



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

**TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**“LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE
INOCENCIA”**

AUTOR:

AB. JORGE ALEXANDER MARTÍNEZ OLIVARES

TUTOR:

DR. NICOLÁS RIVERA HERRERA, M. SC.

Guayaquil, 6 de Septiembre del 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Ab. Jorge Alexander Martínez Olivares**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho Constitucional**.

REVISORES

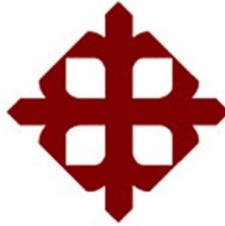
Dr. Teodoro Verdugo Silva

Dr. Nicolás Rivera Herrera.

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dra. Teresa Nuques Martínez

Guayaquil, a los 6 días del mes de septiembre del año 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Jorge Alexander Martínez Olivares

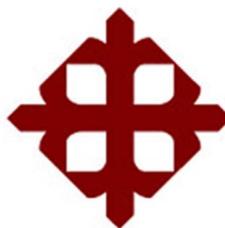
DECLARO QUE:

El examen complejo “**La prisión preventiva y la presunción de inocencia**”, previo a la obtención del **grado académico de Magíster en Derecho Constitucional**, ha sido desarrollado basándose en una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros, 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 6 días del mes de septiembre del año 2017

Ab. Jorge Alexander Martínez Olivares



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Jorge Alexander Martínez Olivares

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo “**La prisión preventiva y la presunción de inocencia**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 6 días del mes de septiembre del año 2017

Ab. Jorge Alexander Martínez Olivares

AGRADECIMIENTO

Al finalizar un proceso de la vida que trae satisfacciones, es justo reconocer a quienes nos apoyaron en este camino con sus sugerencias, su ánimo y su paciencia. A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, que me ha permitido ampliar científica y humanamente mis conocimientos; a sus representantes que han sabido manejar acertadamente los programas universitarios; a los maestros que impartieron sus sabios conocimientos para formarnos en el derecho constitucional, de manera especial al tutor de este trabajo de titulación Dr. Nicolás Rivera Herrera, M. Sc., por su constancia al dirigirme paso a paso.

Ab. Jorge Alexander Martínez Olivares

DEDICATORIA

A mi esposa y a mi hijo Jorge Andrés, quienes son el motivo de mi esfuerzo día a día para cumplir mis metas profesionales.

A mis padres, quienes con su apoyo me han sabido conducir por el camino de la excelencia.

Ab. Jorge Alexander Martínez Olivares

ÍNDICE

CAPÍTULO I.....	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1 El Problema	1
1.2 Objetivos.....	2
1.2.1 Objetivo General.....	2
1.2.2 Objetivos Específicos.....	2
1.3 Breve Descripción Conceptual.....	2
CAPÍTULO II.....	4
DESARROLLO	4
2.1 Planteamiento del Problema	4
2.1.1 Antecedentes	5
2.1.2 Descripción del objeto de estudio.....	8
2.1.3 Pregunta Principal de Investigación.....	8
2.1.4 Preguntas complementarias de investigación.....	9
2.2 Fundamentación Teórica	10
2.2.1 Antecedentes del estudio.....	10
2.3 Bases Teóricas	16
2.3.1 Principios que regulan las medidas cautelares.....	16
2.3.2 Principio de inocencia.....	16
2.3.3 Libertad.....	17
2.3.4 La libertad es la regla, la privación una excepción.....	18
2.3.5 Principio de proporcionalidad	19
2.3.6 Tutela judicial efectiva.....	19
2.3.7 Defensa material.....	21
2.3.8 Defensoría pública	21
2.3.9 Nuevas formas de criminalidad	22
2.4 Metodología.....	25
2.4.1 Modalidad mixta.....	25
2.4.2 Población y muestra.....	26
2.4.3 Métodos de la investigación.....	27

2.4.4 Procedimiento.....	29
CAPÍTULO III.....	30
3.1 Respuestas	30
3.1.1 Base de datos	30
3.1.1.1 Resultados de la entrevista aplicada a las Juezas (2) de la Unidad Judicial Multicompetente Penal del Cantón Santa Rosa, Provincia de El Oro, Fiscales (3) y Abogados en libre ejercicio (6) del mismo cantón.	30
3.1.1.2 Resultados del estudio de caso realizado a DELGADO BONE EDISON JOSÉ (ver cuestionario en apéndices).	34
3.1.1.3 Resultado de la aplicación de la técnica HERMENÉUTICA a algunos artículos seleccionados de relevante importancia para el tema.	35
3.1.2 Análisis de resultados	36
3.2 Conclusiones.....	37
3.3 Recomendaciones.....	38
BIBLIOGRAFÍA	41
APÉNDICES	44
Apéndice 1. Guía de entrevista aplicada a juezas de la unidad judicial multicompetente penal.....	44
Apéndice 2. Guía de entrevista aplicada a los fiscales del cantón Santa Rosa	45
Apéndice 3. Guía de entrevista aplicada a los abogados del cantón Santa Rosa	46

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	15
Tabla 2.....	27
Tabla 3.....	31
Tabla 4.....	32
Tabla 5.....	33
Tabla 6.....	34

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	15
Figura 2	16

RESUMEN

Este estudio hace referencia a *La prisión preventiva y la presunción de inocencia*. Para hablar de estos términos —intrínsecos del proceso penal— es necesario hacer un análisis profundo, ya que existe una contraposición espontánea en razón de los derechos individuales frente a la potestad punitiva del Estado. Es innegable la progresividad de los derechos, en especial el de la libertad, pero por otro lado un elevado índice de criminalidad, e incluso la aparición de nuevas formas delictivas, obligan a optar por la aplicación de medidas cautelares de ultima ratio. Pretender dilucidar sobre la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva frente a un estatus de la inocencia es ubicarse en una línea muy fina y delicada de los derechos y de los principios que le atañen al Estado, en representación de la sociedad, a las víctimas y a los procesados, que pese a encontrarse en esa calidad no han perdido sus derechos. El Estado les debe garantizar una serie de principios y garantías dentro del proceso penal a fin de respetar el debido proceso. Este problema surge en el ejercicio de quien con gran incertidumbre, toma la falta de la facultad constitucional sobre la excepcionalidad de la privación de libertad del procesado y también de los derechos que le asisten a las víctimas; además de garantizar su comparecencia a juicio. El objetivo de este estudio es fundamentar de manera motivada la aplicación del principio de ponderación y proporcionalidad en un proceso penal garantista al momento de dictar prisión preventiva frente al estatus de presunción de inocencia. Por su naturaleza, en este estudio se aplicó la modalidad cualitativa, bajo la categoría interactiva, y no interactiva, ya que es la más acertada para la obtención de mayor información que permita la consolidación del estudio; elevar conclusiones respecto a la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar dentro de un proceso penal.

Palabras claves: presunción de inocencia; potestad punitiva; prerrogativa constitucional; medida cautelar; principio de ponderación y proporcionalidad.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1 El Problema

A inicios del siglo XXI la legislación penal ecuatoriana ha afrontado cambios sustanciales en relación a la libertad y la presunción de inocencia. La vigencia del Código de Procedimiento Penal trajo consigo la medida de la detención en firme, donde el juez titular, en tiempo procesal, tenía que pronunciarse con el auto de llamamiento a juicio, de manera obligatoria debía ordenar la detención en firme del acusado, con el solo propósito de garantizar la presencia del imputado en la etapa del juicio e impedir la suspensión del proceso, contraviniendo en todo sentido lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y lo acordado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Estos organismos manifiestan estrictamente que la medida cautelar de prisión preventiva de las personas que están siendo juzgadas no debe ser la regla general, sino excepcional.

El sistema penitenciario ecuatoriano es la esfera social más afectada por el abuso de las políticas penales, la sobrepoblación y hacinamiento carcelario era el reflejo de la administración de justicia, la prisión preventiva se divorció de la presunción de inocencia. La Constitución de Montecristi de 2008, recoge de manera estricta y amplía una gama de derechos fundamentales, catapultando a la norma constitucional como una de las más garantistas, ya que protege a los sujetos desde una trilogía de principios derechos y garantías, los principios son el marco donde transitan los derechos y las garantías son derechos sumamente reforzados que ayudan a que los derechos se cumplan, y donde el derecho a la libertad es un bien jurídico protegido y su limitación es de carácter excepcional.

Desde esa perspectiva constitucional entran en vigencia las reformas en materia penal en el Ecuador, la Asamblea Nacional entrega el Código Orgánico Integral Penal, que entra en aplicación el 10 de agosto de 2014 y que en su parte preliminar constan las garantías y derechos rectores del proceso penal, todos ellos en armonía constitucional y convencional. Es necesario analizar si la prisión preventiva en ciertos

casos concretos se trata de una pena anticipada, poniendo en consideración que la persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario con una sentencia ejecutoriada, en razón de la envergadura de la problemática esta investigación se realizó en la provincia de El Oro, cantón Santa Rosa, en el año 2016.

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo General

Fundamentar de manera motivada la aplicación del principio de ponderación y proporcionalidad en un proceso penal garantista al momento de dictar prisión preventiva frente al estatus de presunción de inocencia.

1.2.2 Objetivos Específicos

1. Identificar si las garantías y principios rectores del proceso penal actúan en armonía del prisma constitucional.
2. Determinar si los jueces de garantías penales aplican el derecho constitucional a la libertad ambulatoria en pleno rigor de sus principios y garantías.
3. Establecer la importancia de una defensa técnica en el proceso penal, en aras de defender la presunción de inocencia, el cumplimiento de requisitos para que opera la prisión preventiva.
4. Establecer la importancia de un criterio unificado por parte de los jueces al momento de valorar la decisión de medidas cautelares, en especial la prisión preventiva en un proceso penal.
5. Revelar el contenido neurálgico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el derecho a la libertad.

1.3 Breve Descripción Conceptual

La prisión preventiva y la presunción de inocencia, a la luz de una fundamentación doctrinaria y legal del Código Orgánico Integral Penal, dentro del

marco constitucional y convencional, son temas de relevada importancia. Para analizar a la *medida cautelar de prisión preventiva* primero se debe razonar de manera mesurada lo que atañe al estatuto de la libertad, principio rector básico de la legislación, la Carta Magna establece todo un capítulo referente a los derechos de libertad. Se debe hacer hincapié en que al Estado le asiste el *ius puniendi* y tiene la facultad de limitar el derecho de libertad ambulatoria en el proceso penal. La Constitución de la República del Ecuador (2008, p. 58) establece en su artículo 77 que “la privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones”.

