



Universidad Nacional de Loja

En los tesoros de la sabiduría, está la glorificación de la vida.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Título:

**“LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR
PREVISTA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL
PENAL DEL ECUADOR”**

TESIS PREVIA A OPTAR EL
TITULO DE ABOGADO

AUTOR: Rosemberg Efraín Samaniego Ochoa.

DIRECTOR: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

Loja Ecuador

2016



CERTIFICACIÓN.

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que he dirigido y orientado el proceso de desarrollo del trabajo de Tesis previo a la obtención del Título de Abogado, presentado por el señor Rosenberg Efraín Samaniego Ochoa, con el título: "LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR", y una vez que se han cumplido con todas las observaciones y sugerencias realizadas de mi parte autorizo la presentación del mencionado estudio para la sustentación y defensa de Ley.

Loja, julio del 2016.



Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA.

Rosemberg Efraín Samaniego Ochoa, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional - Biblioteca Virtual.

AUTOR: ROSEMBERG EFRAÍN SAMANIEGO OCHOA

FIRMA:



CÉDULA: 1103874069

FECHA: Loja, 08 de julio del 2016

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Rosemberg Efraín Samaniego Ochoa, declaro ser el autor de la presente Tesis titulada: "LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR", como requisito para optar al Título de ABOGADO: Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la reproducción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 08 días del mes de julio del dos mil dieciséis, firma el autor.

FIRMA:
AUTOR: ROSEMBERG EFRAÍN SAMANIEGO OCHOA
Cédula: 1103874069
DIRECCIÓN: Ciudadela: Época; calles: Haití y Estados Unidos; cantón: Loja; provincia: Loja.
CORREO ELECTRONICO: efrasamaniego@hotmail.com
TELEFONO: CÉLULAR: 0982424438

DATOS COMPLEMENTARIOS:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Presidente: Dr. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

Vocal: Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.

Vocal: Dr. Felipe Nepalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.

DEDICATORIA.

El presente trabajo investigativo está consagrado a todas aquellas personas que creyeron en mí, familiares y amigos que me brindaron aliento y esperanza en procura de que logre culminar este trabajo.

EL AUTOR.

AGRADECIMIENTO.

Mi profundo e imperecedero agradecimiento a la benemérita Universidad Nacional de Loja, en la persona del Director de Tesis, quien me orientó adecuadamente durante todo el proceso de desarrollo del trabajo investigativo.

Por otra parte mi más sincero sentimiento de gratitud, a todos quienes colaboraron con su valioso tiempo para la aplicación de los instrumentos de investigación de campo, lo que permitió dar un enfoque objetivo desde el punto de vista profesional y científico del tema planteado.

EL AUTOR.

TABLA DE CONTENIDOS.

Caratula

Certificación

Autoría

Carta de autorización de Tesis

Dedicatoria

Agradecimiento

1 TITULO.

2 RESUMEN.

Abstract.

3 INTRODUCCIÓN.

4 REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Derechos Humanos.

4.1.2 La Libertad Personal.

4.1.3 Derecho Procesal Penal.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 Los Derechos Humanos en el Ámbito Nacional e Internacional.

4.2.2 Clasificación de los Derechos Fundamentales.

4.2.3 Derecho Procesal Penal.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Constitución del Ecuador.

4.3.2 La Protección de los Derechos Fundamentales en el Ecuador.

4.3.3 Investigación Previa.

4.3.4 Medidas Cautelares.

4.3.5 Ineficacia de las 24 horas de detención provisional con fines investigativos.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1 Argentina.

4.4.2 Canadá.

4.4.3 Perú.

5 MATERIALES Y METODOS

5.1 Métodos.

- a) Método Científico.
- b) Método Deductivo – Inductivo.
- c) Método Analítico – Sintético.
- d) Método Histórico.
- e) Método Jurídico.

5.2 Procedimientos y Técnicas.

- a) Bibliográfica.
- b) Observación.
- c) Documental.
- d) Encuesta.

6 RESULTADOS.

6.1 Resultados de la aplicación de la encuesta.

7 DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de objetivos.

7.2 Contrastación de hipótesis.

7.3 Fundamentos Jurídicos para la reforma legal.

8 CONCLUSIONES.

9 RECOMENDACIONES.

9.1 Propuesta y Reforma Jurídica.

10 BIBLIOGRAFÍA.

11 ANEXOS.

1. TITULO.

“LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR”.

2. RESUMEN.

La presente investigación jurídica recoge contenido jurídico legal, aborda una temática de trascendental importancia dentro del ámbito penal en lo concerniente a la detención con fines de investigación. Ésta investigación ha sido desarrollada en el ámbito jurídico del derecho público, específicamente en las falencias que existen en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

La detención con fines investigativos es una de las medidas cautelares que la Ley penal prevé, obviamente esta medida es considerablemente drástica, puesto que afecta la libertad como uno de los derechos fundamentales que tenemos las personas; así como también, logra afectar nuestra integridad contradiciendo el principio de presunción de inocencia establecido en nuestra Norma Suprema.

Me permito manifestar que considero insuficiente el periodo de vigencia de la detención con fines de investigación, es indiscutible que en tan corto tiempo no se logrará la eficacia en la investigación. Vencido el mismo el detenido debe ser puesto en inmediata libertad si la investigación no ha sido exitosa, salvo el caso que se hubieran obtenido los elementos de convicción necesarios para la iniciación de la indagación previa hubieran surgido los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión provisional.

Por lo antes mencionado, es necesario establecer en la Ley penal vigente que en caso que no se reúna los elementos necesarios para realizar la imputación penal al sospechoso o no se ha culminado la investigación, se pueda extender

dicho plazo en 24 horas más, e incluso se pueda ordenar la comparecencia del sospechoso cuantas veces sea necesario a fin de aportar pruebas o desechar su presunción; todo esto, en función de los principios establecidos en la Constitución, como posible solución ante la problemática determinada como ineficacia de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal, situación que genera inseguridad jurídica y posible evasión de la justicia.

Abstract.

This legal research includes legal legal content, addresses a subject of vital importance in the criminal law with regard to the detention for investigation. This research was carried out in the legal field of public law, specifically on the shortcomings that exist in the Criminal Code of Ecuador Integral.

Detention for investigative purposes is one of the precautionary measures that criminal law provides, obviously this measure is considerably drastic, since it affects freedom as one of the fundamental rights that people have; and also, it does affect our integrity contradicting the presumption of innocence established in our supreme law.

I would say that I consider insufficient the duration of detention for the purpose of research, it is indisputable that in such a short time research effectiveness will not be achieved. Expired, the detainee must be released immediately if the investigation has not been successful, except in the case that they had obtained the elements of proof required for the initiation of the preliminary investigation had emerged procedural budgets of the provisional arrest warrant.

As mentioned above, it is necessary to establish in the current Criminal Law that should not meet the necessary elements for the criminal charges the suspect or has not completed the investigation, that period can be extended to 24 hours, and even You can order the appearance of the suspect as necessary

to provide evidence or dismiss their presumption; all this, according to the principles established in the Constitution, as a possible solution to the given problem as ineffective injunction detention for investigation under the Code of Criminal Integral situation creates legal uncertainty and possible escape from justice.

3. INTRODUCCIÓN.

Es de conocimiento general, que en nuestro país gran parte de los cuerpos normativos vigentes y de uso tradicional, tal es el caso del Código Orgánico Integral Penal, se derivan de las expeditivas adaptaciones de leyes promulgadas inicialmente en otros países vecinos o en naciones que guardan relación histórica directa con el Ecuador y que cuentan con una larga y prominente trayectoria en estos menesteres ya que han sido fieles testigos de los procesos de evolución social; sin embargo, pese a que la tendencia mundial se orienta a la unificación y masificación de las leyes en las regiones adyacentes, conocido que en el Ecuador si existe los medios y capacidad legislativa suficiente para poder diseñar nuestras propias normas legales que responden a la real necesidad del pueblo o por lo menos a la mayoría de ecuatorianos.

El Código Orgánico Integral Penal además de sancionar las conductas, establece medidas cautelares y de protección, en el presente caso constituyen medidas que procuran salvaguardar los derechos de las víctimas de la infracción penal; en tal virtud, tales medidas deben ser oportunas y eficaces, capaces de garantizar los derechos de todos, de tal manera que el juzgador pueda aplicar de forma efectiva la Ley de acuerdo a los principios establecidos en la Constitución para este campo.

Al hacer referencia a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal respecto de la medida de detención con fines de investigación, me permito manifestar que considero ineficaz el tiempo que se determina para realizar la

investigación, esto afecta los derechos y la seguridad jurídica de las víctimas. Pues, debería establecerse un periodo de tiempo mayor en caso que la investigación no haya concluido.

Ante la problemática antes descrita, consideré oportuno realizar el presente trabajo investigativo con el título: “LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR”.

El trabajo recopila una parte correspondiente a la revisión de literatura, en donde se presentan todos los argumentos de orden teórico, que en el ámbito conceptual, doctrinario, normativo y comparativo se han recogido respecto de la problemática estudiada.

Se presentan así mismo los materiales, métodos y técnicas; es decir, la descripción precisa de todos los recursos materiales y metodológicos que se han empleado para la ejecución del proceso investigativo.

De igual forma se realiza la exposición de los resultados, que consisten en las opiniones que se obtuvieron de profesionales del derecho en libre ejercicio, sobre la base de los cuales se basa la discusión, en donde se procede a realizar la verificación de los objetivos y la contrastación de la hipótesis que se plantearon en el proyecto de investigación.

Tomando como argumento la información recopilada se procede a elaborar las conclusiones y recomendaciones, para finalmente desarrollar el

planteamiento de la correspondiente propuesta jurídica, en el sentido de modificar la duración de la detención con fines investigativos de acuerdo a los parámetros señalados y con el objeto de solucionar el problema jurídico generado, esperando que el presente trabajo se constituya en una fuente de consulta para profesionales y estudiantes del derecho y la sociedad en general.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. Derechos Humanos.

Respecto de los derechos humanos, el tratadista William Duran expresa que los derechos fundamentales "son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto o una norma jurídica"¹.

La característica que puedo extraer del concepto, es que todo derecho fundamental es un derecho subjetivo. Ello significa, que el titular del derecho tiene la facultad de exigir su respeto y observancia; acudiendo, si fuere del caso, a los órganos jurisdiccionales competentes, a través de los recursos que el orden jurídico le franquee para demandar la protección y la reparación del menoscabo sufrido.

Además, conviene señalar que los derechos fundamentales no solo garantizan los derechos objetivos de las personas sino también principios objetivos básicos del orden constitucional, que fluyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, legitimando y limitando el poder

¹ DURAN RIBERA, William Ruperto, Principios, Derechos y Garantías Constitucionales, Editorial El País 2005. Pág. 46.

estatal, creando así un marco de convivencia humana propicio para el desarrollo libre de la personalidad. Es decir, limita las atribuciones de los tres poderes, así, al legislador le está prohibido legislar en desmedro de los derechos fundamentales, al ejecutivo y judicial atentar contra los derechos reconocidos; además, se ha previsto las consecuencias que el abuso o arbitrariedad conlleva, con el establecimiento de tipos y sanciones penales, el restablecimiento del derecho, la suspensión de hostigamiento y la reparación civil por el daño.

Contemporáneamente, no hay Estado de Derecho sin el reconocimiento de los derechos fundamentales. Como lo advierte Ferrajoli, “el principio Estado de derecho se va desarrollando según se van desarrollando los derechos fundamentales y según va variando la interpretación de los mismos; lo cual determina la existencia de un flujo y reflujo permanente entre la interpretación de los derechos fundamentales y la interpretación del principio Estado de Derecho”².

Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a las personas y los grupos, contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades, los derechos fundamentales y la dignidad humana. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. La legislación en materia de derechos humanos obliga principalmente a los estados a cumplir determinados deberes y les establece ciertas

² FERRAJOLI, Luigi; Los fundamentos de los Derechos fundamentales Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, 2001, pág. 20.

prohibiciones. Desde el punto de vista jurídico, pueden definirse como todos los derechos individuales y colectivos reconocidos por los Estados en sus constituciones y en el derecho internacional.

Los derechos humanos son universales, se aplican de forma igual y sin discriminación a todas las personas. Los mismos pertenecen a todas las personas en todos los lugares. En este sentido, los Estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales.

Los derechos humanos son inalienables: Ninguna persona puede ser despojada de sus derechos humanos. No se puede renunciar a los derechos humanos ni deben suprimirse, salvo en situaciones excepcionales y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, el derecho de una persona a la libertad puede verse restringido si un tribunal la declara culpable de un delito con dicha pena.

Los derechos humanos son interdependientes, interrelacionados e indivisibles: Cada derecho humano está relacionado y depende de otros derechos humanos. Por ello la violación de un derecho afecta al ejercicio de otros. Con fines pedagógicos generalmente se distinguen tres grupos de derechos humanos. Los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos y difusos. Todos los derechos son indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El

avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. Por ejemplo, el disfrute del derecho a la vida presupone la vigencia del derecho a una alimentación y a un nivel de vida adecuados.

Los derechos humanos son no discriminatorios: El derecho a la igualdad y la no discriminación, explícitamente consagrados en los tratados internacionales, son principios esenciales y transversales del derecho internacional de derechos humanos. En cumplimiento de estos principios el Estado debe velar por la vigencia de los derechos humanos sin discriminación por motivo alguno, sea por la nacionalidad, el lugar de residencia, el sexo, el origen nacional o étnico, la pertenencia a una minoría nacional, la posición económica, el nacimiento, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, el color, la raza, la religión, el idioma, la opinión política o cualquier otra condición. La prohibición de la discriminación requiere que las diferencias ante la ley estén basadas en diferencias entre los hechos, sean justificadas de forma razonable, objetiva y observando el principio de proporcionalidad.

4.1.1.1. Las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos.

Aunque en principio cualquier persona o grupo puede cometer abusos a los derechos humanos, en virtud del derecho internacional son los Estados los que asumen obligaciones jurídicas directas en relación al respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Los derechos humanos delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas para la vigencia y disfrute de los derechos humanos. En este sentido, los Estados asumen las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir o limitar el disfrute de los derechos humanos. La obligación de protegerlos exige que los Estados adopten medidas de prevención, investigación y sanción ante abusos de agentes no estatales. La obligación de hacer efectivos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos. A estas obligaciones positivas se aplica el principio de realización progresiva. Por ejemplo, el derecho de toda persona a la salud no supone el garantizar que todas las personas estén sanas, pero si obliga al Estado a que de conformidad con sus respectivas capacidades económicas, tradiciones sociales y culturales y observación de estándares internacionales mínimos, establezca un sistema de salud pública que pueda garantizar el acceso de todos a servicios básicos de salud.

4.1.1.2. La Declaración de Derechos Humanos.

Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y

en todo momento. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 y es considerada el primer reconocimiento universal de que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, y que todos y cada uno de nosotros hemos nacido libres y con igualdad de dignidad y de derechos. Aprobada hace casi 60 años, la DUDH ha sido la sólida base del desarrollo de un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes, su promoción y protección en todo el mundo a lo largo de las últimas seis décadas.

4.1.2. La Libertad Personal.

Los romanos decían: "Libertas est potestas faciendi id quod Jure licet", frase que traducida al español se entiende como "La libertad es la facultad de hacer lo que el derecho permite".

Este concepto fue sin duda analizado por los autores del Pacto de San José de Costa Rica, documento marco en lo que a derechos humanos fundamentales se refiere en nuestros países, el mismo que en el numeral 1 del Art. 7 señala: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal".

Los constituyentes ecuatorianos imbuidos por el espíritu de esta disposición en el numeral 2 del Art. 77 de la Constitución vigente a partir del 20 de octubre del 2008, sacralizaron que:

“Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos”.

Justiniano transcribió en el Digesto el concepto y las palabras similares de Florentino: “La libertad es la facultad de hacer cada uno lo que le plazca, salvo impedírselo la fuerza o el derecho”.

