de medidas cautelares privativas de la libertad tampoco deberán ser medidas que se apliquen como regla general; o en su defecto, preferenciales, sino que se deben tener en cuenta otras medidas alternativas. Por lo tanto, se refuerza desde la propia Carta Magna ecuatoriana, el criterio de excepcionalidad de la prisión preventiva, lo que conlleva que, dentro del sistema de justicia, se deba examinar con mayor minuciosidad los casos en los que procede o no la aplicación de dicha medida cautelar.

### **Código Orgánico Integral Penal**

El Artículo 5.4 del COIP, determina que dentro de los principios generales del proceso penal, se debe tomar en cuenta y garantizar a su vez la materialidad del principio de presunción de inocencia de la persona procesada (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014). Es por esta razón, que dentro de todo proceso penal, quien tenga la calidad de procesado, no puede ser asumida su culpabilidad de forma anticipada,

premeditada y prejuiciosa, sino que la culpabilidad y la sanción correspondiente debe ser el resultado de lo comprado dentro de las investigaciones y fundamentos del juicio penal, lo que a su vez, debe responder a los términos del garantismo.

El artículo 522 del Código ibídem precisa las distintas modalidades o tipos de medidas cautelares personales, entre ellas constan: 1. La prohibición de ausentarse del país. 2. La obligación de presentación presentarse ante el juez que conoce y sustancia la causa en que se está investigando o imputando al procesado, al mismo tiempo que pueda comparecer ante otra autoridad o institución designada para el efecto por parte del juzgador. 3. El arresto de carácter domiciliario. 4. La colocación del dispositivo de vigilancia electrónica. 5. La medida de detención. 6. La medida de prisión preventiva. En tal caso, todas estas medidas en mayor o menor sentido restringen la libertad de la persona procesada con el fin de asegurar su presencia dentro del proceso penal que se lleva en su contra.

El artículo 534 del COIP precisa la finalidad y requisitos de la prisión preventiva, por lo que es necesario de acuerdo con la norma en cuestión que concurren cuatro presupuestos indispensables para que esta medida cautelar permita que la persona procesada puede contar con su comparecencia asegurada dentro de la causa. La primera causa tiene que ver con el hecho que existan elementos de convicción suficientes de la comisión de un delito de acción pública. El segundo se fundamenta en la convicción de que el procesado es responsable de la infracción que se le imputa. El tercer presupuesto consiste en acreditar que las otras medidas cautelares no son suficientes para asegurar la comparecencia del procesado. El cuarto presupuesto comprende el hecho que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad que supere el año.

Para esto se debe tener en cuenta que en el primer y segundo elemento el parte policial no representará un elemento de convicción para que por sí solo se disponga la aplicación de la medida cautelar personal de la prisión preventiva, por lo que este tiene un carácter meramente referencial de los hechos y de su relación con el delito o infracción que se debe investigar y que se pretende sancionar. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que el juzgador para poder aplicar la prisión preventiva o alguna otra medida cautelar, le corresponde en cuestión observar si no ha incumplido con alguna otra medida cautelar en algún otro proceso penal.

Del mismo modo el artículo 535 del mencionado Código a nivel punitivo, precisa que las causales de revocatoria de la prisión preventiva consisten en: 1. Desaparición de los indicios o elementos de convicción que la procedieron o sustentaron. 2. Cuando se haya sobreseído al procesado o se haya ratificado su estado de inocencia. 3. En los casos en que haya caducado la prisión preventiva, por lo que al producirse la caducidad no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva. 4. Cuando se haya declarado la nulidad que afecte a dicha medida.

En cuanto al artículo 536 del COIP, la prisión preventiva se podrá sustituir por otras de las medidas cautelares personales, tal como se precisó en el artículo 522 del código ibídem. No obstante, se debe reafirmar que no cabe la sustitución de la prisión preventiva en aquellas infracciones o delitos cuya pena supere los cinco años de privación de la libertad. A esta consigna, debe sumarse el hecho que si la medida cautelar sustitutiva es incumplida, la misma podrá ser dejada sin efecto por el juez, por lo que dentro del mismo acto de revocatoria, podrá en cuestión dictar o disponer nuevamente la prisión preventiva.

Se enfatiza igualmente, que en caso de reincidencia, no se puede sustituir la medida cautelar de prisión preventiva por una medida cautelar alternativa.

Sobre los casos especiales de sustitución de la prisión preventiva, al revisarse lo dispuesto por el artículo 537 del COIP, se identifica que procede su sustitución por medidas como el arresto domiciliario o por el uso del dispositivo de vigilancia electrónica cuando: 1. La persona procesada sea una mujer embarazada que se encuentre hasta los noventa días posteriores al parto. Al mismo tiempo, en los casos en que su hijo nazca con enfermedades que demanden o exijan cuidados especiales, la sustitución de la prisión preventiva se podrá extender hasta un máximo de noventa días más. 2. Esta sustitución también cabe en el caso especial de cuando la persona procesada es un adulto mayor cuando supere los sesenta y cinco años de edad. 3. En el caso que el procesado padezca una enfermedad incurable en etapa terminal, discapacidad severa o enfermedad catastrófica, a su vez, que la enfermedad sea de alta complejidad, rara o huérfana que no le permita valerse por cuenta propia, lo que se debe acreditar a través de la presentación de un certificado médico de una casa de salud pública. 4. Cuando se trate del hecho que el procesado sea miembro activo de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria y el hecho tenga que ver con circunstancias propias de la ejecución de su labor o cumplimiento de su misión constitucional y deber legal.

También debe mencionarse que en los casos de delitos de naturaleza sexual y reproductiva, o en aquellos casos de violencia de género o de carácter intrafamiliar, el arresto domiciliario por razones de seguridad no puede cumplirse o llevarse a cabo en el lugar donde se encuentre la víctima. Esto se fundamenta para prevenir ataques en contra de una persona que esté a merced de su agresor y que se exponga su vulnerabilidad y se la

coloque en estado de riesgo al momento de compartir el mismo entorno con la persona responsable de su agresión.

El artículo 538 del COIP también precisa que la prisión preventiva se podrá suspender en los casos en que el procesado rinda la caución como garantía correspondiente en los términos previstos por los artículos 543 y 544 de la mencionada norma, lo que se puede resumir en aquellos casos de caución aplicable a delitos que no sean graves y que no comprendan víctimas o personas altamente vulnerables por la comisión del delito. En tanto que, el artículo 53 ibídem, determina que la prisión preventiva no se podrá ordenar cuando se trate de delitos de acción privada, en el caso de contravenciones y de delitos cuyas penas privativas de libertad no superen el año.

En lo concerniente al artículo 540 del COIP, la resolución de la prisión preventiva, sea para la aplicación, revocatoria, sustitución, suspensión o revisión, deberá ser expedida en el marco de una audiencia oral pública de carácter contradictorio, de manera que se pueda debatir sobre la situación de esta medida cautelar, del mismo modo, que la resolución que se tome dentro de esta audiencia se establezca de forma motivada. En lo concerniente al artículo 541 del COIP, se aprecian varias reglas relacionadas con la caducidad de la prisión preventiva.

Sobre las reglas de la caducidad de la prisión preventiva se debe considerar lo siguiente: 1. Esta no puede exceder de seis meses en delitos donde la pena privativa de libertad sea de hasta cinco años. 2. En tanto que no podrá exceder de un año en los delitos que superen la privación de libertad por más de cinco años. 3. El plazo para la caducidad será contado desde la fecha en que se hizo efectiva la orden de prisión preventiva, una vez que se dicte sentencia se verán interrumpidos estos plazos. 4. Los delitos de reclusión serán

aquellos con pena mayor de cinco años, y los demás serán entendidos como delitos de prisión. 5. La orden de prisión preventiva caducará y quedará sin efecto una vez que se hayan excedido los plazos determinados en el COIP, por lo que el juzgador debe disponer la inmediata libertad del procesado, hecho que debe ser comunicado al Consejo de la Judicatura. 6. En los casos en que el procesado evada, retarde, evite o impide su juzgamiento para así buscar la caducidad de la prisión preventiva, y que no sea por causas que se puedan imputar a la administración de justicia, esta se mantendrá vigente y se suspenderá de pleno derecho el decurso del plazo de esta medida cautelar.

### **Declaración Universal de Derechos Humanos**

Sobre este instrumento internacional de derechos humanos se observa lo precisado en el artículo 10 referente al derecho que tienen las personas en cuanto a ser escuchadas en condiciones de plena igualdad y de forma pública y por medio de un tribunal independiente e imparcial. Esto se justifica y se relaciona con los presupuestos de admisibilidad de la prisión preventiva, dado que, dentro del proceso se debe tener en cuenta todos los argumentos y fundamentos que permita que la persona procesada pueda convencer a las autoridades judiciales sobre la aplicación de medidas cautelares personales de carácter alternativo (Organización de las Naciones Unidas, 1948).

En cuanto al artículo 11.1 de esta Declaración, se debe tener en cuenta que se refiere al derecho a la presunción de inocencia, lo que supone que frente a la prisión preventiva se da lugar a que la responsabilidad penal se asuma de forma anticipada, por lo que en algunos casos se aplica esta medida de forma gravosa, sin contemplar la posibilidad que se apliquen otras medidas que resulten más concordantes con los presupuestos de la presunción de inocencia, lo que depende también de las circunstancias del hecho y del tipo de delito

cometido, así como de los estándares o criterios que justifican la aplicación de la prisión preventiva analizados por la Corte Constitucional, tal como se analiza en páginas posteriores de esta investigación, concretamente en el apartado de estudios de caso.

### **Convención Americana de Derechos Humanos**

El artículo 8.1 de esta Convención también se refiere al derecho a ser escuchado dentro de un proceso, lo cual se justifica desde el argumento por el que se precisa que la defensa técnica de una persona procesada debe verse reconocida en cuanto al hecho que se permita presentar y se consideren todos sus argumentos con el fin de que pueda llevar a cabo su derecho que en cuanto a hacer prevalecer su presunción de inocencia, a la vez, que en el caso que deba enfrentar o cumplir medidas cautelares, se pueda dar lugar a una fundamentación que oriente a la aplicación de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Sobre el artículo 8.2 de esta Convención, se precisa el derecho a la presunción de inocencia, tal como se ha manifestado con anterioridad, para que este derecho se pueda de manera concordante relacionar con la posibilidad, así como con el derecho de que se considere la aplicación de medidas menos restrictivas en comparación con la prisión preventiva. De tal manera, se estaría cumpliendo con una garantía propia de un instrumento internacional de derechos humanos, el cual también es parte de las normas que deben ser aplicadas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

### **Resultados de entrevistas**

Las entrevistas representan un valioso aporte para el desarrollo de esta investigación, lo cual se justifica debido a que por medio de ellas se obtienen puntos de vista, criterios y recomendaciones acerca de los aspectos que constituyen al problema que

es objeto del presente estudio. Tal aporte está validado por el elemento y referencia empírica de la experiencia y del conocimiento de profesionales del derecho quienes en el desempeño de su labor profesional están capacitados para contestar a las preguntas planteadas conforma al cuestionario que consta en anexos, además de que pueden contribuir con datos, opiniones o elementos de sugerencia para el desarrollo de la propuesta. (*Véase las preguntas en el anexo 1*).

