



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“INGRESO DE DOCUMENTOS POR PARTE DEL PROCESADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS FLAGRANTES”

**TESIS PREVIA A LA
OBTENCION DEL TÍTULO
DE ABOGADO.**

AUTOR:

CARLOS ALBERTO JARAMILLO MARTÍNEZ

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. SEBASTIÁN RODRIGO DÍAZ PÁEZ, Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

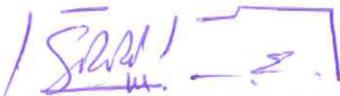
Dr. SEBASTIÁN RODRIGO DÍAZ PÁEZ, Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado prolijamente el contenido y forma del presente trabajo de investigación jurídica del nivel de pre-grado presentado por el postulante señor **CARLOS ALBERTO JARAMILLO MARTÍNEZ**, bajo el título de "INGRESO DE DOCUMENTOS POR PARTE DEL PROCESADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS FLAGRANTES", la presente tesis cumple con las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Octubre del 2016



.....

Dr. SEBASTIÁN RODRIGO DÍAZ PÁEZ, Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Carlos Alberto Jaramillo Martínez**, 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: Carlos Alberto Jaramillo Martínez

FIRMA:



CEDULA: 1104180359

FECHA: Loja, 11 de Octubre de 2016

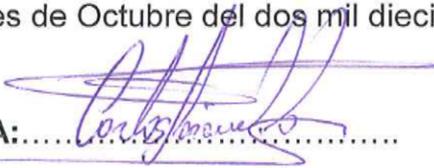
**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR
PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y
PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO**

Yo, CARLOS ALBERTO JARAMILLO MARTINEZ, declaro ser autor de la tesis titulada **“INGRESO DE DOCUMENTOS POR PARTE DEL PROCESADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS FLAGRANTES”**, como requisito para optar el 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 el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tengan 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 11 días del mes de Octubre del dos mil dieciséis, firma el autor:

FIRMA:..........

AUTOR: Carlos Alberto Jaramillo Martínez

CEDULA: 1104180359

DIRECCIÓN: Pradera-Calle Arupos y Alisos

CORREO: jjalbertomartinez@gmail.com

TELEFONO: 2102247-0996108325

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Carlos Manuel Rodríguez.	Presidente
Dr. Marco Ortega Cevallos.	Vocal
Dr. Felipe Solano Gutiérrez.	Vocal

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico primeramente a Dios por darme la vida y la fortaleza para prepararme profesionalmente, a mi familia, que han sido un pilar fundamental para que todos los años de estudio universitario al fin se vean materializados en la presente tesis.

Carlos Alberto Jaramillo Martínez

AGRADECIMIENTO

Como persona de bien por la cual me he caracterizado siempre, y escogí el camino por la rienda de la intelectualidad me siento satisfecho puesto que todos mis esfuerzos hoy se ven reflejados a través de la culminación del presente trabajo de investigación jurídica, en donde se materializa todo lo que un estudiante universitario desea alcanzar, el formarme profesionalmente para luchar por la justicia, la libertad y el honor, ya que estos valores son importantes para quienes estamos inmersos en el estudio del Derecho, y que siempre los vamos a encontrar en el transcurso de nuestra vida profesional.

Por ello mi agradecimiento va dirigido a la Universidad Nacional de Loja, a la Modalidad de Estudios a Distancia y especialmente a la carrera de Derecho, por haberme permitido realizar mis estudios superiores, y a todos los docentes, catedráticos, personal administrativo y de manera muy especial al Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez, Director de Tesis, quién me asesoró con sus conocimientos durante todo el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica hasta su culminación.

EL AUTOR

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
 - 2.1 ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1 MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1.1 el juicio.
 - 4.1.2 sujetos procesales.
 - 4.1.3 acción penal.
 - 4.1.4 prision preventiva.
 - 4.2 MARCO DOCTRINARIO.
 - 4.2.1 antecedentes históricos.
 - 4.2.2 naturaleza jurídica de la prision preventiva.
 - 4.2.3 teorías surgidas en torno a la naturaleza de la prision preventiva.
 - 4.2.4 teoría de la relación jurídica.
 - 4.2.5 teoría de la institución.
 - 4.2.6 principios de la prision preventiva
 - 4.2.7 la libertad como principio aplicable
 - 4.2.8 relación teórica de la flagrancia y presunción de inocencia
 - 4.3 MARCO JURIDICO.
 - 4.3.1 presunción de inocencia en la Constitución de la República del Ecuador.
 - 4.3.2 la prision preventiva como norma de derecho.
 - 4.3.3 el sistema oral como instrumento de justicia en el proceso penal.
 - 4.3.4 la prision preventiva y sus diversas características.
 - 4.3.5 flagrancia y prision preventiva en el Código Orgánico Integral Penal.
 - 4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.
 - 4.4.1 legislación Argentina.
 - 4.4.2 Legislación Colombiana.

4.4.3 Legislación Venezolana.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 materiales utilizados

5.2 métodos

5.3 procedimientos y técnicas

6. RESULTADOS

6.1 resultados de la aplicación de encuestas

6.2 resultados de la aplicación de entrevistas

6.3 estudio de caso.

7. DISCUSIÓN

7.1 verificación de objetivos

7.2 contrastación de hipótesis

7.3 fundamentación jurídica para la propuesta de reforma legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO.

**“INGRESO DE DOCUMENTOS POR PARTE DEL PROCESADO EN LA
AUDIENCIA DE FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN A
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS FLAGRANTES”**

2. RESUMEN.

Dentro del ejercicio profesional, los abogados patrocinadores de los juicios penales en los delitos flagrantes que se inician con el cometimiento de una infracción, en el ejercicio de la acción penal de conformidad a lo dispuesto en el Art. 527 del Código Orgánico Integral Penal, “se entiende por flagrancia a las personas que cometan un delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de la supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, así mismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida”; en el caso de que se logre la detención del sospechoso en delito flagrante de ejercicio público , dentro de las veinticuatro horas desde que se lo aprehendió, se llevara a efecto una audiencia oral ante el juzgador competente, y se calificara la legalidad de la aprehensión, seguidamente el señor Fiscal titular de la acción , de existir elementos suficientes , y si la infracción cometida supera el año de pena formulará cargos y de ser pertinente solicitara las medidas cautelares y de protección que el caso amerite, en el hecho real que el Fiscal solicite medida cautelar privativa de libertad, es decir prisión preventiva con la finalidad de asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de una pena siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal que son los siguientes: 1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción; 2.- Elementos de convicción claros y precisos

de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción; 3.- Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena; 4.- Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año; en la mencionada audiencia el procesado por el tiempo y su calidad de aprehendido no tiene las facilidades para demostrar lo que en derecho penal se denomina arraigo y desvirtuar el requisito establecido en el numeral 3 del Art. 534 del COIP, y poder indicar que la prisión preventiva no es necesaria y solicitar medidas alternativas que de igual forma asegure la comparecencia del procesado al proceso como la presentación ante la Juez o Fiscal cada quince días y la Prohibición de salida del país, medidas por demás suficientes no privativas de libertad.

A hora, bien para poder aportar indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son suficientes se necesita recolectar información laboral, social, familiar, económica y en lo principal el domicilio donde vive el procesado, dicha búsqueda es casi imposible recolectar en el término de 24h00, por las consideraciones ya indicadas; por lo tanto al no demostrar procesalmente el procesado estos indicios, los Jueces aceptan la petición del Fiscal y disponen la Prisión Preventiva; los Abogados en libre ejercicio de la profesión de conformidad al Art. 653 del COIP apelan de la resolución en el presente caso que concede la prisión preventiva ante una de las Salas Especializadas; más sucede que al momento que los miembros de la Sala señalan día y hora para que se lleve

a cabo la Audiencia Oral donde se resuelve la Apelación que el recurrente realiza a la resolución que concede la prisión preventiva, señalado el día y hora luego de las intervenciones del recurrente y de la contraparte una vez finalizado el debate , la sala procede a resolver solamente en mérito de lo actuado, no permitiendo la introducción de documentos que permitan demostrar que la medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio y el cumplimiento de una pena; por lo que los jueces una vez analizados todos los requisitos ratifican la prisión preventiva quedando el procesado en la indefensión; vulnerando de esta manera el principio constitucional de presunción de inocencia, pues toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, el derecho a la libertad consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y el principio universal de libertad; si bien es cierto existe la posibilidad en lo posterior de solicitar la revocatoria, sustitución, suspensión o revisión de la prisión preventiva hasta que se cumplan los procedimientos ya pasaría el procesado con la medida de prisión preventiva algunos meses y esto podría desencadenar la pérdida de su trabajo, problemas sociales, económicos y familiares etc.

En este contexto surge una conducta anómala que contraviene el principio de presunción de inocencia y de libertad establecido en la Constitución de la República del Ecuador, tratados, pactos y convenios internacionales, por lo que carece de fundamento y trasgrede lo dispuesto en las normas enunciadas y las demás leyes o cuerpos normativos del ordenamiento jurídico, problema que se agudiza con la falta de normas y reformas que

tipifiquen un verdadero procedimiento oral dentro de los procesos penales que permitan a los Abogados y Abogadas en libre ejercicio de la profesión que patrocinan las causas puedan demostrar el arraigo de sus defendidos ante los Jueces de la Sala Especializadas de lo Penal, respetando de esta manera a los preceptos y principios jurídicos establecidos en la Constitución de la República y convenios internacionales normas jerárquicamente superiores en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.1 ABSTRACT

Within the practice, lawyers sponsors of criminal trials in flagrante delicto that start with the commission of an offense, in the exercise of criminal action pursuant to the provisions of Art. 527 of the Code Integral Criminal " it is understood flagrante people who commit an offense in the presence of one or more persons or when discovered immediately after the alleged commission, whenever there is a continuous persecution from the time of the alleged commission until apprehension, likewise when he meets weapons, instruments, proceeds of illicit, fingerprints or documents relating to the newly infringement "; in the case of the arrest of the suspect is achieved in flagrante delicto of public exercise, within twenty-four hours since it seized, it will take effect an oral hearing before the competent judge, and the legality of the arrest were graded, then the District Attorney holder of the action, if there is sufficient evidence and whether the infringement exceeds the year penalty will press charges and if appropriate request precautionary and protective measures that the case warrants, in actual fact the Tax request precautionary measure deprivation of liberty, ie detention in order to ensure the appearance of the defendant to process and serve a sentence as long as it meets the requirements of Art. 534 of the Code of Criminal Integral which are as follows : 1. sufficient evidence of the existence of a crime of public exercise of the action; 2. Elements of clear and precise that the processing is author or accomplice to the offense or conviction; 3. Evidence of which is shown that the non-custodial precautionary measures of freedom are insufficient and that preventive detention is necessary to ensure his presence at trial or

enforcement of sentence; 4. That the case of an offense punishable with deprivation of liberty exceeding one year; at that hearing the processing for time and quality of apprehended not have the facilities to show what criminal law is called root and undermine the requirement in paragraph 3 of Art. 534 of the COIP, and to indicate that the prison is not necessary preventive and alternative measures apply equally ensure the appearance of the accused to the process as the presentation to the judge or prosecutor fortnight and Prohibition from leaving the country, other measures sufficient non-custodial.

A time either to provide evidence which it proves that the non-custodial precautionary measures of freedom are sufficient you need to collect labor, social, family, economic information and in the main the address where the defendant lives, the search is almost impossible to collect at the end of 24h00, for the reasons already stated; therefore procedurally by not processing these signs show, the judges accepted the request of the Prosecutor and have the Remand; . Lawyers free exercise of the profession pursuant to Article 653 of the COIP appeal of the decision in this case granting custody to one of the specialized chambers; more happens that when the members of the Chamber indicated day and time to be carried out by the Oral Hearing where the appeal is resolved that the appellant makes the decision granting custody, appointed day and hour of the interventions recurrent and counterparty after the end of the debate, the room comes to solve only merit of the proceedings, not allowing the introduction of documents to prove that the non-custodial preventive detention measures are sufficient to ensure the presence of the accused trial and execution of a

sentence; so the judges after analyzing all the requirements ratify the custody being processed defenseless; thus violating the constitutional presumption of innocence, because everyone is innocent until proven guilty, the right to freedom enshrined in the Constitution of the Republic of Ecuador and the universal principle of freedom; While it is true there is a possibility in the back of requesting the revocation, replacement, suspension or review of pretrial detention until the procedures are followed and would processing with preventive custody a few months and this could trigger the loss of his work, social, economic and family etc.

In this context an anomalous behavior that violates the presumption of innocence and freedom enshrined in the Constitution of the Republic of Ecuador, treaties, international covenants and conventions, so unfounded and transgresses the provisions of the rules laid down arises and other laws or regulatory bodies of the legal system, a problem exacerbated by the lack of standards and reforms to criminalize a true oral procedure in criminal proceedings to enable lawyers and Lawyers free exercise of the profession to sponsor the causes can demonstrate the pervasiveness of their defended before the judges of the Specialized Criminal Chamber, thus respecting the legal precepts and principles established in the Constitution of the Republic and international agreements hierarchically superior standards in the Ecuadorian legal system.

3.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo investigativo intitulado **“INGRESO DE DOCUMENTOS POR PARTE DEL PROCESADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS FLAGRANTES”**, lo he seleccionado partiendo de la problemática social y jurídica que produce el no poder demostrar en la Audiencia Oral de Apelación de la Prisión Preventiva ante los Jueces de la Sala documentadamente que una medida no privativa de libertad es suficiente para asegurar la comparecencia del procesado al proceso, el cumplimiento de una pena y la reparación integral de la víctima, situación que ha llevado a los Jueces de la Sala a ratificar la prisión preventiva imponiendo una pena anticipada en contra del procesado vulnerando principios fundamentales dentro de la legislación penal ecuatoriana como son la oralidad, excepcionalidad, libertad, y el principio de presunción de inocencia que gozamos todas las personas hasta que un Tribunal dicte sentencia condenatoria por el cometimiento de una infracción penal.

llegalidad que se da principalmente, porque la deficiente normativa penal y la falta de un procedimiento que permita al procesado a través de su representante legal es decir un Abogado en libre ejercicio profesional del derecho en los casos de delito flagrante que se haya dictado la prisión preventiva por el juez aquo y la misma haya sido Apelada ante el Superior, realizar la introducción de documentos para demostrar el arraigo social,

laboral, familiar, económico que permita demostrar a los Jueces que una medida cautelar de carácter personal no privativa de libertad sea suficiente para asegurar la comparecencia del procesado al proceso, siempre y cuando se tome en cuenta el principio de proporcionalidad del delito.

En la actualidad en la mayoría de las Apelaciones de Prisión Preventiva en delito flagrante, han sido ratificadas por los Jueces de la Sala ya que por norma expresa establecida en el Código Orgánico Integral Penal ratifican la prisión preventiva pues ellos deben de analizar y resolver en mérito de lo actuado en la audiencia de calificación de flagrancia, y como lo indique en líneas anteriores el procesado por el tiempo y su condición de detenido no puede recolectar los suficientes elementos de descargo que permita al Juez imponer una medida no privativa de libertad.