Otro pilar de la normativa penal en armonía constitucional es el *principio de la inocencia* visto desde la perspectiva de que “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Con respecto al derecho a la libertad, Binder (1999) refiere que las personas que transitan por las calles no son inocentes, pues ese estado de inocencia solo le es atribuido cuando existe la posibilidad de que ese ser humano pueda ser culpable; todo esto considerando que, normalmente, todos los seres humanos son libres; sin referencia alguna ya sea al Derecho o al proceso penal.

Hacer referencia al principio de *presunción de inocencia* o hablar de la *prisión preventiva* en el ámbito del proceso penal, constituye una labor muy profunda, existe una contraposición espontánea en razón de los derechos individuales frente a la potestad punitiva del Estado. Es innegable la progresividad de los derechos, en especial el de la libertad, pero por otro lado, un elevado índice de criminalidad —e incluso la aparición de nuevas formas delictivas— obliga a optar por la aplicación de medidas cautelares de ultima ratio.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

2.1 Planteamiento del Problema

Pretender dilucidar la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva frente a un estatus de la inocencia es ubicarse en una línea muy fina y delicada de los derechos individuales y colectivos, a aquellos que son exclusivos del Estado en representación de la sociedad e inclusive de las víctimas y los procesados, que pese a encontrarse en esa calidad no han perdido sus derechos, el Estado le garantiza una serie de principios y garantías dentro del proceso penal. El problema expuesto, desde el análisis de la defensa, contiene una ausencia de garantía constitucional; por su parte el Estado, a través de su representante —el fiscal— garantiza los derechos de ambas partes, del acusador particular (la víctima) y del procesado, por encontrarse los dos dentro de un sistema jurídico normado por la Constitución.

Al respecto, Hesse indica que “la Constitución es considerada *norma normarum* —la norma de creación de las normas— y la *lex legis* —la ley suprema—, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general” (citado en Landa, 2013, p. 15), por lo tanto, se pueden aplicar tanto en el ordenamiento jurídico como en el privado.

Desde esa perspectiva constitucional el Código Orgánico Integral Penal amerita una acertada, proporcionalizada aplicación de la prisión preventiva, sin embargo, no es desconocido para la comunidad de juristas y profesionales del derecho que esta medida cautelar de carácter personal se sigue utilizando como recurso único y de aplicación inmediata a manera de obligatoria para responder al fenómeno criminal, seguridad ciudadana y reparación integral de la víctima, superando de manera negativa el principio de presunción de inocencia que mantiene el proceso hasta el último momento del proceso penal. Es necesario realizar un análisis del periplo de las condiciones actuales con que cuentan los jueces garantistas y aplicadores de las normas de coacción las mismas que deben ser impuestas después de haber atravesado

un proceso de análisis de proporcionalidad, ponderación a fin de no fracturar el principio de presunción de inocencia.

2.1.1 Antecedentes

La génesis de la disyuntiva de la prisión preventiva en América Latina inicia en la década de los ochenta, con el estudio trascendente *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, de Zaffaroni, Mora, Carranza, & Houed (1983) bajo el auspicio del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, cuyo primer estudio afirma que en la “región materia de la investigación, las personas que se encontraban privadas de su libertad en los Centros se encontraban esperando una sentencia”. Según Gómez (2014, p. 257) las personas en calidad de procesadas, en ese tiempo llamados presos, se encontraban en cumplimiento de la medida cautelar de prisión preventiva, comprobándose el abuso de esta medida. A partir de este análisis se iniciaron los compromisos académicos con un sinnúmero de estudios que seguían poniendo en evidencia lo manifestado.

En el siglo XXI, la problemática del uso excesivo de la prisión preventiva sigue siendo motivo de interés de la comunidad, el 30 de diciembre de 2013 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, aceptó el informe sobre *Uso de la Prisión Preventiva en América*. Ya desde hace 16 años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001, p. 114) indicaba que “La aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en muchos países de la región...”, que se encontraba en aumento debido a las demandas sociales de seguridad, por haber una tendencia preocupante en materia de regulación, donde se integran normas que llevan al excesivo uso de esta medida, lo cual deja entrever la mala administración de justicia.

El resultado de este abuso se materializó en la sobrepoblación y hacinamiento carcelario, donde se manifestó el divorcio total del sistema de administración de Justicia con el Sistema de Rehabilitación, siendo claro el fracaso de la administración de justicia. Esta medida cautelar en la coyuntura del debate entre justicia, no

impunidad, seguridad y reparación a la víctima, quiere justificar la eficacia del sistema. Ecuador no se aleja de esta realidad, ya que es parte de los dieciséis estados del estudio del ILANUD. Según este informe, el país a “principios de 1994 tenía una población penal de alrededor de 9 280 internos, de los cuales el 70 % estaban en espera de juicio o sentencia y en el 2006 se verificó que de una “población penitenciaria total de 12 693 personas a principios de 2006, más del 64 % estaban en espera de juicio”.

Posteriormente, según un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013, p. 21) hasta el 1 de agosto de 2012, en Ecuador, el número de personas privadas de libertad era de 19,177 en centros penales administrados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; había 9,409 (49 %) de no sentenciados —entre ellos 8,630 procesados, 377 contraventores y 402 con medidas de apremios—; 9,768 (51 %) estaban en calidad de sentenciados —entre ellos 4,732 con sentencia ejecutoriada (25%) y 5,036 en impugnación o modificación. Además, Ecuador especificó que un total de 1,310 personas estaban en régimen de prisión preventiva y se encontraban en los centros de detención provisional de la Policía Nacional.

Las cifras publicadas en estas fuentes oficiales son preocupantes, los representantes de los estamentos relacionados comenzaron ya a lanzar fórmulas para disminuirlas, como la que hizo en ese momento el Defensor Público General del Ecuador, Dr. Ernesto Pazmiño Granizo, en la Reunión Regional de Expertos de la CIDH sobre Prisión Preventiva, realizada el 9 y 10 de mayo de 2013, (citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013, p. 29) en su *Informe sobre uso de la prisión preventiva en las Américas*, que expone lo siguiente:

Para disminuir los niveles de uso de la prisión preventiva es necesario trabajar en las siguientes líneas de acción: (a) priorizar el uso de salidas alternativas y medidas sustitutivas a la prisión preventiva; (b) hacer un uso adecuado de las medidas cautelares; (c) ejercer una persecución penal estratégica (sobre delitos complejos); (d) garantizar la autonomía y el fortalecimiento institucional de la Defensa Pública; (e) implementar la oralidad, y (f) tipificar el delito de persecución de inocentes.

Ya se manejó la tesis de un *política criminal garantista*, que requería del compromiso institucional de manera conjunta con todos los sectores involucrados, sobre todo con las ideas innovadoras que plantea el defensor público, a fin de parar el excesivo abuso de la prisión preventiva, racionalizándola; promoviendo que los jueces otorguen medidas alternativas con las cuales se pueda satisfacer la inmediación del procesado. Resulta novedoso hablar del *delito de persecución de inocente* lo cual va acorde con lo establecido en la Constitución, esto es, el *derecho de repetición*, de lo cual los administradores de justicia no están exentos. Es necesario retomar la óptica de la presunción de inocencia como un principio intrínseco que posee el procesado, visto como un derecho fundamental que debe ser respetado durante el proceso penal, de lo contrario, se tornaría ilegal —y también inconstitucional— por la elevada injerencia en uno de sus principales derechos, esto es, su libertad.

Al respecto, Loza (2013) hace referencia a que este derecho de presunción de inocencia, considerado fundamental, es una presunción *iuris tantum*, admitida por la ley hasta que se pruebe lo contrario; y acepta la aportación de acerbo probatorio para justificar alguna situación fáctica y nexo causal que determine la culpabilidad del procesado; es totalmente contrario a los derechos *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario. Para Manzini (s.f.), la inocencia “es un contrasentido jurídico, nada más burdamente paradójico e irracional” (citado en Loza, 2013, p. 4) porque es una incongruencia que un individuo que está siendo procesado sea *presuntamente inocente*, porque justamente existen indicios que lo incriminan. En este sentido, este autor considera más apropiado que se hable de *presunción de culpabilidad*.

Tratando de entender al autor, en armonía al concepto doctrinario y legal de la presunción de inocencia, esta estaría enfrentada a la carga de la imputación de cargos que acarrea una actitud sancionatoria frente al ilícito que a su juicio no corresponde a una declaratoria de culpabilidad. Independientemente, el sentido de inocencia se mantiene para este autor en todo el proceso de cargo y descargo de prueba, no se mancilla este derecho fundamental, solo al final del proceso penal es cuando se puede establecer si la presunción de inocencia que le asiste al procesado se ha desvanecido o sigue vigente.

2.1.2 Descripción del objeto de estudio

Por su importancia, el objeto de estudio de la investigación se encuentra puntualizado y delimitado en el campo estricto del tema: *La prisión preventiva y la presunción de inocencia*, siendo parte del Derecho Procesal Penal, en armonía constitucional e incluso convencional. La metodología de investigación fue aplicada en el cantón Santa Rosa, provincia de El Oro, entre la comunidad de jurisconsultos y la Unidad Multicompetente de Garantías Penales. En virtud de lo expuesto, las variables que fundamentan este trabajo de titulación son el dictamen de la medida cautelar de prisión preventiva, reconocida como medida de ultima ratio, que en la actualidad aún se sigue utilizando como medida de aseguramiento al proceso y en razón del tipo de delito, o sea, mientras más ofensivo es el delito que se investiga más son las posibilidades de aplicación de esta medida.

Por otro lado, la investigación se detiene al análisis del principio de presunción de inocencia, condición que enviste al procesado hasta el final del proceso penal, siendo este el punto neurálgico del trabajo de titulación. Al momento de que el juez garantista dicta la prisión preventiva, es necesario cuestionar si se valoró el arraigo social justificado por la defensa técnica del procesado, así también, si se ha realizado una adecuada racionalidad aplicando la ponderación, la proporcionalidad para medir el poder punitivo del estado en razón de los derechos individuales que persisten, o incluso razonar si la prisión preventiva podría verse como una pena anticipada, adentrarse al daño que causa esta medida a una persona, a quien al final del proceso se le puede ratificar su inocencia o durante el proceso se le puede dictar sobreseimiento.

2.1.3 Pregunta Principal de Investigación

¿Se puede emitir la prisión preventiva teniendo en cuenta los principios de ponderación y proporcionalidad en relación a la presunción de inocencia y al carácter de excepcionalidad de la privación de libertad?