Dicho lo anterior, respecto a la primera pregunta de la entrevista, de las distintas respuestas de las personas entrevistadas se destaca el hecho que la prisión preventiva en la práctica goza de mayor preferencia por parte de los operadores de justicia desde la perspectiva de atar al procesado dentro de la causa penal que enfrenta. Se podría estimar que la prisión preventiva al asegurar la presencia del procesado dentro de la causa, implica que exista celeridad procesal, no obstante, para esto se debe efectuar la valoración de su presunción de inocencia. En tal caso, este último principio se puede ver afectado por una aplicación arbitraria de la prisión preventiva, la que resultaría incompatible con un Estado de Derecho. También se destaca que esta situación que plantea la pregunta se debería a injerencia mediática o política que condiciona y ejercen presiones en las actividades procesales dentro del sistema de justicia.

Sobre la segunda pregunta, se observa que la prisión preventiva al ser aplicada de forma arbitraria representa una pena anticipada a la persona procesada. En dicho contexto, esto implica lo que se podría denominar como un amarre al procesado a merced de sus derechos a otras medidas cautelares para que así se le facilite la labor al sistema de justicia. En tal caso, se considera que no se valora adecuadamente los presupuestos que justifiquen una prisión preventiva. Dicho esto, se estaría menoscabando las garantías procesales y

constitucionales, lo cual representa un irrespeto a los derechos humanos, además de ocasionar hacinamiento carcelario y eleva el gasto del Estado en cuanto a las personas adultas en conflicto con la ley.

La tercera pregunta refleja como respuesta que las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva responden a las necesidades de cada caso, al no ser obligatorias. En efecto, estas medidas buscan de mejor manera garantizar mayor proporcionalidad y necesidad para el Estado frente a lo que plantea cada situación procesal, en la que se debe garantizar los derechos de las partes. No obstante, se recomienda estas medidas en casos en que el procesado no se encuentre en condiciones de afrontar la prisión preventiva, como por ejemplo cuando tenga problemas de salud. La aplicación de estas medidas también debe considerar a aquellas personas que no representan un peligro para la sociedad.

La cuarta pregunta de la entrevista orienta al hecho que la prisión preventiva se justifica cuando se puede aplicar de forma excepcional. Especialmente, esta excepcionalidad se ve establecida cuando se realiza bajo criterios de última ratio, y que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz, esto observando los lineamientos de la Corte Nacional de Justicia en su Resolución N° 14-2021 del 115 de diciembre de 2021. En tal caso, también se atenderá la gravedad de la pena según el delito que se investiga y que esta medida de ninguna manera se imponga de manera dolosa.

En lo atiente a la quinta pregunta de esta entrevista, se precisa atender los presupuestos de valoración jurídica de la prisión preventiva, por lo que se precisa mayor capacitación y conocimiento de sus presupuestos. Del mismo modo, los fiscales deben responder al principio de objetividad, así como los jueces al de imparcialidad en términos de pertinencia sobre la prisión preventiva. También se plantea combatir la corrupción en el

sistema judicial en torno a la aplicación de esta medida y que se atienda sus criterios de necesidad y de proporcionalidad.

### **Análisis de casos**

El estudio de casos conlleva la revisión de aspectos procesales de órganos jurisdiccionales, ya sean de justicia ordinaria o inclusive de la justicia constitucional, donde respectivamente se encuentren aspectos procesales o criterios de jurisprudencia de carácter vinculante, esto con el fin de que se pueda argumentar la realidad y las dimensiones jurídicas del problema a nivel práctico. Esto implica una convergencia de elementos propios de recolección de la información a nivel científico, dado que se trata de un análisis que se basa en métodos teóricos, pero que al mismo tiempo se relacionan como parte de una evidencia que prueba la realidad procesal desde una perspectiva empírica validada por la práctica y la experiencia.

### **Caso 1**

*Causa N° 21282201800876*

La presente causa a nivel procesal penal consiste en la revisión y análisis de un proceso por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización dentro del numeral 1 literal a del Código Orgánico Integral Penal (COIP), a través de la cual se intenta establecer fundamentos y una relación de cómo ante ciertos delitos y su nivel de responsabilidad, daño, pena y circunstancias para determinar que la prisión preventiva debe ser considerada como una medida de *última ratio* dentro de las medidas cautelares personales (Sentencia N° 21282201800876, 2018).

Como bien se precisó, dentro de esta causa se observa cómo una persona ante la comisión del delito de tráfico de drogas por mínima escala tuvo que cumplir una medida

cautelar personal de prisión preventiva, cuando la misma de acuerdo con las circunstancias y la pena del mencionado delito permitían, incluso de manera preferencial el aplicar alguna de las otras medidas cautelares previstas en el artículo 522 del COIP. De esa manera, se intenta justificar cómo tanto Fiscalía como el Juez de Garantías Penales no valoraron el carácter excepcional de la prisión preventiva, siendo esto solo una muestra ante la realidad que se ha cuestionado por largos años en que esta medida debe ser aplicada como última alternativa. Esta situación incluso ha llevado a que organismos como la Corte Constitucional se hayan tenido que pronunciar para delinear parámetros y reglas por las cuales se debe aplicar la prisión preventiva, lo que será revisión del segundo caso a nivel práctico que se presenta en esta investigación.

En lo concerniente a los hechos que son materia de estudio, el presente caso expone los hechos y situación jurídica del ciudadano X quien fue aprehendido en circunstancias de un patrullaje de rigor realizado por dos elementos policiales, quienes observaron al mencionado ciudadano en actitud sospechosa, por lo que procedieron a realizarle un registro corporal, de lo cual se encontró que en sus partes íntimas había una funda en la cual había una sustancia verdosa que se confirmó que era cocaína, además de unos sobres cuyas sustancias se confirmaron que serían cocaína. Esto motivó que, por las circunstancias y el tipo de delito mencionado con anterioridad de acuerdo con su tipificación en el COIP, se diera lugar al desarrollo de un procedimiento directo conforme los presupuestos de la mencionada norma legal.

En cuanto al alegato de apertura de la Fiscalía, se denunciaron los hechos antes mencionados, por lo cual se determinó que dentro de los acuerdos probatorios se demostraría la materialidad del delito presuntamente cometido por X, en este caso por el

tráfico de drogas por mínima escala según el artículo 220 numeral 1 literal a del COIP, el que tiene una pena privativa de libertad de uno a tres años. Por su parte, la defensa del procesado manifestó que estaba de acuerdo con los acuerdos probatorios propuestos por Fiscalía, por lo que se manifestaba que la Policía en ningún momento habría encontrado dicha sustancia entre sus piernas.

En cuanto a la prueba testimonial presentada por Fiscalía, se receiptó el testimonio del agente policial que elaboró el parte de aprehensión, por el cual se ratificó en los alegatos de apertura manifestados por la Fiscalía, agregando que se percató junto con su compañero en relación de la presencia del procesado acostado en un terreno, por lo que la notar la presencia policial, este adoptó una actitud evasiva, de la cual motivó que se le interceptara y se le realizara un registro, de lo cual se encontró los paquetes antes mencionados, por lo que las pruebas posteriores de reactivos químicos determinaron de que se trataría de marihuana y cocaína respectivamente.

En el desarrollo de las preguntas al testigo una de las preguntas realizadas por la Fiscalía al agente aprehensor que elaboro el parte, se mencionó como pregunta qué sustancias se encontraron en peso, a lo que este último contestó que se encontraron 11 gramos en peso bruto y 8 en peso neto de marihuana, así como 4, 44 gramos en peso bruto y 1,68 en peso neto de cocaína. Sobre esta pregunta, el defensor preguntó al agente si al momento de la revisión se le encontró dinero en efectivo en poder del señor X, por lo que este indicó que no se le había encontrado. De esto, el juez preguntó si el agente aprehensor en efecto había sido quien registró al mencionado ciudadano, a lo que se le contestó que sí lo había hecho por su propia cuenta.

En cuanto al interrogatorio al otro agente policial, básicamente este habría corroborado y confirmado lo expuesto por el agente aprehensor que elaboró el parte. Acto seguido, se procedió a escuchar el testimonio del perito encargado de realizar el pesaje y embodegar las muestras previa remisión a laboratorios de criminalística en la ciudad de Quito, el cual confirmó las muestras en cantidad y forma recibidas y establecidas en acta tanto como en peso bruto como en peso neto. Sin embargo, la audiencia de juzgamiento no se pudo continuar al no comparecer el perito que había realizado el análisis de las sustancias en cuestión. Esto motivó a la suspensión de la audiencia al ser indispensable su presencia para corroborar el contenido del informe pericial, advirtiendo que de insistir nuevamente para la otra audiencia, entonces la misma continuaría sin su presencia.

En cuanto al testimonio relacionado con la inspección ocular técnica, se comprueba que el lugar descrito dentro del parte existe, de lo cual también confirmó la existencia de la evidencia encontrada al procesado. En cuanto a la prueba documental a cargo de la Fiscalía se presentó el informe de experticia química, el informe de pesaje, el acta de peritaje preliminar y verificación y pesaje de droga, acta de entrega y recepción, cadena de custodia, informe de reconocimiento del lugar de los hechos y evidencias. Por su parte, la defensa de la persona procesada se presentó su testimonio, indicado que este no había sido detenido cuando en realidad el procesado manifestó que estaba esperando el bus en el lugar que se dieron los hechos y que el patrullero había dado dos vueltas por esa cuadra y que se retirara del lugar.