El presente trabajo vía tesis de graduación de abogado, lo he estructurado de la siguiente manera:

En la revisión literaria se trató en el Marco Conceptual de los Conceptos Básicos, definiciones sobre la libertad, prisión preventiva; en el Marco Doctrinario se empezó con los antecedentes Históricos de la prisión preventiva, teorías de la misma y demás doctrina relacionada con la investigación; así mismo, en el Marco Jurídico se trató estos temas realizando un análisis constitucional, tomando en cuenta tratados internacionales y lo que expresa el Código Orgánico Integral Penal, terminando un análisis comparado de algunas legislaciones extranjera relacionadas con la problemática investigada.

En Materiales y Métodos, se detallan todas las herramientas y fuentes de información que sirvieron para la redacción del informe final, así como las técnicas empleadas para la investigación de campo, las cuales son la encuesta y la entrevista aplicadas a una población determinada de Abogados en libre ejercicio de la profesión.

En los Resultados se muestra estadísticamente los datos obtenidos de la aplicación de las técnicas antes indicadas, mostrándose la información con su respectivo gráfico, interpretación y comentario del autor.

En la Discusión se verifican los objetivos planteados en el proyecto de tesis, y se fundamentó jurídicamente la propuesta de reforma al Código Integral Penal.

En la parte final del informe se presentan las Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta de Reforma Jurídica.

4.- REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

Dentro del Marco conceptual, se analizarán conceptos básicos para comprender la problemática jurídica en cuestión, partiendo de nociones generales del Derecho Procesal Penal, un análisis conceptual del Juicio, las partes procesales, los principios de oralidad, principios relativos a la oralidad, a la prisión preventiva, al derecho y principio de libertad que nos permitan tener un mayor entendimiento del fin que persigue la Prisión Preventiva dentro del procedimiento penal y la importancia del derecho y principio de libertad que son la base del presente tema de tesis que tiene por objeto reformar el Código Integral Penal, respecto a la necesidad de demostrar con indicios documentales que no existe peligro de fuga del procesado tomando en cuenta la proporcionalidad del delito una vez admitido el recurso de apelación de la prisión preventiva en los delitos flagrantes ante la Sala Especializada, ya que la vulneración de la libertad afecta el principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución de la República, tratados y convenios internacionales normas jerárquicamente superiores en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1.1 El juicio.

Para entender de una manera clara y precisa que es el juicio, voy a citar la definición que nos da el Diccionario Cabanellas:

“...La trascendencia humana y procesal de esta voz, que sintetiza la expresión superior del raciocinio y la complejidad toda del enjuiciamiento ante los tribunales, aconseja, desde la iniciación, un tratamiento metódico...”¹

De la definición anteriormente anotada se puede colegir que el Juicio es un procedimiento donde se argumenta a través de una teoría la valoración en una enunciación, argumentando una tesis para así poder vencer los obstáculos y poder aclarar las controversias en un enjuiciamiento ante los Tribunales.

Es necesario determinar que es un juicio como noción jurídico-procesal, para este análisis es necesario tomar en cuenta que es un asunto sometido a la decisión de un Juez o Tribunal, quién mediante su fallo o sentencia restaura la controversia suscitada entre las partes procesales conforme a las normas de derecho.

Es preciso determinar que por regla general y de justicia las normas jurídicas tienden a establecer determinados supuestos y las soluciones a las que debe sujetarse el juzgador, todo ello con el objeto de garantizar una verdadera justicia, oportuna y eficaz.

A la noción del juicio se lo ha equiparado con el proceso, aunque difieren en algunos aspectos, el proceso es el conjunto de actuaciones judiciales, es decir es el cuerpo físico del juicio, mientras que este último es el asunto

¹ Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL., DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL.

sometido al conocimiento del juzgador, es decir lo conforma la pretensión de la demanda y las excepciones que proponga el demandado, lo cual se denomina generalmente los puntos sobre los que trabó la Litis o la materia principal de la decisión del Juzgador.

Para el autor KAI AMBOS en su obra IMPUNIDAD Y DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL, el proceso es:

“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 (en caso de que así sea requerido) 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.”²

De lo anteriormente citado, se puede manifestar que el proceso penal, a decir del tratadista KAI AMBOS en su obra Impunidad y Derecho Procesal Internacional, expresa que es el conjunto de normas jurídicas de derecho público que se encuentra regulado a través de un procedimiento de derecho público desde su inicio hasta el final para poder llegar a una justa y adecuada administración de justicia a través de los jueces y tribunales

² IMPUNIDAD Y DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL. EDITORIAL 2002, DOCTOR KAIS AMBOS. ALEMANIA

apegados a la ley y exteriorizada por medio de una sentencia; así tenemos que un proceso penal de acción pública en la actual legislación penal es decir en el Código Orgánico Integral Penal inicia por medio de un parte policial o una denuncia la misma puede ser verbal o escrita, en los casos los casos de delitos flagrantes dentro de las veinticuatro horas el juez que conoce de la causa convoca a una audiencia oral, pública y contradictoria posteriormente el Agente Fiscal de considerar que existen elementos claros, precisos y fundados que hagan presumir tanto la materialidad como la responsabilidad del sospechoso se da inicio a la etapa de instrucción fiscal la misma que tendrá una duración de noventa días, posteriormente el fiscal declarar concluida la instrucción fiscal y solicitara día y hora para que tenga lugar la Audiencia Preparatoria de juicio la misma que tendrá como finalidad como finalidad conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento; establecer la validez procesal, valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir los elementos de convicción que son ilegales, delimitar los temas por debatirse en el juicio oral, anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y aprobar los acuerdos probatorios a que llegan las partes; posteriormente se pasara a la etapa de juicio en donde el tribunal resolverá la situación jurídica de los procesados. Cabe indicar que aparte del procedimiento ordinario, existen procedimientos como el abreviado, directo, expeditos, y el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal; así como nulidades procesales, recursos de apelación, casación etc. Que son parte del procedimiento.

4.1.2 Sujetos Procesales

Para el tratadista ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL en su obra LA TEORIA DE LA ACCIÓN PENAL, al referirse a las partes procesales dentro de un juicio manifiesta:

“Todas las personas naturales y jurídicas, así como todos los órganos estatales que intervienen en el proceso penal, cualquiera que sea su rol o grado de participación. Son las partes entre las cuales se constituye la relación procesal. Las partes que reclaman, la parte contra quien se reclama y el juzgador, quien debe conocer y resolver el conflicto surgido entre aquellas.”³

De lo anteriormente anotado se colige que las partes procesales son las partes entre las cuales se constituye la relación procesal, quien reclama y el juzgador que debe resolver el conflicto; en nuestra legislación penal los sujetos del proceso penal son la persona procesada, la víctima, la fiscalía, la defensa, es decir la víctima es a quien se le ha vulnerado un bien jurídico protegido y tipificado por la ley, la fiscalía es la titular de la acción llamada a investigar y pretender que un delito no se quede en la impunidad y sea sancionado conforme a ley, la defensa del procesada es la que se ejerce un abogado patrocinador que a través de una defensa activa y técnica tendrá como finalidad lograr demostrar al juez el estado de inocencia de su defendido para que este la ratifique, es decir todos los sujetos procesales

³ www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/061209/dp

dentro del proceso es decir en los hechos sometidos al juicio que están en conocimiento del Juzgador, juegan un papel de suma importancia en defensa de los derechos consagrados en la Constitución, tratados internacionales y demás normas que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Algo relevante de los sujetos procesales, es la capacidad legal y judicial que estos tienen que tener para intervenir en el juicio como partes procesales, la cual nace por lo general con la mayoría de edad, y son ciertos casos los de incapacidad, entre ellos están los impúberes y los adolescentes que requieren representación legal de sus padres o quien este legalmente a cargo de su cuidado, otro caso es el de las personas jurídicas que bien comparecer por medio de su representante legal, y en caso de los demás incapaces como los dementes, interdictos, sordomudos que no puedan darse a entender por escrito ni por lenguaje de señas, estos requieren de un tutor o curador que los represente legalmente en el juicio y así de esta manera hacer valer sus derechos.

Los sujetos procesales según nuestra legislación penal son la persona procesada, la víctima, la fiscalía, la defensa, y el Código Orgánico Integral Penal los define de la siguiente manera:

a) persona procesada

“Se considera persona procesada a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos. La persona procesada tendrá la potestad de

ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y este Código.⁴

El procesado es a quien quién el fiscal luego de una investigación previa pre procesal penal o si se lo ha encontrado en delito flagrante le formula cargos; y la persona procesada tendrá la facultad de ejercer su defensa en apego restricto a la Constitución y demás leyes.

b) **Victima.-** Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas:

“1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.

2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal.

3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior.

4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

⁴ Corporación de Estudios y Publicaciones 14-febrero-2014-Codigo

5. La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores.

6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción.

7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos.

8. Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo⁵

Es decir la legislación penal Ecuatoriana denomina víctima a la persona que le ha vulnerado un derecho que de manera individual o colectiva se le ha vulnerado un bien jurídico a través de un hecho que se encuentre tipificado como delito en nuestro ordenamiento jurídico penal.

c) Fiscalía:

“La Fiscalía 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.”

De lo transcrito se colige que la Fiscalía es la titular de la acción, es decir la encargada de dirigir la investigación preprocesal y procesal penal hasta la culminación del proceso en todas sus etapas, su deber primordial es

⁵ Corporación de Estudios y Publicaciones 14-febrero-2014-Codigo

Orgánico Integral Penal Quito-Ecuador Edición Primera.

proteger a la víctima haciéndole conocer de todos sus derechos para una correcta intervención en el proceso.

d) Defensor

“La defensa de toda persona estará a cargo de una o un abogado de su elección, sin perjuicio de su derecho a la defensa material o a la asignación de una o un defensor público.”⁶

Toda persona involucrada en un proceso penal tiene derecho a un abogado y escogerá uno de su elección, de su confianza para así garantizar su legítimo derecho a la defensa, en el caso de no tener los recursos suficientes para contratar un abogado particular el estado le asignará un defensor público.

4.1.3 Acción penal.

Primeramente empezare diciendo que acción es un acto realizado por una persona para acometer o defenderse, es decir consiste en una operación que realiza un individuo en espera de un resultado, que puede ser positivo o negativo.

Con el fin de obtener un punto de partida que nos permita una mejor comprensión de lo que trata la “acción” desde un punto de vista jurídico, abordare algunas definiciones desde la óptica enmarcada en el estudio de la

⁶ Corporación de Estudios y Publicaciones 14-febrero-2014-Codigo

Orgánico Integral Penal Quito-Ecuador Edición Primera.

ley procesal penal; al respecto el tratadista Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define a la ACCION como: "... *La acción procesal y el derecho. El Derecho Romano, artífice quizás inigualado en la materia, compendia la esencia de la acción procesal en estas palabras "La acción penal no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe". Los modernos procesalistas de mayor relieve internacional definen así a la acción: "Un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio"; también el derecho público subjetivo al procedimiento judicial en general, pero no a la sentencia justa (Carnelutti)...*"⁷.

En un sentido general acción equivale a ejercer una facultad, una potencia, una voluntad; mientras que lo contrario sería la omisión, la negación, la inexistencia. "La palabra acción (del latín "agüere": hacer, obrar) es de tal amplitud que difícilmente es superada por otra alguna, pues como dice Cabanellas en su "*Derecho Usual*", "*toda la vida es acción*" y solo existe *inacción absoluta, en la muerte*"⁸.

De lo señalado anteriormente en una acepción muy personal y a mi modo de comprender: la acción procesal consiste en el derecho de toda persona de reclamar un legítimo derecho del que se siente asistido, ante un órgano

⁷ CABANELLAS, Guillermo "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo 1, Editorial Heliasta, 1989, Argentina, pp. 71.

⁸ TORRES, Chávez, Efraín. Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal Tomo I. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2001. pp. 71

competente encargado de administrar justicia, quien tendrá que aceptar o negar el pedido de la persona que se siente afectada, para así dar lugar al cumplimiento de los derechos de las personas con lo cual se estaría haciendo justicia.

Entrando en materia, específicamente en el campo procesal, la acción penal es todo el conjunto de actuaciones procesales cuyo inicio siempre será una denuncia o querrela, que deberán ser planteadas por los sujetos procesales según el caso que corresponda, ante los encargados de llevar el normal desarrollo del trámite respectivo, que en la actualidad son la vindicta pública y los jueces penales.

4.1.4 Prisión preventiva

Para entender de una manera clara y precisa, voy a citar la definición de PRISIÓN PREVENTIVA que nos da el Diccionario Cabanellas:

“La que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución de juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito y por razones de seguridad”⁹

La constitución de la República del Ecuador en su Art. 77 numeral 1 dice lo siguiente:

“La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del

⁹ Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL.,

DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL.

delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena.”¹⁰

De la lectura de este artículo de la norma Constitucional se desprende que la prisión preventiva no es la regla general y como consecuencia de ello más bien es la excepción.

El Código Orgánico Integral Penal, nos dice que la finalidad de la medida cautelar de Prisión Preventiva es garantizar la inmediación del procesado al proceso, el cumplimiento de una pena y la correspondiente indemnización a la víctima.

Es decir 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.

Con la privación de la libertad del procesado se provoca una afectación grave e intensa de la libertad de una persona, ya sea que la limitación esté motivada en un proceso penal actual o futuro o se relacione con casos autorizados por la Ley.

¹⁰ Ley Cit., CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS

Art. 77 numeral 1.

Jesús Casal Hernández, determina tres aspectos: *“los medios empleados para producirla, la intensidad con que la medida limita la libertad de locomoción y la voluntad de la persona afectada.”*¹¹

La prisión preventiva es una medida cautelar de orden personal que ha merecido la atención del derecho Internacional y que Tratados y Convenios Internacionales han reiterado su excepcionalidad como medida cautelar, basta citar lo que dice el ((Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 9 numeral 3. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad deberá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier momento de las diligencias procesales y en su caso para la ejecución del fallo.

Que nos dice la Convención Interamericana sobre DD HH, o también conocido como Pacto de San José en su Art. 7 numero 5 *“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”*¹²

¹¹ Casal Hernández Jesús María- CENTRO DE ESTUDIOS POLITICOS Y CONSTITUCIONALES-Derecho a la libertad Personal-Venezuela-Caracas

¹² Derechos Humanos Fuente www.derechoecuador.com- consultado 2-4-16

a) Restricción de la libertad.

El método emanada de la decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Casos Engel, Guzzardi y Ashingdane) y del Tribunal Constitucional Español, sostienen que la Restricción de la Libertad, son aquellas situaciones donde se produce una limitación de la libertad de carácter leve o poco intenso, realizadas con la finalidad de efectuar determinadas averiguaciones que no están vinculadas a un proceso penal actual o futuro sino al cumplimiento de la función preventiva policial y al mantenimiento del orden público o la seguridad ciudadana.

b) Retención.

Es una forma de restricción de la libertad que supone la situación material impuesta a una persona que le impide determinar libremente su movimiento mientras dure la medida. La diferencia entre la retención y la detención sólo estribaría en la finalidad de cada una de ellas pues, aunque ambas implican una situación puramente fáctica, la detención se dirige a una privación de la libertad, mientras que la retención es sólo una restricción de la misma.

c) Detención.

Es una situación fáctica de privación de la libertad, ya que la persona se ve coactada e impedida de desplazarse o de decidir voluntariamente sobre este aspecto, en cumplimiento de una medida u orden privativa de la libertad.