Variable Única

¿El juez, al emitir prisión preventiva, debería someter esa decisión al principio de ponderación y proporcionalidad en relación a la presunción de inocencia y al carácter excepcional de la limitación de la libertad?

Indicadores

- Requisitos para que opere la prisión preventiva
- Carácter de excepcionalidad
- Aplicación del principio de ponderación
- Aplicación del principio de proporcionalidad
- Aplicación del principio de presunción de inocencia

2.1.4 Preguntas complementarias de investigación

1. ¿De qué manera en el Ecuador las garantías y principios rectores del proceso penal actúan en armonía con los preceptos constitucionales?
2. ¿Es razonable que los jueces de garantías penales apliquen el derecho constitucional a la libertad ambulatoria en pleno rigor de sus principios y garantías, dentro de un proceso penal?
3. ¿Es importante una defensa técnica en el proceso penal, para proteger la presunción de inocencia frente a la petición de prisión preventiva?
4. ¿Cómo se puede obtener un criterio unificado por parte de los jueces respecto a la toma de decisión de emitir una medida cautelar de prisión preventiva en un proceso penal?
5. ¿De qué manera los involucrados en el desarrollo del proceso penal están nutridos del contenido importante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el Derecho a la Libertad y su carácter excepcional al momento de privarla?

2.2 Fundamentación Teórica

2.2.1 Antecedentes del estudio

Esta investigación ha considerado definiciones para delimitar lo que se considera como *prisión*, según el marco estimado por juristas, la ley y la amplia bibliografía consultada, entre las cuales se encuentra la Sentencia C-774/01, emitida por la Corte Constitucional República de Colombia (2001), en cuyo numeral 4.5.2. refiere lo siguiente:

La detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana.

Por lo tanto, disponer la restricción de la libertad de un ciudadano, debe ser la última alternativa que elija un magistrado, por cuanto, para que proceda esta detención preventiva, es necesario que la decrete con la debida garantía y con los respectivos sustentos establecidos en la Constitución, y no solamente que se hayan cumplido los requisitos que formal y sustancialmente impone el ordenamiento jurídico; vista entonces como una medida de ultima ratio, donde el juez está obligado a remitirse a las medidas menos gravosas que no mancillen la *presunción de inocencia* del procesado, y la condición suprema, no el tipo de delito sino la garantía de que esa persona no se sustraiga del proceso.

En las unidades penales no es común el ejercicio de proporcionalidad ni el principio de proporcionalidad, la prisión preventiva es emitida bajo consideraciones figuradas, subjetivas del caso, tales como la llamada *alarma social*, lo que contraría la transformación neoconstitucional del garantismo en un estado constitucional y de justicia social. Mediante este debate, se ha ido mejorando la comprensión, tanto de los principios como de las garantías penales, pero no debe permanecer como una

práctica elocuente, al contrario, debe ser un ejercicio aplicable y ejecutable que legitime los principios y garantías rectoras del derecho penal ecuatoriano.

Se hace necesario recalcar que de todos los males que sufre el imputado, ninguno es tan grave —e injusto— como la privación de la libertad. Constituye una gravedad porque, como indicó Miguel de Cervantes “el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”. Además, es injusto, pues al imponer que una persona sea detenida, sin saber aún si es culpable o inocente, prácticamente se está estableciendo una pena sin condena. Con respecto a la *prisión preventiva*, Carnelutti (2011) indica lo siguiente:

Desgraciadamente la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto [...]; la tortura en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero en el proceso mismo es una tortura.

Según el jurista que antecede, la justicia humana no es capaz de encontrar la medida para evitar la impunidad y no colisionar con los derechos que le asisten a los procesados, llamados así en este tiempo; reconoce que la tortura ha desaparecido de la administración de justicia, pero así mismo manifiesta que la privación de la libertad es un mal tan injusto y más aún cuando no hay certeza de su culpabilidad. De igual manera, sobre la medida cautelar de prisión preventiva, Cafferata (citado en Monagas (2007, p. 64) indicó:

Establecido ya en nuestro análisis, que el fundamento del encarcelamiento preventivo es la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, y que aquel rigor máximo deja de justificarse cuando estos objetivos pueden ser cautelados con medidas menos severas, surge la idea de evitarlo antes de que ocurra, o de hacerlo cesar cuando ya se haya producido, siempre que en ambas hipótesis la privación de libertad no sea necesaria.

Acertado fundamento en conformidad con lo que establecen los diferentes instrumentos internacionales sobre el carácter excepcional de la privación de libertad, el juez puede aplicar una medida cautelar o un conjunto de aquellas ajenas a la que comprometan la libertad.

Al dictar la prisión preventiva debe estar tutelada por una lógica cautelar, o sea, que los objetivos que el proceso penal persiga garanticen la ejecución exitosa del juicio hasta el final del mismo y de sus participantes, que el proceso sea conducido bajo conceptos de legalidad y de manera razonable, a fin de concluir en resultados de calidad, superando estadísticas en la aplicación de medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva con sentencias absolutorias y de sentencias condenatorias con aplicación de medidas de ultima ratio. El abuso de las políticas penales ecuatorianas ha sido puesto en manifiesto en varios casos conocidos y resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004, p. 8 y 9), entre los más notables está el Caso Tibi Vs. Ecuador, donde el voto razonado de Sergio García Ramírez, presidente de la CIDH, puntualizó que existe una relación sólida entre la emisión de la medida y la presunción de inocencia:

34. No pierdo de vista, por supuesto, los escollos que se oponen a la vigencia plena de esa presunción o de este principio. Lo son, incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente.

35. Con todo, esa presunción o ese principio representan una referencia de valor supremo para informar la construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas. El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado “como si fuera culpable”, que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata “como si fuera inocente”, que lo es del acusatorio. En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio –juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad—y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias.

Las fuentes jurisprudenciales son de obligatoria aplicación, la Constitución de la República del Ecuador reconoce el control de convencionalidad, donde se interpreta que los jueces de instancia se encuentran circunstanciados a motivar sus decisiones tomando muy en cuenta esta fuente del derecho, el artículo 426 inc. 2.º señala que “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y

servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”.

Con esto queda claro que los derechos humanos están a la cabeza del ordenamiento jurídico, una vez que el Ecuador ratificó y firmó el tratado de Viena, encontrándose obligado a respetar todos los instrumentos que ratifiquen lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos y con ella todo el bagaje jurisprudencial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Tibi es de obligatoria fundamentación cuando se trata de dictar medidas de prisión preventiva.

Dentro de legislación ecuatoriana, el Código Orgánico Integral Penal (2014, p. 201) en el Art. 534, establece la finalidad y requisitos para poder ordenar la prisión preventiva y estipula que “para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva...”. Como finalidad, esto representa una figura en desuso y se contrapone con la Constitución, pasando a establecer el concepto de que, como indicó Ávila (2009, p. 778) “en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio”.

De esta manera se le otorga el carácter de excepcional y a su vez se establece formalmente en el COIP el necesario análisis de proporcionalidad al que obligatoriamente debe someterse. El juez garantista de los derechos del procesado y en el caso que ocupa este estudio, su derecho a la libertad, no puede aplicar la prisión preventiva sin la total comprobación de todos sus requisitos. Primeramente, que los elementos de convicción sean lo suficientemente convincentes y demuestren la existencia y la acción del delito de manera pública; posteriormente, que estos elementos sean claros y precisos sobre la culpabilidad o complicidad del procesado; así también, que haya indicios que permitan inferir que las medidas cautelares no privativas de la libertad resultan insuficientes, haciéndose necesario la prisión

preventiva que asegure la presencia del imputado, ya sea en el juicio o para que cumpla la pena impuesta; finalmente, que la infracción haya sido sancionada con una pena de privación de la libertad de más de un año.

Para muchos fiscales y jueces de instancia el último numeral es la razón preliminar y medular para solicitar y dictar prisión preventiva desconociendo o restando importancia a los demás requisitos. Otro de los requisitos que ha consolidado la justificación para su aplicación es el numeral tercero, para un sujeto profesional, con arraigo económico y reconocido socialmente no le será difícil justificar su comparecencia a juicio, pero al ubicar la disyuntiva en un sujeto que no es profesional, que no posee bienes, que no tiene hijos y que no es reconocido socialmente, ahí se encuentra en dificultades ya que representa un peligro de abstraerse del proceso penal y sería más efectiva la medida de carácter personal.

Tratar de dirimir el debate de la prisión preventiva y la presunción de inocencia es introducirse en un análisis muy profundo ya que se trata de dos conceptos cuyo procedimiento ha dado origen a tesis en contrario, algunos consideran que uno debe derrotar al otro, esto obliga a ubicarse en un espacio de una separación conceptual armónico entre principios y reglas, teniendo en cuenta que una “regla pueda ser caracterizada como una norma con autonomía semántica, y un principio como una norma con indeterminación semántica y alta carga axiológica” (Rodríguez, 2015, p. 147).

Se puede elaborar un modelo de balance de los principios donde las reglas determinantes de la prevalencia de un principio, reconozcan que cada caso concreto amerita una valoración diferente. Asimismo, se podrían encontrar con antinomias entre principios que se resuelven bajo el criterio de la ponderación. La transformación socio-jurídica que atraviesa el país, apunta a una estructura escinda del formalismo de dictar medidas cautelares sin ningún tipo de reparo; en el gráfico 1 se explica a dónde apunta esta transformación. Asimismo, la tabla 1 identifica los diferentes aspectos que distinguen los paradigmas de la Constitución.