A esto, el procesado agregó que el se encontraba en el sitio porque el vivía por ahí al igual que toda su familia. Posteriormente, indicó que ante tal situación acontecida con el patrullero este fue a casa de una amiga, pero al llegar una vecina dueña de la casa, él debió

retirarse a lo que al momento de salir nuevamente ve al patrullero, a lo que procedieron a detenerlo y revisarle sus partes íntimas. A esto el procesado expuso que el policía que se bajó y lo revisó le indicara que se suba a la patrulla que no pasaba nada, por lo que se sube sin esposas y que nunca le sacó nada de sus partes íntimas, para que así lo tuvieran todo el día dando vueltas en la patrulla.

Se presentó también por parte de la defensa el testimonio de dos personas, una de ellas dueña de la casa de la cual en sus exteriores se detuvo al procesado, de lo que indicó observar que lo habían detenido, pero no pudo observar debido a la distancia si lograron sacarle algo, pero afirmó que siempre llamaba a la policía, dado que en ese sector siempre venden droga. La otra testigo es una amiga quien indicó que había acompañado al procesado a la casa de su mamá, para que de ahí se cambiara de ropa, pero cuando regresaron a verle no estaba, por lo que con la mamá de él habían ido a buscarle, puesto que es una persona adicta, pero no vende droga.

También la defensa reprodujo un video del ECU 911 donde se observa la presencia de la patrulla, la que se detuvo en el lugar de la aprehensión la cual sería un lote baldío, bajándose un agente policial buscando algo, pero no se advierte de que se esté realizando registro corporal de ninguna persona. Cabe indicar, que la defensa del procesado pretendía incorporar los testimonios de dos personas que trabajaban en la clínica donde supuestamente el procesado se estaba rehabilitando, pero estos no comparecieron, de lo cual se solicitó suspensión de la audiencia, la cual se había suspendido una vez, motivo por el cual no se podía suspender nuevamente al tratarse de un procedimiento directo, lo que estaba justificado por el artículo 640 numeral 6 del COIP.

A lo anteriormente acotado, también se tuvo en cuenta por parte el juzgado que el abogado de la defensa mencionó en un indicio que su patrocinado no poseía ninguna sustancia sujeta a fiscalización, ahora trata de justificar que es un narcótico consumidor, por lo que la prueba en tal contexto era impertinente. En tanto que, en el alegato final, la Fiscalía sostuvo que se trataba claramente que las sustancias encontradas al procesado era marihuana y cocaína respectivamente, lo que cobra mayor sentido según el fiscal al tratar de indicarse que el procesado era un consumidor, y que se corrobora por uno de los testimonios de la defensa que en dicho sector existe expendio de drogas, por lo que al determinar que es consumidor y que luego estaba en rehabilitación, hecho no manifestado desde el inicio, da lugar a dos teorías totalmente contradictorias en la causa.

A esto, la defensa nunca logró demostrar la impertinencia de la prueba de la Fiscalía, por lo que esta lo acusaba por el delito de tráfico de drogas por mínima escala, solicitando se imponga la pena prevista para este tipo de delito. En tanto que, la defensa técnica del procesado indicó que en ningún momento se encontró dinero en efectivo a esta persona, lo que se relacione con el tráfico de estas sustancias, por lo que tal hecho es concordante a criterio de la defensa con la primera de sus testigos. Además, agregó que en la grabación en video no se demuestra que una persona haya sido detenida en dicho lugar donde se produjo la detención de acuerdo con el parte. Es por esta razón, que la defensa solicitó que se ratifique el estado de inocencia del señor X.

En cuanto a la valoración de las pruebas por parte del tribunal, se indicó que la Fiscalía dentro de todo su acervo probatorio, aunque no pudo demostrar que se haya llevado a cabo dicho registro, tampoco se puede descartar que los elementos materiales de la acusación como tal existen. Esto se corrobora dado que la defensa presentó elementos

contradictorios que no establecen una teoría uniforme de defensa, puesto que una cosa es indicar que no tenía sustancia alguna, y otra cosa es indicar que esta persona es consumidora, pero sin desvirtuar una situación de tenencia y que no se refiera concretamente al hecho de traficar una sustancia. En tal caso, el argumento de no haberle sido encontrado dinero, no se ligaría concretamente a una de las dos teorías de defensa expuestas por el abogado patrocinador del procesado.

Sobre la autoría del delito, si se tratase de un consumidor, no se alegó la inimputabilidad del mismo por su condición, más bien se ha determinado que su conducta procedía con conocimiento de los hechos. A esto se suma el argumento de que existe un objeto o elemento material de la infracción, y; a pesar que no se puede tener constancia plena del registro al procesado, tampoco se puede afirmar o probar que dichas sustancias le fueron colocadas por parte de los agentes policiales al procesado, hecho que carecería de fundamento. Esto llevó al tribunal a deducir que las teorías de la Fiscalía eran más concordantes, esto en cuanto a los testimonios de la defensa y sus pruebas y teorías no guardarían relación entre sí.

Todo esto llevó a que con anterioridad la Fiscalía solicitara al juez *a quo* que se dictara prisión preventiva en contra del procesado, lo cual fue aceptado y dispuesto por dicha autoridad. En tal caso, se habrían cumplido los presupuestos del artículo 534 del COIP en cuanto a los elementos de convicción de la existencia del delito, así como de la autoría del delito por parte del procesado, así como de que las otras medidas cautelares no privativas de libertad no serían suficientes para asegurar la presencia del procesado, además que la infracción esté sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

Sin embargo, a criterio de quien suscribe esta investigación, se ha ignorado en la calificación de flagrancia y la formulación de cargos los preceptos del artículo 534 del COIP en cuanto a pesar de la existencia del elemento material de las drogas, el sustento se basa en gran medida en el parte, sin considerar en realidad si las sustancias encontradas eran producto del consumo personal del procesado o si en realidad se relacionaban con la conducta de tráfico de drogas, más que todo al ser estas de mínima escala. Debe manifestarse, que tampoco se sustentó y se motivó en cuanto al tercer requisito, dado que no se valoró de modo suficiente la pertinencia de la prisión preventiva frente a otras medidas cautelares.

En cuanto al cuarto requisito, si bien es cierto la pena poder ser superior a un año, tal como lo prevé el artículo 202 inciso 1 literal a del COIP, al no tener certeza de la pena, el tratar de considerar la prisión preventiva en el cuarto requisito del artículo 534 de la norma *ibídem*, sería desconocer que se trata de un delito cuya pena mínima al ser de un año, podría estimarse para aplicar otra medida cautelar, inclusive sabiendo que la medida de prisión preventiva es de carácter excepcional.

Considerando todos estos antecedentes, se puede observar que la prisión preventiva fue una medida que no contó con la debida valoración frente a las otras medidas cautelares, con lo cual se prosiguió el proceso de forma adversa a las pretensiones y derechos del procesado, esto a pesar de las deficiencias en las estrategias de la defensa. Dicho esto, al continuar con la motivación del tribunal de garantías penales correspondientes, el mismo en aras de procurar una sentencia justa, reafirmó que las pruebas de la Fiscalía guardaban mayor relación y coherencia, a pesar de que no constaba la evidencia o la certeza del registro y que las sustancias encontradas fueran objeto de tráfico de drogas por mínima escala.

En tal caso, tampoco se podía argumentar que tales sustancias fueran colocadas por los agentes policiales, lo que tampoco se puede afirmar, por lo que al buscar el mayor grado de coherencia de los argumentos, se aprecia que el testimonio de una de las moradoras del sector, es decir, la que indicó que en el lugar se traficaba droga y que este ciudadano fue encontrado en dicho lote vacío adyacente a la casa de la testigo, al mencionar esta que no le sacaron nada al procesado, se estaría frente a una afirmación poco creíble y contradictoria con su afirmación de que en el sector vendían droga. En tal caso, esta contradicción al valorarse frente a los argumentos de la Fiscalía, se orilló a que el tribunal deba analizar e inclinarse entre una teoría más congruente, pero con ciertos elementos incompletos, y otra teoría contradictoria que no podía sostener sus propias afirmaciones.

Dicho esto, entonces, el tribunal acotó y afirmó que ante tales circunstancias las pruebas eran válidas y no se oponían en el sentido de ser pruebas viciadas en su naturaleza según el artículo 76 numeral 4 de la Constitución, por lo cual no se podía objetar su validez y los argumentos que se desprendían de ella. En consecuencia, teniendo todo esto en cuenta, se declaró la culpabilidad del procesado imponiéndole la pena de un año por cada sustancia, siendo esta pena de dos años en total, así como la multa de cuatro salarios básicos unificados del trabajador en general por cada sustancia, es decir ocho de estos salarios, dando cuenta de un total en aquel entonces de \$3.088 dólares.

Como se puede apreciar dentro de este proceso, existieron algunas dudas en cuanto a la responsabilidad del procesado, pero ante la deficiente estrategia de defensa el tribunal de garantías penales correspondientes encontró según sus criterios mayores argumentos respecto de la teoría de la acusación que de la propia defensa. En tal caso, el objeto del estudio de caso no se orienta en analizar y calificar la actuación del tribunal y su sentencia, sino más

bien sobre la idoneidad y pertinencia de la prisión preventiva, la cual no contó con los debidos argumentos frente al carácter excepcional de esta medida y el preferente de las otras medidas cautelares personales por los motivos enunciados con anterioridad. Es por esta razón, que la prisión preventiva debe contar con mayores fundamentos tanto a nivel de excepcionalidad como de procedibilidad, lo cual ha llevado a que estos fundamentos, reglas y directrices sean establecidos por la Corte Constitucional, tal como se aprecia en el segundo caso de estudio.

## **Caso 2**

*Sentencia N° 8-20-CN/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador*

A través de esta sentencia, la Corte expone los argumentos respecto de la consulta de constitucionalidad de norma en cuanto al artículo 536 del COIP, de lo que concluyó y estableció como decisión la declaratoria de inconstitucionalidad de la sustitución de la prisión preventiva en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años del inciso primero del mencionado artículo de conformidad con la norma antes suscrita (Sentencia N° 8-20-CN/21, 2021). En cuanto a los antecedentes que dieron lugar a esta sentencia, se analizó una causa penal donde se trató la calificación de una flagrancia por el tipo penal de robo según el artículo 189 inciso primero del COIP, lo que dio lugar a que la Fiscalía solicitara como medidas cautelares personales a la aplicación de la prisión preventiva, lo cual fue concedido por el juez de flagrancia.