Aún encadenada, la libertad, es tan grande que Gayo la consideraba como el mayor de los bienes: "Libertas ómnibus rebús favorabilior est" cuya traducción fidedigna a nuestra lengua es: “La libertad es la más preciada de las cosas”.

Por lo expuesto, no existe mayor disenso al señalarse que este derecho humano fundamental no puede ser limitado sino en forma absolutamente justificado.

La anulación de la libertad personal, no procede, al menos en una sociedad civilizada, en forma arbitraria. Esto lo consagra el numeral 2 del Art. 7 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José; tan trascendental en materia filosófica es este concepto que, ratificando a su

colega Ulpiano, el mismo Gayo, exclamaba: "Libertas pecunia lui non potest", que significa "la libertad no se puede pagar con dinero".

Cierto es que los piratas sarracenos con los cristianos medioevales y los guerrilleros morunos con los prisioneros de guerra del siglo XX, demostrarían que aquel insigne jurista no siempre acertaba, pero lo esencial para este análisis es precisar que el numeral 3 del Art. 7 del Pacto de San José, complementando lo previo, dice: "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

Ahora bien, recordemos que Paulo, a su vez, expresaba: "Libertas ad tempusdari non potest" que en español se traduce como "La libertad no se puede conceder temporalmente".

Dice en la Constitución de la República, en el numeral 1 del Art. 77, acorde al Pacto de San José, que: No obstante todo lo señalado, en la realidad procesal y como atenuación penitenciaria, se entiende a la libertad personal revocable o en cuotas que representan instituciones como la libertad provisional de los procesados y la libertad condicional de los condenados de ejemplar comportamiento ulterior.

La libertad en nuestro país lamentablemente se suprime, sin respetar los procedimientos previstos en las leyes. En el numeral 5 de Art. 7 de la Convención Interamericana se dispone que: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario

autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

Por obvias consideraciones este postulado guarda relación directa con la el principio constitucional contenido en el numeral 3 del Art. 77 de la Constitución ecuatoriana que dice: “Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio”.

Así mismo, el numeral 5 del citado Art. 77 de la Constitución ecuatoriana, dice: “Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país”.

Pero vamos un poco más allá, en Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la libertad se consagró como Derecho Fundamental y únicamente era susceptible de ser limitada en función del debido proceso.

En esa línea, el numeral 2 del Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos determina: “Desaparecida la esclavitud, al menos en sus formas

más groseras, la libertad personal está garantizada en el orden civil, y es irrenunciable e inalienable”.³

4.1.2.1. La definición de libertad para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, en sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, N.-170, define a la libertad así: “En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones... La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.” Continúa manifestando la Corte que “...este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la

³ Dr. Alfonso Luz Yunes Miércoles, 26 de Mayo del 2015 Recuperado de: www.derechoecuador.com

libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.

Esto nos lleva a la conclusión de que en el ejercicio de la potestad de configuración y de diseño de la política criminal, el legislador puede determinar cuándo es necesario privar de la libertad de manera preventiva a una persona que está siendo investigada y juzgada como posible responsable de haber cometido una conducta punible.

4.1.2.2. Limitación de la libertad personal.

La privación de la libertad personal constituye una limitación, y esa limitación se deriva en la detención y prisión preventiva que en nuestro País es excepcional, así lo consagra el Art. 77 numeral 1 de la Constitución y el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal, que si bien ratifica la vigencia el sistema acusatorio oral.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por el Ecuador, en el Art. 7 numeral 2, refiere: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Nos situamos en el principio de legalidad consagrado en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución, sin ley no hay pena como se pronunció Beccaria en su obra *De Los Delitos y de las Penas*, conocido como el principio “*Nullumcrimene sine lege*”. “Entendido está que la

regla es la libertad y su excepción la privación, la que debe ser aplicada dentro de un contexto racional y no absoluto, fundamentada en motivos relacionados al caso concreto y a ciertas características personales del imputado que no pueden dejar de ser valoradas sin que esto equivalga a un etiquetamiento”.⁴

4.1.3. Derecho Procesal Penal.

El Derecho procesal penal es el conjunto de normas jurídicas correspondientes al derecho público interno que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin entre el estado y los particulares tiene un carácter primordial como un estudio de una justa e imparcial administración de justicia: la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso y con el propósito de preservar el orden social. El derecho procesal penal busca objetivos claramente concernientes al orden público.

En nuestro país, el procedimiento penal se encuentra contenido en el segundo libro del Código Orgánico Integral, en este acápite jurídico se establecen todos los procedimientos contemplados en el anterior Código de Procedimiento Penal.

4.1.3.1. Proceso Penal.

Desde el punto de vista objetivo, externo y estático, cuando se analiza ese

⁴ Gabriel Nardiello, La Prisión Procesal.- Buenos Aires. Impreso en ABRN Producciones Gráficas, Año 2007. pág. 29.

instrumento estatal en conjunto y en sus distintas fases, el proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.

El Estado se interesa por la sanción de hechos calificados como delitos o faltas en la ley penal, pues, como representante de la sociedad, su deber es velar por la tranquilidad y seguridad de la comunidad. Como el Estado en el proceso penal es titular de la pretensión y tiene a su vez la potestad de sancionar, no puede hacerlo directamente; tiene que someter su pretensión a los órganos jurisdiccionales. La palabra proceso viene de la voz latina ***procedere***, que significa *avanzar en un camino hacia determinado fin*. Precisamente el proceso penal es el camino por recorrer entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción. El proceso penal es el conjunto de actos previos a la aplicación de una sanción, realizados exclusivamente por los órganos jurisdiccionales. El proceso penal comprende un conjunto de actos consecutivos y concatenados generados por la comisión de un hecho punible y dirigido a un fin: la aplicación de la sanción.

4.1.3.2. Investigación Previa.

Es el conjunto de actividades investigativas que se desarrollan en el tiempo anterior al inicio de la Instrucción Fiscal, tiene objetivos y características

reguladas por el ordenamiento jurídico, y debe ser explotada al máximo por el funcionario investigador ya que de los resultados que se obtengan dependerá el inicio o no de un proceso por parte del Ministerio Público en contra del presunto infractor.

Comprende los actos investigativos que se deben realizar una vez que se conozca la existencia de un hecho punible, constituye el momento en que se inicia la custodia de los objetos e instrumentos del delito, así como las de las diligencias tendentes a identificar a sus partícipes pues a través de la misma se pretende determinar:

- Si la conducta investigada es delictuosa.
- Las circunstancias o móviles de la perpetración.
- La identidad del autor o partícipe y de la víctima; y,
- La existencia del daño causado.

4.1.3.3. El Fiscal.

Del latín *fiscalis*, fiscal es un adjetivo que hace referencia a lo vinculado al fisco, el tesoro público o el grupo de las entidades públicas dedicadas a recaudar impuestos. El fiscal, por lo tanto, puede ser el ministro que se dedica a cuidar e impulsar los asuntos de interés para el fisco.

El fiscal también es el sujeto que actúa como representante del ministerio público en un tribunal.

Un fiscal, por lo tanto, es un funcionario público que dirige la pesquisa criminal y el desarrollo de las acciones penales de carácter público. La ley fija su territorio de acción, sus funciones específicas y sus turnos de trabajo. Por lo general, el fiscal está en condiciones de dar órdenes particulares a las fuerzas policiales. Este funcionario debe ejercer sus funciones de manera objetiva y dentro de lo enmarcado por la legislación, con autonomía e independencia.

4.1.3.4. La Prisión Preventiva.

La prisión preventiva es la privación de libertad de una persona, ordenada por el juez, en establecimiento distinto a los de los condenados, con el objeto de asegurar su presencia en juicio o para evitar la obstaculización de la verdad. El encarcelado preventivamente deberá serlo en las condiciones indicadas en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal.

La prisión provisional o prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal.

Cuando se dicta la prisión provisional, el imputado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión, durante la investigación criminal, hasta la

celebración del juicio.

“La prisión provisional o prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal”.⁵

La prisión preventiva según el tratadista Ossorio, la define como: “Medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Como esta precaución es contraria en cierto modo al principio de que toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario”.⁶

Es decir que su adopción requiere determinadas condiciones de apreciación conjunta, sin las cuales la medida resultaría ilegal. Son ellas que la existencia del delito esté justificada cuando menos por semiplena prueba; que el detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndoselo además impuesto de la causa de su prisión; que haya indicios suficientes para creer al imputado responsable del hecho. El juez podrá decretar la libertad provisional del encausado en los casos y en la forma que la ley determine.

⁵ www.wikipedia.org/wiki.

⁶ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Eliasta, Ed. 27°, Buenos Aires, p. 797

La prisión preventiva es contraria al principio democrático de la presunción de inocencia, puesto que pena al acusado aún antes de que se haya demostrado su culpabilidad, siendo imposible de reparar el daño que se le cause en el caso de que finalmente sea declarado inocente. Dicho daño puede referirse a la imagen, reputación, vida laboral y privada de los imputados. En determinados países se abusa de esta medida cautelar, tanto en el número de presos como en la duración de la misma.

La prisión preventiva, institución prevista por nuestras normas constitucionales, es una institución jurídica que ha sido estudiada tradicionalmente incluyéndosela en el rubro de la pena de prisión sin concedérsele la importancia necesaria; por ello, los tratadistas de esta materia generalmente omiten su análisis, máxime que durante la Edad Media no tenía importancia jurídico-penal por ser sólo la sala de espera de las penas.

4.1.3.5. La Prisión.

Del latín ***prehensio-onis***, que significa *detención* por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad.

En ocasiones se confunden los términos prisión y cárcel; sin embargo, este último concepto es anterior en tiempo ya que con él se designó histórica y técnicamente al edificio en que se alojaba a los procesados, mientras que presidio, prisión o penitenciaría es un lugar destinado a sentenciados o condenados a una pena de privación de la libertad.

Entendamos prisión como privación de la libertad, y por prisión preventiva a la privación de la libertad que sufre quien no ha sido sentenciado, sentencia que bien puede ser tanto absolutoria como condenatoria. Es de carácter preventivo porque tiene por objeto asegurar la presencia del procesado evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza de la pena privativa de la libertad mediante la sentencia, que en caso de ser condenatoria sólo prolongará la detención en el tiempo. La prisión preventiva no se considera propiamente una pena, pero sin embargo, constituye una auténtica privación de uno de los derechos más sagrados del hombre, su libertad, que frecuentemente se prolonga por años y que en caso de condena se computa incluyéndola en el tiempo de prisión impuesto, pero que en caso de absolución representa una violación de elementales derechos humanos irrecuperable.

Tal comentario es bastante criticable en sus dos aspectos político-criminales. En primer lugar, segregar a una persona por la supuesta peligrosidad futura es absurdo tanto por lo impreciso e inseguro del término "peligrosidad" como por la dificultad objetiva de emitir un juicio de peligrosidad que no es más que un juicio de probabilidad. Asimismo, segregar por peligrosidad implica desligarse del "hecho" supuestamente cometido, lo que implica una privación de derechos fundada en un derecho de autor, es decir, fundada en lo que el autor "es", no en lo que "hace", derecho de autor atentatorio del principio de legalidad. El segundo argumento para justificar la segregación consiste en facilitar al acusador el acopio de pruebas, difícil si el acusado estuviera en libertad. Tal argumento atenta contra el principio de igualdad de las partes en el proceso y contra el derecho de defensa, colocando así al acusado en un

plano de inferioridad respecto de la otra parte, violatorio de derechos humanos ya que el privado de su libertad no podrá ofrecer pruebas.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Los Derecho Humanos en el Ámbito Nacional e Internacional.

Siguiendo el pensamiento de Willman Ruperb Duran Ribera⁷, puedo decir que bajo la expresión "derechos fundamentales" podemos ubicarnos a los derechos garantizados por la Constitución, reservando la expresión "derechos humanos" a los derechos garantizados por normas internacionales.

Los derechos reconocidos, otorgados y garantizados por la Constitución tienen como fuente de producción al legislador constituyente; mientras que los consignados en tratados internacionales, a los Estados y organismos internacionales. Los dos ordenamientos son derechos positivos, que buscan salvaguardar algunos valores, que moral y políticamente son básicos para la convivencia humana.

4.2.2. Clasificación de los Derechos Fundamentales.

Las normas constitucionales que se ocupan de los derechos fundamentales, en los distintos Estados, no son homogéneas en su contenido ni en su clasificación; pues, cada Estado procura guardar correspondencia con su índole; pero, se puede apreciar un núcleo de derechos reconocidos en casi todas las constituciones. Se dan casos excepcionales, que se reconocen como derechos constitucionales, derechos difícilmente calificables como tales

⁷ DURÁN Ribera, William Ruperb, Los derechos Fundamentales, pág. 284.

en otros contextos, citando como ejemplos emblemáticos: el derecho a la tenencia de armas previsto en la enmienda II de la Constitución de los Estados Unidos y el derecho a dictar libre testamento, previsto en el Art. 22 de la Constitución de El Salvador.

López Guerra, considera que existe una base común de la cual parten todas las constituciones de nuestra órbita de cultura: “la ordenación jurídica de la libertad”⁸. Por lo que considero que la libertad es el referente central, bóveda del fundamento de los derechos fundamentales, al que apoyan, completan y matizan los otros valores: Igualdad, seguridad jurídica y solidaridad.

Según esta teoría, la categoría funcional de la libertad permite desarrollar las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida de la persona en sociedad. Pues, según afirma Hesse Conrado y otros, “la Libertad del individuo sólo puede darse en una comunidad libre; y viceversa, esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir sobre sí mismos, sobre sus propios asuntos y para colaborar responsablemente en la sociedad públicamente constituida como comunidad”⁹.

Por su función, la doctrina clasifica a los derechos fundamentales de la siguiente manera, haciendo notar que ello no implica reconocer categoría de superioridad o inferioridad, pues todos tienen igual importancia:

⁸ LÓPEZ Guerra Luis, Introducción al Derecho Constitucional, Editorial TIRANT LO BLANCH, pág. 54

⁹ HESSE Conrado y otros, Manual de Derecho Constitucional, Editado en MADRID 1996, pág. 87.

Derechos civiles, garantizan determinados ámbitos de libertad, de actuación de la persona, en los que les está vedado al Estado intervenir. En su origen estos derechos constituían la libertad personal y la propiedad, modernamente se consideran como derechos civiles: a la libertad de expresión, asociación, al trabajo, al comercio, industria u otra actividad lícita, a enseñar, libertad de locomoción, a la propiedad privada, a la integridad física y a la vida.

Derechos políticos, llamados también derechos de participación como: derecho al sufragio, derecho de acceso a los cargos públicos, derecho de petición.

Derechos sociales o de prestación que buscan garantizar la vida del ser humano en dignidad, como el derecho a la seguridad social, a la educación, a una remuneración justa por el trabajo.

Derechos difusos o de tercera generación, como el derecho al medio ambiente, a un entorno sano y al patrimonio cultural, que se identifican como colectivos.

Es indudable que el reconocimiento de los derechos fundamentales en los textos constitucionales es ya un logro, pero, como dice López Guerra “sólo cobra sentido si se dan unas condiciones materiales previas”. Si los derechos logran eficacia en la vida, de qué le sirve a la persona ser titular de un derecho, si de hecho pesa sobre él un límite que no le permite ser titular de ese derecho, como por ejemplo la pobreza, el analfabetismo.

4.2.3. Derecho Procesal Penal.

Binder Alberto M., define el Derecho Procesal Penal de la siguiente manera:

"a). El Derecho Procesal Penal en sentido objetivo en el conjunto de normas jurídicas contenidas en la ley positiva que regulan el proceso penal, tanto el de cognición como el de ejecución y el que se refiere a los restantes objetos que hemos mencionado en el párrafo anterior.

En cuanto a la organización y funcionamiento de los tribunales, incluyendo, desde luego, las reglas sobre la fijación y determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales, no se duda que son materias que forman parte del Derecho Procesal Penal concebido en sentido lato.

b). Es posible construir una definición del Derecho Procesal Penal en sentido estricto que contemple no solamente los objetivos principales, sino también los otros que he enumerado.