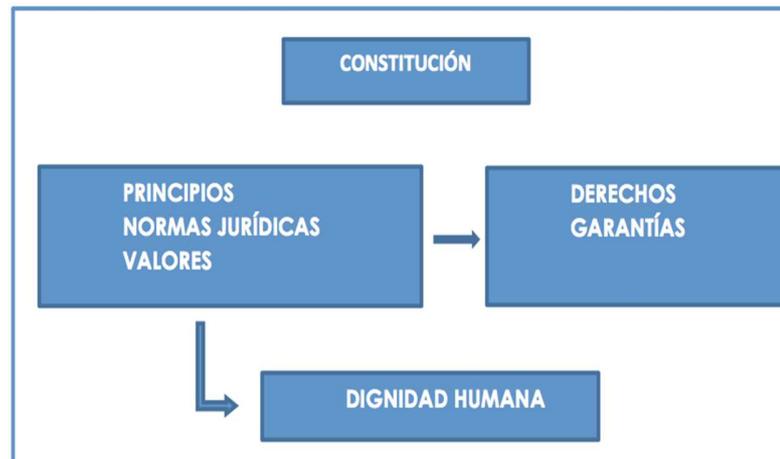


Figura 1
Transformación sociojurídica en Ecuador

Tabla 1
Aspectos que distinguen paradigmas de la Constitución

	ABSOLUTO	LEGISLATIVO	CONSTITUCIONAL
Centralidad	Autoridad	Ley	Persona (derechos)
Fuentes	Autoridad	Parlamento	Asamblea Constituyente
Límites y vínculos	No existen	Ley	Constitución material
Poder Referee	Ejecutivo	Parlamento	Judicial constitucional

Tomado de Ávila (2008)

Zagrebelsky hace referencia a que la función de toda constitución es definir los principios fundamentales de la vida social y las reglas aceptadas por todos; fijar el principio del *pactum societatis*, para acordar las condiciones del convivir, protegiendo así a la sociedad del conflicto extremo, es decir, de la guerra civil (como se cita en Carbonell, 2009).

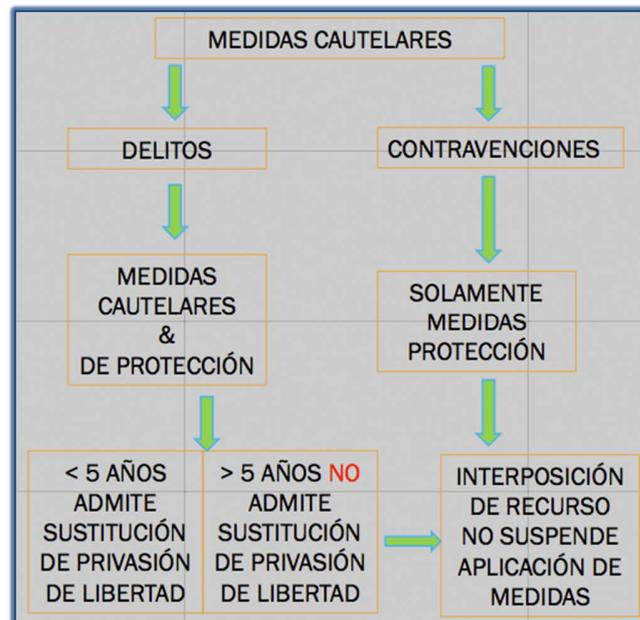


Figura 2
 Características de las medidas cautelares
 Tomado de Merino (2015)

2.3 Bases Teóricas

2.3.1 Principios que regulan las medidas cautelares

Al momento de emitir la medida cautelar de prisión preventiva, los derechos fundamentales pasan a ser limitaciones normativas, es por eso que —previo a que se adopte esta medida— hay que considerar el *principio de inocencia*, así también el respeto a la libertad, que son garantías establecidas en la Constitución. Se debe tener en cuenta que, después de la vida, el derecho fundamental de todo ser humano es la libertad, el cual debe ser protegido por el Estado, siendo responsabilidad del juez garantizar esa protección a través de sus decisiones.

2.3.2 Principio de inocencia

Sobre este principio, Alfonzo (como se cita en Villareal, 2010) expuso que “la presunción de inocencia salvaguarda los derechos de las víctimas del delito y de la sociedad en general al castigar, con elementos de prueba irrefutables y conforme a derecho, a quien verdaderamente corresponda”, con lo cual se hace alusión al

concepto garantista del principio de presunción de inocencia, así como su tratamiento mediante el derecho internacional de los derechos humanos. Es necesario hacer referencia a que el concepto de *estado de inocencia* ha ido cambiando con el pasar del tiempo, ampliamente, en la doctrina procesal. Desde una nueva óptica, de *presunción* ha pasado a ser un *principio informador* del procedimiento penal. Como mencionó Colombo (2007, p. 349) esto se da a partir de los siguientes presupuestos que están presentes en todo sistema procesal:

El primero es el de la carga y valoración de la prueba, elementos necesarios para formar la convicción del juzgador, y el segundo es el de la sentencia fundada o motivada, que le exige contar con razonamientos o consideraciones, tanto en lo que se refiere al establecimiento de los hechos por los medios de prueba existentes en el proceso como en la invocación de la aplicación al caso de las normas *decisoria litis*.

Así, el establecimiento de los hechos que son, en esencia, la existencia del hecho punible, la participación como autor, cómplice o encubridor; las circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes, y el grado de consumación, constituyen los elementos que permitirán dictar en el proceso las resoluciones necesarias en su sustentación y la sentencia definitiva.

2.3.3 Libertad

A través de la historia, uno de los triunfos que se ha dado en el ámbito social ha sido mantener como prioridad los derechos de libertad y justicia, que constituye el reconocimiento tradicional de derechos. Dentro de este contexto, entre otras cosas, la Corte Constitucional República de Colombia (2008) en su introducción sobre Derecho a la libertad personal-Protección constitucional/Reserva judicial de la libertad, señala que la libertad es un principio consagrado en el que reposa la construcción política y jurídica del Estado y por ser un derecho fundamental puede tener dimensiones que señalen el carácter excepcional de limitación de la libertad personal. Todo esto sustentado y afianzado por los diferentes acuerdos internacionales de derechos humanos.

2.3.4 La libertad es la regla, la privación una excepción

La libertad es un derecho fundamental, y como tal se manifiesta como un conjunto de valores objetivos básicos, además, de un marco de protección. Representa el resultado del acuerdo social, parte esencial para un ordenamiento jurídico-social, y su función de *garantizar* el derecho individual sin condiciones. El derecho a la libertad está reconocido por la Constitución ecuatoriana, donde los administradores de justicia están obligados a cumplir con los parámetros de control de constitucionalidad, más aún, cuando se trate de un derecho fundamental.

Favor libertatis es el principio general del sistema de los Derechos Fundamentales. Este principio —inherente al ser humano— se lo debe entender como regla y solo se lo puede limitar de manera excepcional, tal como lo manifiestan los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Principio III Libertad personal y la Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad, que indica:

Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008)

Cuando tiene funcionalidad, el Estado constitucional de derechos y justicia social, al momento de limitar los poderes con el fin de garantizar efectivamente los derechos y libertades de todas las personas, en la función judicial el administrador de justicia debe ceñirse primero a la norma constitucional, al control convencional, es decir, garantiza la seguridad jurídica. Al momento de ordenar la privación de la libertad, esta decisión debe ser de última ratio, de ser posible, siempre se deberán aplicar las medidas alternativas a la privación de la libertad.

El principio *favor libertatis* está reconocido en Ecuador por el bloque de constitucionalidad, en el artículo 424, inciso segundo, se manifiesta la supremacía

total de los derechos humanos, incluso sobre la misma Constitución. En palabras más sencillas, el administrador de justicia que tenga que aplicar una medida punitiva, debe hacerlo de manera excepcional y bajo los principios del derecho penal, como el de favorabilidad, el de oportunidad.

2.3.5 Principio de proporcionalidad

Este principio está muy relacionado con el *principio de inocencia*, que demanda que el procesado sea tratado como inocente o que por lo menos sea atendido de manera diferente que los sentenciados. Por ende, se hace necesario respetar los límites de la medida de prisión preventiva, esto es, seis meses, en los casos de delitos que hayan sido sentenciados con la privación de libertad hasta cinco años; y, de un año, en los casos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años.

Este principio de proporcionalidad limita momentáneamente la pena, por cuanto debe existir una proporción entre la pena que se pondrá y el tiempo en que el procesado se encontrará privado de su libertad, manteniendo su *estado de inocencia*. Al respecto, Garzón (2008, p. 22) señala que “el procesado, goza del estado o principio de inocencia, motivo por el cual, la prisión preventiva que es un instituto de pura esencia procesal, no puede convertirse en una pena anticipada, puesto que la pena se aplica únicamente al sentenciado”.

2.3.6 Tutela judicial efectiva

Este derecho fundamental es controversial por cuanto el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, debiéndose hacer una distinción entre la gratuidad de la administración de justicia (con gratuidad constitucional) y la gratuidad de la justicia, entendiéndose en esta última que si existiera restricción al acceso gratuito a la justicia, implicaría el pago de cargos como las tasas judiciales, procesos de peritajes, el patrocinio jurídico, así también las anotaciones en los registros, traducciones. Cabe indicar que esta disposición se aplicaría de manera esencial para la tutela judicial

efectiva, pero no fija una totalidad por su naturaleza jurídica, que puede implicar la falta de efectividad o la falta de un acceso real a la justicia.

En el área socio-jurídica los medios de comunicación muestran una realidad, exhiben y subrayan los índices de delincuencia, surgiendo preguntas y manifestaciones sociales que denotan ese descontento ante el desinterés de crear políticas que den respuestas efectivas al problema. Pues bien, para afrontar la problemática desde sus componentes, a través de este trabajo se plantea dar a conocer algunas particularidades que se estima desencadenan en el delito y/o delincuente (Serrano, 1978, p. 36) visibilizando su actuar e identificando el fenómeno que lo impulsa y que lo asigna a un proceso justo del cual ser parte.

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que, según lo establecido por la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 76, numeral 7, letra g) incluirá la siguiente garantía básica: “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor”. Si bien como garantía del derecho a la defensa esta se clasifica en defensa material y en formal o técnica, la pregunta es, para el caso ecuatoriano, ¿toda persona que está siendo procesada está en capacidad, al menos económica de contar con una defensa técnica?

Constitucionalmente se ha establecido que el derecho a la defensa es irrenunciable, por ende, su finalidad será hacer que dentro de un proceso penal, todo ciudadano pueda procurar su libertad. Dentro de las tesis conceptuales se ha planteado el derecho de defensa formal, que implica la presencia de un abogado defensor, requisito que de no imponerse como obligatorio, desequilibraría el principio de igualdad entre las partes.

2.3.7 Defensa material

Este tipo de defensa implica las declaraciones que el acusado realice durante el proceso y puede ser activa o pasiva. Se hace necesario que el imputado pueda contar con elementos que le permitan defenderse manteniendo su dignidad, siendo también obligación del Estado que se procure que pueda declarar durante y en cualquier parte en la que se encuentre el proceso, pero antes de que se emita alguna sentencia. Se encuentra establecido en la Constitución ecuatoriana, en su artículo 76, numeral 7, letra c) que toda persona tiene derecho a ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, por lo tanto, la defensa material, aparte de ser un medio de prueba, será también su medio de defensa, ya sea que resuelva declarar o que decida acogerse al derecho al silencio, este último derecho también se encuentra establecido en el art. 77 numeral 7, letra b).