A esta disposición, los procesados solicitaron se sustituya la prisión preventiva en los términos previstos por el artículo 521 del COIP, todo esto en la etapa de instrucción fiscal, de la cual se convocó a la audiencia respectiva, con lo que declaró concluida dicha etapa procesal. No obstante, una vez que se instaló la audiencia, esta fue suspendida por parte de la juzgadora, por lo que elevó ante la Corte Constitucional la concerniente consulta

de constitucionalidad de norma, en tal caso la misma tendría relación con el artículo 536 del COIP.

Posteriormente, la Corte avocó conocimiento de acuerdo con lo previsto en los términos del artículo 428 de la Constitución y del artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, todo esto como parte del control concreto de constitucionalidad a fin de reconocer el apego de a la Constitución por parte de normas aplicadas dentro de procesos judiciales. En consecuencia, uno de los primeros aspectos analizados por la Corte fue el reconocer que el artículo materia de consulta, en este caso el artículo 536 del COIP indica que no se puede sustituir la prisión preventiva cuando un delito cuente con una pena privativa de libertad de cinco años, por lo cual el delito de robo según el artículo 189 primer inciso del COIP establece una pena de entre cinco a siete años.

Sobre este aspecto, se debe reconocer que las garantías tanto a nivel procesal como a nivel constitucional en materia penal se orientan a considerar el tiempo mínimo de las penas, pero en casos en que esa pena supere dicho tiempo aun cuando esta sea el tiempo mínimo frente a un máximo por el mismo tipo penal, en consecuencia, excluiría a la garantía que se pretender ejercer. Además, como el proceso penal del que surgió esta consulta de constitucionalidad aún no tiene pena en firme, se trata de dilucidar acerca de que si la pena impuesta llegare a ser la mínima podría comprenderse dentro de la garantía.

Por lo tanto, se trata de analizar si la prisión preventiva puede ser sustituida por otra medida cautelar, por lo que, aunque la norma prevea que no existe esta sustitución si la pena llega a superar los cinco años de privación de la libertad, se considere según el párrafo 24 de esta sentencia que esta posibilidad de revisión se ve limitada por el artículo 536 tanto

en relación con todos los delitos como para todos los procesados. En tal contexto, esta consulta se ve motivada en aras de lo reconocido en el párrafo 25 de la suscrita sentencia en virtud del principio de igualdad y no discriminación en cuanto al ejercicio de los derechos y garantías que prevé la Constitución en su artículo 11 numeral 2.

Dicho lo anterior, la Corte valoró entre sus argumentos que reconoce que el COIP establece que las medidas cautelares puedan ser sustituidas, suspendida o revocadas, lo cual al ser medidas con carácter provisional estas son mutables, tal como se establece en el párrafo 32 de esta sentencia. También se agrega que estas pueden modificarse al existir cambios en las causas que la causaron y que ni pueden persistir si no subsisten los presupuestos que las justificaron. Esto lleva a la Corte a advertir que el artículo 521 del COIP permite que las partes procesales soliciten la sustitución de las medidas cautelares en el caso que concurran hechos nuevos que lo justifiquen, a lo que se agrega también el hecho de la obtención de nuevas evidencias que acrediten hechos que no se hayan podido justificar anteriormente, lo que da lugar a que el juzgador pueda dictar una medida que antes haya sido negada.

Dicho lo anterior, el artículo 536 del COIP precisa una limitación al indicar que no se puede sustituir una medida cautelar si el delito es sancionado con una pena privativa de libertad superior a cinco años. Entonces, ante la magnitud de la pena del delito que oscila entre 5 a 7 años para el tipo penal de robo, impide en cuestión que se pueda sustituir la prisión preventiva. Esto lleva a que la Corte Constitucional en su párrafo 38 establezca cuatro circunstancias por las cuales es procedente la prisión preventiva en virtud de destacarse como medida de última *ratio*.

En efecto, el párrafo 38 de esta sentencia precisa que la prisión preventiva (i) debe perseguir fines constitucionalmente válidos; (ii) ser idónea en su calidad de medida cautelar; (iii) ser necesaria al no existir otras medidas menos gravosas que puedan cumplir el mismo fin que persigue la prisión preventiva; y, (iv) que la medida sea proporcional ante el nivel de afectación al derecho a la libertad del procesado. De lo contrario, si la prisión preventiva no reúne estas condiciones y no cumple con estas reglas o parámetros, entonces será una medida injustificada y arbitraria.

En este sentido, cobra importancia la garantía que establece el artículo 77 numeral 1 de la Constitución al indicar que la privación de la libertad no será la regla general. Esto es concordado con lo expuesto en el párrafo 42 de esta sentencia al analizar la Observación General N° 35 del Comité de Derechos Humanos, el cual indica que los tribunales deberán examinar si otras alternativas a la reclusión antes del juicio, tales como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria dentro del caso concreto.

En efecto, lo explicado en las líneas anteriores representa una clara directriz y fundamento que refuerza la prerrogativa en la que se consigna que la privación de la libertad no es la regla general, y que esta es una medida excepcional, en tal caso, si otras medidas menos restrictivas a la libertad pueden cumplir con lo fines de la prisión preventiva y si aplican a la magnitud del caso, entiéndase en este caso de las circunstancias y del delito, en consecuencia, estas medidas deben aplicarse de forma preferente por sobre la prisión preventiva.

Igualmente, la Corte destacó lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde se precisa que la prisión preventiva no es la regla

general, sino que es una medida de última *ratio*. Por lo tanto, la Corte Constitucional ha insistido en una serie de argumentos tanto a nivel de derecho interno como de derecho internacional de derechos humanos con el fin de establecer argumentos y una postura consolidada del carácter excepcional de la prisión preventiva, lo cual consideró para su voto de mayoría.

En efecto, la Corte declaró la inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 536 del COIP, por lo que la expresión *en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, ni*, se entiende como una frase que la Corte ha suprimido en efecto, por lo que de dicha norma se deja en claro que con la redacción actual que tiene únicamente no se podrá sustituir en los delitos de peculado, sobrepagos en contratación pública o actos de corrupción en el sector privado. Esta sentencia entonces reafirma el carácter excepcional de la prisión preventiva, por lo que actualmente se puede sustituir en cualquier delito y con cualquier pena, y que la prisión preventiva exclusivamente se podrá aplicar siempre y cuando cumpla con los parámetros del párrafo 38 de esta sentencia y con los presupuestos del artículo 534 del COIP.

## Capítulo de discusión

Debe tenerse en cuenta que tal como se ha sostenido a lo largo de esta investigación, es una realidad que la prisión preventiva a nivel de las medidas cautelares personales ocupa un lugar predominante y preferencial dentro del sistema procesal penal ecuatoriano, lo cual difiere con el criterio de excepcionalidad que esta debe tener. Por lo tanto, ha sido necesario que para justificar, refirmar y replantear su excepcionalidad se ha tenido que recurrir al desarrollo de diversos estudios a nivel doctrinal, así como de nuevos estándares jurisprudenciales, entre estos dentro de la Corte Constitucional, tal como se ha analizado previamente, lo cual ha debido plantear nuevos y más amplios argumentos por los cuales se considera que la prisión preventiva es una medida de última *ratio*.

Los anteriores argumentos evidentemente se refieren a mencionar aspectos que son ampliamente conocidos en el ámbito de la discusión jurídica, tales como el hecho que la prisión preventiva resulta más cómoda y aparentemente garantista en términos de asegurar la comparecencia del procesado dentro una causa penal, de modo que, se pueda contar con inmediatez con su presencia para las investigaciones, diligencias y más actos procesales. Desde este punto de vista no se niega su utilidad, sin embargo, se deja en evidencia que la aplicación abusiva de la prisión preventiva refleja una tendencia tanto parcializada como polarizada en favor del Estado y su facultad punitiva, ignorando los derechos del procesado y el carácter excepcional de esta medida tomando en cuenta la prerrogativa constitucional que la privación de la libertad no debe ser la regla general, así como de la existencia y preferencia de otras medidas cautelares personales.

En este sentido, se debe afirmar que la crítica no está planteada en contra de la existencia y aplicación de la prisión preventiva, por cuanto se reconoce que cuando esta

debe aplicarse se lo debe realizar en virtud que sea necesaria y justificada. Por lo tanto, el punto en el cual se establece la crítica es en el hecho que esta medida se aplica en ocasiones de forma recurrente y abusiva, tan siquiera valorando sus presupuestos de aplicación y de admisibilidad, además de soslayar la existencia, pertinencia y efectividad de otras medidas cautelares personales previstas en el COIP.

Dicho lo anterior, corresponde indicar que la prisión preventiva enfrenta una situación crítica acerca de la valoración concerniente a su debida aplicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto se debe a que para fiscales y jueces resulta la vía más eficaz para asegurar la presencia de la persona procesada, lo cual relega la pertinencia de las demás medidas cautelares personales. A esto no solo debe sumarse el hecho si realmente se valora la excepcionalidad, la pertinencia y demás presupuestos que constitucionalmente justifiquen a la prisión preventiva, sino que una vez que esta se dicta no se atiende realmente si la persona procesada que debe cumplirla contará con las debidas condiciones para dicho efecto, es decir, una vez establecida la medida el sistema de justicia y el sistema carcelario se despreocupan que dentro de dicha medida se le deben garantizar ciertos derechos.

Lo dicho en las líneas precedentes reflejan que el sistema judicial se centra en la medida y en los fines procesales, con lo que se relega la condición de humanidad de la persona procesada. Esto lleva al desconocimiento de ciertos derechos fundamentales cuyo carácter elemental no debe ser soslayado cuando el procesado está con una libertad restringida de forma transitoria debido a la prisión preventiva. Entonces, se desconocen una serie de derechos concernientes a la dignidad, a la seguridad, a la salud, a la recreación, estos entre otros derechos comunes que son relativos a cualquier persona privada de la

libertad, sea por el cumplimiento de la prisión preventiva como por una sentencia condenatoria en firme.

En tal contexto, se plantea que el menoscabo de tales derechos son la consecuencia de la crisis carcelaria que se vive en el Ecuador, un aspecto que debe ser tenido en cuenta para que fiscales y jueces de garantías penales no procedan con ligereza a disponer la prisión preventiva de una persona a la que se le podría evitar dicho suplicio a través de la valoración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Por otra parte, en el caso que corresponda la prisión preventiva, no se debe desatender los derechos de una persona que está enfrentando una privación de la libertad, sea transitoria o en firme, lo cual es un aspecto de otro motivo de discusión, pero que no deja de ser una situación a tener en cuenta.