Conforme a esas ideas será Derecho Procesal Penal el que establece las normas sobre los sujetos del proceso penal y sus capacidades, regula los objetos del mismo y señala los requisitos como los actos procesales penales y su eficacia.

c) En sentido doctrinal o científico, Derecho Procesal Penal, es la disciplina que expone, analiza y critica las normas componentes de esta rama jurídica”¹⁰.

Eugenio Florián lo hace de la siguiente manera:

“Es el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran. El proceso consta de un complejo de actos, pero tanto el conjunto de los mismos, como cada una de ellos individualmente deben ser disciplinados por normas jurídicas, las cuales, contenidas en el Código de Procedimiento Penal y excepcionalmente en “leyes especiales”, constituyen el derecho procesal penal.¹¹”

Guillermo Colín Sánchez, define al derecho procesal penal con las siguientes palabras: "El conjunto de normas que regulan y determinan los actos, las formas y las formalidades que deben observarse durante el procedimiento, para hacer factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo"¹².

Vicenzo Manzini elabora la siguiente definición sobre este tema:

"A promover, asegurar y disciplinar esta intervención decisiva de la jurisdicción penal, esta garantía de justicia y libertad, reconocida por el Estado, mediante una auto limitación de los propios poderes soberanos, para la tutela de los

¹⁰ BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2° Edición 2002, pág 203 -204.

¹¹ FLORIAN, Eugenio, Elementos del Derecho Procesal Penal, Barcelona:Bosh, pág, 234.

¹² SÁNCHEZ, Guillermo Colín, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial: Porrúa, 1997, pág. 156.

intereses individuales, y a regular y garantizar la ejecución de las cosas juzgadas, provee un particular cuerpo de normas jurídicas que constituyen el llamado derecho penal "formal, esto es el "procedimiento penal", o mejor, el "derecho procesal penal", cuya construcción y exposición sistemática constituyen la ciencia del derecho procesal penal"¹³.

El derecho procesal penal es, por tanto, aquel conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el derecho penal sustantivo.

Por lo tanto, el Derecho Procesal Penal, es la ciencia que se encarga de orientar y disciplinar el amplio campo de la jurisdicción y de la competencia de los jueces; del ejercicio de la acción; de las pruebas que pueden introducirse en el proceso para comprobar la existencia del delito y la responsabilidad del infractor; del proceso que debe seguirse para hacer efectiva la pretensión penal del Estado; y, la forma como deben ejecutarse las penas impuestas a los infractores.

4.2.3.1. El Proceso Penal.

Origen Etimológico: Clariá Olmedo Jorge A, y otros tratadistas están de acuerdo con el significado etimológico del término proceso, *processus*, que

¹³ MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. Pág. 68

se deriva de ***procedere***, que significa *proceder*, avanzar, caminar hacia delante, encaminarse hacia una meta determinada”¹⁴.

4.2.3.2. La finalidad del proceso.

Para hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado es necesario que los jueces recorran ese largo y doloroso camino del proceso penal previsto en la ley adjetiva correspondiente. Pero el proceso penal no es un camino a campo traviesa, sino un sendero preciso que hay que seguir, con normas de comportamiento que deben respetar los diversos sujetos procesales, a fin de que se arribe a la meta sin violar determinadas garantías, como el derecho de defensa, por ejemplo.

Los autores españoles, L. Prieto-Castro y Ferrandiz y Eduardo Gutiérrez de Caabiedes, definen el proceso como el... "medio instrumental que han de usar los tribunales que ejercen la jurisdicción para hacer efectivo el derecho a la justicia, ahora penal, que corresponde al Estado, en su modalidad de derecho de castigar a los sujetos responsables de hechos y omisiones tipificados y sancionados en el Código Orgánico Integral Penal o en otras leyes de carácter también penal.

El proceso penal puede ser definido en términos análogos al civil contemplando su fin específico y diferenciador. Es el conjunto de actividades reguladas por el derecho procesal penal que realizan el tribunal y las partes,

¹⁴ CLARIÁ Olmedo Jorge A y otros, Tratado del Derecho Procesal Penal, Edición Ediar, 1960, pág. 90.

en virtud de la petición de otorgamiento de justicia dirigida a la jurisdicción para lograr la sentencia o acto por el cual se realice el derecho de defensa del orden jurídico público, que implica la efectividad del derecho de castigar (ius puniendi) del Estado.¹⁵

Es decir que el proceso penal es el conjunto de los actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal penal, cumplidos por sujetos públicos o privados, competentes autorizados, a los fines del ejercicio de la jurisdicción penal, en orden a la pretensión punitiva hecha valer mediante la acción o en orden a otra cuestión legítimamente presentada al juez penal, constituye la actividad judicial progresiva que es el proceso penal.

Mario A. Oderigo dice “palabra más, palabra menos, todo el mundo está de acuerdo en lo que acabamos de decir: que el proceso es un conjunto de actos, progresivo y metódico, cuya finalidad consiste en la realización del derecho material, mediante su declaración en la sentencia; pero, la inquietud intelectual de los juristas no les ha permitido conformarse con esa idea y los ha impulsado a calar más hondo, procurando desenfrenar su naturaleza”¹⁶.

Entonces puedo manifestar que proceso penal es un conjunto de actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto; dicho en otros términos, de definir la relación

¹⁵ SENTÍS, Melendo Santiago, “La obra procesal del Prieto-Castro”, en Estudios de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1967, II, pp. 233-248.

¹⁶ ODERIGO, Mario A, Derecho Procesal Penal, 2ª Edición, Buenos Aires:Depalma 1980.pág. 59.

jurídica penal concreta y, eventualmente, las "relaciones jurídicas secundarias conexas.

Por lo tanto, en base de los criterios transcritos, puedo definir el proceso como el conjunto de actos y actividades o de formas, reguladas por el Derecho Procesal Penal, que llevan adelante los órganos jurisdiccionales respectivos, con el propósito de aplicar el derecho penal sustantivo.

4.2.3.3. La Naturaleza del Proceso Penal.

Esta teoría, como su nombre lo indica, sostiene que el proceso implica un contrato entre las partes, cuya cláusula principal obliga al actor y al demandado a aceptar el fallo del juez, La teoría ha sido desechada, porque en el proceso civil contencioso, el demandado concurre a contestar la acción y la pretensión del actor, en forma obligada, contra su voluntad. Si eso es cierto en el campo civil, con mayor razón en el campo penal, en donde no puede haber jamás un acuerdo previo entre el infractor y la víctima, a fin de concurrir ante un juez para que declare el derecho.

4.2.3.4. Teoría de la relación jurídica:

Cuando se lee el Código Orgánico Integral Penal, encontramos primero, las normas reguladoras de la jurisdicción y de la competencia de los jueces y tribunales encargados de la administración de justicia; luego, las disposiciones que regulan la intervención obligatoria de los representantes del Ministerio Público, en los juicios por delitos perseguibles de oficio; más adelante

tenemos la obligación del encausado de concurrir al proceso, en base de ciertas garantías de imparcialidad judicial y de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa; y por último, encontramos la facultad que se concede al ofendido directo con el delito para que se presente como acusador particular y ejerza su pretensión civil y penal dentro del juicio, de acuerdo con ciertas condiciones y obligaciones como la de impulsar la marcha del proceso y formalizar la acusación particular en su momento oportuno.

De esta serie de obligaciones y derechos de los diversos sujetos procesales, surge una especie de interacción jurídica o relación jurídica, que según Oscar Bullow, Benthan y Holwey, constituye la esencia de la naturaleza del proceso, tanto en el campo civil como en el campo penal, teoría que es aceptada y defendida por la mayoría de los tratadistas, aun cuando hay múltiples variaciones, como la teoría de la situación jurídica, la teoría del complejo de resoluciones y la teoría de la institución, que para algunos sectores no tienen trascendencia, porque al fin y al cabo, lo único que prevalece es la imposición del derecho del Estado a sancionar la violación de su estructura jurídica, de acuerdo al derecho penal sustantivo y adjetivo, previamente establecidos.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. Constitución del Ecuador.

4.3.1.1. Sección octava - Personas privadas de libertad

Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.

La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.

Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.

Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.

La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.

Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.

Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia.

Se puede manifestar que en el Art. 51 que habla de las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión gozan de todos los derechos humanos reconocidos en las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, sin perjuicio de las restricciones a ciertos derechos que son inevitables durante su reclusión.

El Estado debe garantizar el respeto a su dignidad en las mismas condiciones que las personas no reclusas. Para lograrlo las instituciones del Estado deben realizar ciertas acciones que garanticen que las personas reclusas gocen de los derechos de que no han sido privadas por la reclusión y también tienen que evitar realizar actos que puedan resultar en violaciones a derechos humanos.

4.3.1.2. Capítulo Sexto - Derechos de libertad.

Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

...14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por juez competente.

Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.

Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados.

El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

El derecho a la libertad de contratación.

El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección.

La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

El derecho a la intimidad personal y familiar.

El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; esta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen.

Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.

Análisis:

Es decir que en la Constitución de la República declare que "sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza la inviolabilidad del domicilio... la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia... la libertad y seguridad personales..., etc.

Pero esas garantías individuales pueden ser vulneradas en forma muy fácil por las propias autoridades o por cualquier persona, razón por la cual surge el Código Orgánico Integral Penal, en donde se describe la conducta violatoria

de aquellos preceptos constitucionales y se señala la pena que ha de imponerse a quien cometa la acción punible antes indicada.

Pero el Estado no puede imponer, en forma automática, instantánea y directa, las penas previstas en el Código Orgánico de Integral Penal, motivo por el cual ha organizado la Función Judicial, encargada de juzgar al infractor y de hacer ejecutar lo juzgado, mediante un proceso penal regulado por las normas; generales del derecho procesal penal. Numerales 14, 15, 20, 21 Y 22 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. La Protección de los Derechos Fundamentales en el Ecuador.

La protección de los derechos fundamentales, en la Constitución ecuatoriana está prevista, Título III, Capítulo III, sección segunda a la sección séptima, desde el Art. 88 al 94 que se relacionan con la Acción de protección, acción de habeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de habeas data, acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección y la Defensoría pública en sus Arts. 191 al 193; así como con la competencia asignada a la Corte Constitucional acorde a lo previsto en los Arts. 429 al 440; los desarrollos secundarios los encontramos en la Ley Orgánica del Control Constitucional y su Reglamento y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, sin olvidar, desde luego la protección especial que a través del Código Orgánico Integral Penal da el Estado a los bienes jurídicos por el protegidos y que se relacionan con los derechos fundamentales.

Análisis:

Puedo manifestar que Roberto Bobbio, en su obra "el Problema del Derecho y la Paz", editada en Barcelona en 1982, graficó magistralmente la importancia de la protección de los derechos expresando: "el problema de los derechos humanos no es fundamentarlos sin realizarlos o protegerlos"¹⁷.

Efectivamente, un derecho, cualesquiera que este sea, se convertirá en un mero enunciado si el titular no puede acceder a los tribunales reclamando el cese de la amenaza, la restricción o la supresión del derecho invocado como lesionado. De ahí que la doctrina preconice sobre la existencia de un derecho fundamental de acceso a los tribunales. Es que no basta que la constitución reconozca los derechos fundamentales, que existan leyes que regulen su ejercicio, si sus titulares no disponen de medios también constitucionales para ejercerlos efectivamente, atacando, si es necesario, la arbitrariedad de las autoridades y los particulares.

4.3.3. Investigación Previa.

Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el Fiscal con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.

¹⁷ BOBBIO, Roberto obra "el Problema del Derecho y la Paz", editada en Barcelona en 1982, pág. 35.

Si durante la investigación previa tuvieren que adoptarse medidas para las cuales se requiera de autorización judicial, el Fiscal deberá previamente obtenerla. La investigación previa en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años durará hasta un año; en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años durará hasta dos años; y, en los casos de desaparición de personas, no se podrá concluir la investigación hasta que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente, fecha desde la cual empezarán los plazos de prescripción.

Si la o el fiscal considera que el acto no constituye delito o no cuenta con los elementos de convicción suficientes para formular cargos podrá dar por terminada la investigación incluso antes del cumplimiento de estos plazos, mediante el requerimiento de archivo.

Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial para el esclarecimiento del delito durante la investigación previa, se mantendrán en reserva del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido y de las personas a las cuales se investiga de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones. Los fiscales, los investigadores, los jueces, el personal policial y los demás funcionarios que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Orgánico de Integral Penal.

4.3.3.1. Finalidad.

La investigación previa tiene por objeto reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.

Así mismo, tiene por finalidad determinar si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos.

4.3.3.2. Quienes intervienen en la misma.

Comprende una serie de actividades no formales, no procesales, de orden eminentemente técnico investigativo. Aquí interviene fiscal, con la cooperación del personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o del personal competente en materia de tránsito.

4.3.3.3. Características.

Establece si la investigación debe proseguir o no;

Constituye elemento esencial y básico de la etapa de instrucción o del juicio;

Tiene el carácter de integral; y,

La información es reservada, pero el defensor puede conocerla al momento que el sospechoso va a rendir su versión.

4.3.3.4. Tiempo de duración.

La investigación previa no podrá superar los siguientes plazos, contados desde la fecha de su inicio:

1. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años durará hasta un año.
2. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años durará hasta dos años.
3. En los casos de desaparición de personas, no se podrá concluir la investigación hasta que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente, fecha desde la cual empezarán los plazos de prescripción.

4.3.3.5. Término de la Investigación Previa.

Si la o el fiscal considera que el acto no constituye delito o no cuenta con los elementos de convicción suficientes para formular cargos podrá dar por terminada la investigación incluso antes del cumplimiento de estos plazos, mediante el requerimiento de archivo.

Transcurridos los plazos señalados, de no contar con los elementos necesarios para formular cargos, la o el fiscal, en el plazo de diez días, solicitará el archivo del caso, sin perjuicio de solicitar su reapertura cuando aparezcan nuevos elementos siempre que no esté prescrita la acción. La o el fiscal solicitará a la o al juzgador el archivo de la investigación.

4.3.3.6. Atribuciones del Fiscal.

El Fiscal dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa.

El Fiscal tiene las siguientes funciones:

1. Organizar y dirigir el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses.
2. Dirigir el Sistema de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso.
3. Expedir en coordinación con las entidades que apoyan al Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o con el organismo competente en materia de tránsito, los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones investigativas.

4. Garantizar la intervención de fiscales especializados en delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas y adultos mayores y, en las materias pertinentes que, por sus particularidades, requieren una mayor protección.

4.3.4. Medidas Cautelares.

En el proceso penal el Juez puede ordenar medidas con las que trata de asegurar el correcto desarrollo del proceso, y también que la persona acusada esté a disposición del Juez el tiempo necesario para investigar el delito. A estas medidas se las denomina cautelares.

El juez sólo puede adoptar estas medidas si existe algún riesgo o circunstancia que pueda poner en peligro o frustrar el desarrollo del proceso penal. En cualquier caso, un abogado podrá ofrecer asesoramiento sobre todas estas cuestiones a la vista de las peculiaridades que presente cada supuesto concreto.

4.3.4.1. Tipos de Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares pueden ser de dos tipos, personales o reales, según limiten la libertad de la persona, o la disponibilidad sobre sus bienes, respectivamente.

El juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en el Código Orgánico Integral Penal, con los siguientes fines:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

Así tenemos las siguientes:

Personales:

Con ellas se limita la libertad individual de la persona y son las siguientes:

1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.

4. Dispositivo de vigilancia electrónica.

5. Detención.

6. Prisión preventiva.

A fin de que puedan adoptarse estas medidas, es necesario que conste la existencia del delito y de una persona como probable responsable del mismo, además de una actitud sospechosa en éste y el temor de que, con su conducta, pueda impedir el desarrollo normal del proceso (por ejemplo, si se esconde o huye).

Si una vez adoptadas estas medidas, cambian las condiciones que motivaron su adopción, se podrán modificar o incluso dejar sin efecto.

Reales.

Son aquellas medidas destinadas a asegurar el cumplimiento de los contenidos económicos que pueden figurar en la sentencia penal.