Una modalidad de detención, es la detención preventiva, que se produce cuando la persona es privada de su libertad por decisión de la autoridad policial, sin que medie mandato judicial previo, por imputársele la comisión

de un delito y tener que ser puesto a disposición de las autoridades judiciales. Tanto la detención preventiva policial como la detención judicial resultan ser una medida cautelar, destinadas a proteger y asegurar la eficacia de un futuro proceso penal.

Un requisito clave exigible a todas las restricciones y privaciones de la libertad personal, es que se deben tomar en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, implica que la limitación impuesta no sólo esté contemplada en la Constitución o la Ley, sino que en el caso concreto se compruebe que la medida resulta adecuada, es decir, que el medio empleado sea el apropiado para conseguir el resultado buscado; que responda a un principio de necesidad, o sea, que la medida no pueda ser sustituida por otra acción menos gravosa o que evite afectar la libertad personal; y que tras verificar el contrapeso o ponderación de los intereses en conflicto, el sacrificio del interés individual de la libertad personal guarde una relación razonable y proporcionada que haga justificable la prevalencia del interés estatal o social que la medida pretende salvaguardar.

El derecho fundamental de la libertad personal, como protección de ésta frente a las arbitrariedades y los abusos del poder está en la base de todo el movimiento constitucionalista y de la forja de las Declaraciones de Derechos: así la declaración de derechos del hombre y del ciudadano tiene uno de sus raíces en la reacción frente a los *lettres de cachet* que permitían la detención arbitraria, por periodo indefinido de las personas y la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, tiene su origen en la intención de evitar

los Writs of Anistance que el Parlamento otorgaba a las autoridades coloniales para registrar personas e instalaciones y detener a aquellos.

Fabian Novak y Sandra Namihas indica: *“que la libertad personal implica el derecho de toda persona a no ser detenida ilegal o arbitrariamente, pero también a conocer los motivos de la privación de su libertad y el derecho de impugnar la medida ante la justicia.”*¹³

Es decir toda persona que va a ser detenida se la realizara en forma legal, haciéndole conocer sus derechos, el motivo de su detención y el derecho que tiene a conseguir un Abogado de su confianza, respetando sus derechos consagrados en la Constitución de la Republica, Tratados Internacionales y demás normas conexas.

Si bien es cierto que dentro del desarrollo investigativo se ha recopilado diferentes conceptos sobre la prisión preventiva, la detención, se ha realizado un análisis exhaustivo del juicio sus etapas, sobre la libertad, restricción, retención, detención, realizando una conceptualización de cada uno de ellos y análisis posterior; he llegado a la conclusión que cada una de ellas tienen la finalidad de restringir la libertad de las personas, vulnerando el derecho a la libertad, principios como el de presunción de inocencia, el de excepcionalidad, proporcionalidad que atentan contra el ser humano, ya que toda privación, restricción de la libertad y toda forma que conlleve a la necesidad de privar la libertad de un individuo sin haber demostrado su

¹³ NOVAK TALAVERA-DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-LIMA

culpabilidad mediante sentencia emitida por un juez que se encuentre debidamente ejecutoriada, es atentatoria a los derechos; es así, que tanto la doctrina como la jurisprudencia la consideran una pena anticipada, siendo un derecho inalienable de la persona procesada de ejercitar su defensa ante la justicia ordinaria, es así que la presente investigación tiene como objeto, que en la apelación de la prisión preventiva en delito flagrante se permita el ingreso de indicios documentales con la finalidad de demostrar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar la inmediación del procesado al proceso, el cumplimiento de una pena y la reparación de la víctima.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 Antecedentes históricos

Es necesario y muy importante para la investigación en avance, realizar una corta reseña histórica del origen y evolución de la prisión a lo largo de la humanidad, así como su real ubicación en la historia. Así tenemos que existen estudios que ubican el nacimiento de la “prisión” con los postulados liberales reaccionarios de mitad del XIX, específicamente a finales de dicho siglo; incluso aseguran que existió un período anterior a la sanción privativa de libertad en el cual la prisión era únicamente un medio para asegurar la presencia del reo en el acto del juicio; sin embargo, de manera concreta debemos ubicarnos en la sociedad Griega cuna de la cultura, quienes en los poemas homéricos ya establecen su presencia y en general, en expresiones culturales, en mitos, en leyendas, en la oralidad y la escritura , así , el episodio de los gigantes Alóadas, los dos hijos de Poseidón que como rebeldía contra los dioses encarcelaron en una vasija al dios Ares, manteniéndolo allí durante trece meses, hasta que Hermes lo liberara.

Conmemoremos así mismo que en la historia griega, en el Tártaro, por debajo de los Infiernos, se vivieron escenas en las que dioses, titanes o cíclopes, se encarcelaban unos a otros; dentro de este contexto histórico, una leyenda mítica, describe la idea de castigo y encierro con caracteres de total impiedad, cuando la hija de un noble ateniense, Leimone, por haber perdido la virginidad y tener un amante antes de casarse, es encerrada por

su propio padre en una casa aislada sin alimentos y en compañía de un caballo, animal que furioso y enloquecido por el hambre, devoró a la joven.

Existen lecturas y testimonios que nos hablan de distintas fórmulas de encierro en las civilizaciones antiguas. En Grecia por ejemplo, Platón, en la redacción de las leyes además de establecer la cárcel-custodia para deudores y algunos ladrones, ya planteaba un tipo de política carcelaria que contemplaba la pena privativa de libertad como castigo en sí mismo e incluso como forma de corrección.

En el Derecho Romano encontramos un progresivo avance del poder de castigo en manos de la justicia frente a la acción privada, aunque coexistieran; sin embargo, se debe reflexionar sobre la evolución jurídica del derecho y la acción privada, antes y después de la Ley de las XII Tablas, cuando, por ejemplo en el caso de los homicidios, el poder de castigar pasa de la familia de la víctima a los responsables judiciales de la comunidad. En este espacio de la historia, si bien adquirió real importancia la pena privativa de libertad, se consolidan además otros castigos como el destierro, los encierros con trabajos forzados y la deportatio in insulam, o la relegatio en ocasiones temporal y en otras, permanente.

Luego ya en legislaciones de la Edad Media se presenta un fenómeno jurídico y religioso aislado de lo que realmente constituye la prisión preventiva, pero determinante para la época: el monarca, utiliza a la prisión

como encierro penitencial y correccional que tenía como fundamento los postulados del derecho canónico, materializado en procesos de los tribunales de Inquisición.

Luego con el cambio de modelo de producción, algunos indicadores determinan la vigencia de la prisión no como medida provisoria en contra de la libertad del ciudadano, sino como una pena privativa de libertad en sí misma; posteriormente, ya desarrollados los estados modernos y fundamentados en la carta de derechos humanos y legislaciones propias de cada estado, se van estableciendo formas y restricciones para la aplicación de la prisión preventiva.

Finalmente para concluir con este reencuentro en la evolución histórica de la figura de la prisión preventiva, debemos anotar que si bien las modernas constituciones liberales han proclamado que la libertad es un valor supremo, no es menos cierto que la privación de la misma, constituye el más importante de los castigos.

4.2.2 Naturaleza jurídica de la prisión preventiva.

Averiguar acerca de la naturaleza jurídica de una institución, tiene por objeto establecer su esencia y propiedad característica y, junto con ello, determinar si dicha esencia y propiedad puede ser aplicada a través de otras figuras jurídicas. Podemos indagar la naturaleza jurídica de la prisión preventiva en los discursos elaborados alrededor de su legitimación, en este sentido

Saffaroni, Alagía y Slokar señalan las tentativas de legitimación discursiva de la prisión preventiva circulan por dos carriles diferentes a los que le reconocen cierto carácter de pena y tratan de legitimarla como tal (teorías sustantivas), y los que le desconocen este carácter y tratan de legitimarla como medida procesal (Teorías procesalistas)

A nuestro turno diremos que dicha clasificación también se hace aplicable a la naturaleza de la institución, puesto que los discursos justificantes de esta circulan con un contenido específico que finalmente, no es otra cosa "que su esencia la de medida cautelar o la de pena.

En nuestro ordenamiento jurídico la prisión preventiva no se encuentra legislada como pena sino más bien como una medida cautelar privativa de libertad.

El Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, en su parte pertinente manifiesta que la Prisión Preventiva tiene como finalidad: “...*garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena...*”

El Art. 534 de la referencia además dispone que la o el Fiscal solicitara al señor Juez de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

“1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

2.- Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.

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

4.- *Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.*¹⁴

Sobre el hecho de que la prisión preventiva no sea considerada legalmente como una pena en nuestro ordenamiento jurídico aunque en la práctica si lo sea, la prisión preventiva tiene idéntico contenido que la prisión y aunque formalmente no sea una pena como lo expresa nuestro Código Orgánico Integral Penal, materialmente si lo es, hasta el punto de computarse su duración para abonarla y deducirla del tiempo, en el caso de que exista pena condenatoria del procesado por parte de un Tribunal.

El tratadista ABELARDO ESPARZA, manifiesta: *“es igual la prisión preventiva que la ejecutiva, sobre todo cuando no hay separación entre condenados y procesados, agrega que cuando la prisión preventiva se extiende por años, el carácter es punitivo y esto sale a flote tanto teórica como prácticamente, ya que se mantiene la privación de libertad, aun cuando existan probabilidades relevantes de un resultado absolutorio, situación que contradice el principio de inocencia de mayor manera.”*¹⁵

¹⁴ Corporación de Estudios y Publicaciones 14-febrero-2014-Código Orgánico Integral Penal Quito-Ecuador Edición Primera. Art.534 numerales 1,2,3 y 4

¹⁵ ABELARDO ESPARZA -CUADERNOS DE LA JUDICATURA-ZACATECAS-MEXICO-

4.2.3 Teorías surgidas en torno a la naturaleza de la prisión preventiva.

a) Las Teorías Sustantivas

Para las teorías sustantivas la prisión preventiva tiene un carácter de pena, se ha dicho, siguiendo el esquema propuesto por Saffaroni, Alagía y Slokar que podemos reconocer en esta corriente las miradas sustantivistas liberales y las miradas sustantivistas autoritarias.

a) Sustantivistas liberales

Cuando el derecho penal aún no había nacido, la prisión preventiva ya existía. En el digesto del emperador Justiniano (AÑO 533 D.C) se estableció la facultad del procónsul para determinar la custodia de los reos, respecto, a si su destino, a espera de la sentencia, fuera en la cárcel o a cargo de soldados o sus fiadores. Para su determinación, el procónsul debía tener en cuenta la entidad del delito imputado, la honradez de la persona acusada, su patrimonio e inocencia. En otras palabras la prisión preventiva para los romanos no sería más "que una medida que evitara la fuga del reo en espera de una sentencia. En la edad media, con el desarrollo de la indagación inquisitiva, la prisión preventiva se convirtió en el presupuesto más común de instrucción, como señala Ferrajoli basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión per tormenta

Cabe recordar, que en la baja edad media hasta fines de la edad moderna, la privación de la libertad aun no era concebida como pena propiamente tal. Eran, sino más bien, otros los principales castigos, la muerte, los tormentos, los suplicios, etc.

La prisión, en tanto, sería el sustento material para que mediante la tortura se lograra la confesión, que no era sino el único modo de que la verdad asuma todo su poder que el delincuente asuma su propio crimen y firme por sí mismo lo que ha sido sabio y oscuramente construido por la instrucción.

En la segunda mitad de la edad moderna, se inicia una fuerte corriente crítica al sistema de castigo medieval que, además, comienza a construir el nuevo sistema punitivo. En este contexto surgen las primeras voces que se refieren a la prisión, tanto como resultado final del proceso o bien, durante este. En un primer acercamiento histórico, Pobbes caracteriza a la prisión preventiva como a la custodia y vigilancia de un hombre acusado.

En cuanto a su naturaleza, el autor, le resta carácter punitivo, diría nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable, sin embargo, esta visión se ve morigerada por el autor al considerar que más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia esto último constituye pena, porque implica un mal inflingido por la autoridad pública en razón de algo que la misma autoridad ha juzgado como transgresión de la ley.

1) Teoría procesalista.

Desde la mirada procesalista la prisión preventiva consiste en una medida cautelar de carácter personal.

Las definiciones que, desde este punto de vista, se han dado son conocidas e invariablemente coinciden en la mayoría de sus elementos, en nuestro país por ejemplo se sostiene:

Es una medida cautelar personal, de carácter excepcional, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un procedimiento penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

También la prisión preventiva consiste en la privación por tiempo indefinido de libertad de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, dirigida a asegurar en última instancia la efectividad de la eventual sentencia condenatoria con que pueda finalizar el proceso penal.

La teoría procesalista resulta derivada de los avances metodológicos, que en materia civil, se sistematizaron entorno a las medidas cautelares. El gran avance teórico que producto del esfuerzo realizado por la escuela procesalista italiana. Esta logró sistematizar una serie de principios y presupuestos que, reunidos en las instituciones civiles, fueron bautizados como providencias o medidas cautelares. De la misma manera, dichos principios fueron adaptados para aplicarse al proceso penal. Los

procesalistas sostienen que frente a la temporalidad que implicaba el proceso penal se fueron estudiando bajo una misma denominación todas aquellas medidas que de una u otra forma limitaban la libertad del imputado durante el desarrollo del proceso penal.

Desde esta lógica, las medidas precautorias penales, entre ellas la prisión preventiva, comparten dos elementos comunes con las civiles la provisionalidad y la instrumentalidad:

En relación a la provisionalidad Calamandri *“sostuvo que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional”*

Respecto de su carácter instrumental, se señala, que las providencias cautelares, nunca constituyen un fin en sí mismas, estando subordinadas a un fin último, que no es más que la sentencia definitiva. Otro elemento que compartirían las medidas cautelares civiles y pueda ocultar pruebas. Respecto al segundo, la cuestión se relaciona con garantizar la presencia del imputado a designios del peligro. Como vemos la legitimación de la prisión preventiva para los procesalistas no es muy distinta de la que en 1764 Beccaria propugnara el rigor de la cárcel debe ser sólo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos.

En resumen, podemos decir que la visión procesalista se nutre de dos corrientes distintas. La primera, enraizada en los planteamientos de los pensadores liberales Recaria, Pobbes, Arrara, entre otros; lo que explicaría la tendencia a prescribir el uso excepcional y racionalizado de la medida. La segunda, radica en la adecuación que los procesalistas hacen de las medidas precautorias civiles en el proceso penal, adjudicándole, en dicho salto metodológico, un carácter meramente adjetivo a la prisión preventiva, describiendo con mayor precisión que los pensadores liberales, que las necesidades que la legitiman son aceptables, si y sólo si, resguardan los fines del proceso penal.

4.2.4 Teoría de la relación jurídica.

La generalidad de la doctrina viene a poner de manifiesto que la llamada relación jurídica consiste en *“cualquier tipo de relación entre seres humanos que se encuentra regulada por el Derecho o que, sin estarlo, produce consecuencias jurídicas”*. Según F. K. Von Savigny, la relación jurídica es un *“vínculo de persona a persona determinado por una regla jurídica”*.¹⁶

Tales definiciones, correctas desde el punto de vista teórico, tienen tal grado de abstracción que su utilidad descriptiva es nula para cualquier persona letrada en Derecho. La abstracción indicada de las posibles definiciones de relación jurídica es fruto de la amplitud y multiplicidad de la serie de

¹⁶ Teorías de la Prisión Preventiva Fuente www.derechoecuador.com-

consultado 20 de abril del 2016

situaciones o relaciones sociales que, en términos teóricos y prácticos, son encajables dentro del concepto o de idea de relación jurídica.