2.3.8 Defensoría pública

Actualmente, es uno de los medios positivos por los cuales se garantiza que el imputado pueda tener acceso a la justicia. Por medio de este instrumento social y jurídico, se podrá permitir que exista una verdadera aplicación de la justicia, teniendo la garantía de que constitucionalmente se tiene derecho a la defensa. Contar con el patrocinio de un defensor público implica una ayuda social para el acusado que por su precariedad económica no pueda contratarlo, evitándose con esto la posibilidad de encontrarse en un estado de indefensión total.

Al surgir con el Congreso Nacional la Constitución Política de la República de 1998, ya derogada, la figura del defensor público fue plasmada realmente en los documentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros, en cuyas disposiciones ya no solo se establece el ámbito de acción de los defensores públicos, sino el reconocimiento expreso por parte del Estado de garantizar el derecho a la defensa a aquel que no cuente con el patrocinio de un profesional por falta de medios o recursos económicos.

Esta garantía constitucional es recogida por el actual Código Orgánico Integral Penal donde deja de lado el Sistema Inquisitivo por el Sistema Acusatorio Oral, haciendo efectivas las reglas del debido proceso a través de una defensoría institucionalizada, la que a pesar de haber sido esta la intención del legislador, aún no se ha institucionalizado en la práctica. En este sentido, se reconoce que el rol que cumple la Fiscalía General del Estado es uno de los puntos más sobresalientes y trascendentales, ya que tiene el papel protagónico de dirigir y promover las investigaciones preprocesales y procesales penales; sin embargo, el fortalecimiento de la investigación penal exige a su vez, que el Sistema de Administración de Justicia fortalezca la defensoría pública como una garantía de equilibrio en el funcionamiento del sistema.

Con la finalidad de que cada ciudadano ecuatoriano o extranjero que habita en el territorio nacional, acceda a una justicia sin dilaciones y el derecho a la defensa propugnado en una serie muy amplia de tratados internacionales y sobre todo en la Constitución, se ha buscado reforzar integralmente la institucionalidad de la Defensoría Pública Ecuatoriana, por una parte, y por otra, la totalidad del sistema judicial, mediante la asignación de mayores recursos económicos, la creación de nuevas judicaturas en diversas áreas, la capacitación profesional de los miembros que integran la función judicial, la erradicación de prácticas corruptas arraigadas durante décadas, entre otras acciones de igual relevancia.

2.3.9 Nuevas formas de criminalidad

La evolución y desafío de la criminalidad frente a la tan lograda transformación democrática y de legitimización de derechos, esgrimida mediante la publicación de la Constitución de 2008, así como la evidencia cada vez más notoria de la criminalidad globalizada, han permitido conjeturar que América Latina ha sido incapaz de establecer una política criminal que combata la inseguridad personal en estos países, lo cual deja palpar la erosión de los cimientos del derecho adquirido. La antinomia legal existente entre seguridad y libertad es una problemática de Estado, el cual debe

asumir este reto de manera que se pueda observar su capacidad no solo de prevenir los delitos sino también el aumento de la seguridad ciudadana.

En el marco legal ecuatoriano resulta imperativo que se tomen medidas, por cuanto criminalizar las conductas o incrementar los castigos no disminuye la criminalidad. La política criminal es un problema que debe ser abordado de manera integral, procurando trabajar en prevención, destinando y mejorando los recursos que permitan enfrentar la amenaza del crimen organizado. Un panorama de inseguridad permite que las organizaciones criminales afiancen su mercado ilegítimo, que de manera empresarial se está administrando internacionalmente.

Este tema debe ser estudiado desde la premisa esencial que confluye al derecho penal, considerando que su existencia se determina a través de esa interpretación concreta donde se valora los bienes e intereses dignos de la protección penal, siendo estos evidentemente dinámicos y acordes con la formulación trascendental que hace el legislador a través de esos signos de interpretación. El derecho penal ecuatoriano cumple también la función de proteger los bienes jurídicos, prohibiendo los actos que perjudiquen estos bienes. Al respecto, Prociuk (s.f., p. 2) indicó lo siguiente:

El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto. Con ello se asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos.

Actualmente, es necesario la intervención del Estado en la economía, aunque se considera improcedente la sustitución de la actividad de los particulares, en todo caso, se debe controlarla y corregir cualquier exceso, para evitar que se opte por la ley del más fuerte. Bajo este concepto, sigue teniendo notoriedad la globalización, llevada de la mano por la tecnología, naciendo con esto la necesidad de penalizar las conductas que el Estado considera intolerables, por cuanto distraen, obstaculizan o frustran su desempeño, debiendo tomar acciones que procuren igualdad de oportunidades en el mercado. Teniendo en cuenta esto, el bien jurídico, como mencionó Pedrazzi, “ya no

es solo un punto de partida para la norma penal, sino que puede también representar una meta, un punto de llegada” (citado en Fleitas, 2009, p. 164)].

Este es un mundo que experimenta tendencias crecientes hacia la liberalización de normas, fronteras abiertas y el movimiento intensificado de personas, dinero, bienes y servicios. En este mundo, en esta aldea mundial, la tecnología de alto nivel salva cada vez con mayor frecuencia las barreras tradicionales de tiempo, distancia y espacio. El otro lado menos deseable de este concepto de aldea mundial es un mundo que también se ha convertido en un charco mundial de delincuencia. Esta internacionalización ayuda a que las organizaciones de tráfico de drogas y de otros tipos de delincuencia tengan una mejor capacidad para operar en un ámbito relativamente libre de normas, y acumular y legitimar enormes fortunas.

En el mundo de hoy prácticamente todo avanza hacia la internacionalización. ¿Por qué no el delito? Los negocios ilícitos, lo mismo que los negocios lícitos, buscan nuevas oportunidades de ampliación, refugios, y ganancias. El delito trasnacional va donde está el dinero o donde el dinero o las actividades que lo producen están protegidos. En el mundo de hoy las oportunidades de ganancias y protección se encuentran en un ambiente trasnacional mundial. Lo cual trae a estos negocios a América Latina. ¿Por qué América Latina? Si yo represento una empresa trasnacional delincuente, ¿qué hace que América Latina sea atractiva?

La criminalidad organizada se caracteriza por afectar de forma simultánea, directa o indirectamente diversos bienes jurídicos generalmente bienes colectivos, así como individuales. La globalización económica ha potenciado las posibilidades de determinados grupos criminales —que anteriormente se encontraban circunscritos a espacios geográficos más o menos limitados y que han podido expandirse de forma rápida— a acceder a una dimensión transnacional. Aun cuando este proceso de internacionalización del crimen no es estrictamente nuevo, las actuales circunstancias han potenciado de forma trascendental esta tendencia, (Callegari, 2009, p. 161) siendo el narcotráfico, el secuestro, la extorsión y la corrupción los que han creado la cultura del enriquecimiento ilícito, los delitos adyacentes a esta corporación criminal.

El lavado de activos es el procesamiento financiero de los recursos adquiridos en cualquier tipo de actividad ilícita, con el objetivo de ocultar su origen ilegal y transformar el dinero, ya sea en bienes o efectivo, pero con carácter de legal. Según Cancio (2009, p. 4) para este tipo de operaciones se utiliza el sistema financiero, bancario y comercial del país, a través de la colocación de dinero ilícito con el objetivo de cambiar de forma para ocultar su origen o la estratificación para ocultar el rastro que relaciona los fondos a la actividad ilegal a través de una serie de complicadas operaciones financieras y, por último, la integración, es decir, cómo se incorpora este dinero ilegítimo a las actividades económicas legítimas, actividad que se da normalmente a través de inversiones comerciales, bienes raíces, o artículos de lujo.

Pero para que este delito pueda ser exitoso se necesita de personal calificado que ocupe posiciones claves en sectores comerciales, financieros, bancarios y fiscales y, como consecuencia, se produce la dificultad para rastrear el dinero proveniente de las actividades ilícitas, lo que perjudica a empresas sólidas y sanas de la banca y de la industria, distorsiona la economía, erosiona la institucionalidad, promueve la corrupción y por último, favorece la presencia y desarrollo de la criminalidad y de la impunidad.

2.4 Metodología

2.4.1 Modalidad mixta

En el presente trabajo de titulación, por la naturaleza del problema sometido a estudio, se aplicó la modalidad mixta bajo la categoría experimental y no interactiva.

MODALIDAD: MIXTA	
CUANTITATIVA	CUALITATIVA
CATEGORÍA:	CATEGORÍA:
NO EXPERIMENTAL	NO INTERACTIVA INTERACTIVA
DISEÑO:	DISEÑO:
ENCUESTA	ANÁLISIS DE CONCEPTOS ESTUDIO DE CASO

Modalidad cuantitativa: Enmarcada en una modalidad **no experimental**, bajo un diseño de encuesta, el presente examen complejo especifica propiedades y características de los principios constitucionales en las que se centra la investigación, y los efectos jurídicos que produce la falta de aplicación de los mismos en un proceso penal frente a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva al procesado; mediante el diseño de encuestas se realizan pruebas de campo para definir el entendimiento de la omisión por parte de juzgadores, fiscales y de la defensa y su consecuente vulneración de derechos constitucionales.

Modalidad cualitativa: Enmarcada en la categoría **no interactiva**, bajo un diseño de análisis de conceptos, en donde se resalta el rol del juez como garantista de los derechos constitucionales sobre todo a la presunción de inocencia del procesado y la toma de la decisión correcta de las medidas cautelares, aplicando una ponderación y análisis respectivo al caso.

Modalidad cualitativa: Enmarcada en la categoría interactiva, bajo un diseño **estudio de caso**, en el cual con un caso real se hace constar el abuso de la medida cautelar de prisión preventiva influenciados por el tipo de delito sin analizar los elementos que prevé la norma para emitir tal resolución.

2.4.2 Población y muestra

En razón de la naturaleza de la investigación y de la modalidad adoptada en el tema: *La prisión preventiva y la presunción de inocencia*, esta se desarrolló en el cantón Santa Rosa, en la Unidad Judicial Multicompetente Penal y se interactuó con algunos representantes de la comunidad de jurisconsultos y representantes de la Fiscalía General del Estado.