Las medidas cautelares reales son cuatro:

1. El secuestro

2. Incautación

3. La retención

4. La prohibición de enajenar.

Una vez ordenadas las medidas se inscribirán obligatoriamente y en forma gratuita en los registros respectivos.

4.3.5. Ineficacia de las 24 horas de detención provisional con fines investigativos.

Uno de los mitos más acendrados en la Policía Nacional, en el periodismo y en la ciudadanía en general es que el problema para enfrentar la delincuencia es que las leyes son muy blandas y no permiten detener y sancionar severamente a los infractores.

Claro nos dirán muchos policías sufridos por la experiencia de la calle: la vida real es muy diferente de lo que dicen los códigos, y los problemas abundan. Tenemos dificultades para encontrar a los delincuentes in fraganti por falta de personal y tecnología; tienen Abogados habilidosos que dificultan las pruebas; los jueces no colaboran y terminan liberándolos, no valorando nuestros atestados, existe lentitud en los trámites procesales, falta de dedicación y responsabilidad del personal, etc.

De acuerdo todos puntos muy válidos y que merecen ser discutidos con seriedad. El asunto es claro: el problema no es que falten normas severas para castigar el delito. El problema sería más bien que por distintas razones,

incluido el puro y simple desconocimiento, estas no se llegan a aplicar. Centremos la discusión en el lugar que corresponde; no nos llevemos a error con soluciones que no lo son.

Ahora que pasaría si se logra que las normas se apliquen y los delincuentes vayan masivamente a las cárceles; con las cárceles que tenemos y la rehabilitación que allí se les da, menudo problema. Volvemos a nuestra tercera tesis: no hay soluciones fáciles, se trata de un problema complejo, causado por una multiplicidad de factores y que requiere ser enfrentado en consecuencia y sin esperar milagros de la noche a la mañana.

Dicha ineficacia fiscal y judicial se debe a que existe lentitud en los trámites procesales, esto lo comprobaré en base a las encuestas que serán aplicadas, las mismas que se detallan más adelante; también creo que la corrupción y el arduo enriquecimiento, hace presa fácil a estos entes jurídicos; y, otra causa que se evidencia es la falta de denuncia de la parte afectada, que en la mayoría de los casos no la efectúan por miedo a represalias.

4.3.5.1. Causas.

Administración de Justicia lenta e ineficiente en los trámites procesales.

No se cumple con responsabilidad las funciones del personal encargadas de los trámites procesales.

Corrupción de quienes Administran Justicia.

Policía Judicial no cuenta con los recursos necesarios.

Falta de denuncia de la parte afectada, por miedo a represalias.

4.3.5.2. Efectos.

Puesta en libertad de las personas que han sido detenidas, por presuntos actores del cometimiento de un delito, el mismo que no ha sido comprobado.

Violación de derechos y garantías fundamentales como la libertad y la inocencia.

Detención injusta de personas.

Fuga del presunto autor del delito.

4.3.5.3. La Prisión Provisional.

Únicamente se puede adoptar durante el desarrollo de un proceso penal. Con esta medida se priva de libertad al sujeto al que se le imputa la comisión de un delito con la finalidad de que puedan aplicarse de forma efectiva las leyes penales. Por su parte, una vez que el detenido es puesto a disposición del Juez o Tribunal, sólo se podrá ordenar su prisión provisional a solicitud del Ministerio Fiscal o la acusación particular.

Para que un Juzgado o Tribunal pueda decretar la medida de prisión provisional, es necesario que conste la existencia de un delito e indicios suficientes para considerar que la persona detenida es la responsable del mismo. Además, es necesario que el delito que se le impute lleve aparejada una pena superior a prisión mayor o que el Juez considere necesario su ingreso en prisión por cuestiones tales como los antecedentes del detenido sus circunstancias personales y las del hecho delictivo.

La persona que se encuentre en situación de prisión provisional tiene derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria prestándole la debida atención.

El actual Código Orgánico Integral Penal, en el establecimiento del procedimiento penal ordinario se encuentra dividido en tres etapas. La primera que le corresponde al fiscal, la segunda a los jueces penales y la tercera la etapa propiamente de juicio, y resolver el proceso mediante sentencia a los Tribunales Penales.

En esta materia de carácter procesal hay la continuación de la concepción clásica del derecho penal con las innovaciones del causalismo y de la consideración criminológica positivista, que asoma con la creación del Instituto Criminológico. El desarrollo del Sistema Jurídico Penal, Sustantivo y Procesal, ha tenido como base la concepción liberal del Estado, desde los primeros Códigos Sustantivos y Adjetivo que han regulado la justicia Penal del País.

Tal tendencia ideológica, identificada con el proceso de formación de la República y los diversos instantes históricos, con respecto a la estructura jurídica del delito, como infracción de la Ley del Estado, ha entregado singular valor al daño que el hecho produce, en relación con el significado que puede tener el sujeto delito, quien por principio es capaz para asignarle la realización del hecho, y por excepción no lo es, en cuyo caso, es a él a quién corresponde probar.

Tanto el cometimiento del delito como la de la determinación de la pena, están dentro de una tendencia eminentemente individualista.

El Sistema Jurídico Penal vigente, es expresión del desarrollo histórico y mantiene los mismos lineamientos. Dentro de una estricta técnica procesal, la estructura ecuatoriana cuenta con las dos corrientes predominantes; El Sistema Inquisitivo en el Sumario, y el Sistema Acusatorio en el Plenario.

4.3.5.4. Análisis Crítico.

Si a través de los tiempos modernos se ha tratado de regular las penas y sanciones en contra de los delitos cometidos por antisociales y con el propósito de humanizar las penas, no se ha conseguido resultados positivos, en lo concerniente a disminuir la cantidad de delitos perpetrados en contra de una sociedad entera afectada en sus bienes y hasta su propia vida que es la dádiva de Dios.

La gravedad de una falta es menor a la de un delito, las penas que se imponen por las mismas suelen ser menos graves que las de los delitos, y se intenta evitar las penas privativas de libertad en favor de otras, como las penas pecuniarias o las de privaciones de derechos.

El Régimen Penal Ecuatoriano, básicamente tiene como sectores a los tres tradicionales poderes del Estado: Judicial, Ejecutivo y Legislativo; a la policía y la población. El policial, judicial y ejecutivo, son 3 grupos humanos que convergen en la actividad institucionalizada del sistema, que tienen un predominio determinado en cada una de las etapas cronológicas del sistema, pero pueden seguir actuando o interfiriendo en las restantes.

Hoy en día, hay una tendencia a disminuir masivamente la intervención del sector judicial, y en general, el poder ejecutivo del Estado es quien domina el sistema penal. Los Legisladores son los que dan pautas de configuración al sistema y el público que ejerce junto con el sector policial, un poder selectivo importantísimo, pues solo con una denuncia pone en marcha al sistema, Cuando el público se retrae, las denuncias paran y el sistema se ve impedido de criminalizar más personas. En cuanto a relación con el público, los medios masivos de comunicación juegan un papel importante para la impresión que tiene el público sobre el fenómeno criminal de una sociedad, lo que recaerá en sus denuncias.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. Argentina.

En las últimas dos décadas, la situación carcelaria en la Argentina ha sido minuciosamente analizada y debatida, en buena medida debido al incremento de la población detenida y a la visibilización de las pésimas condiciones de encierro. Entre 1996 y 2010, la población privada de su libertad en las unidades penitenciarias de todo el país pasó de 25.000 a 60.000, y la tasa de encarcelamiento llegó a 146 personas cada 100.000 habitantes (SNEEP 2010).

En la provincia de Buenos Aires, el incremento fue especialmente notorio: entre 2000 y 2010, las personas detenidas en establecimientos del Servicio Penitenciario Bonaerense aumentaron de 15.000 a 27.000. En Córdoba se pasó de 4.200 detenidos a 6.000; en Mendoza de 2.000 a 2.600 y en Santa Fe de 1.800 a 2.600. Con registros más completos en el tiempo, se puede constatar que las diversas unidades del Servicio Penitenciario Federal alojaban 2.400 personas en 1984, 4.400 en 1990, 7.200 en 2000 y 9.500 en 2010. Tan significativo como el aumento es el hecho de que más de la mitad de las personas encarceladas no están condenadas sino procesadas.

La discusión en torno a cómo conceptualizar a la prisión preventiva, cómo caracterizar su uso y cómo atender la variedad de situaciones de las que es a la vez síntoma y causa recorre ámbitos académicos, institucionales y políticos.

Ya se la conciba con una herramienta de política criminal o como una medida cautelar para asegurar el debido proceso, es imposible desconocer los efectos sustantivos y concretos de su utilización. Las cifras de personas detenidas, así como su origen social constituyen un elemento más que evidencia la selectividad y la discrecionalidad con que opera el sistema penal.

Puesto que se aplica a personas cuya culpabilidad aún no está establecida, la detención preventiva interpela a la sociedad en su conjunto pero muy especialmente a los ámbitos judiciales y legislativos que la aplican y la regulan. Las tensiones entre las perspectivas de “ley y orden” y de “debido proceso” parecieran dominar todos los debates y establecer contradictorios parámetros de evaluación y de desempeño para cualquier iniciativa. A ello se suman también las interpretaciones harto divergentes de qué significan los indicadores que muestra el sistema penal.

Las discusiones en torno a la prisión preventiva transcurren en un escenario político donde ciertos actores y grupos de interés abogan por un endurecimiento del tratamiento de todo lo vinculado con la delincuencia. Ya no es sólo cuestión de alentar la “mano dura” frente a la inseguridad, sino también de promover una indiferencia dolosa en relación al encierro y a las problemáticas del encarcelamiento. Desde esta perspectiva se soslayan las discusiones respecto a la violación de derechos de las personas detenidas, y sobre el impacto y racionalidad del énfasis en el encierro como única respuesta a la inseguridad.

Así, la atención al intrincado fenómeno de la prisión preventiva ha tendido a perder protagonismo frente a debates más estructurales de las políticas criminales y de seguridad. La preocupación por resolver un problema básico y grave de violación de derechos humanos ha perdido terreno frente a infructuosas discusiones mediáticas sobre la necesidad y conveniencia de endurecer las políticas de seguridad o, en el mejor de los casos, sobre cómo compatibilizar el despliegue del aparato represivo estatal con el debido proceso legal y con la protección de los derechos humanos. Esta situación ha perjudicado notoriamente la posibilidad de instalar y sostener en la agenda pública un debate continuo y profundo sobre la prisión preventiva, sus implicancias, sus víctimas, y, por supuesto, sus posibles soluciones.

4.4.2. Canadá.

Este artículo trata sobre el sistema de libertad bajo fianza y prisión preventiva en Canadá. En teoría, el sistema favorece la liberación del acusado, cuando ello no implica riesgo y cuando lo más probable es que la persona comparezca ante el tribunal. Sin embargo, existe inquietud respecto al sistema general de libertad bajo fianza y prisión preventiva. Durante los últimos 15 años, se ha podido apreciar un aumento en el número de personas detenidas en cárceles que esperan juicio, hasta el punto que actualmente la cantidad de internos a la espera de juicio excede el número de aquéllos que están cumpliendo condena. Las condiciones de la prisión preventiva tienden a ser severas, con pocas oportunidades de trabajo significativo; de educación o tratamiento.

Los aborígenes y personas de color tienden a estar “sobre representados” en las cárceles, incluyendo aquéllos que están en prisión preventiva. Con el transcurso del tiempo, el Parlamento ha promulgado medidas para que la libertad bajo fianza sea más difícil de obtener, y los funcionarios judiciales están tendiendo a imponer condiciones de libertad bajo fianza cada vez más onerosas.

La estructura moderna de la libertad bajo fianza y prisión preventiva en Canadá data de la década de los sesenta. Varios estudios efectuados en Canadá y en otros países de derecho consuetudinario identificaron problemas en la administración de las disposiciones de la libertad bajo fianza, las cuales conducían innecesariamente a la prisión preventiva de muchas personas.

Estos estudios también señalaron las graves consecuencias de la prisión preventiva, en particular que aumentaban las probabilidades de que los detenidos fueran condenados, que reconocieran su culpabilidad y que recibieran una sentencia de privación de libertad tras la condena. En Canadá, la Comisión Canadiense de Correcciones recomendó hacer una revisión completa del sistema de libertad bajo fianza el cual no estaba estructurado y tenía un carácter discrecional.

La comisión recomendó otorgar mayores facultades a la policía para liberar sospechosos, emitir una declaración de los criterios usados para la liberación y que hubiera menor dependencia en los depósitos en efectivo.

El Parlamento federal tomó en cuenta la mayoría de estas recomendaciones, y promulgó la Ley de Reforma de la Libertad bajo Fianza, que comenzó a regir en 1972. Las disposiciones de esta ley llegaron a ser lo que ahora señala la Parte XVI del Código Orgánico Integral Penal de Canadá.

Aunque a través de los años estas disposiciones han sufrido algunas enmiendas, la estructura básica permanece sin modificaciones.

4.4.3. Perú.

La privación de libertad del inculpado durante la tramitación de la causa ha sido, es y seguirá siendo mientras se recurra a ella, uno de los puntos más espinosos del proceso penal que el Estado de Derecho configura como instrumento único de aplicación del *ius puniendi*, sea en el marco de la Jurisdicción ordinaria, sea en el de la Jurisdicción especializada castrense. El debate que despierta la siempre polémica intromisión estatal en la esfera jurídica de sus ciudadanos, algo apaciguado si obedece a la necesidad de castigar el delito y restaurar la paz social perturbada con su comisión, aumenta de tensión si dicha injerencia implica la restricción del derecho a la libertad de la persona en una época y este es el dato que más desconcierta en la que tan sólo se sospecha de su responsabilidad criminal.

La falta de instantaneidad del mecanismo procedimental o, si se prefiere, su excesiva dilación y la necesidad de mantener al imputado a disposición de la autoridad judicial en garantía, en un primer momento, del perfecto

desenvolvimiento de las actuaciones y, en último término, de la efectiva realización de la futura sentencia hacen, sin embargo, obligada la adopción de ciertas medidas que limitan, en mayor o menor grado, el que, tras la vida⁵, se reconoce más esencial de los derechos inherentes a la dignidad personal, la libertad, particularmente en su manifestación de ambulatoria.

Pero, con ser un presupuesto esencial, la sola imputación de un hecho tipificado como delito por la Ley penal sustantiva o, en lo que al objeto de este estudio interesa, previsto y sancionado por el Código de Justicia militar, no legitima al Estado para privar de su libre locomoción al sujeto que la recibe, a no ser que a ello se sume el peligro de ver en otro caso frustrados los fines cautelares perseguidos, y siempre que los mismos no puedan salvaguardarse a partir de medidas de menor intensidad lesiva.

Esta última exigencia alude al respeto del principio de proporcionalidad que exige a la medida superar un estricto juicio del que resulte su necesidad e idoneidad para la consecución de un fin lícito con el que, en el caso concreto y a la vista de sus circunstancias, el sacrificio del derecho guarde perfecto equilibrio. No se olvide que «una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría carácter punitivo en cuanto al exceso».

Ese riesgo de desnaturalización de la medida está presente en el ámbito del proceso penal castrense tanto español cuanto peruano, algo distintos únicamente en cuanto al grado en que se manifiesta; un riesgo, que planea peligrosamente, en particular, sobre la medida de prisión antes de juicio y

amenaza con convertirla en una pena anticipada o a cuenta, ante la aparente indiferencia de ambos legisladores poco atentos y dispuestos a dar respuesta a las necesidades de reforma que la misma precisa siendo, como es, una de las cuestiones procesales más delicadas y trascendentales.