Al analizarse todo lo dicho hasta el momento se ha explorado a través de esta investigación como la prisión preventiva se ha tornado en una medida cautelar aplicada de carácter mecánico y poco reflexivo, lo cual ha provocado cuestionamientos, debates y estudios a nivel doctrinal, donde justamente se destaca ese ejercicio mecánico y poco reflexivo en términos de pertinencia y motivación. En términos normativos y jurisprudenciales, el estudio de las normas jurídicas y la revisión en el caso de la Sentencia N° 8-20-CN/21 de la Corte Constitucional, demuestran que sobre la prisión preventiva ha existido poca valoración acerca de los criterios y reglas que la justifican, por lo que a partir de esta sentencia se tiene la expectativa que tanto fiscales como jueces de garantías penales valoren y desarrollen en sus peticiones y resoluciones respectivamente los elementos por los cuales se aplica de manera excepcional la prisión preventiva, así como en los casos en

que se justifique la aplicación de alguna de las otras medidas cautelares personales previstas en el artículo 522 del COIP.

Esta situación mencionada en las líneas anteriores se puede corroborar que puntualmente la sentencia antes mencionada por parte de la Corte Constitucional refuerza la excepcionalidad de la prisión preventiva, la que debe sustentarse en criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, sin embargo, se considera que estos criterios deben estar mejor desarrollados dentro del artículo 534 del COIP por cuanto la norma adquiera precisión y oriente de mejor manera el razonamiento de fiscales y de jueces de garantías penales para una adecuada solicitud, motivación y aplicación de la prisión preventiva en términos de excepcionalidad.

Lo dicho anteriormente cobra mayor razón y sentido cuando se trata de evitar circunstancias, hechos o antecedentes como se demostró en el estudio del primer caso, en el cual ante un delito que no revestía gravedad y del que nunca se justificó el peligro de fuga, así como de la necesidad de la medida, se dictó prisión preventiva cuando era perfectamente factible aplicar otras medidas cautelares, dado como se trataba de un caso de tráfico de drogas por mínima escala y del que nunca se diferenció la posibilidad de que sea consumidor y no traficante, las otras medidas cautelares eran más congruentes en relación con la prisión preventiva. Por lo tanto, se aprecia cómo, así como este caso existen varios en que la prisión preventiva es aplicada con ligereza.

Todos estos hechos materia de análisis se ven corroborados con los criterios de las entrevistas, por lo que se establece que la problemática que precisa esta investigación es real, y que aun requiere de soluciones a nivel jurídico, por lo que el COIP debe fortalecer los estándares de la excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, con lo que

así se demuestra cómo los planteamientos de este estudio están debidamente fundamentados y que obedecen a un problema que ciertamente aún se puede considerar vigente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por otra parte, en el eventual caso que la propuesta que se expondrá en el siguiente capítulo se siga enfrentando a este problema, cuando menos da lugar a que existan mayores fundamentos para los recursos e impugnaciones dentro del derecho interno, a su vez, que esto implique un recordatorio más preciso frente a la comunidad jurídica internacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos que exhortan al Estado ecuatoriano que la privación de la libertad no es la regla general.

## Capítulo de propuesta

En este capítulo se plantea una propuesta con el fin de precisar y reforzar a nivel del COIP el carácter excepcional que tiene la prisión preventiva, esto con propósito de establecer las debidas condiciones de carácter formal y material para que esta medida cautelar personal represente una medida de última *ratio*, y que las demás medidas cautelares personales previstas en el artículo 522 del COIP tengan una aplicación de carácter preferencial, más que todo en términos de racionalidad y proporcionalidad y que concuerden con los argumentos expuestos y desarrollados en la delimitación del problema, objetivos, así como de los criterios de las entrevistas, estudios de casos y discusión.

### Impacto social

El impacto social de esta propuesta estaría corroborado en el contexto de que se estaría comunicando a la ciudadanía en general que la prisión preventiva puede ser aplicada de forma más racional, además que al aplicarse de manera excepcional a través de mejores razonamientos y criterios, esta medida tendría repercusión directa en cuanto al afán de prevenir el incremento de la población carcelaria, esto para evitar sumar personas que estén privadas de libertad cuando pueden a nivel de medidas cautelares no estar recluidos en recintos carcelarios donde existen condiciones precarias y de inseguridad, esto debido a la coyuntura de la crisis carcelaria que atraviesa el Ecuador en los actuales momentos.

En tal contexto, se estima que este impacto tenga una valoración positiva a nivel de la sociedad ecuatoriana, más que todo estableciendo argumentos y criterios que permita demostrar en qué circunstancias procede la prisión preventiva como medida cautelar personal, y en qué otros proceden las otras medidas cautelares, las cuales se caracterizan por no tener el mismo nivel de restricción de la libertad, así como en cuanto a la

consideración ciudadana de que la prisión preventiva suponga una sanción anticipada en términos de la privación de la libertad.

Dicho lo anterior, a nivel social el transmitir que se puede establecer y reforzar los parámetros que definen o regulan los casos en los que procede la prisión preventiva, en cuestión transmite que el sistema de justicia está en capacidad de especializarse y de actuar de forma más congruente con los derechos y garantías establecidos, tanto dentro de la Constitución, así como del COIP en su aspecto procesal penal y en cuanto a las garantías que están estipuladas como mandatos de obligatorio cumplimiento para el Estado en relación con los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

### **Impacto jurídico**

En lo relacionado con el impacto jurídico se puede precisar que la prisión preventiva a más de las reglas establecidas por la Corte Constitucional, puede a nivel normativo adecuar y establecer las mismas dentro del COIP, de modo que exista mayor correspondencia y coherencia en su normativa procesal. Este hecho supone que el mencionado cuerpo de normas procesales estaría reforzando una premisa garantista desde la visión y la experticia de la Corte Constitucional para plantear una reforma que en lo procesal desarrolle mejores argumentos, condiciones y garantías para la adecuada aplicación de la prisión preventiva.

En tal caso, se estaría observando una mayor consideración de las valoraciones garantistas, de modo que el COIP pueda ser más lógico y consonante con los argumentos de la Corte, así como con los instrumentos internacionales que establecen el carácter excepcional de la prisión preventiva y el carácter preferente de las medidas cautelares alternativas a ella. Es por este motivo, que esta propuesta tiene utilidad y relevancia a nivel

jurídico, dado que se trata de armonizar una serie de principios y garantías de derecho interno al igual que de instrumentos internacionales de derechos humanos, para que así cumplan con su cometido de manera condensada dentro del mencionado Código.

Es así, que las repercusiones a nivel jurídico serían adecuadamente valoradas por los profesionales del derecho y por la comunidad jurídica ecuatoriana en general, de modo que así se pueda llevar a cabo un debido razonamiento y valoración frente a los casos en los que procede la prisión preventiva y frente a aquellos casos en que se deban aplicar otras medidas cautelares que en el ámbito personal supongan tener menor restricciones en cuanto al derecho de la libertad de las personas procesadas, incluso para que estas puedan gozar de manera más eficaz del derecho a la presunción de inocencia.

### **Características**

En cuanto a las características de esta propuesta, se debe tener en cuenta que la misma busca el refuerzo de las premisas garantistas previstas tanto a nivel de la Constitución, como del propio COIP, así como de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, esto en cuanto a la aplicación del principio de mínima intervención penal y más que todo para certificar y refrendar que dentro de este sistema procesal la privación de la libertad no supone la regla general. Al contrario, se trata de establecer que la restricción de este derecho es la última de las medidas a ser aplicadas dentro del sistema procesal.

En consecuencia, esta propuesta no solo trata de estar acorde a las actuales premisas del garantismo procesal a nivel penal, sino que también busca responder a la situación y a los problemas actuales no solo del propio sistema de justicia, sino que también se enfoca a partir de una visión más amplia a partir del paradigma garantista de que la prisión

preventiva cuando es aplicada de manera abusiva, continua e irracional, termina esta por contribuir a los problemas que se presentan dentro del contexto actual ecuatoriano en cuanto al hacinamiento carcelario y la inseguridad que se vive dentro de los centros de privación de la libertad a nivel nacional.

Por lo tanto, se trata de justificar que esta propuesta trata de atender necesidad de racionalidad y excepcionalidad dentro del sistema procesal penal, de modo que sus operadores y servidores concienticen en mayor medida sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva y de las ocasiones en que se le concede escasa atención, valor y aplicación congruente a las demás medidas cautelares que se encuentran dentro del texto del COIP. Es por todos estos motivos, que la propuesta se ve justificada en términos de necesidad, utilidad y pertinencia como se presenta en el siguiente apartado o subtítulo de esta investigación.

### **Desarrollo de la propuesta**

En cuanto a la propuesta se establece considerar la reforma para fortalecer el literal c del artículo 534 del COIP en cuanto a la finalidad y requisitos de la prisión preventiva, de manera que se tenga en cuenta la consideración literal del siguiente texto que se expone a continuación:

*Art. 534.-Finalidad y requisitos. - La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterio de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz. Únicamente con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el*

*juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el presente artículo, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa. Cuando proceda ordenar la prisión preventiva, en su resolución la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. La resolución contendrá: a. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año. b. Que los elementos aportados por Fiscalía permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola*

*existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. c. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.*

Al literal antes mencionado se propone incorporar otro inciso que establezca lo siguiente:

*Entiéndase por idoneidad que, así como se justifica la insuficiencia de las otras medidas cautelares para asegurar la comparecencia del procesado, que se establezca en audiencia cómo la prisión preventiva va a responder a dicho fin. Por necesidad, se entiende que la prisión preventiva responde a criterios de peligrosidad del procesado y/o que existe peligro de fuga. Por proporcionalidad, que la prisión preventiva sea acorde con la gravedad del delito, así como de su pena y congruente con los otros principios antes mencionados.*

## Conclusiones

Esta investigación demuestra a nivel crítico y jurídico que la prisión preventiva vulnera derechos fundamentales de la persona procesada cuando esta es aplicada de forma injustificada. En primer lugar, se tiene en cuenta que desconoce el principio de mínima intervención penal y que la privación de la libertad no debe ser la regla general, así como se desconoce su carácter excepcional. En segundo lugar, la prisión preventiva no debe únicamente centrarse en el criterio de asegurar la presencia de la persona procesada, esto cuando existen otras medidas cautelares dentro del artículo 522 del COIP que pueden cumplir con la misma finalidad, toda vez que se requiere mayor valoración dentro del sistema de justicia acerca de cuál es la medida cautelar más pertinente conforme a lo que plantea el caso a nivel penal.