Tabla 2*Unidades de observación*

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN MUESTRA	
Jueces	2	2
Fiscales	3	3
Abogados	50	6
Edison Delgado Bone (estudio de caso)	1	1
Constitución de la República del Ecuador	444	8
Art. 11.3		
Art. 11.5		
Art. 75		
Art. 76.2		
Art. 76.7, a		
Art. 77.1		
Art. 77.11		
Código Orgánico Integral Penal	730	4
Art. 5.4		
Art. 519		
Art. 552. 6		
Art. 534		
Convención Americana de Derechos Humanos	82	3
Art. 7		
Art. 8.2		
Art. 25		
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	53	4
Art. 14.2		
Art. 14.3, b		
Art. 14.3, d		
Art. 18		

2.4.3 Métodos de la investigación

En razón de los objetivos planteados e interrogantes que mueven el presente estudio, se han utilizado los siguientes métodos de investigación:

Método inductivo.- Se utilizó en el análisis de las diferentes normas legales citadas, las cuales reconocen el objeto de estudio que se aborda, como son la presunción de inocencia, el derecho a la libertad y el derecho a la defensa. Con la verdadera aplicación de estos principios, a través de la oralidad, se puede frenar el abuso de la medida cautelar de prisión preventiva y así perseverar en las garantías constitucionales bajo una tutela judicial efectiva. El mismo que describe el problema en sus aspectos particulares para llegar a conclusiones generales.

Método deductivo.- La conceptualización de los principios: *presunción de inocencia*, *la tutela judicial efectiva* y *la ponderación*, han sido reconocidos no solo por la Constitución, sino además establecidos en instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, estos a su vez plasmados en normas constitucionales y en el Código Orgánico Integral Penal. En aplicación a los mismos, dentro de un proceso penal, se analizó un caso concreto y mediante preguntas dirigidas a la comunidad jurídica, como jueces, fiscales y abogados, se logró determinar las falencias en cuanto a la falta de aplicación de estos principios y al abuso de la prisión preventiva.

Hermenéutica jurídica.- Tiene como fin la interpretación de texto doctrinario legal o jurisprudencial con los siguientes cuerpos normativos: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Métodos empíricos

- Guía de observación documental de la causa penal 07257-2014-0187, de la jurisdicción de la Unidad Judicial Multicompetente Penal, con sede en el cantón Santa Rosa, de la provincia de El Oro, siendo el procesado el señor DELGADO BONE EDISON JOSÉ, por delito de asesinato.
- Cuestionario de entrevista a la comunidad jurídica, abogados fiscales y jueces, sobre la medida cautelar de prisión preventiva enfocada en la motivación a

tomársela bajo los requisitos del artículo 534 del Código Orgánico Integral penal en aplicación a los principios constitucionales. (Ver apéndices 1, 2 y 3).

2.4.4 Procedimiento

Como primer punto se seleccionó el tema o área a investigar, una vez que se identificó el problema a estudiar, se seleccionó todo el acervo bibliográfico que se consideró podía ser de utilidad. De acuerdo al tema se seleccionaron los métodos y técnicas que permitieran concluir con la investigación. Posteriormente, se elaboraron los instrumentos de investigación, una vez adquiridos dichos instrumentos, fueron aplicados en la muestra escogida, y se procedió a la recolección de datos, para luego analizarlos, tabularlos e interpretarlos. Con estos resultados se elaboraron las conclusiones, que permitieron emitir las recomendaciones, finalizando con un informe bajo requerimientos de la investigación.

CAPÍTULO III

3.1 Respuestas

3.1.1 Base de datos

3.1.1.1 Resultados de la entrevista aplicada a las Juezas (2) de la Unidad Judicial Multicompetente Penal del Cantón Santa Rosa, Provincia de El Oro, Fiscales (3) y Abogados en libre ejercicio (6) del mismo cantón.

Pregunta No. 1

¿Bajo qué criterio se dicta una medida cautelar de prisión preventiva?		
a.- Tipo de delito.	b.- Requisitos del artículo 534 del COIP.	c.- En razón de lo que solicita el fiscal.
2	7	2

Análisis

En la primera pregunta ¿Bajo qué criterio se dicta una medida cautelar de prisión preventiva? de la muestra a los profesionales del derecho, dos jueces, dos fiscales y tres abogados contestaron en un global de siete por la opción “b”, es decir, que se emite medida cautelar bajo los requisitos del artículo 534 del COIP. En cuanto a la opción “a” sobre la emisión de la medida cautelar por el tipo de delito, dos abogados en libre ejercicio se pronunciaron respecto a esta opción. Y, finalmente, sobre la alternativa “c”, cuando la medida cautelar se emite en razón de lo que solicita el fiscal, dos abogados en libre ejercicio se inclinaron sobre esta. De la encuesta realizada se obtuvo que efectivamente se deben valorar cada uno de los requisitos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, para que por parte del juzgador se

emita la medida cautelar de prisión preventiva, teniendo en cuenta los principios constitucionales al momento de resolver, valorando cada uno los elementos que tenga en el proceso en una subsunción de los mismos a la normativa legal.

Tabla 3

Resultados pregunta 1

	Número	Sexo	Edad	Experiencia	Pregunta 1	Pregunta 2	Pregunta 3
1.-	01 JUEZ	F	33	1 año		1	
2.-	02 JUEZ	F	39	2 años		1	
3.-	01 FISCAL	M	35	3 años		1	
4.-	02 FISCAL	M	50	9 años		1	
5.-	03 FISCAL	M	48	2 años		1	
6.-	01 ABOGADO	M	65	15 años	1		
7.-	02 ABOGADO	M	35	7 años			1
8.-	03 ABOGADO	M	26	4 años		1	
9.-	04 ABOGADO	F	50	17	1		
10.-	05 ABOGADO	F	38	8		1	
11.-	06 ABOGADO	F	27	4			1

Pregunta No. 2

¿Bajo qué parámetros se debe de analizar la presunción de inocencia del procesado para dictar una medida cautelar de última ratio?		
a.- Depende del delito por el cual está procesado.	b.- Se deben analizar los elementos que consten en la acusación.	c.- Toda persona es inocente hasta que tenga una sentencia ejecutoriada por lo tanto es aplicable una medida cautelar distinta.
2	6	3

Análisis

En la segunda pregunta ¿Bajo qué parámetros se debe analizar la presunción de inocencia del procesado para dictar una medida cautelar de última ratio? Del grupo de encuestados una jueza, un fiscal y cuatro abogados en el libre ejercicio optaron por el literal “b”, es decir, se deben analizar los elementos que consten en la acusación. En cuanto al literal “a”, el cual indica que la presunción de inocencia se debe analizar dependiendo del delito por el cual está procesado, dos abogados en libre ejercicio optaron por la misma. Sobre el literal “c”, que indica toda persona es inocente hasta que tenga una sentencia ejecutoriada, por lo tanto es aplicable una medida cautelar distinta, en un número de uno, tanto juez, fiscal como abogados se inclinaron por la misma. De la encuesta realizada se obtiene que la mayoría de los encuestados cree que para que se analice la presunción de inocencia al momento de emitir una medida cautelar como la prisión preventiva es necesario analizar los elementos de la acusación en cierta manera, la misma es un parámetro de medición sin que se tenga un criterio adelantado respecto a la culpabilidad del procesado.

Tabla 4

Resultados pregunta 2

Número	Sexo	Edad	Experiencia	Ítem 1	Ítem 2	Ítem 3
01 JUEZ	F	33	1 año		1	
02 JUEZ	F	39	2 años			1
01 FISCAL	M	35	3 años		1	
02 FISCAL	M	50	9 años			1
03 FISCAL	M	48	2 años		1	
01 ABOGADO	M	65	15 años	1		
02 ABOGADO	M	35	7 años		1	
03 ABOGADO	M	26	4 años		1	
04 ABOGADO	F	50	17	1		
05 ABOGADO	F	38	8		1	
06 ABOGADO	F	27	4			1

Pregunta No. 3

¿Cuál es el factor por el cual en Ecuador no se aplican los principios constitucionales a favor de los procesados?		
a.- Por la mediatización y el impacto social	b.- Falta de conocimiento de los operadores de justicia	c.- Falta de independencia en el sistema judicial
2	1	3

Análisis

En la tercera pregunta ¿Cuál es el factor por el cual en Ecuador no se aplican los principios constitucionales a favor de los procesados? Vale indicar que por la naturaleza de la pregunta únicamente fue aplicada a los abogados en libre ejercicio, ya que son los usuarios del sistema de justicia. Siendo la mayor seleccionada la opción “c”, es decir por falta de independencia en el sistema judicial, con un número de tres. Respecto a la opción “a”, por la mediatización, se pronunciaron con un número de dos; y, respecto al literal “b”, sobre la falta de conocimiento de los operadores de justicia se pronunció en un número de uno. De la encuesta realizada se desprende un alto índice de percepción sobre la falta de independencia de la función judicial y no muy lejano indican por la mediatización y el impacto social, por lo cual se tiene en cuenta el criterio de los entrevistados al momento de realizar las respectivas conclusiones.

Tabla 5

Resultados pregunta 3

Número	Sexo	Edad	Experiencia	Ítem 1	Ítem 2	Ítem 3
01 ABOGADO	M	65	15 años	1		
02 ABOGADO	M	35	7 años			1
03 ABOGADO	M	26	4 años			1
04 ABOGADO	F	50	17			1
05 ABOGADO	F	38	8		1	
06 ABOGADO	F	27	4			1

3.1.1.2 Resultados del estudio de caso realizado a DELGADO BONE EDISON JOSÉ (ver cuestionario en apéndices).

Tabla 6

Caso Delgado Bone Edison José

Antecedentes	Caracterización
Causa	07257-2014-0187
Tipo de delito	Asesinato
Jurisdicción	Unidad Judicial Multicompetente Penal con sede en el cantón Santa Rosa
Procesado	Delgado Bone Edison José
Víctima	Ernesto Rafael Vinueza Jaramillo
Medida Cautelar impuesta	Prisión Preventiva
Fecha de dictamen de medida	03 de Octubre del 2014
Elementos	Versiones de la hermana del occiso
¿Qué resuelve la jueza?	Sobreseimiento provisional del procesado
Motivación	Por falta de acusación fiscal; y, por considerar que por el momento no existen méritos procesales para avanzar a la etapa de juicio.
Fecha de levantamiento de medidas cautelares	29 de mayo del 2015.