Se advierten, en verdad, ciertos puntos de coincidencia en el tratamiento dado a la misma por uno y otro Derecho, aunque son más, quizás, los que les distingue, sin que ello implique que no precisen ambos una profunda transformación, tras un nuevo paso por el tamiz de constitucionalidad del sistema de medidas cautelares que prevén. La revisión habría de afectar a aspectos esenciales de la regulación que contienen, que han logrado salvarse merced a una interpretación de sus dictados a la luz de lo que disponen sus respectivos Textos Constitucionales; una interpretación propugnada por la doctrina y en la que se viene esforzando la Jurisprudencia, aunque no siempre con el empeño o eficacia deseable. El legislador no puede, sin embargo, permanecer inactivo y trasladar a los órganos jurisdiccionales la responsabilidad de actuar el *ius criminis* y cuidar, a un tiempo, de que el inculpado no resulte víctima de la maquinaria estatal.

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, consideré la utilización de los distintos materiales, métodos y técnicas que la investigación proporciona. Es decir, los procedimientos que me permitieron descubrir, sistematizar, diseñar y ampliar nuevos conocimientos en el campo de la investigación científica y que me sirvieron para desarrollar de una mejor manera la presente investigación jurídica.

5. MATERIALES Y METODOS

Este trabajo de investigación lo fundamenté de manera documental, bibliográfica y de campo, que al tratarse de una investigación de carácter jurídico, utilicé textos y materiales relacionados con el Derecho Penal en el Ecuador.

Las fuentes bibliográficas las utilicé según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecida para la investigación, para la revisión de literatura utilicé textos jurídicos, diccionarios, enciclopedias, como fuente de información conceptual de los diferentes términos referentes a la temática de estudio, así como páginas de internet.

En cuanto a la doctrina, utilicé libros de autores en Jurisprudencia y del Derecho, conocedores de la materia como lo es el Derecho Penal, quienes por su experiencia y sapiencia me permitieron conocer sus ideas para fundamentar el desarrollo de la investigación proporcionándome conocimientos valiosos.

La diferencia de materiales fue complementada con el conjunto de materiales de oficina.

5.1. Métodos:

Previamente a la descripción de los métodos utilizados en la presente investigación, es necesario brindar una pequeña conceptualización de método.

Frank Pool explica que “método es la forma para ordenar una actividad para conseguir un fin determinado; es también, la manera de demostrar la validez objetiva de lo que se afirma”¹⁸.

De acuerdo a lo dicho, se entiende por método el camino a seguir para lograr los objetivos planteados; así mismo, es necesario aclarar que un método que da buenos resultados en las ciencias naturales no necesariamente los da en las ciencias sociales y jurídicas y viceversa.

Por lo dicho, he considerado pertinente la utilización de los siguientes métodos de investigación jurídica:

a) Método Científico:

Según Frank Pool el **método científico** se considera la “matriz general de la investigación, se diferencia de otros métodos de investigación por ser capaz de autocorregirse, así como también, tiene por objeto la búsqueda de un saber adicional o complementario al existente, mediante la aprehensión dialécticamente renovada de un saber adicional”¹⁹.

Resulta importante el uso del método científico, pues a través de su manejo logré un estudio minucioso y constante para analizar las cuestiones que

¹⁸ POOL, Frank. (02 de octubre de 2010). Slideshare. (L. C. 2014, Productor) Recuperado el 09 de julio del 2015, de es.slideshare.net: http://es.slideshare.net/BladePardo/savedfiles?s_title=mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-jurdica-1&user_login=fpool

¹⁹ POOL, Frank. (02 de octubre de 2010). Slideshare. (L. C. 2014, Productor) Recuperado el 09 de julio del 2015, de es.slideshare.net: http://es.slideshare.net/BladePardo/savedfiles?s_title=mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-jurdica-1&user_login=fpool

requieren solución en el ámbito normativo del Código Orgánico Integral Penal, tomando en cuenta la realidad social en la cual se encuentra inmersa, de acuerdo a la realidad actual.

Además, utilicé este método como un proceso para adquirir y conformar el conocimiento de forma sistemática aprovechando a la vez el análisis, la síntesis, la inducción y deducción.

b) Método Deductivo - Inductivo:

La deducción según Peirce & Werner “es un razonamiento que va de lo general a lo particular, se puede traducir como conclusión, inferencia, consecuencia y/o derivación lógica”²⁰.

En el presente trabajo de investigación, utilicé el método deductivo partiendo de aspectos generales de la investigación para llegar a situaciones particulares.

En un sentido opuesto, la inducción, “es un proceso que va de lo particular a lo general”²¹.

Este método es muy importante y lo utilicé en el estudio del campo jurídico de la presente investigación, especialmente en el análisis de las normas de menor jerarquía, encaminadas y en relación con las normas generales.

²⁰ PEIRCE, C., & RUIS WERNER, J. (2005). Deducción, inducción e hipótesis. Buenos Aires: Aguilar., Pág. 26.

²¹ Ob. Cit. Pág. 39.

c) Método Analítico - Sintético:

El método analítico según Olabuénaga “trata de descubrir y construir los objetos de conocimiento dividiendo la realidad en sus partes más elementales”²².

Entonces, resultó absolutamente necesario utilizar este método, ya que para poder comprobar la hipótesis tuve que analizar el problema planteado descomponiendo sus partes y cada uno de los elementos que intervinieron, para poder tener una mejor claridad del objeto de estudio para lograr el fin propuesto.

“El método **sintético** busca solo la unión de las partes que el analista separa, incorporando una idea de totalidad relativa al proceso de la investigación”²³.

Así mismo, utilicé este método para desarrollar en sus partes pertinentes el estudio de manera resumida, tomando en consideración sus partes más importantes.

Éste método fue de mucha importancia para la realización del resumen, introducción y las conclusiones de la investigación.

²² OLABUÉNAGA, José Ignacio. (2012). Metodología de la investigación cualitativa. Bilbao: Universidad de Deusto., Pág. 55.

²³ Ob. Cit. Pág. 56.

d) Método Histórico:

El método **histórico**, según Berrio “está vinculado al conocimiento de las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica, para conocer la evolución y desarrollo del objeto o fenómeno de investigación se hace necesario revelar su historia, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales”²⁴.

Mediante este método analicé la trayectoria concreta de la detención con fines investigativos, su condicionamiento a los diferentes períodos de la historia. Así mismo, me permitió recopilar información del origen evolución y forma actual que tiene el problema de investigación.

e) Método Jurídico:

Según García el método **jurídico** consiste en las “técnicas de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, además de la técnica de interpretación del derecho; así como, la revisión a través de la lógica de las fuentes y fines del derecho”²⁵.

Este método se complementa con los demás métodos descritos en la presente investigación, por la complejidad de las relaciones humanas, por lo que creí pertinente su utilización para lograr una mejor comprensión del Derecho en sí,

²⁴ BERRIO, Julio. (1997). El método histórico en la investigación histórico-educativa. In La investigación histórico-educativa: tendencias actuales. Madrid: Ronsel., Pág. 49.

²⁵ GARCÍA, Manuel. (2011). Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Editorial Tecnos., Pág. 41.

su origen, evolución y repercusiones sociales, todo en torno al tema de tesis planteado.

5.2. Procedimientos y Técnicas:

a) Bibliográfica:

La bibliografía según González, “es un valioso auxiliar para llegar a las fuentes del saber humano. La técnica de investigación bibliográfica como las demás técnicas de investigación jurídica, tienen como finalidad captar los adelantos científico-jurídicos en el menor tiempo posible y con los más satisfactorios resultados. Esta técnica implica complementariamente la habilidad en la comprensión de la lectura en la mayor brevedad posible”²⁶.

Se refieren a estudios generales incorporados en libros o bien, en ensayos o comentarios que se incorporan en artículos de publicaciones periódicas.

En el presente trabajo de investigación jurídica, esta técnica comprendió el manejo de fichas bibliográficas y en su parte fundamental la recopilación de información de las diversas obras de los tratadistas del derecho.

b) Observación:

La observación según Ander, “es aquella que puede asumir muchas formas y es a la vez, la más antigua y la más moderna de las técnicas para la

²⁶ GONZÁLEZ, Gloria Escamilla; Manual de metodología y técnica bibliográficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Pág. 87.

investigación. Hay muchas técnicas para la observación y cada una de ellas tiene sus usos, la ciencia comienza con la observación y finalmente tiene que volver a ella para encontrar su convalidación final”²⁷.

De acuerdo a lo anotado, debo manifestar que utilicé esta técnica para lograr una mejor apreciación objetiva y vinculación directa con el problema planteado en la presente investigación.

c) Documental:

Ander, se refiere a “la fuente que se constituye por documentos o libros que se encuentran debidamente reunidos en paquetes, legajos y que constituyen archivos sobre ciertas materias, especialidades o rama”²⁸.

Del mismo modo, utilicé esta técnica para lograr un afianzamiento eficaz del objeto de estudio y su desarrollo.

d) Encuesta:

Azorín & Sánchez Crespo, nos dicen que “definen la encuesta como una técnica basada en cuestionarios, que mediante preguntas permiten indagar las características, opiniones, costumbres, hábitos, gustos, conocimientos, modos y calidad de vida, situación ocupacional, cultural, etcétera, dentro de una comunidad determinada. Puede hacerse a grupos de personas en

²⁷ ANDER-EGG, Ezequiel. (1995). Técnicas de investigación social. U.S.A.: Lumen. Pág. 45.

²⁸ Ob. Cit. Pág. 52.

general o ser seleccionadas por edad, sexo, ocupación, dependiendo del tema a investigar y los fines perseguidos”²⁹.

Esta técnica se concretó en consultas de opinión a profesionales del Derecho en libre ejercicio, de un escenario de treinta personas, se diseñó cuestionarios derivados de los objetivos e hipótesis planteados para esta investigación.

²⁹ AZORÍN, F., & SÁNCHEZ CRESPO, J. (2013). *Métodos y aplicaciones del muestreo*. Editorial Alianza. Pág. 30.

6. RESULTADOS.

En la presente fase del trabajo investigativo corresponde a la fase de resultado para lo cual apliqué la técnica de la encuesta que se realizó a treinta profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.

6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta.

ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO EN LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD Y PROVINCIA DE LOJA.

Resultados de la aplicación de encuestas:

Se aplicó una encuesta que consta de cinco preguntas tendientes a comprobar objetivos e hipótesis para poder sustentar el presente trabajo y establecer la propuesta de reforma.

PRIMERA PREGUNTA:

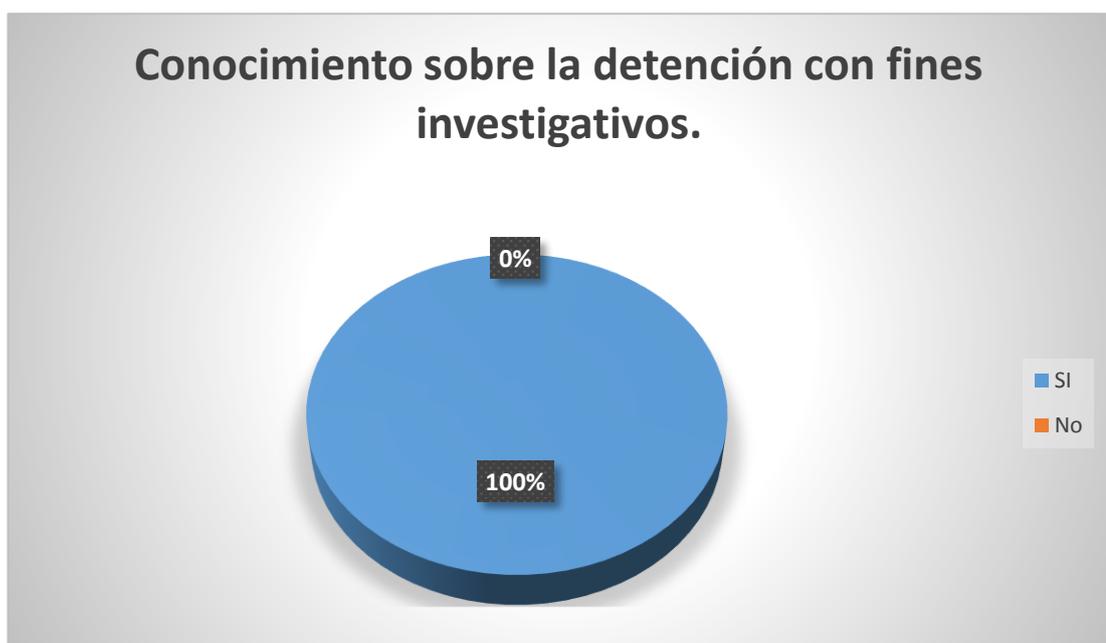
1.- ¿Sabe y conoce sobre la detención con fines investigativos prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador?

CUADRO Nro. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	30	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	30	100 %

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.
ELABORADO POR: ROSEMBERG EFRAÍN SAMANIEGO OCHOA

GRÁFICO NRO. 1



Análisis:

El 100% de encuestados que corresponde a 30 personas, manifiestan que si saben y conocen sobre la detención con fines investigativos prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

Interpretación:

Existe una respuesta determinante que corresponde a la totalidad de las personas encuestadas, quienes supieron manifestar que efectivamente saben y conocen la detención con fines investigativos prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. Esta situación es aceptable, puesto que evidentemente la detención con fines investigativos es uno de los temas más destacados, pues éste argumento desglosa situaciones jurídicas de trascendental importancia por lo que su conocimiento resulta elemental para los profesionales del Derecho que son el sector social involucrado en la presente temática de estudio.

SEGUNDA PREGUNTA:

2.- ¿Cree usted, que las 24 horas de detención provisional con fines investigativos, son suficientes para poder recoger evidencias que involucren a un sujeto en una infracción?

CUADRO Nro. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Si	2	7 %
No	28	93 %
TOTAL	30	100 %

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.

ELABORADO POR: ROSEMBERG EFRAÍN SAMANIEGO OCHOA

GRÁFICO NRO. 2



Análisis:

Como podemos observar, 2 personas encuestadas que corresponde al 7%, manifiestan que las 24 horas de detención provisional con fines investigativos, son suficientes para poder recoger evidencias que involucren a un sujeto en una infracción penal; quedando el 93% para la respuesta negativa a esta interrogante.

Interpretación:

Como se puede apreciar en el gráfico de la presente interrogante, la mayoría de los encuestados concuerdan en la razón de que las 24 horas de detención provisional con fines investigativos, no son suficientes para poder recoger evidencias que involucren a un sujeto en una infracción penal; esto en razón de que, a veces la prueba es difícil de obtener en un primer contacto del fiscal con el caso.

Estos trámites deben ser rápidamente agilizados y las personas encargadas deben cumplir con responsabilidad sus funciones, obteniendo con claridad toda la investigación.

Por tal aseveración, resulta necesario el establecimiento de un mayor tiempo de manera excepcional para lograr una investigación plena de la infracción penal.

TERCERA PREGUNTA:

3.- ¿Cree usted, que la Policía Judicial cuenta con los equipos y recursos humanos necesarios para que, en 24 horas recoja evidencias suficientes de una infracción penal?

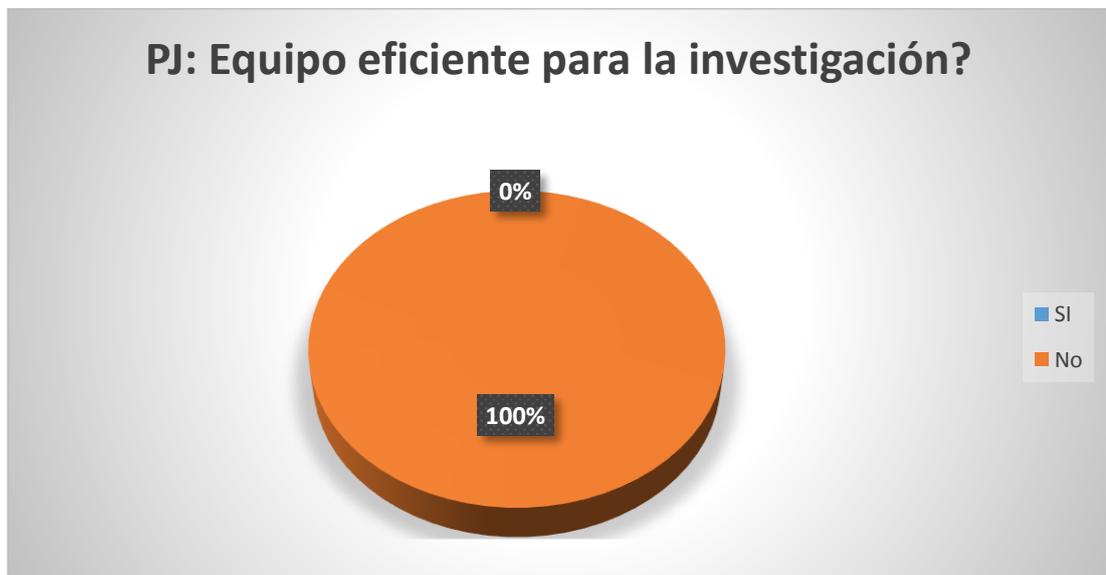
CUADRO Nro. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	0	0 %
NO	30	100 %
TOTAL	30	100 %

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.