La doctrina evidencia que la prisión preventiva puede tener un uso mecánico por parte de los operadores del sistema de justicia, y que existe una creencia generalizada en que esta es la que contribuye de mejor manera a asegurar la presencia del procesado, con lo que no se plantean hasta qué punto las otras medidas cautelares personales son suficientes y eficaces para cumplir con el mismo cometido. Esto reflejaría cierta comodidad dentro del sistema de justicia penal, la cual es compleja de rectificar aun cuando todavía se requiere recordar las obligaciones a fiscales y jueces del carácter excepcional de la prisión preventiva.

En cuanto a los elementos normativos de la prisión preventiva se reconoce su excepcionalidad en la norma, más que todo por cuanto implica que esta se aplica para aquellos delitos de mayor gravedad dentro del sistema jurídico ecuatoriano, así como para evitar el peligro de fuga de la persona procesada. Sin embargo, las normas jurídicas

permiten identificar que las otras medidas cautelares previstas dentro del artículo 522 del COIP, tales como son: la prohibición de salida del país, la presentación periódica ante juez, el arresto domiciliario, el dispositivo de vigilancia electrónica y la detención, en esencia cumplen con la misma finalidad que la prisión preventiva, por lo que requieren mayor atención y valoración para considerar más oportunidades de que puedan ser aplicadas.

Respecto de los criterios de las entrevistas, las personas que fueron consultadas acerca de este problema que se plantea en esta investigación permiten evidenciar que se debe fortalecer los criterios de excepcionalidad de la prisión preventiva, y que esta atienda en mayor medida los derechos y las garantías procesales. Este criterio al asociarse con los aportes de los estudios de casos, permite dar cuenta de que la prisión preventiva debe obedecer a criterios excepcionales no solo como parte de la última *ratio*, sino que también debe responder a los derechos y a la integridad de la persona procesada, lo cual pasa a segundo plano dado que todo se centra en la medida cautelar y no en los derechos y la situación procesal de esta persona.

Finalmente, se destaca que como resultado principal de esta investigación, la propuesta fortalece los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad como elementos de la excepcionalidad de la prisión preventiva, dado que la Corte Constitucional establece estos criterios, pero su interpretación y aplicación depende de los jueces de garantías penales, al mismo tiempo que esta labor puede ser guiada de mejor manera por las reformas que se puedan realizar a nivel del texto del COIP. Por este motivo, se destaca que la propuesta establece elementos más específicos de los criterios que se establecieron en la Sentencia N° 8-20-CN/21 y que se adecuaron en la última reforma realizada al COIP el 29 de marzo de 2023.

## **Recomendaciones**

Se propone a los fiscales y a los jueces que realicen una valoración más exhaustiva de las medidas cautelares personales, esto con el fin que se establezca de forma más crítica y argumentada cuáles de ellas habrán de ser aplicadas en relación con la persona procesada en el marco del respeto al debido proceso penal. Esto permitirá consolidar las prerrogativas de la excepcionalidad de la prisión preventiva y de la garantía que constitucional y penalmente establece que la privación de la libertad no será la regla general, por lo cual se puede considerar la aplicación de otras medidas alternativas.

Del mismo modo, se exhorta a fiscales y los jueces de garantías penales que no solo se enfoquen en los hechos del proceso y en las medidas cautelares personales en virtud de las consecuencias del delito, sino que también valoren el impacto jurídico que habrá de tener en cuanto a los derechos de la persona procesada. De esa manera, se estará respetando el contenido y esencia garantista del proceso penal y de las medidas cautelares, lo cual guarda mayor relación, pertinencia y congruencia con los deberes que tiene a nivel procesal un Estado de Derecho.

Se propone a los nuevos asambleístas que integren a la nueva Asamblea Nacional del Ecuador, que consideren la reforma del artículo 534 del COIP, a fin que se fortalezca y se clarifique el contenido de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos en la Sentencia N° 8-20-CN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, de manera que existan pautas más claras y precisas de aplicación de estos principios en cuanto al carácter excepcional de la prisión preventiva. Esto con el fin de evitar interpretaciones que se desvíen o se aparten de lo precisado por la Corte en su calidad de máximo intérprete

de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, y que también forman parte del desarrollo del sistema procesal penal.

Finalmente, se recomienda a la Maestría en Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, así como de otras instituciones de educación superior del país en materia de Derecho que profundicen y amplíen sus recursos investigativos en cuanto a la aplicación del carácter excepcional de la prisión preventiva. Esta acción abrirá nuevas líneas y argumentos de discusión para tener una comprensión más adecuada y mejor sustentada de los presupuestos que se deben observar tanto para el cumplimiento de la aplicación de la prisión preventiva, así como de las otras medidas cautelares personales.

## Bibliografía

- Arce, P. (2019). *El desarrollo de la facultad punitiva del Estado: aspectos críticos*. Lima: Miraflores.
- Arias, N. (2017). *Las medidas cautelares frente al garantismo*. Lima: Miraflores.
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi : R.O. N° 444 de 20-oct-2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: R.O. Sup. 180 de 10-feb-2014 .
- Astrain, L., & Guerrero, L. (2017). *El derecho penal del enemigo en un estado constitucional: especial referencia en México*. Madrid: Marcial Pons.
- Benavente, H. (2021). *La pragmática de la imputación penal*. Buenos Aires: Siglo del Hombre Editores .
- Carnevali, R. (2008). *Derecho penal como Ultima Ratio: Hacia una política criminal racional*. Talca: Universidad de Talca.
- Clavijo, A., & López, D. (2023). La prisión preventiva. ¿Medida cautelar o pena anticipada? Una visión desde Ecuador. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, VI(1), 18-28.
- Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista* . Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Fierro-Méndez, H. (2018). *Manual de derecho procesal penal*. Bogotá: Leyer.
- Guerra, D. (2018). *Los aspectos críticos e la prisión preventiva*. Bogotá: Leyer.

- Hernández, D. (2018). *Las medidas cautelares y el procedimiento penal*. Lima: Miraflores.
- Ippolito, D., & Ibáñez, P. (2018). *El espíritu del garantismo: Montesquieu y el poder de castigar*. Madrid: Editorial Trotta.
- López, A., Vásquez, J., & Arévalo, C. (2022). Aplicación de medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, en delitos sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años. *Polo del conocimiento*, VII(6), 66-100.
- López, E. (2017). *Juicios orales en materia penal*. México: IURE Editores.
- López, E. (2018). *Amparo en materia penal*. México: IURE Editores.
- López, E. (2018). *Derecho procesal penal*. México: IURE.
- Montero, R. (2020). *Derecho procesal penal*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia.
- Obando, K. (2021). *Abuso de la prisión preventiva en los delitos contra la propiedad cuya pena no supera los cinco años*. Universidad San Francisco de Quito. Obtenido de <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/11357/1/202205.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: Organización de las Naciones Unidas.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Organización de los Estados Americanos.
- Paida, R. (2019). *Replanteamiento del rol de la víctima en el COIP*. Bogotá: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pascual, A. (2021). *La prueba diabólica penal entelequia normativa y prisión preventiva*.

Barcelona: José María Bosch .

Pinto, F. (2021). *Las medidas cautelares personales: principales atributos y*

*características*. Bogotá: Tecnos.

Piva, T. (2020). *Dogmática del bien jurídico tutelado por el Derecho Penal*. Bogotá:

Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ponce, G. (2017). *Aspectos críticos de la prisión preventiva*. Bogotá: Leyer .

Proaño, D., Coka, D., & Chugá, R. (2021). Análisis sobre la prisión preventiva en Ecuador.

*Revista Dilemas Contemporáneos, Política y Valores*, 1-14.

Reyes, H. (2019). *El alcance jurídico de las medidas cuatelares*. Santiago de Chile:

Olejnik.

Riofrío, M. (2022). *El abuso de la prisión preventiva frente a la presunción de inocencia*

*en el delito de receptación en el cantón Ambato Tungurahua*. Universidad Regional

Autónoma de los Andes- UNIANDES. Obtenido de

[https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/14931/1/UA-DER-PDI-053-](https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/14931/1/UA-DER-PDI-053-2022.pdf)

[2022.pdf](https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/14931/1/UA-DER-PDI-053-2022.pdf)

Sarmiento, N. (2020). *Las etapas del proceso penal contemporáneo*. Buenos Aires: Ad-

Hoc.

Sentencia N° 21282201800876, Causa N° 21282201800876 (Unidad Judicial

Multicompetente Penal con Sede en el Cantón Lago Agrio, Provincia de Sucumbios

04 de Octubre de 2018).

Sentencia N° 8-20-CN/21, Caso N° 8-20-CN/21 (Corte Constitucional del Ecuador 18 de Agosto de 2021).

Seseña, J., & Herrera, S. (2021). *El debido proceso y la defensa adecuada en el procedimiento penal federal acusatorio*. México: Troispublient.

Tapia, C. (2021). *El uso excesivo de la prisión preventiva y la falta de aplicación de otras medidas cautelares como origen del hacinamiento penitenciario en el Ecuador*. Universidad Central del Ecuador. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/25178/1/UCE-FJCPS-CD-TAPIA%20CAMILA.pdf>

Toribio, M. (2018). *Curso didáctico de derecho procesal penal*. Santiago de los Caballeros, República Dominicana: Universidad Abierta para Adultos.

Torres, L. (2018). *Las garantías al proceso penal en cada una de sus etapas*. Bogotá: Leyer.

Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política criminal*, 836-857.

Wilenmann, J. (2020). Denegación interesada de justicia y prescripción de la acción penal. *Ius et Praxis*, 195-210.

Zalamea, P. (2018). *Análisis de la unidad de medidas alternativas previas al juicio en la ciudad de Cuenca*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar .

Zambrano, A. (2020). *Guía de derecho procesal penal aplicada*. Bogotá: Corporación de Estudios y Publicaciones .

Zaramea, D. (2019). *Audiencias penales previas a juicio*. Bogotá: Corporación de Estudios y Publicaciones.