Análisis

Respecto a este caso por el delito de asesinato se privó de la libertad a este ciudadano, a quien, en la audiencia de formulación de cargos se emitió prisión preventiva; luego de haber transcurrido la instrucción fiscal en la cual se determinó que la fiscal no contaba con los elementos suficientes como para sustentar una acusación en la etapa de juicio, se emite un dictamen de abstención, que obligó al juez —por no existir acusación— a emitir el respectivo sobreseimiento. Esta persona estuvo privada de su libertad casi siete meses, por lo que es importante no solo tener un elemento, sino que este sea suficiente como para privarlo de la libertad.

3.1.1.3 Resultado de la aplicación de la técnica HERMENÉUTICA a algunos artículos seleccionados de relevante importancia para el tema.

Casos Objeto de Estudio	Unidades de Análisis
EXCEPCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD	<p>Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. [...] 11. La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.</p> <p>Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal 5. [...] Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) Parte III. Art. 9. Numeral 3.- [...] La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto de juicio, en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.</p>
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	<p>Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará en derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.</p> <p>Código Orgánico Integral Penal (2014) Art. 5.- Principios procesales [...] Numeral 4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.</p>
NORMATIVA CONSTITUCIONAL RELATIVA AL PROCESO PENAL	<p>Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 11. Numeral 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo y judicial, de oficio o a petición de parte. [...] 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.</p>

	<p>Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.</p> <p>Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</p> <p>[...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:</p> <p>a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento...</p>
--	---

3.1.2 Análisis de resultados

De acuerdo a la hermenéutica jurídica y partiendo de un previo análisis sobre la obligación que tienen los estados firmantes del Tratado de Viena, es necesario plasmar que los tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano son de obligatorio cumplimiento, como el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y todas aquellas que nazcan de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por lo tanto, sus fuentes jurisprudenciales son de obligatoria revisión y aplicación por parte de los jueces de instancia.

La Constitución de Montecristi recoge todos los derechos que nacen de este Instrumento e incluso deja abierta la posibilidad para que la aplicación y cumplimiento de los derechos humanos superen a la misma. Según el artículo 426, inc. 2.º de la Constitución, por lo tanto, no existe cuerpo más nutrido en derechos, está reestructurada de tal manera que fija líneas muy estrictas para la aplicación de los derechos y estos son, por ejemplo, los que se encuentra en el artículo 11, de la norma constitucional, y en caso de vulneración de los derechos están las garantías que son derechos sumamente reforzados que permiten el cumplimiento.

Desde esa perspectiva nace el Código Orgánico Integral Penal dotado de todo ese engranaje garantista. En relación a la prisión preventiva, en la misma norma está la forma de cómo dictar una medida justa, proporcional, haciendo uso de la ponderación, actividad que le asiste al juez. El hombre nace libre y su conducta muchas veces lo puede llevar a perder su libertad en razón del poder punitivo del

Estado, pero la misma norma recalca esa condición de inocencia que lo cobija hasta el final de un proceso judicial de carácter penal.

Conforme la encuesta realizada, el juzgador no debe estar sujeto a la valorización de la medida cautelar por el poder mediático, la alarma social o el tipo de delito, los cuales son justificaciones fácticas, sin tener un respaldo verdaderamente jurídico a fin de motivar bien sus decisiones.

3.2 Conclusiones

- Se puede establecer que efectivamente existe, tanto desde los instrumentos internacionales, como en la Constitución ecuatoriana y en el Código Orgánico Integral penal, una normativa que recoge los principios a la *presunción de inocencia*. Asimismo, que sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar, estos preceptos son de aplicación inmediata por parte de los juzgadores. También se puede concluir, referente a este punto, que la distinta normativa mencionada está en total armonía, no existiendo contraposición alguna. Por lo tanto, es totalmente concebible que los jueces de garantías penales apliquen todo este andamiaje garantista a favor de los procesados.
- Es importante una defensa técnica capacitada, a fin de aplicar los principios antes mencionados ante una petición fiscal de privación de la libertad a los procesados. No tan solo en cuanto al conocimiento teórico o normativo sino también a ejercer una buena oralidad mediante las técnicas de litigación a través de estrategias que se realizan en audiencia. Una eficiente defensa da más exigencia al juez y al fiscal ya que se esmeran más ante una posición estratégica a resolver y litigar, respectivamente, a la altura de los conocimientos de la defensa. Aquello sin duda, ante una buena defensa, hace que se tome una resolución más motivada en una argumentación a la altura de la misma.
- Para obtener un criterio unificado por parte de los jueces se debe aplicar la enunciación de principios a fin de exigir al juzgador a motivar su decisión, conforme ya se indicó, especialmente en lo referido a que se debe reunir cada uno de los requisitos establecidos en el Artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, sobre todo en lo relacionado a los elementos en los que se funda la petición,

como son los elementos de convicción, los cuales deben ser sometidos al análisis del juzgador a fin de determinar si son realmente suficientes como para privarlo de libertad, sin importar qué tipo de delito es qué connotación social tiene, ya que la medida responde a la necesidad de cautela.

- De la fundamentación teórica, doctrinaria legal y jurisprudencial, solo queda concluir que la privación de libertad es excepcional, que no se debe conjeturar una regla, que siempre se debe utilizar otras medidas o un conjunto de ellas que sean menos lesivas, que las personas que se encuentran inmersas en un proceso penal mantienen su estatus de inocencia hasta que a través de una sentencia ejecutoriada se ratifica o no esta calidad, que el juez es el garantista del velar por el debido proceso y de sus garantías. Si bien es cierto, el control constitucional es exclusivo de la Corte constitucional, tratándose de un control memamente concentrado, la herramienta del control de confesionalidad le asiste a los jueces. Se está aquí frente a un control difuso de convencionalidad.
- La medida de privación de libertad es de carácter excepcional y debe responder a la ponderación del juez, de acuerdo a los elementos normativos que están en el Código Orgánico Integral Penal, esto teniendo como principio básico que dicha persona procesada mantiene ese estatus de inocente como tal y debe ser tratado así. Limitar o privar a una persona por la mediatización o por el tipo de delito significaría entrar en discriminación, no se puede tratar a esta medida excepcional con limitación a estos dos parámetros por cuanto la ley no distingue o crea estos limitantes para poder otorgar una medida cautelar diferente a la privación de libertad.

3.3 Recomendaciones

- Toda la comunidad relacionada a la Administración de Justicia, esto es jueces, fiscales, y abogados, así como usuarios de la misma, deben hacer prevalecer el derecho a una tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos que acceden a esa administración judicial a través de un proceso. Es importante no solo por parte de los litigantes hacer énfasis en los principios constitucionales —sino también por parte de los jueces— a fin de que los mismos sean aplicados con carácter general.

Todo esto con el objetivo de que a los procesados que se encuentran dentro de una causa penal no se les dé esa etiqueta por el solo hecho de estar ya inmersos en un proceso, sino que se respete el debido proceso teniendo resoluciones debidamente motivadas.

- Que los jueces y la administración de justicia mantenga su autonomía, que no se dejen influenciar por la alarma social o la mediatización que genera el tipo de delito, al momento de resolver sobre una petición de privación de libertad. Resaltar el rol de los jueces como garantistas, no solo de los derechos de la víctima, sino también del procesado. Asimismo, que se haga conciencia a la fiscalía que no solo su rol social es acusar, deben también ser objetivos al investigar y de no existir elementos como para sostener una acusación, abstenerse de hacerla. Se debe desprender esa imagen del fiscal acusador.
- Que se capacite a las partes procesales, sobre todo a los jueces, respecto a la excepcionalidad de la prisión preventiva, haciéndoles entender que la misma es de última ratita, no tiene que ser una regla general al momento de resolver. Se debe analizar cada uno de los elementos de convicción, sobre todo en los cuales se fundamenta la acusación o la formulación de cargos a fin de velar por la necesidad de cautela, es decir, determinar si es viable otorgar medidas alternativas a la privación de libertad. Existiendo garantías de la inmediación, sin importar el delito por el cual se es acusado, se podrá aplicar el *principio de libertad* y a la *presunción de inocencia*.
- Reforma del Artículo 534, finalidad y requisitos para la prisión preventiva, numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal (2014) el cual dispone: “Que se trate de una infracción sancionada por pena privativa de libertad superior a un año”, debiendo subir en cuanto a los años para que opere la prisión preventiva a fin de que no se genere el abuso que se viene dando, ya que es necesario recordar que los delitos con pena privativa de libertad, en ciertos casos con algunas excepciones, son viables de conciliación como método alternativo a la solución de conflictos. Esto no significa una impunidad por parte de la administración de justicia sino más bien se debe impulsar a métodos alternativos como este donde víctima con procesado resuelvan sobre el conflicto creado.

- Los jueces de instancia deben aplicar test de proporcionalidad y que se atrevan a ponderar los derechos, que la derrotabilidad de uno no es una herejía jurídica, la motivación y fundamentación es su garantía en la cual se plasman o fundamentan sus decisiones. Como se ha visto en el caso práctico, la prisión preventiva no debe ser regla de uso general para mantener esa cautela, más cuando no se cuenta con elementos que demuestren suficientemente la existencia de un delito o que la persona procesada sea partícipe del mismo, el juez entonces adquiere un rol garantista y debe proceder de acuerdo con los principios mencionados.
- Que los jueces utilicen la herramienta de control difuso de convencionalidad, amparándose en lo que establece el artículo 426 inc. 2.º de la Constitución, haciendo hincapié como indica la norma suprema, en que los administradores de justicia pueden aplicar la normativa internacional como de inmediata aplicación apartándose a la normativa legal a fin de ser más garantistas de derechos. Siendo estos instrumentos internacionales la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los mismos plenamente aplicables, ya que el estado Ecuatoriano es suscriptor de dichos instrumentos internacionales, los cuales dan realce a los derechos humanos.
- Que los abogados litigantes ejerzan defensas técnicas responsables, comprometidas, que protejan verdaderamente a sus defendidos y que los jueces garanticen ese derecho a la defensa, inclusive a costa de los abogados. Que se realice una verdadera capacitación a los abogados en libre ejercicio y a los defensores públicos, haciéndoles saber su rol importante, que no solo la defensa es parte del debido proceso, sino que una defensa técnica hace un proceso más justo y aquello hace más exigentes a los jueces para que motiven sus resoluciones de una manera más argumentativa en base a las pretensiones de la defensa.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, J. (2009). *Derechos de participación y derechos a participar*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ávila, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Serie justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad*. Obtenido de http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Constitucion_de_2008_en_el_contexto_andino.pdf
- Ávila, R. (2009). *Del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XV, Montevideo. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3900/3428>
- Binder, A. (junio de 1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. (A. Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, Ed.) Obtenido de <https://polancoadrian.files.wordpress.com/2013/09/introduccion-al-derecho-procesal-penal-alberto-binder.pdf>
- Cafferata, J. (1988). *Temas de Derecho procesal Penal Tomo I*. Buenos Aires : DEPALMA .
- Callegari, A. (2009). *Crimen Organizado*. Perú: ARA.
- Cancio, M. (2009). *El injusto de los delitos de organización: Peligro y significado*. Lima: ARA.
- Carbonell, M. (08 de Junio de 2009). *La jurisdicción constitucional y el derecho comparado*. Obtenido de http://www.miguelcarbonell.com/escritos_divulgacion/La_jurisdicci_n_constitucional_y_el_derecho_comparado.shtml
- Carnelutti, F. (02 de 05 de 2011). *Las miserias del proceso penal*. (R. P. Penal, Ed.) Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/05/doctrina28730.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Obtenido de Artículo 534 numeral 4: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%3%B3digo_org%3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf
- Colombo, J. (2007). *Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia*. (B. j. UNAM, Ed.) Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Obtenido de <http://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1J2NB513V-CSLQY5-PMH/presuncion%20de%20inocencia.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (6 de abril de 2001). *Quinto informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Obtenido de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_326.pdf