ELABORADO POR: ROSEMBERG EFRAÍN SAMANIEGO OCHOA

GRÁFICO NRO. 3



Análisis:

En esta interrogante, la totalidad de encuestados que corresponde al 100%, consideran que la Policía Judicial no cuenta con los equipos y recursos humanos necesarios para que, en 24 horas recoja evidencias suficientes de una infracción penal; quedando un porcentaje del 0% para la respuesta positiva a esta pregunta.

Interpretación:

Coincido con el criterio manifestado por la totalidad de encuestados; en efecto, resulta evidente constatar que la Policía Judicial no cuenta con los equipos y recursos humanos necesarios para que, en 24 horas recoja evidencias suficientes de una infracción penal.

Por lo expuesto, se debe establecer un mayor tiempo para la detención con fines investigativos puesto que falta apoyo económico por parte de las autoridades y el tiempo de 24 horas no es suficiente para recoger las suficientes evidencias para resolver un caso.

CUARTA PREGUNTA:

4.- ¿En la práctica, tiene eficacia la disposición del artículo 532 del Código Orgánico Integral Penal?

CUADRO Nro. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	2	7 %
NO	28	93 %
TOTAL	30	100 %

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.

ELABORADO POR: ROSEMBERG EFRAÍN SAMANIEGO OCHOA

GRÁFICO NRO. 4



Análisis:

En la presente interrogante, el 93% de encuestados que corresponde a 28 profesionales del Derecho, consideran que indudablemente NO tiene eficacia la disposición del artículo 532 del Código Orgánico Integral Penal, quedando el 7% restante para quienes respondieron afirmativamente a esta interrogante.

Interpretación:

Mi criterio es totalmente análogo con los resultados de esta interrogante, en razón de que las ideas que se ha recabado respecto del tema y que fueron obtenidas de profesionales del Derecho, se puede establecer que en efecto NO tiene eficacia la disposición del artículo 532 del Código Orgánico Integral Penal.

Se evidencia que la mayoría de los encuestados manifiestan que no tiene eficacia la disposición del cuerpo legal citado, pues el tiempo establecido para la detención con fines investigativos resulta insuficiente.

QUINTA PREGUNTA:

5.- ¿Considera necesario modificar el Art. 532 del Código Orgánico Integral Penal, por una disposición que pueda ampliar por 24 horas la detención con fines investigativos exclusivamente de manera excepcional y que obligue al sospechoso de la infracción a presentarse a la Fiscalía cada vez que sea requerido, en el caso de no haber concluido con la investigación?

CUADRO NRO. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	30	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	30	100 %

FUENTE: Encuesta realizada a profesionales del Derecho de la ciudad y provincia de Loja.

ELABORADO POR: ROSEMBERG EFRAÍN SAMANIEGO OCHOA.

GRÁFICO NRO. 5



Análisis:

En esta interrogante la totalidad de encuestados que corresponde al 100%, supieron manifestarse en forma positiva sobre la necesidad de modificar el Art. 532 del Código Orgánico Integral Penal, por una disposición que pueda ampliar por 24 horas la detención con fines investigativos exclusivamente de manera excepcional y que obligue al sospechoso de la infracción a presentarse a la Fiscalía cada vez que sea requerido, en el caso de no haber concluido con la investigación, quedando un porcentaje del 0% para la respuesta negativa sobre la necesidad de reforma al mencionado cuerpo legal vigente en nuestro país.

Interpretación:

Concuero con lo manifestado por las personas encuestadas que supieron manifestar en su totalidad que es necesario modificar el Art. 532 del Código Orgánico Integral Penal, por una disposición que pueda ampliar por 24 horas la detención con fines investigativos exclusivamente de manera excepcional que obligue al sospechoso de la infracción a presentarse a la Fiscalía cada vez que sea requerido, en el caso de no haber concluido con la investigación.

Esto sería de mucha importancia y de beneficio para las víctimas de la infracción penal, coadyuvando a la eficaz realización de la justicia en los procesos judiciales de carácter penal.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos.

Luego de haber realizado el estudio teórico-práctico acerca de la investigación planteada he llegado a verificar los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL:

Desarrollar un estudio conceptual, jurídico, doctrinario, derecho comparado y de campo de las medidas cautelares previstas en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

El presente objetivo ha sido verificado a través del estudio teórico que enmarco en la revisión de literatura, fundamentando así mi investigación y enfocando además la problemática jurídica que generan las medidas cautelares previstas en el Código Orgánico Integral Penal, especialmente la detención con fines investigativos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Analizar la eficacia de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal.

Este objetivo ha sido comprobado a través del estudio brindado en la revisión de literatura del presente estudio, se hace referencia principalmente a la

medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal vigente en nuestro país, la cual se considera insuficiente y no permite la verdadera realización de la justicia en nuestro país.

Demostrar que la medida cautelar de detención con fines de investigación es ineficaz y violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.

Al igual que el objetivo anterior, este objetivo fue verificado a través del análisis en la revisión de literatura, donde se establece claramente que la medida cautelar de detención con fines de investigación es ineficaz y violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.

De la misma forma, se verifica este objetivo mediante la aplicación de las encuestas, las respuestas obtenidas de los encuestados aseguran que esta medida cautelar resulta absolutamente ineficaz debido a su duración.

Proponer una alternativa de reforma al Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de modificar la duración de la detención con fines investigativos de acuerdo a los parámetros señalados y con el objeto de solucionar el problema jurídico generado.

Este objetivo se verifica, pues en la parte final de esta tesis, consta el Proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Función Judicial, que consiste en modificar el Art. 532 del cuerpo legal mencionado, por una disposición que pueda ampliar por 24 horas la detención con fines investigativos

exclusivamente de manera excepcional y que obligue al sospechoso de la infracción a presentarse a la Fiscalía cada vez que sea requerido, en el caso de no haber concluido con la investigación.

7.2. Contrastación de hipótesis.

De igual forma se realizó en el proyecto de investigación del planteamiento de un supuesto hipotético sujeto a ser comprobado con los resultados obtenidos luego de todo el proceso investigativo, la hipótesis sujeta a comprobación fue la siguiente:

Existe ineficacia jurídica de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, puesto que violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.

La hipótesis planteada ha sido suficientemente confirmada con las opiniones de los profesionales del Derecho de nuestra ciudad y provincia de Loja, las cuales respondieron a las encuestas y mayoritariamente coinciden en que en efecto existe ineficacia jurídica de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, puesto que violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.

7.3. Fundamentos Jurídicos para la reforma legal.

En el proceso de investigación alrededor de la problemática identificada en la esfera del Código Orgánico Integral Penal, amerita exponer en base de la doctrina, conceptualizaciones y regulaciones normativas citadas en el desarrollo de este proceso de investigación en relación al tema propuesto, algunos planteamientos y argumentos que me permitan sustentar mis posiciones respecto de la propuesta de reforma legal.

La detención con fines investigativos es una de las medidas cautelares que la Ley penal prevé, obviamente esta medida es considerablemente drástica, puesto que afecta la libertad como uno de los derechos fundamentales que tenemos las personas; así como también, logra afectar nuestra integridad contradiciendo el principio de presunción de inocencia establecido en nuestra Norma Suprema.

Me permito manifestar que considero insuficiente el periodo de vigencia de la detención con fines de investigación, es indiscutible que en tan corto tiempo no se logrará la eficacia en la investigación. Vencido el mismo el detenido debe ser puesto en inmediata libertad si la investigación no ha sido exitosa, salvo el caso que se hubieran obtenido los elementos de convicción necesarios para la iniciación de la indagación previa hubieran surgido los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión provisional.

Por lo antes mencionado, es necesario establecer en la Ley penal vigente que en caso que no se reúna los elementos necesarios para realizar la imputación penal al sospechoso o no se ha culminado la investigación, se pueda extender dicho plazo en 24 horas más, e incluso se pueda ordenar la comparecencia del sospechoso cuantas veces sea necesario a fin de aportar pruebas o desechar su presunción; todo esto, en función de los principios establecidos en la Constitución, como posible solución ante la problemática determinada como ineficacia de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal, situación que genera inseguridad jurídica y posible evasión de la justicia.

El análisis conceptual, doctrinario y legal de esta problemática social, complementado con la opinión crítica de los profesionales del Derecho convalidan el propósito de esta tesis y fundamentan legalmente la propuesta legal de reforma al Código Orgánico Integral Penal en lo relacionado al ilegal enriquecimiento, por considerarse ineficaz y que por lo tanto perjudica a las víctimas de la infracción penal.

Por lo expuesto, es necesario reformar el texto legal del Código Orgánico Integral Penal, el organismo competente para realizar esta acción es la Asamblea Nacional, sus atribuciones son conferidas por la Constitución de la República del Ecuador, específicamente en el numeral 6, del Art. 120 cuyo texto dispone; “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”.

8. CONCLUSIONES.

Luego de haber finalizado con el presente trabajo de investigación teórico y analizado los resultados del proceso investigativo de campo, considero pertinente establecer las siguientes conclusiones:

- Existe ineficacia jurídica de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, puesto que violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.
- La medida cautelar de detención con fines de investigación es ineficaz y violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.
- Las 24 horas de detención provisional con fines investigativos, no son suficientes para poder recoger evidencias que involucren a un sujeto en una infracción penal; esto en razón de que, a veces la prueba es difícil de obtener en un primer contacto del fiscal con el caso.
- Es necesario modificar el Art. 532 del Código Orgánico Integral Penal, por una disposición que pueda ampliar por 24 horas la detención con fines investigativos exclusivamente de manera excepcional y que obligue al sospechoso de la infracción a presentarse a la Fiscalía cada vez que sea requerido, en el caso de no haber concluido con la investigación.

- Únicamente una Reforma Legal al Código Orgánico Integral Penal permitirá que la justicia tenga una verdadera realización, respetando los derechos de las víctimas de la infracción penal.

9. RECOMENDACIONES.

Como resultado del presente trabajo de investigación jurídica desarrollado tanto en el ámbito bibliográfico como de campo, he podido llegar a plantear las siguientes recomendaciones:

- Se recomienda dedicación y responsabilidad por parte del personal que interviene en los trámites procesales, para que no exista retraso en los mismos.
- Se recomienda aplicar proyectos de capacitación al personal que labora en la Policía Judicial, para que no exista retraso en las investigaciones.
- Se recomienda agilidad en los trámites por parte del personal que labora en la Policía judicial como el que lleva el caso.
- Se recomienda plantear una propuesta reformativa al Art. 77 de la Constitución y el Art. 532 del COIP, con relación a las 24 horas de detención provisional con fines investigativos para no atentar contra la vulneración de los derechos humanos y realizar las debidas investigaciones en un tiempo de 48 horas.
- Que la Asamblea Nacional del Ecuador en uso de sus atribuciones constitucionales proceda a reformar, en el sentido ya indicado, el Código

Orgánico Integral Penal en lo que concierne a la detención con fines investigativos.

9.1. Propuesta y Reforma Jurídica.

Con el desarrollo del presente trabajo de investigación, tanto a nivel teórico como de campo, se ha podido comprobar que existe ineficacia jurídica de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, puesto que violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.

De manera que, con miras a solucionar este problema, me permito formular la presente propuesta jurídica, con el objeto de mejorar los escenarios laborales de los trabajadores, desechando ámbitos de marginación conforme han sido detectados a través de este trabajo investigativo en el Código Orgánico Integral Penal y de esta manera poder contribuir a la solución de problemas concretados a lo largo de este informe final, así como propiciar la correcta aplicación del Derecho.



**REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL**

PROYECTO DE TEXTO DE LEY:

El Pleno de la Asamblea Nacional,

CONSIDERANDO:

Que es deber del Estado ofrecer la protección jurídica adecuada otorgando normas claras y precisas acordes con la dinámica social actual y que así mismo protejan los intereses de la sociedad, en especial respetando el derecho a la libertad y la inocencia de las personas, consagrado en nuestra Constitución de la República del Ecuador.

Que es deber del Estado, optimizar el servicio y responder por las necesidades de la sociedad mediante un ágil sistema de enjuiciamiento que dará inmediata respuesta ante la perturbación del orden y la paz social que significa el delito.

.

Que es necesario establecer alternativas de solución que impidan esta clase de atropellos contra la integridad personal de las personas, las mismas que

se deben de viabilizar a través de políticas gubernamentales que permitan cumplir con estos propósitos.

En ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador,

Expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:

Art. 1.- Agréguese en el Art. 532 un inciso que dirá:

“En el caso de haberse cumplido las 24 horas de detención provisional; y, durante este tiempo no se ha podido concluir con la investigación que incluya los elementos suficientes para realizar la imputación penal, el sospechoso deberá concurrir a la Fiscalía cuantas veces sea necesario hasta que culmine dicha investigación”.

La presente reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, con fecha 24 de junio del 2016.

.....
PRESIDENTE

.....
SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA.

ANDER-EGG, Ezequiel. (1995). Técnicas de investigación social. U.S.A.: Lumen.

AZORÍN, F., & SÁNCHEZ CRESPO, J. (2013). Métodos y aplicaciones del muestreo. Editorial Alianza.

BERRIO, Julio. (1997). El método histórico en la investigación histórico-educativa. In La investigación histórico-educativa: tendencias actuales. Madrid: Ronsel.

BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2º Edición 2002.

BOBBIO, Roberto obra "el Problema del Derecho y la Paz", editada en Barcelona en 1982.

CLARÍA Olmedo Jorge A y otros, Tratado del Derecho Procesal Penal, Edición Ediar, 1960.

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Eliasta, Ed. 27º, Buenos Aires.

Dr. Alfonso Luz Yunes Miércoles, 26 de Mayo del 2015 Recuperado de: www.derechoecuador.com

DURÁN Ribera, William Ruperb, Los derechos Fundamentales, pág. 284.
DURAN RIBERA, William Ruperto, Principios, Derechos y Garantías Constitucionales, Editorial El País 2005.

FERRAJOLI, Luigi; Los fundamentos de los Derechos fundamentales Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, 2001.

FLORIAN, Eugenio, Elementos del Derecho Procesal Penal, Barcelona: Bosh.

Gabriel Nardiello, La Prisión Procesal.- Buenos Aires. Impreso en ABRN Producciones Gráficas, Año 2007.

GARCÍA, Manuel. (2011). Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Editorial Tecnos.

GONZÁLEZ, Gloria Escamilla; Manual de metodología y técnica bibliográficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

HESSE Conrado y otros, Manual de Derecho Constitucional, Editado en MADRID 1996.

LÓPEZ Guerra Luis, Introducción al Derecho Constitucional, Editorial TIRANT LO BLANCH.

MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Ediciones Juridicas Europa-América, 1951.

ODERIGO, Mario A, Derecho Procesal Penal, 2° Edición, Buenos Aires:Depalma 1980.

OLABUÉNAGA, José Ignacio. (2012). Metodología de la investigación cualitativa. Bilbao: Universidad de Deusto.

PEIRCE, C., & RUIS WERNER, J. (2005). Deducción, inducción e hipótesis. Buenos Aires: Aguilar.