En términos generales se habla de relación jurídica para referirse a todas aquellas relaciones o situaciones sociales, de cualquier índole, que son susceptibles de ser contempladas jurídicamente.

4.2.5 Teoría de la institución

Esta teoría tiene su punto de partida en la observación de la realidad social, que demostraría que una de las tendencias más firmes en las sociedades contemporáneas es el desarrollo de la vida colectiva, de la vida social. El ser humano abandona todo aislamiento, porque comprende que para realizar sus fines y para satisfacer sus necesidades de todo orden precisa unirse a otros hombres, asociarse a ellos. Entra enseguida voluntariamente en muchas asociaciones. En el fondo subyace siempre el ser humano, porque él es el fin de todo Derecho, pero la vida de estas entidades está por encima de la de cada uno de sus miembros, considerados aisladamente. La institución se define como un organismo que tiene fines de vida y medios superiores en poder y en duración a los individuos que la componen. Comprende a la persona jurídica bajo la idea de "empresa" en cuanto lo que importa no son en sí sus órganos, sino si se cumple la finalidad planteada o no. La persona jurídica encuentra su justificación en el cumplimiento de ese fin planteado.

“La teoría de la institución tiene un claro fundamento iusnaturalista, puesto que el derecho de asociación es considerado uno de los derechos naturales del hombre, como ha proclamado León XIII en su encíclica Rerum Novarum.”

4.2.6 Principios de la prisión preventiva

Cuando hacemos referencia a un principio entendemos que se trata de una norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta humana. En ese sentido, si se desea abordar lo concerniente a los denominados principios relativos a la prisión preventiva se debe entender los mismos como un postulado orientado a proscribir la aplicación general de dicho instituto.

Así, bajo estos principios la prisión preventiva se constituye en una excepción a la regla general que es la libertad. Pero más allá de ese razonamiento lógico, en realidad tales principios vienen a ser una garantía para el individuo y un postulado a aplicar en las sociedades y Estados Modernos que velen por el respeto de los Derechos Humanos.

Así tenemos los siguientes principios:

a) Principio de excepcionalidad.

En el sentido que se trata de medidas de carácter eventual que sólo deben decretarse cuando resulten indispensables. La regla es que se proceda en libertad. El principio de excepcionalidad afirma que las medidas cautelares

no son medidas que necesariamente deban adoptarse dentro del procedimiento, sino que tienen un carácter eventual: deben decretarse sólo cuando resulten indispensables; Estos dos principios aparecen reconocidos conjuntamente en el artículo, conforme al cual, las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento.

Para tal efecto MARIA INES HORVITZ y JULIAN LOPEZ MASLE señalan:

“Por “fines del procedimiento” debemos entender, para estos efectos, el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal.”¹⁷

Es decir si en proceso resulta que no es necesaria una medida cautelar privativa de libertad para fines del procedimiento se aplicara la excepcionalidad de la prisión preventiva.

b) Principio de proporcionalidad

Para los Juristas Chilenos MARIA INES HORVITZ y JULIAN LOPEZ MASLE:

“El principio de proporcionalidad afirma que las medidas cautelares personales que se adopten en el curso de un proceso penal deben estar en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga. La consideración de este principio determina, por ejemplo,

¹⁷ Derecho procesal penal Chileno-Julián López Masle y María Ines

Horvitz -Tomo I- Educación - Chile.

la aplicación preferente de las medidas cautelares menos gravosas para la libertad del imputado, lo que está en íntima relación con el principio de instrumentalidad, en cuanto éste exige que la medida adoptada sea la absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento” que se pretende cautelar Determina, asimismo, la existencia de casos en que las medidas cautelares pueden resultar improcedentes por importar una forma de privación de libertad desproporcionada en relación con la que importaría una eventual sentencia condenatoria, habida consideración de la gravedad del delito que se investiga. Finalmente, este principio está en la base de la obligación que tiene el Juez de revisar la prisión preventiva decretada cuando su duración hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes.”¹⁸

Esto es que las medidas estén en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga. La regla general está constituida por la aplicación de las medidas cautelares personales menos intensas para la libertad del imputado.

c) Principio de provisionalidad

Toda vez que estas medidas deben mantenerse sólo mientras subsista la necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven.” El principio de provisionalidad, como

¹⁸ Derecho procesal penal Chileno-Julián López Masle y María Ines

Horvitz -Tomo I- Educación - Chile.

natural corolario de los principios de excepcionalidad e instrumentalidad, impone que las medidas cautelares se tengan sólo mientras subsista la necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que instrumentalmente sirven. La aplicación de este principio significa que las medidas cautelares personales están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento. Conforme al cual, las medidas cautelares sólo durarán mientras subsistiera la necesidad de su aplicación.

En materia de prisión preventiva, se refuerza con la norma que establece que el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado. El principio de provisionalidad no debe ser confundido con el eventual carácter temporal de las medidas cautelares personales, conforme al cual la terminación de éstas se sujeta a un límite absoluto, constituido por el cumplimiento de un plazo. En nuestro sistema, si bien es temporal la detención, que no puede extenderse más allá del plazo previsto por la ley, no lo es la prisión preventiva, que no se encuentra sometida a plazo o la falta de una limitación objetiva para la prisión preventiva no significa, sin embargo, que ella pueda extenderse indefinidamente: el límite prudencial debe construirse a partir del derecho de todo detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

d) Principio de Jurisdiccionalidad.

En cuya virtud las medidas cautelares personales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, con la salvedad de la facultad que tienen ciertas autoridades para ordenar la detención de una persona. El principio de jurisdiccionalidad supone que las medidas cautelares personales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente.

Como se señala en el Libro de Derecho Procesal Penal de GIMENO SENDRA:

“Aunque tradicionalmente se han aceptado como excepciones tolerables las autorizaciones concedidas a la policía o a cualquier persona para detener en casos de delito flagrante.”¹⁹

Lo cierto es que nuestro sistema va mucho más lejos en la erosión del principio, por lo que resulta, Dificil afirmar que tenga entre nosotros un reconocimiento pleno. En efecto, exige que las medidas cautelares personales sean siempre decretadas “por medio de resolución judicial fundada”, tal disposición aparece contradicha por la facultad que la Constitución y la ley otorgan, a funcionarios públicos distintos del Juez, para ordenar la detención de una persona. La facultad se reconoce a estas autoridades cuando recabar el mandato judicial “pudiere frustrar el éxito de la diligencia”. Como hemos dicho, la existencia de estas normas está

¹⁹ Derecho Procesal Penal-Jimeno Sendra editorial civitas-edición 2

tolerada, a nivel de principios, por el reconocimiento explícito de una competencia compartida por las autoridades judiciales y administrativas en esta materia”.

e) Principio de la presunción de inocencia

El Art. 76, numeral 2, de la Constitución de la República del Ecuador dispone:

*“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”*²⁰

El Art. 5 numeral 4, del Código Orgánico Integral Penal manifiesta:

*“Toda Persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”*²¹

Es decir el principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla. Solamente a través de un proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad de la persona, podrá el Estado aplicarle una pena o sanción.

La contracara de la presunción de inocencia son las medidas precautorias como la prisión preventiva. En el derecho penal moderno solamente se

²⁰ Ley Cit., Constitución de la República del Ecuador art. 76.numral2

²¹ Código Orgánico Integral Penal Art. 5 numeral 4 Quito-Ecuador.

admiten medidas precautorias cuando hay riesgo de fuga o peligro cierto de que la persona afecte la investigación del hecho de forma indebida.

f) Principio de contradicción

El maestro peruano FLORENCIO MIXAN MASS – CEVERIANO CALDERON CERNA parafraseando al procesalista JORGE CLARIA OLMEDO, nos dice que el Principio Contradictorio consiste en el reciproco control de la actividad procesal, la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyan su objeto.

Dentro de este contexto, entonces, un proceso penal está presidido por este principio cuando entre los sujetos procesales (Ministerio Publico, Inculpado, Actor Civil) tienen la posibilidad efectiva de comparecer o acceder al órgano jurisdiccional a fin de hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos y su correlativa práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a defenderse y ser oído previo fallo judicial.

Por este principio, el juicio oral se desarrolla fundamentalmente mediante la contraposición de argumentos esgrimidos por el Ministerio Publico, que acusa, y por el abogado del acusado, que defiende. El contradictorio en audiencia se concreta entre otras modalidades, poniendo conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o medio de prueba presentado por alguno de ellos, por ejemplo, la oportuna y eficaz práctica del principio del contradictorio entre el acusador y el acusado hace necesario que este tenga

un defensor versado en las ciencias penales, para que le oriente adecuadamente durante la audiencia y pueda contraponer argumentos técnico-jurídicos a los que esgrima el acusador.

El DR. HELIODORO FIERRO MENDEZ, afirma que:

“ La contradicción orienta al debate procesal penal en dos sentidos, a saber, uno, hacia el derecho que tienen los sujetos procesales a presentar y controvertir las pruebas, y dos, hacia la obligación que tienen el funcionario judicial de motivar las decisiones. Incluso cuando se provea pro decisión de sustanciación, medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales”²²

Un proceso penal está revestido por el principio de contradicción cuando a los sujetos procesales (acusador e imputado) se les permite efectivamente acceder al proceso a fin de hacer valer libremente sus respectivas pretensiones y defensas, mediante la incorporación de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de prueba, así como cuando se le concede al acusado su derecho a ser oído con anterioridad a la sentencia. Tanto acusador como defensa examinarán y contra examinarán a sus testigos y peritos, podrán oponerse a la admisión de los medios de prueba, y a una pregunta mal planteada a través de las técnicas de las objeciones.

²² HELIODORO FIERRO MENDEZ, "Manual de derecho procesal penal-

Sistema Acusatorio" En: Colombia 2005. ed:Editorial Leyer

(Bogotá) ISBN: 9586908054 v. 1 pags. 1212

4.2.7 La libertad como principio aplicable.

Para entender de una manera clara y precisa, voy a citar la definición de LIBERTAD que nos da el Diccionario Cabanellas:

*“Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos” (Dic. Acad.). Justiniano la definía como “la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedírsele la fuerza o el Derecho”. Las Partidas, inspiradas en el concepto anterior, decían que libertad era poderío que ha todo hombre naturalmente de hacer lo que quisiese, sólo que fuerza o derecho de ley o de fuero se lo embargue”.*²³

Es decir la libertad es un concepto abstracto de difícil definición, está vinculada a la facultad que posee todo ser vivo para llevar a cabo una acción de acuerdo a su propia voluntad, actuar o no actuar según la capacidad de conciencia y raciocinio, decidir intrínsecamente si quiero hacer algo o no, hacerlo libre, pero también uno es responsable de los actos en la medida que se pueda comprender la consecuencia de cada uno de ellos, pues ser libre implica una condición de realizar las cosas bien o mal.

El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza textualmente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

²³ ²³ Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL., DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL.

La idea de la dignidad de la persona implica necesariamente el principio de la libertad individual. Si el hombre es un ser que tiene fines suyos propios, si es un ser que constituye un fin en sí mismo (como decía Kant), si es una criatura hija de Dios con la perspectiva de su auto salvación, y si esos fines pueden ser cumplidos tan solo por propia decisión individual, resulta claro que la persona humana necesita una esfera de libertad dentro de la cual pueda operar por sí propio.

Porque el hombre tiene fines propios que cumplir por su propia decisión, necesita el respeto y la garantía de su libertad, necesita estar exento de la coacción de otros individuos así como de la coacción de los poderes públicos que se interfieran con la realización de tales finalidades, que le son privativamente propias.

Hay otro argumento para justificar la libertad jurídica del hombre: ella es esencialmente necesaria al ser humano porque la vida del hombre es la utilización y el desarrollo de una serie de energías potenciales, de una serie de posibilidades creadoras, que no pueden ser encajadas dentro de ninguna ruta preestablecida.

El desenvolvimiento de la persona solo puede efectuarse por medio de las fuerzas creadoras latentes en el individuo humano. Aunque la sociedad y la autoridad sean esencialmente necesarias al hombre, ni la sociedad ni las instituciones son creadoras, sólo la libertad personal le hace al hombre desenvolver su propia persona.

Cierto que para éste fin el ser humano necesita obligatoriamente la ayuda de la sociedad, del Estado y el Derecho; pero únicamente el individuo mismo, en un ámbito de libertad, puede desenvolver sus fuerzas creadoras.

La libertad es un bien jurídico protegido dentro del derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico, es un derecho fundamental, algunos tratadistas lo han considerado como el segundo bien jurídico más protegido para las personas después de la vida, la libertad es un valor esencial e imprescindible del sistema democrático, y a la vez un derecho subjetivo fundamental, que se traduce en un conjunto de libertades específicas consagradas en las normas constitucionales, tratados y pactos internacionales sobre Derechos Humanos.

La libertad es un valor esencial e imprescindible del sistema democrático, y a la vez un derecho subjetivo fundamental, que se traduce en un conjunto de libertades específicas consagradas en las normas constitucionales y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Sánchez Agesta, nos dice que Libertad; significa sustancialmente tres cosas: "exención o independencia o autonomía, por la que constituye una esfera de autonomía privada, de decisión personal o colectiva protegida frente a presiones que puedan determinarla"

Poder hacer, esto es, capacidad positiva, para llevar a cabo esas decisiones y actuar eficazmente en la vida social; Libertad de elección, entre hacer o no hacer, o entre varios aceres posibles. De allí que la libertad se traduce en el

derecho a una acción u omisión libres, es decir, que se efectúan de un modo independiente, posible y querido.

Unos de los ámbitos específicos que involucra la libertad individual es el derecho a la libertad personal. Está comprende una libertad física o ambulatoria, que reconoce a toda persona la facultad de desplazarse libremente, sin otras limitaciones que las impuestas por el medio en que se pretende actuar y las establecidas por las normas constitucionales para preservar otros derechos o valores igualmente relevantes. En consecuencia, el derecho a la libertad personal, en su aspecto de libertad física, garantiza a su titular el no verse arbitraria o irrazonablemente privado de ésta, ni ser detenido o sometido a restricciones de la libertad en supuestos distintos a los previstos por la norma constitucional, la ley o los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.

4.2.8 Relación teórica de flagrancia y presunción de inocencia.

La flagrancia jurídicamente significa la equivalencia entre signos externos y la supuesta demostración de una conducta antisocial del sujeto in flagrante. La flagrancia, etimológicamente significa arder, resplandecer, quemar, incendio sin freno ni medida. Nuestra legislación penal define lo que es el delito flagrante, refiriéndose al cometido en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le

haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

Nuestra legislación ordinaria penal en el Art. 527 del COIP manifiesta que la flagrancia puede darse en los siguientes casos:

“1. Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas, esto es cuando una o varias personas observan, identifican o individualizan cuando ejecutan la conducta, así la aprehensión no se logre de inmediato; de tal manera que flagrancia y captura en flagrancia no son términos sinónimos.

2. Cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión; esto es si la persona inmediatamente luego de haber cometido el hecho punible, es perseguida por la autoridad o mediante voces de auxilio se solicita su aprehensión.

3. Asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.”

Es decir cuando se lo sorprende con objetos, instrumentos o huellas de las cuales de manera razonada puede inferirse que poco o antes se ha cometido el hecho.²⁴

²⁴ Código Orgánico Integral Penal Art. 527 numeral 4 Quito-Ecuador.

De lo antes descrito se colige, que los requisitos fundamentales para que se produzca la flagrancia, es la actualidad, el momento, que exista persecución ininterrumpida durante las veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión en presencia de una o más personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él; y en segundo término la identificación, o por lo menos la individualización del autor del hecho, además hay que tener en cuenta lo que señala el inciso segundo del artículo 527 del Código del Integral Penal “ *no se podrá alegar persecución ininterrumpida si ha transcurrido más de veinte y cuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión*”²⁵.

Nuestra legislación penal dispone la aprehensión en delito flagrante y la conducción ante los jueces de garantías penales de la persona sorprendida en flagrancia, inclusive cualquier persona podrá realizar la aprehensión. Siendo los principales obligados la fuerza coercitiva interna del Estado es decir la Policía Nacional, y éstos últimos pueden incluso ingresar en el domicilio de dicha persona o personas si al verse perseguido se guareciese en él, e incluso ingresar en un domicilio ajeno si hasta allí ingresa el perseguido, caso en el cual se debe proceder previo requerimiento del dueño del domicilio. Recalco que, en estos casos se puede capturar a una persona, sin cumplir con las formalidades que señala la Constitución y la Ley, pero se debe demostrar la flagrancia dentro del proceso, y la Fiscalía

²⁵ Corporación de Estudios y Publicaciones 14-febrero-2014-Codigo

Orgánico Integral Penal Quito-Ecuador Edición Primera. Art.527

tiene que justificar los elementos del delito, esto es la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad.

Como he manifestado, la libertad es un derecho fundamental sino absoluto muy importante dentro de nuestra legislación; mientras que la flagrancia por vía de excepción permite la aprehensión de una persona por un policía o por cualquier persona. , pues la flagrancia es cuando a la persona se la encuentra en el acto, en la ejecución del delito o con evidencias materiales, documentales etc., del delito cometido; mientras que la aprehensión en flagrancia es la consecuencia de ese descubrimiento; o sea la flagrancia es la causa y la captura en flagrancia es la consecuencia.

Es necesario indicar el procedimiento, pues en los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente.

De tal manera, que ni aún en este caso se quiebra la presunción de inocencia, porque para establecer la responsabilidad penal debe hacerse sobre la base de hechos constitutivos, impeditivos y extintivos, esto es debe haber certeza de la existencia del delito y certeza de la responsabilidad del procesado, o sea, que la tenencia de un objeto, instrumento o que aparezca huella mostrando a una persona como presunto partícipe en la comisión de

un hecho punible, sólo es base para imputarlo en la instrucción fiscal, pues la flagrancia es una situación meramente objetiva y más aún es un fenómeno por fuera del proceso judicial, pues en estos casos se permite la aprehensión por cualquier persona, ya que la ley autoriza que la misma sociedad salga en defensa de sus derechos en una reacción efectiva e inmediata, ante la presencia de un elemento contrario a derecho, por lo que es llevado inmediatamente a órdenes del juez, pues al final solo a él le corresponde definir si la aprehensión es legal o ilegal, esto es si se debe dejarlo en libertad o no.

De lo anotado se desprende, que en el caso de flagrancia en nuestro Código Orgánico Integral Penal, permite la aprehensión de una persona que se encuentre en flagrancia, sin importar la clase de delito que se trate, pues esto responde a un criterio estrictamente objetivo, debido a que quien realiza la aprehensión no realiza un juicio de valoración sobre la tipicidad, antijuridicidad, y peor sobre la culpabilidad, por esta razón es obligación entregar al juez de garantías penales inmediatamente esa persona a sus órdenes, para de ser el caso, éste de manera inmediata restablezca las garantías constitucionales y legales que se hayan conculcado con una captura en flagrancia.

Es por esta razón que en el delito flagrante, se presenta una excepción a la reserva judicial, pues la legislación penal manifiesta que sólo el juez de manera motivada a pedido de la o del fiscal puede disponer la detención de una persona; pero así mismo la legislación penal permite que delito

flagrante cualquier ciudadano que presencie un delito flagrante detener al infractor, sin necesidad de la existencia de petición al Juez, sino por el hecho de que se produjo la detención en las circunstancias de delito flagrante.

Doctrinariamente los diferentes tratadistas que nos han brindado su sapiencia, en forma mayoritaria consideran que la prisión preventiva se la debe aplicar de manera excepcional, pues por orden constitucional y legal es de última ratio, por lo tanto es excepcional y no es la norma general sino una excepción.

Los diferentes tratadistas que se ha analizado en la presente investigación han coincidido que la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva llamada así en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano es una pena anticipada que vulnera principios Constitucionales como el de presunción de inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad, que además se encuentran recogidos en diversos tratados y convenios Internacionales, y que ha llamado la atención del derecho internacional por ser una medida muy drástica, es así que nuestros legisladores han prescrito en nuestra carta magna que se la debe aplicar de manera excepcional, espíritu de ley que no es valorado por los jueces al momento de resolver, pues en la mayoría de casos obviando norma expresas antes referidas conceden la prisión preventiva.

4.3 MARCO JURIDICO

4.3.1 Presunción de inocencia en la Constitución de la República del Ecuador

Jurídicamente debemos entender que la Constitución de la República del Ecuador está sobre las leyes que integran el ordenamiento jurídico de nuestro país conforme se encuentra estipulado en el Art. 424 que trata sobre la aplicación jerárquica de las normas.

Bajo esta primicia el Art. 66 numeral 29 literal a) de la Constitución de la República expresa el reconocimiento como derecho de que todas las personas nacemos libres.

El Art. 77 Nral. 1 de la misma norma legal establece que en todo proceso penal que se haya privado de la libertad se observaran las siguientes garantías básicas:

“...La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no

privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley...”²⁶

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76, en su parte pertinente dispone lo siguiente:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas:

Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y el derecho de las partes”²⁷

Dentro de las garantías en el debido proceso que tenemos los ciudadanos y ciudadanas y que se encuentran establecidas en la Constitución de la República del Ecuador está la norma anteriormente citada en donde corresponde en forma obligatoria a las autoridades ya sean administrativas o judiciales, garantizar el cumplimiento de las normas y el derecho de las partes, es decir las autoridades administrativas o judiciales tienen el deber de garantizar el cumplimiento de las normas; en el caso del Jueces de Garantías Penales es obligación del juzgador garantista de los derechos de

²⁶ Ley Cit., CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Art. 77 NUMERAL 1

²⁷ Ley Cit., CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Art. 76, Pág. 56

las personas en el caso de los delitos flagrantes hacer respetar los principios de libertad y de presunción de inocencia aplicarlo de manera imperativa en los procesos penales en especial en la audiencia de calificación de flagrancia en el caso de que Fiscalía solicite la prisión preventiva al momento de resolver y dictar la medida cautelar antes referida de carácter personal por no haber justificado el procesado documentalmente que son suficientes medidas cautelares no privativas de libertad en la Apelación de la medida los Jueces de Sala están en la obligación Constitucional de permitirle al procesado justificarlo en esa instancia.

A más de la norma indicada, es necesario establecer en qué consisten las garantías normativas, las cuales se encuentran previstas en el Art. 84 de la Constitución de la República:

“Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la constitución, las leyes otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”²⁸

Este principio y la supremacía constitucional, establecen la primera base de la garantía de la seguridad jurídica a los ecuatorianos, la cual consiste que

²⁸ Ley Cit., CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES

CONEXAS, Art. 84, Pág. 63

ninguna norma del ordenamiento jurídico puede contravenir lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, todo el ordenamiento tiene que adecuarse a su contenido, tanto en el aspecto material y formal.

El numeral 6 del Art. 168 de la Constitución de República del Ecuador establece lo siguiente:

*“La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.*²⁹

Todos los proceso en cualquier materia, instancia, etapa o diligencias, dentro de la legislación ordinaria ecuatoriana se sustanciaran mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo; por tal motivo los jueces y juezas al momento de realizar la Audiencia están en la obligación de aplicar dichos principios tanto en primera instancia como en la Apelación, dando la oportunidad al procesado a quien el juez aquo a petición del Fiscal dicto prisión preventiva por no haber demostrado que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para garantizar la comparecencia del procesado al proceso, el cumplimiento de una pena, y la reparación integral de la víctima pueda demostrarlo en segunda instancia de manera documentada.

²⁹ Ley Cit., CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Art. 168, Pág. 97 (EDLE S.A), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito Ecuador.

4.3.2 La prisión preventiva como norma de derecho.

Nuestra Constitución de la República al momento de indicar que la privación de la libertad, se aplicará excepcionalmente, significa que tal medida cautelar personal solamente puede dictarse en contra del procesado de manera excepcional pues no es la regla general, ya que la presunción de inocencia es una garantía constitucional, básica y vertebral del proceso penal, que ha llamado la atención del derecho internacional ya que constituye un criterio normativo del derecho constitucional, tratados internacionales que orientan al derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al procesado de probar su inocencia ya que por derecho constitucional gozamos de este principio.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el país sostienen que *“La prisión preventiva no debe ser la regla general”*. Así también, la regla Sexta No. 1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) destaca que *“...en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso...”*³⁰

³⁰ DERECHOS HUMANOS Fuente www.derechoecuador.com- consultado 1 de mayo del 2016

De lo anteriormente descrito se colige que la prisión preventiva conforme lo señala la Constitución de la República y los tratados internacionales citados, es una medida excepcional, que debe de ser debidamente motivada pues no es la regla general. No olvidemos que las normas jurídicas que restringen la libertad del procesado deben ser interpretadas restrictivamente en lo más favorable al reo, quedando prohibida la interpretación extensiva y la aplicación analógica, por lo que la restricción de la libertad tiene carácter excepcional, de modo que las normas que disponen esa restricción deben ser interpretadas taxativamente. La base jurídica de la prisión preventiva es regulada constitucionalmente sobre todo en el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; y en el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal.

Hay que señalar que la prisión preventiva congestiona aún más los establecimientos carcelarios del país; pero también la prisión preventiva cuando es dictada de manera correcta es decir observando los principios de proporcionalidad, igualdad y excepcionalidad asegura fehacientemente la comparecencia del procesado al juicio, el cumplimiento de una pena, la reparación integral de la víctima y se evita que él procesado pueda fugarse en una eminente prescripción de la acción penal y la infracción quede en la impunidad, debiendo manifestar que la prisión preventiva dictada legalmente y legítimamente durante un proceso, puede constituir un adelanto de pena que no puede operar contra el procesado, lo cual se encuentra expresamente prohibido por tratados internacionales ratificados por nuestro país.

La prisión preventiva tiene los siguientes fines:

1. Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del procesado;
2. Asegurar el éxito de la instrucción fiscal;
3. Evitar la frustración de futuros medios de prueba;
4. Evitar la reiteración delictiva por parte del procesado, basados en criterios de conductas habituales de aquél;
5. Satisfacer las demandas sociales de seguridad;
6. El juez debe tener en cuenta que la prisión preventiva es una medida cautelar de excepción y no una pena anticipada; y,
7. La prisión preventiva no debe superar el mínimo legal de la pena establecida en abstracto para el delito objeto del juzgamiento.

Acentuó, todo ello considerando que la prisión preventiva, es una medida cautelar excepcional y no una pena anticipada, pues ella tiene dos objetivos fundamentales que son:

“a) Un objetivo sustantivo de carácter preventivo extraprocesal, en el que sus medidas no tiene naturaleza punitiva; y,

b) Otro objetivo de naturaleza procesal, en cuanto garantiza el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la Ley penal para resolver el caso concreto, al imponer la pena al culpable y declarar el derecho de la víctima o el de sus familiares a la indemnización y reparación respectiva.”³¹

³¹ DERECHOS HUMANOS Fuente www.derechoecuador.com- consultado 1 de mayo del 2016

4.3.3 El sistema oral como instrumento de justicia en el proceso penal.

El sistema oral como tal, busca tutelar y determinar las actuaciones de las partes con la finalidad de llegar a cumplir con la necesidad de que el Estado resuelva sus controversias, pero todo esto enmarcado dentro del fin último del derecho, que es la justicia; así, a la oralidad en administración de justicia no sólo se la debe mirar como una herramienta que sirva para agilizar los procedimientos judiciales sino, por el contrario, que permita alcanzar este fin último del derecho que es la justicia. Es función primordial del Estado propiciar la satisfacción y garantizar los derechos de los ciudadanos, los cuales tienen el derecho consagrado de exigir del Estado la tutela jurídica, determinando de una manera más justa y equitativa y por medio de sus órganos competentes, la realización de la justicia. En el Ecuador se ha podido observar el predominio del sistema inquisitivo por medio de los Juzgadores y que lastimosamente no ha cumplido con la finalidad para la cual se estableció, que es lograr una justicia sin dilaciones. Con la intención de mejorar lo actuado, los legisladores cumpliendo con el mandato constitucional, ha implantado el sistema oral en los juicios penales, determinando de esta manera un procedimiento abreviado para alcanzar una excelente práctica de justicia.

Es así que los señores Jueces de las Salas de lo Penal deberían observar el principio de oralidad en la Apelación que realiza el procesado de la Prisión Preventiva a efectos de que el mismo en la Audiencia Oral, Pública y Contradictoria en donde se resolverá si para asegurar la comparecencia del procesado al proceso, el cumplimiento de una pena, y la reparación integral

de la supuesta víctima es necesaria una medida de carácter personal no privativa de la libertad, pueda este demostrar lo aseverado de manera documental y testimonial.

4.3.4 La prisión preventiva y sus diversas características.

Si bien es cierto la Prisión Preventiva es considerada como una pena de privación de libertad que se aplica al acusado de un delito en espera de la celebración del juicio y mientras dura el mismo la misma tiene las siguientes características: instrumentalidad: Provisionalidad, jurisdiccionalidad, legalidad, proporcionalidad, revocable, excepcionalidad, responsabilidad y es apelable. Veamos a continuación su contenido.

1.- Instrumentalidad.- La prisión preventiva no constituye un fin en sí mismo, pues tiene por objeto evitar la frustración de un proceso por la fuga del procesado y asegurar la ejecución del fallo, de tal modo que se debe emitir por escrito, de manera motivada y fundamentada, la boleta constitucional de encarcelamiento para la ejecución de esta medida.

2.- Provisionalidad.- Esto es que esta medida no es definitiva sino temporal. Esta característica además se halla orientada con la finalidad de precautelar, asegurar la persona del procesado, y a la eventual indemnización para el caso de condena.

3.- Jurisdiccionalidad.- Significa que, el dictar la orden de prisión preventiva es potestad exclusiva de los jueces competentes y que forman parte de la Función Judicial, pues el iusm puniendi por excelencia, le corresponde a esta Función del Estado.

4.- Legalidad.- Esto es el buen juicio del juez, no su arbitrariedad, de tal modo que procede dictarla sólo cuando la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Ley, así lo señalen.

5.- Proporcionalidad.- De tal manera que, la prisión preventiva no es definitiva, ya que depende de un proceso que está pendiente y de una sentencia en firme que la confirme o que la extinga.