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (30 de Diciembre de 2013). *Informe sobre uso de la prisión preventiva en las Américas. Numeral 65*. Obtenido de <http://relapt.usta.edu.co/images/informeprisionpreventiva.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (3-14 de Marzo de 2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Obtenido de <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Principiosybuenaspracticass.htm>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (7-22 de Noviembre de 1969). *Fundación Acción Pro Derechos Humanos*. Artículo 7 Derecho a la libertad personal, numeral 5; Artículo 8. Garantías Judiciales. Obtenido de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/CADH/1969-CADH.htm#a8>
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de 10 de 2008). Asamblea Nacional. Registro Oficial 449. Art. 11 numerales 3 y 5; Arts. 75; art. 76 numerales 2, 7 letras a) y g); art. 77, numerales 1 y 11. Obtenido de http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Corte Constitucional República de Colombia. (2001). *Sentencia C-774/01, caso ciudadano Diógenes Escobar*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>
- Corte Constitucional República de Colombia. (2008). *Sentencia C-163/08*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-163-08.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tibi Vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004*. VII Presunción de inocencia, numerales 34, 35. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- Fleitas, S. (2009). *El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Su regulación en la legislación uruguaya*. (R. d.-N. 16, Ed.) Obtenido de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Fleitas-Villarreal-El-bien-juridico-tutelado-en-el-delito-de-lavado-de-activos-su-regulacion-en-la-legislacion-uruguaya.pdf>
- Garzón, E. (2008). *La prisión preventiva: medida cautelar o pre-pena*. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador). Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/329/1/T716-MDP-Garz%C3%B3n-La%20prisi%C3%B3n%20preventiva.pdf>
- Gómez, M. (2014). *La Jurisprudencia Interamericana sobre Prisión Preventiva*. México.
- Landa, C. (2013). *La constitucionalización del derecho peruano*. (P. U. Perú, Ed.). Revista Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N.º 71, págs. 13-36. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4906536>

- Loza, C. (febrero de 2013). *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP*. (E. L. Abogados, Ed.) Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf
- Merino, W. (17 de Febrero de 2015). *Curso Código Orgánico Integral Penal*. Escuela Función Judicial. Obtenido de http://escuela.funcionjudicial.gob.ec/evaluacionjudicial/coip/contenido_curso/ALE-COIP-Unidad-3-Tema-4/anexos/Medidas_cautelares.pdf
- Monagas, O. (3 y 4 de Mayo de 2007). *Privación Judicial Preventiva de Libertad. Debido proceso y medidas de coerción personal*. X Jornadas de Derecho Procesal Penal. (V. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Ed.) Obtenido de <https://books.google.com.ec/>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (23 de Marzo de 1976). (N. U. Humanos, Ed.) Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Prociuk, G. (s.f.). *Derecho penal, parte general*. Obtenido de <http://www.prociuk.com/Derecho%20Penal%20Parte%20General.pdf>
- Serrano, A. (1978). *El delincuente español. Factores concurrentes*. Madrid: Instituto de Criminología de la UCM.
- Rodríguez, R. (diciembre de 2015). *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional*. (Tesis Programa Oficial de Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid). Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Obtenido de <https://orff.uc3m.es/handle/10016/22404>
- Villareal, E. (18 de Marzo de 2010). *Tesis: El Estado Mexicano ante el Fenómeno Jurídico-Social del Narcoterrorismo: Conceptualización, Transgresiones en Materia de Derechos Humanos e Inaplicabilidad del Principio de Presunción de Inocencia: el Caso Michoacán*. Capítulo cuarto. Acercamiento al Principio de Presunción de inocencia. Obtenido de <https://eduardovillarreal.wordpress.com/2010/03/18/narcoterrorismo-mexico/>
- Zaffaroni, E., Mora, L., Carranza, E., & Houed, M. (1983). *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. (I. L. Delincuente, Ed.)

APÉNDICES

Apéndice 1. Guía de entrevista aplicada a juezas de la unidad judicial multicompetente penal.

 UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL	
GUÍA DE ENTREVISTA APLICADA A LAS JUEZAS DE LA UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE PENAL	
TEMA: LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	
I. DATOS GENERALES	
NOMBRE DEL ENCUESTADO (OPCIONAL)	
EDAD	GÉNERO M () F ()
ESTADO CIVIL:	
TÍTULO PROFESIONAL:	
II. CUESTIONARIO:	
1. ¿Bajo qué criterio se dicta una medida cautelar de prisión preventiva?	
2. ¿Bajo qué parámetros se debe de analizar la presunción de inocencia del procesado para dictar una medida cautelar de última ratio?	
3. ¿Cuál es el factor por el cual en Ecuador no se aplican los principios constitucionales a favor de los procesados?	
Entrevistador:	Fecha:

Apéndice 2. Guía de entrevista aplicada a los fiscales del cantón Santa Rosa

 UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL	
GUÍA DE ENTREVISTA APLICADA A LOS FISCALES DEL CANTÓN SANTA ROSA	
TEMA: “LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”	
I. DATOS GENERALES	
NOMBRE DEL ENCUESTADO: (OPCIONAL).....	
EDAD	GENERO M () F ()
ESTADO CIVIL:	
TÍTULO PROFESIONAL:	
II. CUESTIONARIO:	
1. ¿Bajo qué criterio se dicta una medida cautelar de prisión preventiva?	
2. ¿Bajo qué parámetros se debe de analizar la presunción de inocencia del procesado para dictar una medida cautelar de última ratio?	
3. ¿Cuál es el factor por el cual en Ecuador no se aplican los principios constitucionales a favor de los procesados?	
Entrevistador:	Fecha:

Apéndice 3. Guía de entrevista aplicada a los abogados del cantón Santa Rosa

 UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL	
GUÍA DE ENTREVISTA APLICADA A LOS ABOGADOS DEL CANTÓN SANTA ROSA	
TEMA: “LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”	
I. DATOS GENERALES	
NOMBRE DEL ENCUESTADO: (OPCIONAL).....	
EDAD	GENERO M() F ()
ESTADO CIVIL:	
TITULO PROFESIONAL:	
II. CUESTIONARIO:	
1. ¿Bajo qué criterio se dicta una medida cautelar de prisión preventiva?	
2. ¿Bajo qué parámetros se debe de analizar la presunción de inocencia del procesado para dictar una medida cautelar de última ratio?	
3. ¿Cuál es el factor por el cual en Ecuador no se aplican los principios constitucionales a favor de los procesados?	
Entrevistador:	Fecha:



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Jorge Alexander Martínez Olivares**, con C. C. # 1205933441, autor del trabajo de titulación: *La prisión preventiva y la presunción de inocencia*, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL** 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, 6 de Septiembre del 2017

f. _____
Ab. Jorge Alexander Martínez Olivares
C. C. # 1205933441



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La prisión preventiva y la presunción de inocencia	
AUTOR	Martínez Olivares Jorge Alexander	
REVISOR (ES) / TUTOR (ES)	Dr. Teodoro Verdugo Silva y Dr. Nicolás Rivera Herrera.	
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil	
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado	
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional	
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	6 de Septiembre del 2017	No. DE PÁGINAS: 43
ÁREAS TEMÁTICAS:	Penal	
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Presunción de inocencia; potestad punitiva; prerrogativa constitucional; medida cautelar; principio de ponderación y proporcionalidad.	
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>Este estudio hace referencia a <i>La prisión preventiva y la presunción de inocencia</i>. Para hablar de estos términos —intrínsecos del proceso penal— es necesario hacer un análisis profundo, ya que existe una contraposición espontánea en razón de los derechos individuales frente a la potestad punitiva del Estado. Es innegable la progresividad de los derechos, en especial el de la libertad, pero por otro lado un elevado índice de criminalidad, e incluso la aparición de nuevas formas delictivas, obligan a optar por la aplicación de medidas cautelares de ultima ratio. Pretender dilucidar sobre la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva frente a un estatus de la inocencia es ubicarse en una línea muy fina y delicada de los derechos y de los principios que le atañen al Estado, en representación de la sociedad, a las víctimas y a los procesados, que pese a encontrarse en esa calidad no han perdido sus derechos. El Estado les debe garantizar una serie de principios y garantías dentro del proceso penal a fin de respetar el debido proceso. Este problema surge en el ejercicio de quien con gran incertidumbre, toma la falta de la facultad constitucional sobre la excepcionalidad de la privación de libertad del procesado y también de los derechos que le asisten a las víctimas; además de garantizar su comparecencia a juicio. El objetivo de este estudio es fundamentar de manera motivada la aplicación del principio de ponderación y proporcionalidad en un proceso penal garantista al momento de dictar prisión preventiva frente al estatus de presunción de inocencia. Por su naturaleza, en este estudio se aplicó la modalidad cualitativa, bajo la categoría interactiva, y no interactiva, ya que es la más acertada para la obtención de mayor información que permita la consolidación del estudio; elevar conclusiones respecto a la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar dentro de un proceso penal.</p>	
ADJUNTO PDF:	Sí	
CONTACTO CON AUTOR:	Teléfono: 0939624662	E-mail: jorge.mar-oli@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Nuques Martínez, Hilda Teresa	
	Teléfono: 0998285488	
	E-mail: tnuques@hotmail.com	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		