POOL, Frank. (02 de octubre de 2010). Slideshare. (L. C. 2014, Productor) Recuperado el 09 de julio del 2015, de es.slideshare.net: http://es.slideshare.net/BladePardo/savedfiles?s_title=mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-jurdica-1&user_login=fpool

SÁNCHEZ, Guillermo Colín, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial: 'Porrua, 1997.

SENTÍS, Melendo Santiago, "La obra procesal del Prieto-Castro", en Estudios de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1967, II.

11. ANEXOS.

11.1. Anexo Nro. 01.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

Apreciado profesional del Derecho de la manera más comedida solicito a usted, se digne dar contestación al presente cuestionario de preguntas el mismo que me servirá para la elaboración de datos de la tesis de grado previo a la obtención del título de Abogado, requisito exigido por la Universidad Nacional de Loja, anticipándole desde ya mis más sinceros agradecimientos.

1.- ¿Sabe y conoce sobre la detención con fines investigativos prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador?

SI () NO ()

2.- ¿Cree usted, que las 24 horas de detención provisional con fines investigativos, son suficientes para poder recoger evidencias que involucren a un sujeto en una infracción?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....
.....

3.- ¿Cree usted, que La Policía Judicial cuenta con los equipos y recursos humanos necesarios para que, en 24 horas recoja evidencias suficientes de una infracción?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....

.....
4.- ¿En la práctica, tiene eficacia la disposición del artículo 532 del Código Orgánico Integral Penal?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....
.....

5.- ¿Considera necesario modificar el Art. 532 del Código Orgánico Integral Penal, por una disposición que pueda ampliar por 24 horas la detención con fines investigativos exclusivamente de manera excepcional y que obligue al sospechoso de la infracción a presentarse a la Fiscalía cada vez que sea requerido, en el caso de no haber concluido con la investigación?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....
.....

¡Gracias por su colaboración!

11.2. Anexo Nro. 02.



Universidad Nacional de Loja
En los tesoros de la sabiduría, está la glorificación de la vida.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Tema:

“LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR”

PROYECTO DE TESIS PREVIO A OBTENER
EL TÍTULO DE ABOGADO

Postulante: **Rosemberg Efraín Samaniego Ochoa.**

Loja Ecuador
2015



1. TEMA:

“LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR”.

2. PROBLEMÁTICA:

Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar los derechos de las partes procesales en el juicio penal y lo más importante, garantizan la comparecencia del procesado al juicio. Estas medidas se reglan de acuerdo a los principios que la Constitución de la República establece sobre la materia y el juzgador penal está en la obligación de aplicarlas en la forma prescrita en la Ley de oficio o a petición de las partes litigantes.

Una de las medidas cautelares que la Ley penal prevé es la detención con fines de investigación, obviamente esta medida es considerablemente drástica, puesto que afecta la libertad como uno de los derechos fundamentales que tenemos las personas; así como también, logra afectar nuestra integridad contradiciendo el principio de presunción de inocencia establecido en nuestra Norma Suprema.

Al respecto, me permito manifestar que la Libertad desde el punto de vista filosófico consiste en la auto determinación del hombre para poder organizar su vida de acuerdo a su personalidad. Así mismo, desde el punto de vista jurídico es un bien; esto es, un valor que permite satisfacer las necesidades individuales y sociales para el natural desarrollo de la persona durante su vida de acuerdo con las normas jurídicas imperantes.

De otro lado, la inocencia es una situación natural y jurídica por la cual el hombre está libre de toda culpa. El hombre nace inocente y se incorpora al medio familiar y social como una persona sin culpa. De esa manera se explica el mandato constitucional por el cual proclama la inocencia de toda persona

hasta que no se haya declarado su culpabilidad en sentencia condenatoria ejecutoriada.

Ahora, de acuerdo a lo que concierne a mi campo de estudio, debo conceptualizar la detención como el acto cautelar de carácter personal, esencialmente extra procesal, por el cual el titular del órgano jurisdiccional penal priva provisionalmente de su libertad a una persona de quien se sospecha ha intervenido, como sujeto activo, en la comisión de un delito de instancia oficial, a fin de proceder a la investigación de la forma como se cometió el delito y el grado de intervención de la persona detenida.

Así, nuestro Código Orgánico Integral Penal vigente señala en el artículo 530 que el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos. Así mismo, señala este cuerpo normativo que dicha detención tiene un plazo no mayor de veinticuatro horas.

Por lo expuesto, me permito manifestar que considero insuficiente este periodo de vigencia de la detención con fines de investigación, es indiscutible que en tan corto tiempo no se logrará la eficacia en la investigación. Vencido el mismo el detenido debe ser puesto en inmediata libertad si la investigación no ha sido exitoso, salvo el caso que se hubieran obtenido los elementos de convicción necesarios para la iniciación de la indagación previa hubieran surgido los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión provisional.

Esta detención es una medida cautelar de naturaleza personal que se la aplica con la finalidad de evitar la fuga del imputado e impedir la desaparición de pruebas fundamentales. Cabe señalar que ningún juez puede sobrepasar el tiempo de detención provisional, pues si lo hace comete el delito de prisión arbitraria e ilegal.

Por lo antes mencionado, es necesario establecer en la Ley penal vigente que en caso que no se reúna los elementos necesarios para realizar la imputación penal al sospechoso o no se ha culminado la investigación, se pueda extender dicho plazo en 24 horas más, e incluso se pueda ordenar la comparecencia del sospechoso cuantas veces sea necesario a fin de aportar pruebas o desechar su presunción; todo esto, en función de los principios establecidos en la Constitución, como posible solución ante la problemática determinada: *“Ineficacia de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal”* situación que genera inseguridad jurídica y posible evasión de la justicia.

Como estudiante de la Universidad Nacional de Loja, de la carrera de Derecho, frente a la problemática determinada se ha planteado el siguiente tema de tesis: **La detención como medida cautelar prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador**, con la finalidad de dar solución a la misma, además de aportar con un análisis comparativo que garantice la seguridad jurídica sobre todo de las víctimas de la infracción penal y de los derechos de la sociedad en general.

3. JUSTIFICACIÓN:

Uno de los fines primordiales del Estado en el que vivimos es la realización de la justicia; por lo tanto, es su deber garantizar la ejecución de la misma mediante los medios adecuados y a través de los organismos pertinentes. Es así que, uno de los medios más eficaces para la realización de la justicia es la aplicación de la Ley, en este caso la Ley penal denominada Código Orgánico Integral Penal que rige desde el año precedente 2014.

El Código Orgánico Integral Penal además de sancionar las conductas, establece medidas cautelares y de protección, en el presente caso constituyen medidas que procuran salvaguardar los derechos de las víctimas de la infracción penal; en tal virtud, tales medidas deben ser oportunas y eficaces, capaces de garantizar los derechos de todos, de tal manera que el juzgador

pueda aplicar de forma efectiva la Ley de acuerdo a los principios establecidos en la Constitución para este campo.

Al hacer referencia a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal respecto de la medida de detención con fines de investigación, me permito manifestar que considero ineficaz el tiempo que se determina para realizar la investigación, esto afecta los derechos y la seguridad jurídica de las víctimas. Pues, debería establecerse un periodo de tiempo mayor en caso que la investigación no haya concluido.

Es por ello que, he creído conveniente el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica, ya que es de trascendental importancia, se deduce que la problemática tiene trascendencia social y jurídica debido a que su tratamiento procurará ser más justo con las personas víctimas de la infracción penal, así como se garantizará la protección de los derechos del Estado en general.

Con relación a la factibilidad de la investigación debo manifestar que dispongo del tiempo necesario para la ejecución del presente trabajo, existen las fuentes bibliográficas y documentales indispensables para el acopio de información. Cabe mencionar y no dejar de lado el importantísimo asesoramiento de parte del Docente Director del presente trabajo. Y, también es necesario aclarar que cuento con los recursos económicos y técnicos suficientes para culminar con éxito ésta investigación jurídica.

Además, debo indicar que el presente trabajo está enmarcado en la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico para optar por el Título de Abogado.

Finalmente, me apoyaré en los conocimientos que he adquirido a lo largo de mi formación profesional del Derecho, siendo así estoy en la capacidad de

presentar una alternativa de solución a esta problemática; en igual forma, aspiro que este trabajo se constituya en un aporte significativo tanto para los estudiantes y profesionales del Derecho así como para la sociedad en general.

4. OBJETIVOS:

General:

Desarrollar un estudio conceptual, jurídico, doctrinario, derecho comparado y de campo de las medidas cautelares previstas en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

Específicos:

- ✓ Analizar la eficacia de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal.
- ✓ Demostrar que la medida cautelar de detención con fines de investigación es ineficaz y violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.
- ✓ Proponer una alternativa de reforma al Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de modificar la duración de la detención con fines investigativos de acuerdo a los parámetros señalados y con el objeto de solucionar el problema jurídico generado.

5. HIPÓTESIS:

Existe ineficacia jurídica de la medida cautelar de detención con fines de investigación prevista en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, puesto que violenta la seguridad jurídica de las víctimas de la infracción penal.

6. MARCO TEÓRICO:

Generalidades:

La Constitución al declarar el modelo de Estado como constitucional de derechos y justicia social, se obliga a sí mismo a garantizar la realización de la misma. Para lograr tal objetivo, se promulgan las leyes respectivas para cada ámbito de necesidad social; así, en el presente caso estamos frente a la normativa penal que se encarga de sancionar aquellas conductas catalogadas como infracciones que atentan contra los derechos de las demás personas.

Así, tenemos dentro del derecho público al derecho penal como el “conjunto de principios y reglas jurídicas que determinan las infracciones, las penas o sanciones, y las relaciones del Estado con las personas con motivo de las infracciones o para prevenirlas”³⁰.

El Derecho penal es el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y así ejecutar la aplicación de las leyes penales; propone a los jueces un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho.

El Derecho penal no se reduce sólo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad.

Esto se lograría a través de medidas que, por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad. Así pues, el Derecho penal se puede

³⁰ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Valletta Ediciones SRL, 2007, pág. 18.

definir como el conjunto de normas, pertenecientes al ordenamiento jurídico de determinado estado, cuya finalidad primordial es regular conductas punibles, consideradas como delitos, con la aplicación de una pena.

Infracción Penal:

Nuestros códigos penales nunca brindaron una adecuada definición de qué debe entenderse como infracción penal, a lo mucho llegaron a una definición meramente formal como la prevista en el Art. 10 del Código Penal antiguo son infracciones los actos imputables sancionados por leyes penales, que no refiere en absoluto sobre las características elementales que debe reunir toda infracción. A diferencia de ello, el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 18 determina que es infracción penal “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”³¹, recogiendo con ello los planteamientos más debatidos en la actual teoría general del delito.

De la definición expuesta en el Art. 18, se desprende que la infracción tiene tres elementos fundamentales: 1.- La tipicidad; 2.- La antijuridicidad; y, 3.- La culpabilidad. Todos ellos tienen como base principal la conducta humana que se manifiesta en dos modalidades: acción y omisión. La pena no constituye un elemento del delito sino una consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable.

Por consiguiente, para que exista infracción penal se requiere en primer lugar una conducta, luego de comprobada la existencia de la conducta, se procede a acreditar la concurrencia de los elementos característicos de la infracción: la tipicidad; la antijuridicidad; y, la culpabilidad. Pero cada elemento debe ser analizado de manera estructurada, y solamente podemos avanzar al siguiente cuando se evidencia la existencia del anterior, es decir, pasamos a la antijuridicidad si previamente hemos comprobado la tipicidad, luego

³¹ Código Orgánico Integral Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 18.

analizamos la culpabilidad si hemos acreditado la antijuridicidad. Finalmente la pena se impondrá si existe una conducta culpable.

Medidas cautelares:

Las medidas cautelares “son todas aquellas actuaciones o decisiones, que sin prejuzgar el resultado final, de contenido positivo o negativo, que un órgano de la Administración Pública o un Juez Judicial, puede adoptar para que las resultas de la Resolución Administrativa o Judicial surtan plenos efectos para los interesados o parte procesal”³².

Las medidas cautelares personales son el medio legal a través del cual se garantiza la inmediación procesal del procesado/imputado al proceso penal y también hacer efectiva la sentencia que resolverá el fondo del asunto, para de este modo lograr la igualdad entre las partes y la celeridad procesal, asegurando la efectividad de la resolución definitiva que en un proceso judicial se emita.

Están relacionadas al proceso penal por una necesidad misma de proteger al sujeto pasivo del delito de modo más eficaz y para restablecer la respetabilidad y majestad del poder judicial.

Sin embargo, en nuestra legislación existen varias medidas que no cumplen con las funciones anteriormente señaladas, y sobretodo existen vacíos legales para aplicarlas como es la medida cautelar materia de la presente investigación jurídica.

El presente trabajo pretende contemplar un análisis pormenorizado de éstas medidas y sus efectos en la inmediación procesal, y una propuesta que mejore los inconvenientes actuales.

³² FERNÁNDEZ, Antonio Scarance. *Proceso penal constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 205.

La detención con fines investigativos:

La detención, temporal, provisional o con fines de investigación como se la identifica en la doctrina a la que se refiere el Art. 530 del Código Orgánico Integral Penal, según Amador Badilla “tiene por finalidad privar de la libertad a una persona contra la cual existan presunciones de responsabilidad de haber cometido, o de haber participado en la comisión de un delito de acción pública, con el exclusivo propósito de investigarle”³³.

Esta es la finalidad esencialmente jurídica a la que hacen referencia las disposiciones constitucionales y legales así como los pronunciamientos de los organismos que protegen los derechos fundamentales de la persona, en lugar de otras concepciones que parecen prevalecer en el ámbito popular y que en ocasiones se invocan para justificar detenciones ilegales, como cobrar obligaciones civiles o deudas; en definitiva, para castigar al supuesto delincuente anticipándose al proceso. Sólo como algo complementario, y en adición a esos injurídicos fines se concibe a la detención, como un mecanismo posterior o secundario, para investigar la posible responsabilidad de la persona en el delito que se investiga, cuando en realidad, en estricto sentido jurídico, ese es y debería ser el único objetivo primordial y básico.

La detención no puede darse para fines ajenos a los procesales, penalmente relevantes. Es, por tanto, una medida cautelar necesaria, temporal, legal, de tipo investigativo y de carácter personal.

El autor argentino Clariá Olmedo, dice: “es el acto mediante el cual se priva de la libertad locomotiva a un ciudadano debido a que es posible autor de

³³ AMADOR BADILLA, Gary. La detención provisional en la ley de justicia penal juvenil. Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2006. Pág. 266.

delito, o cuando menos, ha participado en su comisión y por eso puede tener responsabilidad penal”³⁴.

El verdadero fundamento de la orden de detención es que existan presunciones de responsabilidad por el cometimiento de un delito de acción pública; mas, como es bien sabido, las presunciones de responsabilidad son sustancialmente distintas de las simples sospechas, las que, por lo general, son infundadas por ser subjetivas. Presumir no es lo mismo que sospechar: La presunción debe ser fundada, estar basada en indicios, en tanto que la sospecha es, generalmente, infundada, precisamente, porque es subjetiva. Las presunciones deben basarse en indicios probados, graves, precisos y concordantes, como exige el Código Orgánico Integral Penal vigente.

El autor Antonio Dellepiane dice: “¿Qué es un indicio? Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido”³⁵, en tanto que el tratadista Luis Muñoz Sabaté al tratar sobre la presunción expresa: “Para mí hablar de prueba de presunciones es lo mismo que si dijéramos prueba de raciocinio, lo cual naturalmente no tiene sentido ni lógica. El juez mientras presume, valora y apenas puede existir actividad valorativa sin que a la vez, con mayor o menor complejidad, no se ejercite también una presunción”³⁶.

Queda claro, entonces, que para privar de la libertad a una persona con la finalidad específica de investigarle en relación con su posible responsabilidad en un delito determinado deben existir presunciones de que lo ha cometido o ha tomado parte en su perpetración, como cómplice o encubridor. No se puede, por tanto, detener a una persona para averiguarle qué sabe o qué conoce acerca de un hecho no definido como delito, no tipificado o acerca del

³⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge; MAIER, Julio. Tratado de Derecho Procesal. Tomo II, Estructura del Proceso, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1960. Pág. 90.