6.- Revocable.- Esto es las medidas cautelares son susceptibles de alteraciones variables y aún revocables, o sea que cabe su modificación en cuanto no se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó. La revocabilidad, está en función del libre criterio del juez, quien debe valorar la situación en la que se encuentra el procesado; y, en el caso que los motivos hayan variado, deberá mantener o levantar la prisión preventiva conforme a las normas de valoración de la sana crítica, esto es motivando y fundamentando.

La prisión preventiva es revocable por naturaleza, tomando en cuenta que la misma no es firme, de tal manera que el juez de garantías penales que al realizar el juicio de valor encontró reunidos los presupuestos procesales para dictar la prisión preventiva en un primer momento, debe dejarla sin efecto si han desaparecido o si se han desvanecido parcial o totalmente los mismos, revocatoria que además valga la pena recalcar es de absoluta atribución y por obvias razones de la instancia superior en los casos de impugnación vía apelación del auto resolutorio que dispuso la prisión preventiva como medida cautelar personal.

Se establece como requisitos para revocar o suspender la prisión preventiva los siguientes:

- 1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;*
- 2. Cuando el procesado hubiere sido sobreseído;*
- 3. Cuando la jueza o juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y,*
- 4. Cuando su duración exceda los plazos⁴⁹ de seis meses en casos de delitos castigados con prisión y de un año en los delitos castigados con reclusión; Además, se suspenderá la prisión preventiva cuando el procesado o acusado rinda caución”.*³²

Así mismo, el juez de garantías penales podrá sustituir o derogar una medida cautelar personal de prisión preventiva dispuesta con anterioridad o dictarla después de haberla negado anteriormente, siempre que concurren hechos nuevos justificables o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la orden de prisión preventiva, en caso de que concurren hechos nuevos; sin embargo se establece algunas salvedades a esta regla, las cuales se refieren a los delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación y de odio.

Podrá ser sustituida la prisión preventiva por arresto domiciliario si la persona procesada es mayor de sesenta años de edad, o si se trata de mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días

³² DERECHOS HUMANOS Fuente www.derechoecuador.com- consultado 1 de mayo del 2016

después del parto, recalando que éste plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiere nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen.

7.- Excepcional.- El artículo 77 numeral 1 de la Constitución, en su parte pertinente señala: “**La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente**”³³ (las negrillas son mías)”. Lo cual guarda relación con varios tratados internacionales vigentes en el país que señalo en la presente tesis, que descartan la situación de considerar a la prisión preventiva como regla general; de tal modo que lo normal es que el procesado se defienda en libertad.

Hay que recalcar que la prisión preventiva de acuerdo a la doctrina penal y de derechos humanos, tiene un carácter eminentemente excepcional, ella constituye una medida extrema, justamente porque lo que se pone en juego es uno de los derechos esenciales de la persona humana, como es la libertad; y puede dar lugar cuando ésta se prolonga demasiado, a que se atente al derecho constitucional a la presunción de inocencia, con lo que se pretende evitar que la prisión preventiva sin una sentencia condenatoria sea usada como un castigo, además la prisión preventiva no precede en los delitos de acción penal privada.

Esta característica de excepcionalidad, ha sido también señalada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en su Art. 9 inciso 3ero “*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser*

³³ Ley Cit., CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR ART. 77 NUMERAL

*juzgadas no debe ser la regla general*³⁴. Si bien a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no establece una disposición similar sobre este tema, dicha Convención ha señalado que la detención preventiva es una medida excepcional, que sólo debe aplicarse en casos donde existe una sospecha razonable, no meras presunciones, de que el acusado podrá evadir la justicia o destruir la evidencia. En caso contrario se viola el principio de inocencia y la libertad física del sindicado, protegidos en los Arts. 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8.- Responsabilidad.- La actual Constitución de la República preserva la libertad ciudadana de todo atropello o abuso, de tal manera que si el procesado ha sido privado de su libertad durante el juicio penal, y se declara que el hecho no existe, que no reviste carácter penal, o no se comprueba su participación en el hecho, éste procesado tiene derecho a demandar al Estado por responsabilidad civil extracontractual⁵², a título imputable de detención arbitraria, así se refuerza la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos, en particular el derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia.

9. Apelable.- El derecho a la impugnación del auto resolutorio que dispone la prisión preventiva, le corresponde al procesado, pero si se niega ésta medida cautelar personal, la apelación le corresponde al fiscal, por así

³⁴ DERECHOS HUMANOS Fuente www.derechoecuador.com- consultado el 15

de mayo del 2016

disponerlo la Constitución de la República y el Código de Procedimiento Penal.

También hay que manifestar que para interponer el recurso de apelación se lo hará mediante escrito fundamentado ante el juez de garantías penales, dentro de los tres días de notificada la providencia en la que se dispuso la prisión preventiva, en cuyo caso pasa a conocimiento de la Sala respectiva de la Corte Provincial, la que debe dictar la resolución correspondiente dentro del término de cinco días.

Vale la pena recordar que el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*³⁵. Es menester señalar que en este caso el recurso de apelación no tiene efecto suspensivo, por lo que mientras no resuelva la instancia superior pronunciándose respecto de la revocación o su negativa, no procede la encarcelación o la excarcelación, según el caso.

En tal virtud, la prisión preventiva es temporal, por tal la etapa de juicio debe producirse lo antes posible, pues la perversa tendencia a convertir al proceso en una sanción y un modo de control social, implica una inversión de valores, pues la situación ordinaria del procesado en espera de la etapa del juicio, no es de hallarse sometido a una medida cautelar, toda vez que en

³⁵ DERECHOS HUMANOS Fuente www.derechoecuador.com- consultado el 15

de mayo del 2016

nuestra Constitución, la libertad desempeña un papel nuclear, o sea que el disfrute de la libertad es la regla general, en tanto que su restricción o privación presenta una excepción; de tal manera que la prisión preventiva no puede ser confundida ni plenamente identificada como anticipo de pena.

4.3.5 Flagrancia y prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal.

El Art. 527 del Código Orgánico Integral Penal, manifiesta:

“Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.”³⁶

Es decir el delito flagrante, es la forma mediante la cual se hace referencia al delito que se está ejecutando actualmente o en ese preciso instante, la distinción es por tanto una cuestión de oportunidad y tiempo, dado que se refiere al momento en el cual el delito se está cometiendo en presencia de una o más personas o si se la descubre después de su comisión o cuando

³⁶ Corporación de Estudios y Publicaciones 14-febrero-2014-Codigo

Orgánico Integral Penal Quito-Ecuador Edición Primera. Art.527

se realiza la aprehensión mediando una persecución ininterrumpida dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto o si no cuando se encuentre al infractor con armas, instrumentos etc. Producto del ilícito.

El Art. 528 del mismo cuerpo legal manifiesta que ninguna persona podrá ser aprehendido sino por los agentes de policía a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de infracciones de flagrancia, sin embargo y además del caso de delito flagrante, cualquier persona podrá aprehender:

1. Al que fugue del establecimiento de rehabilitación social en el que se halle cumpliendo su condena, detenido o con prisión preventiva.

2. A la persona procesada o acusada, en contra de quien se ha dictado orden de prisión preventiva o al condenado que está prófugo

Concluye manifestando que si el aprehensor es una persona particular, deberá poner inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente policial.

El Art. 529 ibídem explica el procedimiento, la misma que empieza por una audiencia denominada calificación de flagrancia, la misma que se llevara a cabo dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente; es ahí donde surge la problemática, pues las personas

aprehendidas en delito flagrante por su condición de detenidos no tiene el tiempo (24h00) ni los medios adecuados para demostrar que una pena no privativa de libertad es suficiente para garantizar su comparecencia al proceso.

El Art. 77 Nral. 1 de la CRE en su parte pertinente establece: “... *La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena...*”³⁷

El Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, en su parte pertinente manifiesta que la Prisión Preventiva tiene como finalidad: “...*garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena...*”³⁸

El Art. de la referencia además dispone que la o el Fiscal solicitara al señor Juez de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

“1.- *Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.*

2.- *Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.*

³⁷ Ley Cit., CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR ART. 77 NUMERAL

1

³⁸ Corporación de Estudios y Publicaciones 14-febrero-2014-Codigo

Orgánico Integral Penal Quito-Ecuador Edición Primera. Art.534

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

4.- Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.”³⁹

Cuando una persona es aprehendida en delito flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante el Juzgador; si la infracción cometida supera el año los Fiscales luego de Formular los cargos correspondientes por lo general de manera fundamentada solicitan la prisión preventiva con la finalidad de asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de una pena, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 534 del COIP, en dicha audiencia la persona procesada por el corto tiempo que la ley prevé 24h00 para que se realice la audiencia de flagrancia y por las condiciones de aprehendido no tiene las facilidades para demostrar lo que en derecho penal se denomina arraigo y desvirtuar el requisito establecido en el numeral 3 del Art. 534 del COIP, y poder indicar que la prisión preventiva no es necesaria y solicitar medidas alternativas que de igual forma asegure la comparecencia del procesado al proceso como la presentación ante la Juez o Fiscal cada quince días y la Prohibición de salida del país, medidas por demás suficientes no privativas

³⁹ Corporación de Estudios y Publicaciones 14-febrero-2014-Codigo

Orgánico Integral Penal Quito-Ecuador Edición Primera. Art.534,

numerales 1, 2, 3,4

de libertad. A hora, bien para poder aportar indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son suficientes se necesita recolectar información laboral, social, familiar, económica y en lo principal el domicilio donde vive el procesado, dicha búsqueda es casi imposible recolectar en el término de 24h00, por las consideraciones ya indicadas; por lo tanto al no demostrar procesalmente el procesado estos indicios, los Jueces aceptan la petición del Fiscal y disponen la Prisión Preventiva; los Abogados en libre ejercicio de la profesión de conformidad al Art. 653 del COIP apelan de la resolución en el presente caso que concede la prisión preventiva ante una de las Salas Especializadas; más sucede que al momento que los miembros de la Sala señalan día y hora para que se lleve a cabo la Audiencia Oral donde se resuelve la Apelación que el recurrente realiza a la resolución que concede la prisión preventiva, señalado el día y hora luego de las intervenciones del recurrente y de la contraparte una vez finalizado el debate , la sala procede a resolver solamente en mérito de lo actuado, no permitiendo la introducción de documentos que permitan demostrar que la medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio y el cumplimiento de una pena; por lo que los jueces una vez analizados todos los requisitos ratifican la prisión preventiva quedando el procesado en la indefensión; vulnerando de esta manera el principio constitucional de presunción de inocencia, pues toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, el derecho a la libertad consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y el principio universal de

libertad; si bien es cierto existe la posibilidad en lo posterior de solicitar la revocatoria, sustitución, suspensión o revisión de la prisión preventiva hasta que se cumplan los procedimientos ya pasaría el procesado con la medida de prisión preventiva algunos meses y esto podría desencadenar la pérdida de su trabajo, problemas sociales, económicos y familiares etc.

Del análisis jurídico realizado se establece que nuestra Constitución de la República del Ecuador, ha establecido que la privación de la libertad se aplicara de manera excepcional, es decir la prisión preventiva no es la regla general sino una excepción; así mismo, el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 534 dispone que la medida cautelar de carácter personal es decir la prisión preventiva tiene como finalidad garantizar la comparecencia de la persona procesada y el cumplimiento de la pena, el mismo artículo además dispone que la o el Fiscal solicitara al señor Juez de manera fundamentada que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los cuatro requisitos establecidos en el referido Artículo, es decir para que opere la prisión preventiva deben cumplirse los cuatro requisitos, por lo que la defensa de los procesados tratan de dar cumplimiento a lo que establece el numeral tercero del 534.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

La prisión preventiva y sus medidas alternativas, así como su procedimiento en varias instancias dentro del derecho comparado, existen varios principios universales del derecho penal; uno de ellos, y el principal dentro de los sistemas acusatorios del mundo es el principio de inmediación, es decir que las personas que se encuentran siendo investigadas por parte de la Fiscalía comparezcan al proceso en todas sus etapas, situación que en muchas ocasiones dentro de los procesos penales no ha surtido su efecto por la falta de comparecencia del procesado al proceso penal, siendo ésta la principal causa de la paralización de su desarrollo, y la solicitud de prisión preventiva por parte de Fiscalía al Juzgador.

Con la finalidad de garantizar el principio de inmediación, los diferentes procedimientos jurídicos penales que rigen a varios países Latino Americanos, han incorporado dentro de sus legislaciones medidas cautelares de carácter personal, las cuales por ser un conjunto de precauciones y disposiciones tomadas para evitar un riesgo de fuga, lo que tiene como finalidad que el bien jurídico vulnerado de la víctima no quede en la impunidad, ya que este tipo de medidas de carácter personal como la prohibición de salida del país, presentarse cada tiempo a la Fiscalía hasta que finalice la investigación etc., obligan al procesado del procedimiento ante el juzgador.

Legislaciones penales en varios países de América Latina como son Ecuador, Perú, Bolivia, Venezuela, Colombia, etc. han previsto que a través

de las medidas cautelares de carácter personal se puede evitar la disipación de la eficacia de una eventual resolución judicial, haciéndole frente a la impunidad.

Las medidas cautelares personales son una particular forma de injerencia estatal en las libertades del procesado; es un tipo de limitación de derechos tan recurrido, que ha sido adoptada por las legislaciones latinoamericanas con la finalidad de asegurar el cumplimiento de un derecho a la víctima, en algunos países como en el Ecuador se adopta de manera ilegal e rigurosa sin realizar un estudio previo de la proporcionalidad del delito la medida cautelar de prisión preventiva, violando de esta forma principios de libertad, presunción de inocencia, excepcionalidad.