## **Anexos**

### **Anexo 1**

#### **Preguntas de la investigación**

- 1. ¿A qué factores atribuye usted que la prisión preventiva sea aplicada de manera preferencial dentro del proceso penal?**
- 2. ¿Qué tipo de abusos considera usted que se pueden presentar dentro de la aplicación abusiva de la prisión preventiva?**
- 3. ¿Cuál sería el rol que cumplen las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?**
- 4. ¿De qué forma se podría justificar la aplicación de la prisión preventiva dentro del proceso penal ecuatoriano?**
- 5. ¿Qué criterios deberían aplicar fiscales y jueces de garantías penales para una adecuada aplicación de la prisión preventiva?**

## **Anexo 2**

### **Desarrollo de las entrevistas**

#### **Entrevista 1**

**Abogada Marcia Caicedo**

**Cédula de Ciudadanía: 0801938622**

**Reg. 11005 CAG**

- 1. ¿A qué factores atribuye usted que la prisión preventiva sea aplicada de manera preferencial dentro del proceso penal?**

**El derecho a la Libertad, es uno de los factores por los que se aplica**

La libertad es un derecho imprescriptible, que todos los seres humanos poseen, es la facultad de obrar según su voluntad, respetando la ley y el derecho ajeno que coadyuva en la sociedad.

Los seres humanos enfocados desde el nacimiento del derecho como un conjunto de principios y normas; según Ulpiano señala que “la división de la ciencia del derecho en dos grandes ramas: el derecho público que regula la actuación de los poderes públicos; y el derecho privado, que regula las relaciones entre personas físicas y jurídicas”. Dado que se caracteriza sobre los poderes que tiene el Estado y el círculo que rodea la sociedad, es por ello que, al referirnos como fuente de derecho, para Luigi Ferrajoli considera que el estado social:

- 2. ¿Qué tipo de abusos considera usted que se pueden presentar dentro de la aplicación abusiva de la prisión preventiva?**

Las relaciones entre los infractores y las medidas alternativas a la prisión preventiva es considerada como una forma de pena anticipada, debe dictarse de manera racional no se puede sobre poblar las cárceles con el pretexto de combatir la delincuencia. Tenemos una sociedad degradada en sus valores, por un sistema político sustentado en la simulación y en la

inmoralidad, que sueña con un cambio en el sistema judicial, político y económico, que conllevaría a mejorar la mala situación que atravesamos y que ha causado serios daños a nuestra sociedad. Por tal motivo nuestra sociedad exige repuesta inmediata de la justicia sobre la delincuencia y el sistema judicial que actúa, pero lo hace con venganza considerando a todos los casos como graves que alarman a la sociedad. Esta forma equivocada de aplicar la justicia conlleva a que los jueces y juezas abusen al dictar la prisión preventiva. La justicia debe actuar ya que como parte del estado no puede dejar a un lado su responsabilidad de atender primordialmente la protección integral de sus ciudadanos y ciudadanas, pero no se debe convertir en su más brutal amenaza a las personas que han cometido un delito porque tienen los mismos Derechos Humanos que todas las demás personas; **por tal razón señores jueces y juezas no abusen de la prisión preventiva no se olviden que las responsabilidades son compartidas y si se llegare a determinar la violación a los derechos humanos de los ciudadanos detenidos el estado sería responsable de lo que sus funcionarios hagan o dejen de hacer pero ustedes podrían responder con una repetición.** Muchas personas privadas de su libertad y en especial grupos vulnerables como los afroecuatorianos, montubios, indígenas y en particular las personas más pobres de nuestro país sufren el abuso de los jueces y juezas al momento de dictar indiscriminadamente la prisión preventiva.

**3. ¿Cuál sería el rol que cumplen las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?**

Su uso no es obligatorio y más bien responde a la necesidad particular de cada caso, la cual se determina luego de que la fiscalía o el fiscal que tramita el expediente valora una serie de elementos. “No en todos los casos se van a solicitar medidas cautelares, sino en aquellos casos que el Ministerio Público considere que existe una presunción razonable de que existe

peligro de fuga, de obstaculización o bien de continuación de la actividad delictiva; además, en aquellos casos en donde el delito por el cual se le investiga se encuentra reprimido con pena privativa de libertad o que exista peligro para la víctima, persona denunciante o testigo, por ejemplo, en casos de violencia contra las mujeres o de delincuencia organizada”,

#### **4. ¿De qué forma se podría justificar la aplicación de la prisión preventiva dentro del proceso penal ecuatoriano?**

La jueza o juez en todos los casos debe de forma estricta tener presente que ésta medida como toda aquella privativa de libertad, es **EXCEPCIONAL**, debe entonces verificar su real necesidad y proporcionalidad en base al fundamento de la solicitud, de ser el caso, emitirá la boleta (orden escrita); c).- De los hechos expuestos, por estar frente a un delito de acción pública, en donde el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de una niña que pertenece al grupo de atención prioritaria, el mismo que está protegido por la Constitución de la República y los Instrumentos Internacionales de protección de todo tipo de violencia en contra de la Niñez y Adolescencia, de conformidad con lo que establece el artículo **78**, de la Constitución de la República del Ecuador, *que consagra los mecanismos para la no revictimización de la víctimas de infracciones penales; sobre todo aquellas que han atravesado delitos de naturaleza sexual, en concordancia con el numeral 5 del Art. 11 , art. 583, del Código Orgánico Integral Penal, donde la Constitución de la República del Ecuador establece en el Art. 35, los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria cuando manifiesta que: ‘Las personas adultos mayores, niñas, niños y adolescentes ... Recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos públicos y privados. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual...’. En su **Art. 44**, establece el interés superior del niño cuando indica que: ‘El estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el*

*desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes, tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales''*; el Art. 45, establece la **obligación del Estado a proteger a los niños contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole cuando dice que ‘ Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; ’**; el **Art. 46 numeral 4 señala:** ‘El Estado adoptará entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 4.- ‘Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones’’. El artículo 81 ídem, determina que la ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio que se cometan contra niñas, niños ya adolescentes...’ En su artículo 424 inciso segundo señala: ‘La Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público’’. De igual manera el **Art. 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia contempla el interés superior del niño como un principio orientado a satisfacer el ejercicio**

*efectivo del conjunto de los derechos, imponiendo el deber, a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento*, sin que, según el **Art. 14** de la misma ley, ninguna autoridad judicial o administrativa pueda invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los mismos, siendo concordantes con **Art. 7, literal b) y d), Art. 35, Art. 66 No. 3, Lit. a), b) y c); Art. 77 No. 8; Art. 78, Art. 81, Art. 331 inc. 2do., todos de la Convención de Belén Do Pará, y los artículos 13 numerales 1, 20, y art. 264 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial**

5. **¿Qué criterios deberían aplicar fiscales y jueces de garantías penales para una adecuada aplicación de la prisión preventiva?**

**Lo que determina eel Art. 522 del COIP- MEDIDAS CAUTELARES**

## **Entrevista**

**Abg. Alex Francisco Triviño Reyes**

**1. ¿A qué factores atribuye usted que la prisión preventiva sea aplicada de manera preferencial dentro del proceso penal?**

Hoy en día y bajo las actuales circunstancias por la que atraviesa nuestro sistema jurídico penal la prisión preventiva está siendo aplicada de manera preferencial, ya que nuestra legislación punitiva ecuatoriana contempla otros medios a fin de asegurar la comparecencia y atar al procesado al proceso, tales como la presentación periódica ante el juzgador, prohibiciones de salida etc., obviamente y salvo que las normas procedimentales y el tipo penal así lo viabilice. Mientras existan medios suficientes para proteger el bien jurídico, siempre la prisión preventiva será de última ratio, ya que la consigna ahora es evitar la sobrepoblación carcelaria.

**2. ¿Qué tipo de abusos considera usted que se pueden presentar dentro de la aplicación abusiva de la prisión preventiva?**

Los abusos siempre los habrá por parte de ciertos operadores de Justicia que de manera desaprensiva y sin ningún criterio emiten autos de prisión preventiva sin medir los presupuestos contemplados en el artículo 534 y siguientes del COIP, propendiendo siempre al mal llamado “amarre” para buscar la necesidad del procesado y negociar cualquier otra medida cautelar con tal de no ir a la cárcel, y lo que es aún más lamentable es que en muchas circunstancias el tipo penal y los elementos circundantes que rodean el delito, no amerita para disponer una prisión preventiva o una medida cautelar ajena a la privación de la libertad “Legem Feci laqueum”

**3. ¿Cuál sería el rol que cumplen las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva**

Garantizar la comparecencia del procesado/imputado al proceso, como doctrinariamente se la conoce como “la intermediación procesal”, y garantizar también los derechos del ofendido o afectado.

**4. ¿De qué forma se podría justificar la aplicación de la prisión preventiva dentro del proceso penal ecuatoriano?**

Bajo los criterios de última Ratio, solo cuando se desprenda que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz, tomando en cuenta los lineamientos ofrecidos y constantes en Resolución de la Corte Nacional de Justicia # 14-2021 del 15 de diciembre 2021 RO-3S 604.

**5. ¿Qué criterios deberían aplicar fiscales y jueces de garantías penales para una adecuada aplicación de la prisión preventiva?**

Considero fundamental para que los Jueces y Fiscales tengan un criterio jurídico razonable y justo, acorde al sistema penal ecuatoriano que tanto la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia y la Escuela de la Función Judicial del Consejo de la Judicatura realicen y abran espacios académicos del más alto nivel jurídico a fin de mantener en constante actualización a los operadores de justicia, más aún y dado los terribles acontecimientos delictivos que se suscitan día a día y que no escapan al conocimiento público, que los competentes apliquen de manera criteriosa la ley. Mientras no existan esos espacios académicos como primer orden y sin temor a escribirlo, seguiremos siendo testigos mudos del descalabro jurídico llevado a cabo por algunos Jueces y Fiscales y la sociedad cruzada de manos sufriendo las consecuencias de una nefasta e inoperante aplicación de la justicia penal.

### **Entrevista 3**

**Abg. Pamela Talenti Mite, Msc**

**c.c. 0920526795**

**1. ¿A qué factores atribuye usted que la prisión preventiva sea aplicada de manera preferencial dentro del proceso penal?**

Podría decirse al principio de celeridad procesal. En caso de contar con una persona privada de libertad, dentro de alguna causa por el delito que sea requerida la aplicación de la medida de prisión preventiva, por cuanto tenemos claro, que no es una herramienta que se puede utilizar en todos los delitos. De ser el caso, se le dará prioridad a una persona privada de libertad a fin de garantizar la velación por sus derechos constitucionales. Que, con antelación se pueda resolver de manera inmediata su situación jurídica, y demostrar que bajo la debida prelación, se observe el respeto a la presunción de inocencia, como a todas las garantías constitucionales que a esta persona lo amparan.