³⁵ DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. V. Abeledo, 2009. Pág. 45.

³⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria, Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Praxis, Barcelona, 2007. Pág. 137.

cual ni siquiera existe certeza de que sea tal; o peor aún, acerca del comportamiento, vida o conducta de otra persona, un tercero, amigo, pariente o relacionado, como ocurre con alguna frecuencia, pues estos procedimientos son abiertamente inconstitucionales y abusivos.

7. METODOLOGÍA:

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, he considerado la utilización de los distintos materiales, métodos y técnicas que la investigación proporciona. Es decir, los procedimientos que permiten descubrir, sistematizar, diseñar y ampliar nuevos conocimientos en el campo de la investigación científica y que me servirán para desarrollar de una mejor manera la presente investigación jurídica.

7.1 Materiales.

Este trabajo de investigación lo fundamentaré de manera documental, bibliográfica y de campo, que al tratarse de una investigación de carácter jurídico, utilizaré textos y materiales relacionados con la detención como medida cautelar prevista en el Código Orgánico Integral Penal.

Las fuentes bibliográficas las utilizaré según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecida para la investigación: Para la revisión de literatura utilizaré textos jurídicos, diccionarios, enciclopedias, como fuente de información conceptual de los diferentes términos referentes a la temática de estudio, así como páginas de internet.

En cuanto a la doctrina, utilizaré libros de autores en Jurisprudencia y del Derecho, conocedores de la materia como es el Derecho Penal, que por su experiencia y sapiencia, permitirán conocer sus ideas para fundamentar el desarrollo de la investigación proporcionándome conocimientos valiosos.

La diferencia de materiales será complementada con el conjunto de materiales de oficina.

7.2 Métodos.

Previamente a la descripción de los métodos a utilizar en la presente investigación, es necesario brindar una pequeña conceptualización de método. Frank Pool, explica que “método es la forma para ordenar una actividad para conseguir un fin determinado; es también, la manera de demostrar la validez objetiva de lo que se afirma”³⁷. De acuerdo a lo dicho, se entiende por método el camino a seguir para lograr los objetivos planteados; así mismo, es necesario aclarar que un método que da buenos resultados en las ciencias naturales no necesariamente los da en las ciencias sociales y jurídicas y viceversa.

Por lo dicho, he considerado pertinente la utilización de los siguientes métodos de investigación jurídica:

- **Método Científico:**

Según Frank Pool, el **método científico** se considera la “matriz general de la investigación, se diferencia de otros métodos de investigación por ser capaz de autocorregirse, así como también, tiene por objeto la búsqueda de un saber adicional o complementario al existente, mediante la aprehensión dialécticamente renovada de un saber adicional”³⁸.

Resulta importante el uso del método científico, pues a través de su manejo lograré un estudio minucioso y constante para analizar las cuestiones que requieren solución en el ámbito normativo del Código Orgánico Integral Penal

³⁷ POOL, Frank. (02 de octubre de 2010). Slideshare. (L. C. 2014, Productor) Recuperado el 20 de marzo del 2015, de es.slideshare.net:
http://es.slideshare.net/BladePardo/savedfiles?s_title=mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-jurdica-1&user_login=fpool

³⁸ Ob. Cit.

vigente, tomando en cuenta la realidad social en la cual se encuentra inmersa de acuerdo a la realidad actual.

Además, utilizaré este método como un proceso para adquirir y conformar el conocimiento de forma sistemática aprovechando a la vez el análisis, la síntesis, la inducción y deducción.

- **Método Deductivo - Inductivo:**

La deducción según Peirce & Werner “es un razonamiento que va de lo general a lo particular, se puede traducir como conclusión, inferencia, consecuencia y/o derivación lógica”³⁹. En el presente trabajo de investigación utilizaré el método deductivo partiendo de aspectos generales de la investigación para llegar a situaciones particulares.

En un sentido opuesto, la inducción, “es un proceso que va de lo particular a lo general”⁴⁰. Este método es muy importante y lo utilizaré en el estudio del campo jurídico de la presente investigación, especialmente en el análisis de las normas de menor jerarquía y encaminadas y en relación con las normas generales.

- **Método Analítico - Sintético:**

El método analítico según Olabuénaga, trata de descubrir y construir los objetos de conocimiento dividiendo la realidad en sus partes más elementales⁴¹. Entonces, resulta absolutamente necesario utilizar este método, ya que para poder comprobar la hipótesis debo analizar el problema planteado descomponiendo sus partes y cada uno de los elementos que

³⁹ PEIRCE, Charles., & RUIZ-WERNER, Juan Martin. (2005). Deducción, inducción e hipótesis. Buenos Aires: Aguilar. Pág. 89.

⁴⁰ Ob. Cit. Pág. 96.

⁴¹ RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio. (2012). Metodología de la investigación cualitativa. Bilbao: Universidad de Deusto.

intervienen, para poder tener una mejor claridad del objeto de estudio para lograr el fin propuesto.

El método **sintético** “busca solo la unión de las partes que el analista separa, incorporando una idea de totalidad relativa al proceso de la investigación”⁴². Así mismo, utilizaré este método para desarrollar en sus partes pertinentes el estudio de manera resumida, tomando en consideración sus partes más importantes. Éste método será de mucha importancia para la realización del resumen, introducción y las conclusiones de la investigación.

- **Método Histórico:**

El método **histórico**, según Berrio “está vinculado al conocimiento de las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica, para conocer la evolución y desarrollo del objeto o fenómeno de investigación se hace necesario revelar su historia, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales”⁴³.

Mediante este método analizaré la trayectoria concreta del tema planteado, su condicionamiento a los diferentes períodos de la historia. Así mismo, me permitirá recopilar información del origen evolución y forma actual que tiene el problema de investigación.

Método Comparativo:

En términos de Giovanni Sartori, el método **comparativo** es un “procedimiento de búsqueda sistemática de similitudes entre dos o más materias, con el objeto de estudiar su parentesco y finalmente reconstruir una teoría”⁴⁴.

⁴² Ob. Cit. Pág. 65.

⁴³ BERRIO, Julio Ruiz. (1997). El método histórico en la investigación histórico-educativa. In La investigación histórico-educativa: tendencias actuales. Madrid: Ronsel. Pág. 62.

⁴⁴ SARTORI, Giovanni. (2010). Comparación y método comparativo. Alianza. Pág. 45.

Este método me permitirá equiparar dos objetos de estudio de igual o similar naturaleza, el cual principalmente lo utilizaré para la comparación de las legislaciones extranjeras respecto de la de nuestro país, concretamente la normativa relacionada con el tema planteado.

- **Método Jurídico:**

Según García el método **jurídico** consiste en las “técnicas de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, además de la técnica de interpretación del derecho; así como, la revisión a través de la lógica de las fuentes y fines del derecho”⁴⁵.

Este método se complementa con los demás métodos descritos en la presente investigación, por la complejidad de las relaciones humanas, por lo que he creído pertinente su utilización para lograr una mejor comprensión del Derecho en sí, su origen, evolución y repercusiones sociales, todo en torno al tema de tesis planteado.

7.1.2 Técnicas.

- **Bibliográfica:**

La bibliografía según González, “es un valioso auxiliar para llegar a las fuentes del saber humano. La técnica de investigación bibliográfica como las demás técnicas de investigación jurídica, tienen como finalidad captar los adelantos científico-jurídicos en el menor tiempo posible y con los más satisfactorios resultados. Esta técnica implica complementariamente la habilidad en la comprensión de la lectura en la mayor brevedad posible”⁴⁶.

⁴⁵ GARCÍA, Manuel Calvo. (2011). Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Tecnos. Pág. 27.

⁴⁶ GONZÁLEZ, G. Escamilla. (2003). Manual de metodología y técnica bibliográficas. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 145.

Se refieren a estudios generales incorporados en libros o bien, en ensayos o comentarios que se incorporan en artículos de publicaciones periódicas. En el presente trabajo de investigación jurídica, esta técnica comprende el manejo de fichas bibliográficas y en su parte fundamental la recopilación de información de las diversas obras de los tratadistas del derecho.

- **Observación:**

La observación según Ander, “es aquella que puede asumir muchas formas y es a la vez, la más antigua y la más moderna de las técnicas para la investigación. Hay muchas técnicas para la observación y cada una de ellas tiene sus usos, la ciencia comienza con la observación y finalmente tiene que volver a ella para encontrar su convalidación final”⁴⁷.

De acuerdo a lo anotado, debo manifestar que utilizaré esta técnica para lograr una mejor apreciación objetiva y vinculación directa con el problema planteado en la presente investigación.

- **Documental:**

Ander menciona que la técnica de investigación documental refiere a “la fuente que se constituye por documentos o libros que se encuentran debidamente reunidos en paquetes, legajos y que constituyen archivos sobre ciertas materias, especialidades o rama”.

Del mismo modo, utilizaré esta técnica para lograr un afianzamiento eficaz del objeto de estudio y su desarrollo.

⁴⁷ ANDER-EGG, Ezequiel. (1995). Técnicas de investigación social. U.S.A.: Lumen. Pág. 80.

- **Encuesta:**

Azorín & Sánchez Crespo, definen la encuesta como “una técnica basada en cuestionarios, que mediante preguntas permiten indagar las características, opiniones, costumbres, hábitos, gustos, conocimientos, modos y calidad de vida, situación ocupacional, cultural, etcétera, dentro de una comunidad determinada. Puede hacerse a grupos de personas en general o ser seleccionadas por edad, sexo, ocupación, dependiendo del tema a investigar y los fines perseguidos”⁴⁸.

Esta técnica se concretará a consultas de opinión a profesionales del Derecho en libre ejercicio y trabajadores en general, de un escenario de por lo menos treinta personas, se planteará cuestionarios derivados de los objetivos e hipótesis planteados para esta investigación.

8. Esquema Provisional del Informe Final:

El informe final de la investigación jurídica que propongo, se enmarcará en los lineamientos establecidos en el Reglamento de Régimen Académico, de manera específica en lo que menciona el Art. 144 del referido reglamento, el cual requiere de un Resumen elaborado en Castellano y que sea traducido al inglés; una Introducción; la Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

A más del cumplimiento del mencionado esquema, mencionaré un esquema provisional para el Informe Final que será el siguiente:

En primer lugar realizaré el acopio teórico, comprendido en un estudio conceptual, doctrinario, jurídico, derecho comparado y de campo sobre la

⁴⁸ AZORÍN, Francisco., & SÁNCHEZ CRESPO, José. (2013). Métodos y aplicaciones del muestreo. Alianza. Pág. 28.

detención con fines de investigación como medida cautelar prevista en el Código Orgánico Integral Penal vigente.

Como segundo paso efectuaré la investigación de campo o recolección de información empírica, que consistirá en la presentación y análisis de los resultados de las encuestas.

En un tercer orden realizaré la síntesis de la investigación jurídica, con la elaboración de: a) Verificación de los objetivos y contrastación de la hipótesis; b) Conclusiones; y, c) Recomendaciones, entre las que constará la propuesta de reforma jurídica que guardará relación con el problema planteado en este trabajo de tesis.

9. CRONOGRAMA:

TIEMPO FASES	MARZO 2016				ABRIL 2016				MAYO 2016				JUNIO 2016				JULIO 2016			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
SELECCIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	X	X																		
ELABORACIÓN DEL PROYECTO			X	X	X															
RECOPIACIÓN BIBLIOGRÁFICA						X	X	X												
APLICACIÓN DE ENCUESTAS									X	X										
CONFORMACIÓN DE RESULTADOS											X	X								
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA JURÍDICA													X	X	X					
ELABORACIÓN DEL INFORME FINAL																X	X	X		
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS																			X	X

10. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO:

RECURSOS HUMANOS:

Director de Tesis: Por designarse.

Encuestados: 30 personas profesionales del Derecho.

Postulante: Rosemberg Efrain Samaniego Ochoa.

RECURSOS, MATERIALES Y COSTOS:

MATERIALES	VALOR
Libros	450.00
Separatas de texto	150.00
Hojas	50.00
Copias	250.00
Internet	150.00
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	400.00
Transporte	250.00
Imprevistos	650.00
TOTAL	2350.00

FINANCIAMIENTO:

Los costos de la investigación ascienden a mil setecientos cincuenta dólares americanos que serán financiados con recursos propios de la postulante.

11. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

AMADOR BADILLA, Gary. La detención provisional en la ley de justicia penal juvenil. Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2006.

ANDER-EGG, Ezequiel. (1995). Técnicas de investigación social. U.S.A.: Lumen.

AZORÍN, Francisco., & SÁNCHEZ CRESPO, José. (2013). Métodos y aplicaciones del muestreo. Alianza.

BERRIO, Julio Ruiz. (1997). El método histórico en la investigación histórico-educativa. In La investigación histórico-educativa: tendencias actuales. Madrid: Ronsel.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge; MAIER, Julio. Tratado de Derecho Procesal. Tomo II, Estructura del Proceso, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1960.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones.

DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría de la prueba. V. Abeledo, 2009. Pág. 45.

FERNÁNDEZ, Antonio Scarance. Proceso penal constitucional. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GARCÍA, Manuel Calvo. (2011). Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Tecnos.

GONZÁLEZ, G. Escamilla. (2003). Manual de metodología y técnica bibliográficas. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria, Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Praxis, Barcelona, 2007. Pág. 137.

PEIRCE, Charles., & RUIZ-WERNER, Juan Martin. (2005). Deducción, inducción e hipótesis. Buenos Aires: Aguilar.

POOL, Frank. (02 de octubre de 2010). Slideshare. (L. C. 2014, Productor) Recuperado el 20 de marzo del 2015, de es.slideshare.net: http://es.slideshare.net/BladePardo/savedfiles?s_title=mtodos-y-tcnicas-de-la-investigacin-jurdica-1&user_login=fpool

RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio. (2012). Metodología de la investigación cualitativa. Bilbao: Universidad de Deusto.

SARTORI, Giovanni. (2010). Comparación y método comparativo. Alianza.

VON LISZT, Franz. Tratado de derecho penal. Valletta Ediciones SRL, 2007.

ÍNDICE.

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TITULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	9
4.1.1. Derechos Humanos.....	9
4.1.2. La Libertad Personal.....	14
4.1.3. Derecho Procesal Penal.....	20
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	28
4.2.1. Los Derecho Humanos en el Ámbito Nacional e Internacional.....	28
4.2.2. Clasificación de los Derechos Fundamentales.....	28
4.2.3. Derecho Procesal Penal.....	31
4.3. MARCO JURÍDICO.....	38
4.3.1. Constitución del Ecuador.....	38
4.3.2. La Protección de los Derechos Fundamentales en el Ecuador.....	42
4.3.3. Investigación Previa.....	43
4.3.4. Medidas Cautelares.....	48
4.3.5. Ineficacia de las 24 horas de detención provisional con fines investigativos.....	51
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	57
4.4.1. Argentina.....	57
4.4.2. Canadá.....	59
4.4.3. Perú.....	61
5. MATERIALES Y METODOS.....	64
5.1. Métodos:.....	64
a) Método Científico:.....	65
b) Método Deductivo - Inductivo:	66
c) Método Analítico - Sintético:	67
d) Método Histórico:.....	68
e) Método Jurídico:	68

5.2. Procedimientos y Técnicas:	69
a) Bibliográfica:	69
b) Observación:.....	69
c) Documental:.....	70
d) Encuesta:.....	70
6. RESULTADOS.	72
6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta.	72
7. DISCUSIÓN.....	83
7.1. Verificación de objetivos.	83
7.2. Contrastación de hipótesis.....	85
7.3. Fundamentos Jurídicos para la reforma legal.....	86
8. CONCLUSIONES.....	88
9. RECOMENDACIONES.....	90
9.1. Propuesta y Reforma Jurídica.	92
10. BIBLIOGRAFÍA.	95
11. ANEXOS.	97
11.1. Anexo Nro. 01.....	97
11.2. Anexo Nro. 02.....	99

INDICE:	122
---------	-----