4.4.1 Legislación Argentina

En la legislación penal argentina el tratamiento que se hace respecto de las medidas coercitivas procesales, más precisamente la prisión preventiva, lo que motiva el presente investigación, es así que la prisión preventiva surge de la combinación entre los art. 18 y 14 de la C.N. El primero establece *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*, axioma que funda el principio de presunción de inocencia. Por otro lado, el mismo artículo, más adelante, establece *“Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”*, lo que habilita determinadas formas de coerción pero limitadas siempre por el principio de presunción de inocencia. Por último, el art. 14 de la C.N. establece el derecho a la libertad general ambulatoria,

*“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”.*⁴⁰

La coerción es el “*medio organizado por el Derecho para que el Estado intervenga en el ámbito de la libertad de las persona*”⁴¹. En el caso de la coerción procesal, ej. La prisión preventiva, es la aplicación de la fuerza pública cuyo fin es el resguardo del procedimiento. En este sentido una medida de coerción procesal en el derecho penal encontrará su fundamento en un peligro de fuga por parte del investigado o de que entorpezca el desarrollo del procedimiento. Estas medidas de coerción procesal se diferencian de las medidas de coerción del derecho material, en cuanto, estas últimas representan “la sanción o la reacción del Derecho frente a una acción u omisión antijurídica”, ejemplo de ellas son las penas privativas de la libertad.-

Como afirma la legislación Argentina, (La prisión preventiva y la presunción de inocencia en Argentina), El principal rasgo característico de la prisión preventiva es el de excepcionalidad, dado que la C.N. ARGENTINA establece el derecho de la libertad general ambulatoria de las personas, a la vez que establece que nadie puede ser penado sin un juicio previo que

⁴⁰ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA-PRIMERA EDICION-
CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 2014 ISBN

⁴¹ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA-PRIMERA EDICION-
CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 2014 ISBN

establezca, certeramente, la culpabilidad del imputado en el hecho que se le imputa. Dicha excepcionalidad, está establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (PIDCyP), 9.3, en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 36, 2 y 39, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (reglas de Tokio), 6.1 y la doctrina tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otros organismos de Derechos Humanos. Estos instrumentos tienen jerarquía superior a las leyes y algunos, como el PIDCyP tienen jerarquía constitucional, en virtud del art. 75, inc 22 de la C.N. En este contexto, la prisión preventiva se aplica cuando el peligro concreto, de existir y demostrado, es decir, el peligro de que el imputado pueda sustraerse de las responsabilidades propias del proceso o de que entorpezca el desarrollo del mismo, no pueda ser neutralizado por medidas coercitivas menos gravosas. Y digo que el peligro debe ser demostrado; no se puede partir desde una presunción del riesgo procesal ni siquiera que admita que pueda demostrarse lo contrario, aun cuando la pena en expectativa sea elevada.-

El nuevo CPPN, en sus artículos 16 y 17 establecen que las facultades para restringir o limitar el goce de los derechos reconocidos por la C.N. o por los instrumentos de Derechos Humanos deben ejercerse de conformidad con

los “*principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.*”⁴²

Asimismo se establece que las medidas restrictivas de la libertad solo podrán fundarse en la existencia real de peligro de fuga u obstaculización de la investigación. Lo mismo sucede con el art. 176 que dispone que las medidas de coerción autorizadas se ajustarán a lo que dispone los art. 15, 16 y 17, del mismo modo que aclara que su *carácter es excepcional.*

Hasta aquí tenemos un tratamiento concordante con lo normado por el bloque constitucional en materia de encarcelamiento preventivo. El problema, o los problemas, surgen a medida que el nuevo CPPN avanza a través de sus ulteriores artículos.

El artículo 185 establece que “...*la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado...*”⁴³ sirven para decidir los criterios de peligro de fuga u obstaculización de la justicia, como presupuestos para el dictado de una prisión preventiva.-

A mayor abundamiento y, respecto de estos riesgos procesales, el nuevo CPPN detalla, de modo no taxativo, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de acreditarlos. En este sentido el artículo 188 menciona:

⁴² CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA-PRIMERA EDICION- CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 2014 ISBN ART 15 y 16.

⁴³ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA-PRIMERA EDICION- CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 2014 ISBN art. 185

“a. arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;

b. las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos;

c. el comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida en que indique cuál es su voluntad de someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio.”⁴⁴

Siendo que el mismo nuevo CPPN remite a la C.N. y a los tratados de Derechos Humanos, que expresamente remarcan el principio de presunción de inocencia, el derecho a la libertad general ambulatoria y el carácter procesal de la prisión preventiva y otras medidas coercitivas, no se entiende cómo incurre en una contradicción tan evidente al sostener como presupuesto para dictar la prisión preventiva, las circunstancias y naturaleza del hecho o la pena en expectativa, cuando nada tienen que ver con

⁴⁴ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA-PRIMERA EDICION-

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 2014 ISBN art. 188 literales a, b y

c.

cuestiones procesales; lo mismo sucede con la “constatación de detenciones previas”. Es de recordar que nuestro derecho es uno que se funda en el derecho penal del acto. Se investiga y se juzga por un acto cometido, nuevo, y no por lo que es la persona o el carácter que reviste. Por lo menos esto debiera ser así. Caso contrario estamos frente a un derecho penal de autor. En todo caso, si el imputado ha tenido detenciones previas, como ser en su domicilio, y las cuales ha cumplido pues entonces tenemos un presupuesto que debe operar en favor de él y nunca contra él. Debemos recordar que el principio de inocencia rige por igual en todos los casos y para todas las personas. Por ello, el principio no puede ser ignorado para cierto tipo de casos o figuras delictivas, aun cuando se trate de situaciones de emergencia –v. gr., terrorismo– o de delitos de suma gravedad. En este sentido, la CIDH ha criticado la excepción contemplada en la ley argentina de limitación temporal al encarcelamiento preventivo referida a delitos de narcotráfico, como mecanismo que menoscaba la presunción de inocencia e impone un castigo anticipado (cf. CIDH, Informe nº 2/97, Casos 11.205 y otros, Argentina, párr. 51),

El artículo 189 refiere a los *indicios* que se deben tener en cuenta a la hora de analizar el peligro de entorpecimiento de la investigación. Y menciona *la grave sospecha de que el imputado:*

“a. destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;

b. influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o;

c. inducirá a otros a realizar tales comportamientos.”⁴⁵

La sospecha debe ser fundada, no se puede únicamente invocar estas causales o el temor a que eso suceda por ejemplo, por la gravedad del hecho que se investiga o la pena en expectativa.

No es raro, lamentablemente, ver a los fiscales requerir a los jueces el dictado de una prisión preventiva basados en la gravedad del hecho investigado o en la pena en expectativa. Lo cierto es que si el dictado de tal medida responde a esos lineamientos, entonces se convierte en la aplicación anticipada de una pena, que tal vez no exista nunca, y lo que es peor, sobre una persona que reviste el estado técnico de inocente. Y es un contrasentido que el Ministerio Público Fiscal, quien tiene el deber de promover la justicia, actúe vapuleándola. No debemos olvidarnos que la prisión preventiva “vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado”, de ahí la necesidad de limitar este poder coercitivo del Estado. En este sentido, “La sola sospecha de que el imputado, por el monto de pena que se espera en el caso de recaer condena firme intentará eludir la acción de la administración de justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo. El Estado, para aplicar

⁴⁵ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA-PRIMERA EDICION-

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 2014 ISBN art. 189

un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado, debe probar sus presupuestos. Es que el principio de inocencia “no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo”.-

Lo más curioso es que el artículo 3 del nuevo CPPN Argentina así como nuestra Constitución de la República del Ecuador establecen de manera casi similar que Nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada en base a pruebas legítimamente obtenidas, desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. El imputado no debe ser presentado como culpable. En la realidad se irrespeta la norma constitucional porque lo último que toman en cuenta los Jueces son estas normas de derecho al momento de dictar la prisión preventiva complaciendo la petición del Fiscal.

El artículo 177 donde se detallan medidas de coerción alternativas a la prisión preventiva y dentro de ellas se menciona el arresto domiciliario, (inciso j). El arresto domiciliario importa la privación de la libertad; es un modo de prisión preventiva y no por ello menos lesivo del art. 14 de la C.N.-

EL artículo 193 establece que, desaparecidos los presupuestos en que se hubiera fundado el dictado de una medida de coerción, el juez podrá disponer “*la revocación o sustitución*” de tal medida impuesta. Es menester aclarar que, desaparecidos los mencionados presupuestos, la medida

coercitiva debe revocarse, de pleno derecho y nunca sustituirse, pues, en este caso, carecería de fundamentos, volviéndose arbitraria.-

En relación al concepto de arbitrariedad y las medidas que ordenan una privación de la libertad, la Corte IDH sostuvo en la sentencia "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador" que *"no se debe equiparar el concepto de 'arbitrariedad' con el de 'contrario a ley', sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las 'garantías procesales'. Ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no solo lícita sino además razonable en toda circunstancia"*.⁴⁶

Por último y no por ello menos importante es la cuestión del límite temporal a la prisión preventiva.-

El artículo 191 establece que la prisión preventiva cesará:

"a. si el imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal;

b. si el imputado hubiere agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por la sentencia no firme;

⁴⁶ DERECHOS HUMANOS Fuente www.derechoecuador.com- consultado el 30

de mayo del 2016

c. si el imputado hubiere permanecido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido solicitar la libertad condicional o la libertad asistida.”⁴⁷

Lamentablemente, con la promulgación de este nuevo CPPN, la Argentina perdió la posibilidad de reglamentar el plazo de duración de la prisión preventiva como sí hizo con el plazo de duración de los procesos.-

De lo expuesto se concluye que tanto en legislación penal Argentina como en la Ecuatoriana no existe un Código Procesal Penal moderno, eficaz, verdaderamente acusatorio y sobre todo, respetuoso de los Derechos Humanos y libertades Consagrados en la Constitución de la República y tratados Internacionales, violentando de esta manera el derecho del procesado a la presunción de inocencia anticipándole una pena a través de una medida cautelar de carácter personal llamada prisión preventiva dictada por los Jueces a petición del Fiscal, la doctrina y la jurisprudencia denominan a la prisión preventiva como una pena anticipada porque sin que se haya dictado sentencia condenatoria el procesado ya está pagando una condena sin saber si en la audiencia de juicio que es donde todos los elementos e indicios se convierten en prueba el imputado es culpable o inocente.

⁴⁷ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA-PRIMERA EDICION-

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 2014 ISBN art. 191

4.4.2 Legislación Colombiana

El actual Código de Procedimiento Penal Colombiano habla de investigación previa en la que intervienen quienes ejerzan funciones de policía judicial bajo la dirección del fiscal, las unidades de fiscalía y el Ministerio Público, situación que ha sido implementada procesalmente en nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Respecto a las medidas cautelares no podrá resolverse situación jurídica, sin que previamente se haya recibido indagatoria al imputado, o se haya declarado persona ausente, situación que no concuerda con nuestro sistema procesal penal, pues si el procesado en un delito flagrante así se encuentre presente en la Audiencia y exprese su voluntad de ser ente activo procesalmente aportando elementos de descargo que ratifiquen su estado de inocencia y no logre demostrar documentadamente que las medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para asegurar su comparecencia al proceso el Juez de la causa a petición de Fiscalía dicta Prisión Preventiva.

La Indagatoria constituye el hecho de que el funcionario judicial recibirá declaración a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, o por haber sido sorprendido en flagrante hecho punible, considere autor, o partícipe, de la infracción penal.

Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra del sindicado

resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

En los delitos de competencia de los jueces regionales sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva.

La Detención preventiva procede en los siguientes casos:

“1.- Para todos los delitos de competencia de jueces regionales.

2.- Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años.”⁴⁸

Las medidas de aseguramiento se adoptarán mediante providencia interlocutoria en que se exprese:

“1.- Los hechos que se investigan, su calificación jurídica y la pena correspondiente.

2.- Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe.

3.- Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.”⁴⁹

La conminación consiste en el compromiso del sindicado de cumplir las obligaciones que le imponga el funcionario judicial al resolver su situación

⁴⁸ CODIGO PENAL COLOMBIANO

⁴⁹ CODIGO PENAL COLOMBIANO

jurídica. Sólo procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad.

La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos:

“1.- Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco años, siempre que su personalidad y la naturaleza o modalidad del hecho punible hagan aconsejable la medida.

2.- Cuando a la sindicada le falten menos de dos meses para el parto o si no han transcurrido seis meses desde la fecha en que dio a luz.

*3.- Cuando el sindicado sufiere grave enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales o médico particular ratificado bajo juramento.”*⁵⁰

En estos casos, el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital, en el lugar de trabajo o de estudio. El beneficiado suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar sin previa autorización de domicilio y a presentarse ante el mismo funcionario cuando fuere requerido.

La suspensión de la prisión preventiva prevista en la legislación colombiana es muy similar a la considerada en la legislación penal ecuatoriana. En lo referente a la procedencia de la prisión preventiva el CPP colombiano señala que se aplicará para aquellos delitos cuya pena mínima exceda o sea igual a dos años, en cambio el Código Integral Penal ecuatoriano considera que la pena sea superior a un año, lo que es una verdad a ciegas y no se realiza en

⁵⁰ CODIGO PENAL COLOMBIANO

ninguna de las dos legislaciones es la facultad en el procedimiento a los señores Jueces de la Sala que resuelven la Apelación de la prisión preventiva en delitos flagrantes de realizar un análisis conforme a la sana crítica dando la posibilidad que el procesado en la Audiencia de apelación, ingrese indicios documentales que justifiquen su arraigo, social, laboral, familiar, económico demostrando de esta manera que una medida de carácter personal no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso, siempre y cuando se realice también un estudio del delito, aplicando el principio de proporcionalidad, racionalidad y necesidad.

4.4.3 Legislación Venezolana

La legislación venezolana contempla en el Código Orgánico Procesal Penal la “privación judicial preventiva de libertad”, como una medida cautelar de coerción personal, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso, ya que toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso con las excepciones establecidas en dicho Código.

La privación preventiva de libertad procede cuando a petición del Ministerio Público el Juez de control acredite la existencia de:

“1.- Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita;

2.- Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible;

3.- Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación.”⁵¹

Un artículo que se considera de gran importancia en esta legislación es el 262, que contempla la Improcedencia de esta medida al señalar que: “Cuando el delito materia del proceso merezca una pena privativa de libertad menor de cinco años en su límite máximo, y el imputado carezca de antecedentes penales, sólo procederán medidas cautelares sustitutiva”¹⁴, puesto que expresamente manifiesta que únicamente en estos casos son procedentes las medidas cautelares sustitutivas. Al realizar la comparación correspondiente con la legislación ecuatoriana se evidencia que ésta considera los mismos requisitos para aplicar la sustitución a la prisión preventiva, pero con la diferencia de que el juez puede a su arbitrio ordenar o no las medidas alternativas que considere pertinentes en cada caso particular, luego de haber sido dictada esta medida cautelar de carácter personal.

El Art. 254 de este cuerpo legal señala como Limitaciones a la prisión preventiva las siguientes: “No se podrá decretar la privación judicial

⁵¹ GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA NRO. 5558

DEL 14-11-2001 CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL- CARACAS-VENEZUELA.

preventiva de libertad de las personas mayores de setenta años; de las mujeres en los tres últimos meses de embarazo; de las madres durante la lactancia de sus hijos, hasta los seis meses posteriores al nacimiento; o de las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal, debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará la detención domiciliaria.”¹⁵, de igual manera, el último inciso del Art. 171 de Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano contempla la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario cuando el imputado sea una persona mayor de sesenta y cinco años, o que se trate de una mujer embarazada y hasta 90 días después del parto.

El Art. 256 del Código Procesal Penal venezolano contempla como medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad, las siguientes:

- “1.- La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene*
- 2.- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal;*
- 3.- La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que él designe;*
- 4.- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;*
- 5.- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares;*
- 6.- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;*

7.- El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres o niños, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado;

8.- La prestación de una caución económica adecuada, de no imposible cumplimiento, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, fianza de dos o más personas idóneas o garantías reales.”⁵²

De las medidas señaladas, las cuatro primeras son similares a las medidas alternativas a la prisión preventiva contempladas en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. Mientras que la octava está considerada dentro de la revocatoria contemplada en el Art. 535 de la norma legal antes señalada.

El Art. 447 del Código Orgánico Procesal Penal, manifiesta que autos se pueden recurrir es decir son apelables ante la Corte de Apelaciones, entre otros se encuentra:

“Las que declaren la procedencia de una medida cautelar privativa de libertad o sustitutiva”⁵³

El Art. 448 de la misma norma legal expresa:

“El recurso de apelación se interpondrá por escrito debidamente fundado ante el tribunal que dictó la decisión, dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación.

Cuando el recurrente promueva prueba para acreditar el fundamento del recurso, deberá hacerlo en el escrito de interposición.”⁵⁴

⁵² CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL- CARACAS-VENEZUELA ART. 256

⁵³ ⁵³ GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA NRO.