**2. ¿Qué tipo de abusos considera usted que se pueden presentar dentro de la aplicación abusiva de la prisión preventiva?**

De acuerdo a la aplicación adecuada de nuestra normativa, no deberían existir abusos. La Prisión Preventiva es una medida para garantizar la comparecencia de una persona procesada a la audiencia de juzgamiento, y en el desenvolvimiento del proceso. Pero, el Fiscal debe solicitarla, y para hacerlo debe aplicar un criterio objetivo, más la correcta aplicación de la ley, a fin de concluir, si cumple o no los requisitos para la medida de prisión preventiva.

**3. ¿Cuál sería el rol que cumplen las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?**

El garantizar la comparecencia de la persona procesada a la audiencia de juzgamiento, y a lo largo del proceso. Pero estas se aplican de acuerdo al tipo de delito, ya que existen tipos penales cuyas penas privativas, son superior a tres años, y otras mayor a diez años. El Fiscal sugiere después de una exhaustiva investigación que se dicte la medida de prisión preventiva, el criterio de la contraparte, y en base a esto Juzgador deberá resolver si se acepta, y en caso de verse inmerso en un tipo penal que acarree una pena privativa de libertad menor, deberá desprender bajo criterio, por qué se aplica una medida sustitutiva. Inclusive, dependerá de las circunstancias de salud en qué se encuentre el procesado, o si hablamos de una persona mayor de edad, que podría estar siendo llamada a juicio o procesada por un delito mayor a 10 años, posiblemente el Juez, dependiendo del caso con informe previo, y la respectiva audiencia de revisión de medidas, con los sujetos procesales resolverá si al procesado se le puede cambiar a la medida de arresto domiciliario.

#### **4. ¿De qué forma se podría justificar la aplicación de la prisión preventiva dentro del proceso penal ecuatoriano?**

En base a los delitos, para los cuales se amerite, en un caso que haya existido una flagrancia que acarree un tipo penal, con una pena privativa mayor a veinte años de prisión, e inclusive que el Fiscal vea que cumple los requisitos previos, empleando el principio de objetividad, recabando las respectivas pruebas podrá solicitar al Juzgador que se aplique la medida de prisión preventiva.

#### **5. ¿Qué criterios deberían aplicar fiscales y jueces de garantías penales para una adecuada aplicación de la prisión preventiva?**

El fiscal debe aplicar el principio de objetividad, recabar todas las pruebas, y ver que cumplan tanto los requisitos, para acusar, como para eximir, desempeñando el criterio de un buen

agente investigador. El Juez, deberá resolver en base a la imparcialidad, concentración a fin de decidir si se aplica o no la prisión preventiva.

## **Entrevista 4**

**Abg. Leonardo Lastra**

**Cédula de Ciudadanía: 0914741772**

**1. ¿A qué factores atribuye usted que la prisión preventiva sea aplicada de manera preferencial dentro del proceso penal?**

La determinación arbitraria de la prisión preventiva también viola la presunción de inocencia o, si su aplicación está determinada principalmente por el tipo de delito, la pena esperada o simplemente la existencia de pruebas razonables en contra del imputado. En estos casos, condenas tempranas en gran medida antes del final del juicio mismo, porque la detención como privación de libertad es esencialmente indistinguible de la privación de libertad.

La situación se agrava cuando la aplicación de la privación de libertad con base en los criterios antes mencionados se vuelve obligatoria para el estado de derecho, ya que los debates judiciales están "codificados" por la legislación, lo que limita la capacidad de los jueces para evaluar sus necesidades y fuentes, teniendo en cuenta los detalles del caso.

Una persona que aún está bajo investigación o al menos no ha sido condenada.

**2. ¿Qué tipo de abusos considera usted que se pueden presentar dentro de la aplicación abusiva de la prisión preventiva?**

La prisión preventiva se utiliza con fuerza como medio de control del delito, eliminando por completo los objetivos procesales que forman o deben ser la base de las medidas preventivas, con graves implicaciones para la presunción de inocencia derivadas del uso irrazonable e inadecuado de las precauciones en prisión.

No basta con reconocer las garantías constitucionales del proceso penal en torno a la prisión preventiva para que sean válidas, sino que los tribunales y los ciudadanos están llamados a encontrar la manera de asegurarles el pleno ejercicio de este derecho. No se ha hecho ningún intento a favor de la abolición de la prisión preventiva para lograr este objetivo.

**3. ¿Cuál sería el rol que cumplen las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?**

Es necesario pensar cuán útil es aplicar penas de prisión a quienes no representan una amenaza para la sociedad en su conjunto, sin cuestionar la necesidad de la privación de libertad. La aplicación de estas medidas debe tener lugar en el marco de un proceso legal claro y tener consecuencias precisas y confiabilidad. Existe una amplia gama de medidas alternativas que se pueden adaptar según la situación, de la realidad local y la situación del personal.

La falta de independencia judicial sigue siendo uno de los principales desafíos para aplicar y reducir las alternativas a la prisión preventiva.

**4. ¿De qué forma se podría justificar la aplicación de la prisión preventiva dentro del proceso penal ecuatoriano?**

La privación preventiva de libertad vulnera gravemente la libertad de la persona y se justifica por la necesidad de que este procedimiento sea un auxilio necesario, una medida temporal y proporcionada, cuyo único objeto es garantizar la presencia de la persona durante la audiencia del caso y garantizar su ejecución definitiva. El proceso penal es visto en relación con el propósito de asegurar la comparecencia del procesado, y por lo tanto el propósito es procesal, al menos en las diversas formas en que se refleja en la ley, que establece que la posterior ejecución de una sentencia o alguna forma de enjuiciamiento. Se debe garantizar ante todo la presunción de inocencia y se excluye el dolo. Algunos argumentan que la prisión preventiva no debería ser la regla, sino el último recurso

**5. ¿Qué criterios deberían aplicar fiscales y jueces de garantías penales para una adecuada aplicación de la prisión preventiva?**

El uso excesivo de la prisión preventiva puede ser contraproducente, ya que se ve agravado por la falta de celeridad en el proceso de resolución, al igual que el uso generalizado y automatizado de esta medida preventiva en los casos penales puede generar hacinamiento, es decir, hacinamiento en determinadas zonas, lo que a su vez generó otros problemas, como la

crisis sanitaria provocada por el coronavirus y la crisis carcelaria provocada por los combates de bandas criminales en los centros de rehabilitación social.

Si los fiscales no solicitan esta medida, o si un juez no la ordena, enfrentarán cargos por corrupción. Pocos fiscales y jueces están equipados para hacer frente a una condena pública tan prematura.

## **Entrevista 5**

**Karla Marcela Zambrano Salazar**

**Cédula de Ciudadanía: 0928905835**

**1. ¿A qué factores atribuye usted que la prisión preventiva sea aplicada de manera preferencial dentro del proceso penal?**

R// Justicia mediática e injerencia política.

**2. ¿Qué tipo de abusos considera usted que se pueden presentar dentro de la aplicación abusiva de la prisión preventiva?**

R// Irrespeto a DDHH, hacinamiento en centro carcelarios, alto gasto estatal PACL.

**3. ¿Cuál sería el rol que cumplen las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?**

R// Principio de inmediación que el procesado comparezca al proceso penal, se evita una posible fuga procesal, se garantiza una posible pena y reparación integral a la víctima.

**4. ¿De qué forma se podría justificar la aplicación de la prisión preventiva dentro del proceso penal ecuatoriano?**

R// Por el alto incumplimiento de medidas alternativas.

**5. ¿Qué criterios deberían aplicar fiscales y jueces de garantías penales para una adecuada aplicación de la prisión preventiva?**

R// Principios de necesidad y proporcionalidad.

### Anexo 3

## Validación de la propuesta

FICHA TECNICA DEL VALIDADOR	
Nombre:	Saira de los Ángeles Jara Rubio
Cédula N°:	0920687472
Profesión:	Abogada
Dirección:	Cdla. Claveles Mz 1 Villa 14

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:

Fecha: 21-06-2023



Firma \_\_\_\_\_ C.C. 0920687472



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. María Auciliadora Menoscal Mora, con C.C: # 0921872610 autor(a) del trabajo de titulación: La vulneración de derechos del procesado en el marco del abuso de la aplicabilidad de las medidas cautelares. Caso de estudio prisión preventiva, previo a la obtención del grado de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, 28 de octubre de 2024

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

Nombre: María Auciliadora Menoscal Mora

C.C: 0921872610



**REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	La vulneración de derechos del procesado en el marco del abuso de la aplicabilidad de las medidas cautelares. Caso de estudio prisión preventiva		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Menoscal Mora, María Auciliadora		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Dr. Francisco Obando Freire; Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	28 de octubre de 2024	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	116
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho procesal y garantías procesales		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Debido proceso, Excepcionalidad, Medidas cautelares, Prisión preventiva, Procesado..		
<b>RESUMEN/ABSTRACT</b> (150-250 palabras):			
<p>El desarrollo de esta investigación identifica como problema cómo la aplicación abusiva de la prisión preventiva afecta a los derechos fundamentales de la persona procesada, más que todo en aras del debido proceso. Del mismo modo, el objetivo que se plantea en este estudio consiste en demostrar cómo la prisión preventiva aplicada de manera recurrente y desatendiendo su criterio de excepcionalidad vulnera derechos procesales, de forma puntual en cuanto a la garantía que la privación de la libertad no es la regla general. Respecto de la metodología de esta investigación se ha realizado una investigación de carácter cualitativo y de alcances predominantes en lo descriptivo y exploratorio para comprender las razones por las cuales la prisión preventiva es aplicada de forma preferencial, aun a pesar de su carácter excepcional y de la relación que tiene con la vulneración de derechos de la persona procesada. Esto conlleva al desarrollo de una profunda revisión doctrinal, normativa y jurisprudencial, la cual se relaciona con la opinión de profesionales del derecho entrevistados con el fin de conocer todos los aspectos de carácter crítico frente a la excepcionalidad de la prisión preventiva de cara a una propuesta que fortalezca este criterio en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto permite mostrar como resultados una propuesta de carácter coherente y congruente con la excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar personal en el Ecuador. En efecto, se estará garantizando los derechos del procesado y valorando en mayor grado el aporte de las otras medidas cautelares.</p>			
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 593990210113	E-mail: mariuxi-1980@gmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre:</b> Ing. Andrés Isaac Obando		
	<b>Teléfono:</b> 0982466656		
	<b>E-mail:</b> : ing.obandoo@hotmail.com		