5558 DEL 14-11-2001 CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL- CARACAS-

VENEZUELA. ART. 447

El Art. 450 del mismo Código manifiesta el procedimiento que se le deberá dar a la apelación, en su parte pertinente prescribe:

*“Si alguna de las partes ha promovido prueba y la corte de apelaciones la estima necesaria y útil, fijará una audiencia oral dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones y resolverá al concluir la audiencia.”*⁵⁵

De lo anteriormente descrito se colige que la legislación penal Venezolana a través del Código Orgánico Procesal Penal de manera sabía permiten en el escrito de Apelación de la medida cautelar privativa de libertad presentar prueba, la misma que de considerarla necesaria es analizada por la Corte de Apelaciones, dándole la oportunidad al procesado de demostrar en la Audiencia de Apelación con prueba que una medida de carácter personal no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso; situación que es adversa a nuestra legislación penal ya que en todos los delitos que el Juez aquo a petición de Fiscalía dicta prisión preventiva y en el caso que nos ocupa delito flagrante, en caso de que el

⁵⁴ ⁵⁴ GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA NRO. 5558 DEL 14-11-2001 CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL- CARACAS- VENEZUELA.ART. 448

⁵⁵ ⁵⁵ GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA NRO. 5558 DEL 14-11-2001 CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL- CARACAS- VENEZUELA. Art. 450

procesado por el tiempo y las condiciones de detenido no pueda demostrar ante el juez de primera instancia que una medida no privativa de libertad es suficiente para asegurar la comparecencia o inmediación del procesado al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima, el Código Orgánico Integral Penal no determina norma expresa para que en la Sala Especializada al indiciado se le de la posibilidad de fundamentar con indicios o pruebas documentadas la Apelación ante la Sala y pueda demostrar su arraigo económico, social, laboral, familiar, ya que por disposición legal y constitucional los Señores Jueces que conocen de la Apelación resuelven en mérito de lo actuado es decir sobre las constancias procesales que se produjeron ante el juez aquo en la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, violando de esta manera los derechos del procesado establecidos en la Constitución de la República, convenios y Tratados Internacionales, como el principio de presunción de inocencia, el principio de excepcionalidad, proporcionalidad, el derecho a la libertad ya que todas las personas nacemos libres, lo que sin duda afecta los intereses del procesado, pues como es conocido por la Doctrina y así lo han expresado varios tratadistas que la prisión preventiva se trata de una pena anticipada.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1 Materiales utilizados

Los materiales utilizados en el presente trabajo de investigación son todos aquellos que me permitieron canalizar y recoger todas las fuentes bibliográficas, entre estos materiales tenemos:

- Computador alquiler.
- Impresora alquiler.
- Internet alquiler.
- Hojas de Papel bond.
- Medios Magnéticos.
- Copias.
- Anillados.
- Impresión y Empastados de Tesis.

5.2 Métodos

A través del método científico (métodos generales y particulares), se establecerán los procedimientos que aseguren una investigación científica significativa. Estos pasos pueden resumirse en los siguientes:

- Plantear correctamente el problema, es decir descomponerlo, analizarlo y delimitarlo.
- Proponer una tentativa de explicación verosímil y contrastable con la experiencia.

- Derivar consecuencias de esas suposiciones.
- Elegir los instrumentos metodológicos para realizar las investigaciones.
- Someter a pruebas los instrumentos elegidos.
- Obtener los datos que se buscan mediante la contratación empírica.
- Analizar e interpretar los datos recogidos.
- Estimar la validez de los resultados obtenidos y hacer inferencias a partir de lo que ha sido observado.

a) Método Bibliográfico.

- Permite el acopio de información necesaria para el desarrollo de la investigación.

b) Método Histórico.

- Que nos permitirá el análisis de los antecedentes históricos del tema en estudio.

c) Método Dialéctico.

- Describe y analiza científicamente los problemas aplicados al tema de estudio

d) Método Racional.

- Se toma en cuenta el inductivo y deductivo, el primero en lo particular a lo general y el segundo de lo general a lo particular.

5.3 Procedimiento y técnicas

La información primaria se obtendrá mediante la aplicación de las técnicas de observación, reuniones de trabajo, encuestas. La información secundaria

se obtendrá de los diferentes escritos sobre el objeto de investigación (archivos, libros, documentos, diarios, etc.)

- a)** La observación, La misma que permite obtener datos a través de la superación de las acciones del elemento central de la investigación.
- b)** El análisis, que consiste en reflejar el trabajo investigativo, con los datos debidamente recopilados, procesados y presentados en cuadros estadísticos.
- c)** El fichaje, que permite recoger información ordenada de textos relacionados con el tema en estudio a través de fichas.
- d)** La encuesta, misma que mediante cuestionario dirigido a 30 personas por medio del cual obtendré información para verificar objetivos e hipótesis.
- e)** La entrevista, misma que mediante cuestionario dirigido a 5 personas por medio del cual se obtendrá información para verificar la investigación.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados y análisis de la aplicación de la encuesta

Con la finalidad de conocer los criterios de los profesionales del derecho, acerca de la problemática jurídica que se ha venido investigando, se aplicó la técnica de la encuesta a un número de treinta profesionales del derecho que laboran en el Distrito Judicial de Loja.

La aplicación se realizó en forma directa acudiendo a cada uno de los lugares de trabajo de los encuestados, quienes manifestaron una predisposición excelente para colaborar; de esta parte del trabajo investigativo de campo se obtuvieron los resultados presentados en los cuadros siguientes:

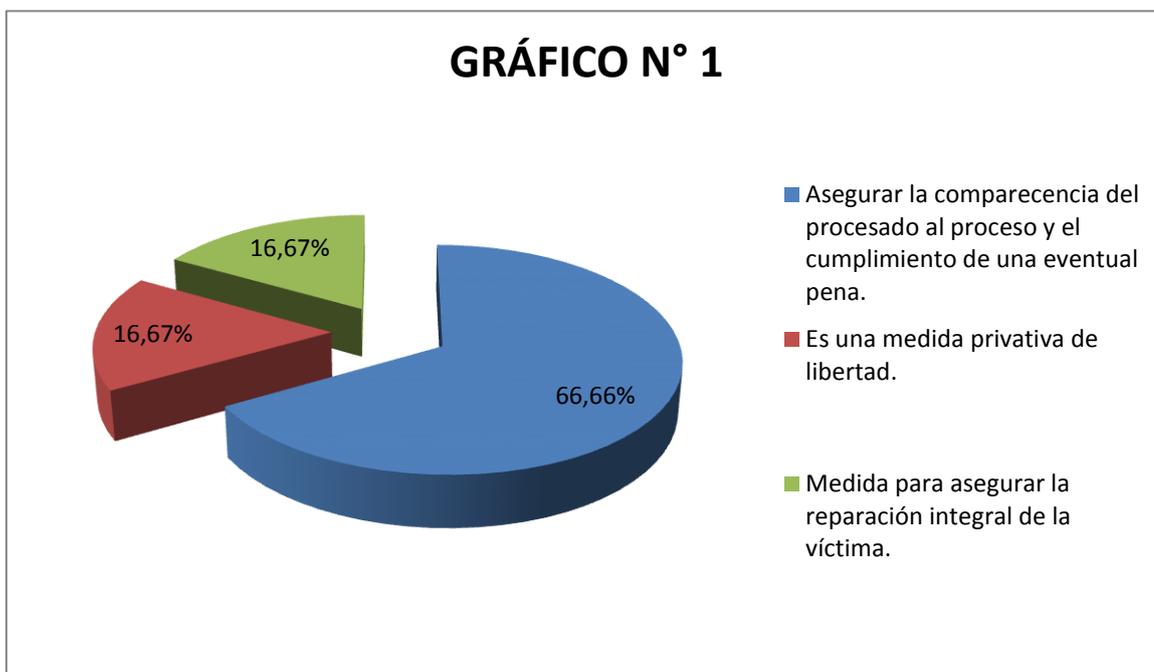
CUADRO N° 1

PRIMERA PREGUNTA: ¿Indique en qué consiste la Prisión Preventiva?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Es una medida cautelar de carácter personal que tiene como finalidad Asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de una eventual pena.	20	66.66%
Es una medida privativa de libertad.	5	16.67%
Medida para asegurar la reparación integral de la víctima.	5	16.67%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del derecho.

AUTOR: Carlos Jaramillo Martínez



Interpretación

- El 66,66% de los profesionales del derecho investigados, consideran que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que sirve para asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de una eventual pena. Por su parte el 16.67% de los profesionales investigados manifestaron que la prisión preventiva es una medida privativa de libertad. Mientras que el 16.67% restante de los profesionales encuestados expresan que es una medida que sirve para asegurar la reparación integral de la víctima.

Análisis

- Al existir una diversidad de conceptos sobre la prisión preventiva, es preciso indicar que la misma es una medida cautelar de carácter excepcional por lo tanto no es la regla general y tiene como finalidad asegurar la comparecencia del procesado al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima en caso de declararlo culpable al procesado.

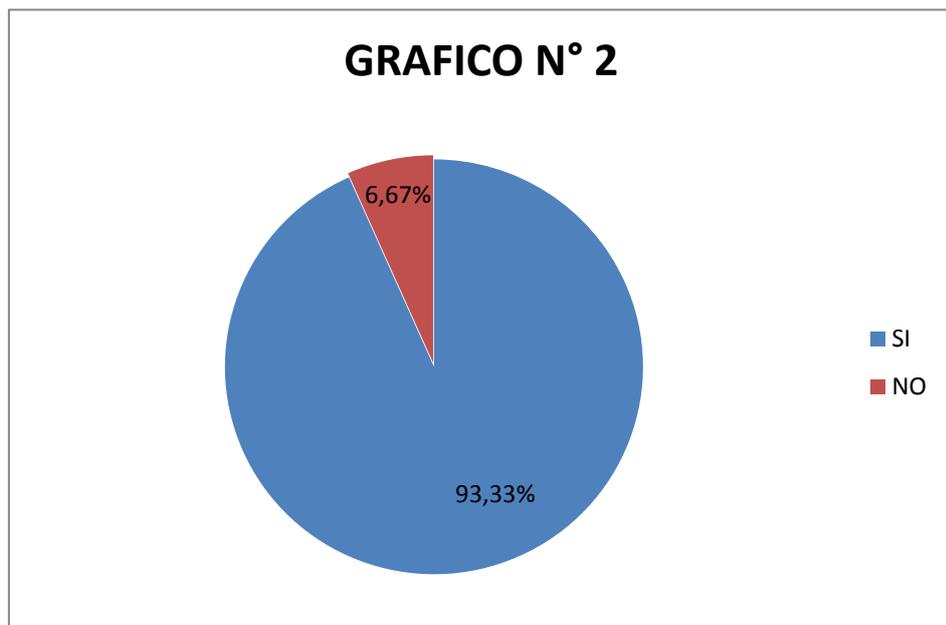
CUADRO N° 2

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Conoce Usted si dentro del Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el Art. 653 no se permite al procesado en delito flagrante introducir indicios o prueba en la Apelación de la Prisión Preventiva a efectos de lograr determinar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso ?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93.33%
NO	2	6.67%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del derecho.

AUTOR: Carlos Jaramillo Martínez.



Interpretación

- El 93.33% de los profesionales encuestados manifiesta que no se permite al procesado en delito flagrante introducir indicios o prueba en la Apelación de la Prisión Preventiva a efectos de lograr determinar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso. En tanto que, el 6.67% de la población investigada considera que si se permite la introducción de indicios o prueba.

Análisis

- En relación a las respuestas obtenidas de los encuestados en su mayor porcentaje 93.33% manifestaron que en la Apelación de la prisión preventiva no se permite al procesado introducir indicios o elemento de prueba que permita demostrar que una medida no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso, lo que sin duda violenta principios fundamentales consagrados en la Constitución de la República y tratados internacionales.

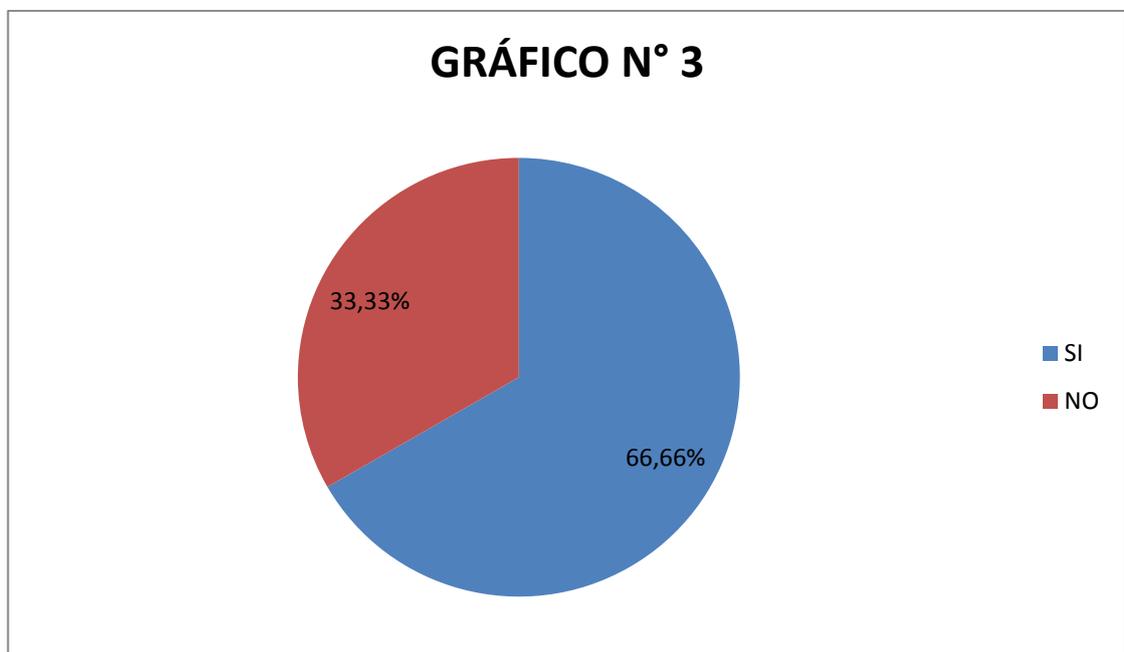
CUADRO N° 3

TERCERA PREGUNTA: ¿Conoce Usted que efectos jurídicos produce al procesado el no permitir el ingreso de indicios documentales en la Audiencia de Apelación de la Prisión Preventiva en delito flagrante?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	66,66%
NO	10	33,33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del derecho.

AUTOR: Carlos Alberto Jaramillo Martínez



Interpretación

- El 66.66% de los profesionales encuestados manifestaron que si tienen conocimiento de los efectos jurídicos que produce al procesado el no permitir el ingreso de indicios documentales en la Audiencia de Apelación de la Prisión Preventiva en delito flagrante. Mientras que el 33.33% de las personas encuestadas manifiestan que desconocen los efectos jurídicos que produciría el no permitir el ingreso de indicios documentales en la Audiencia de Apelación de la Prisión Preventiva;

Análisis

- El efecto jurídico que produciría al procesado el no permitir la introducción de indicios o elementos documentales en la Audiencia de Apelación de la Prisión Preventiva para poder demostrar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso es la de pagar una pena anticipada, lo que conllevaría la vulneración del principio de presunción de inocencia pues toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario en un juicio con sentencia debidamente ejecutoriada.

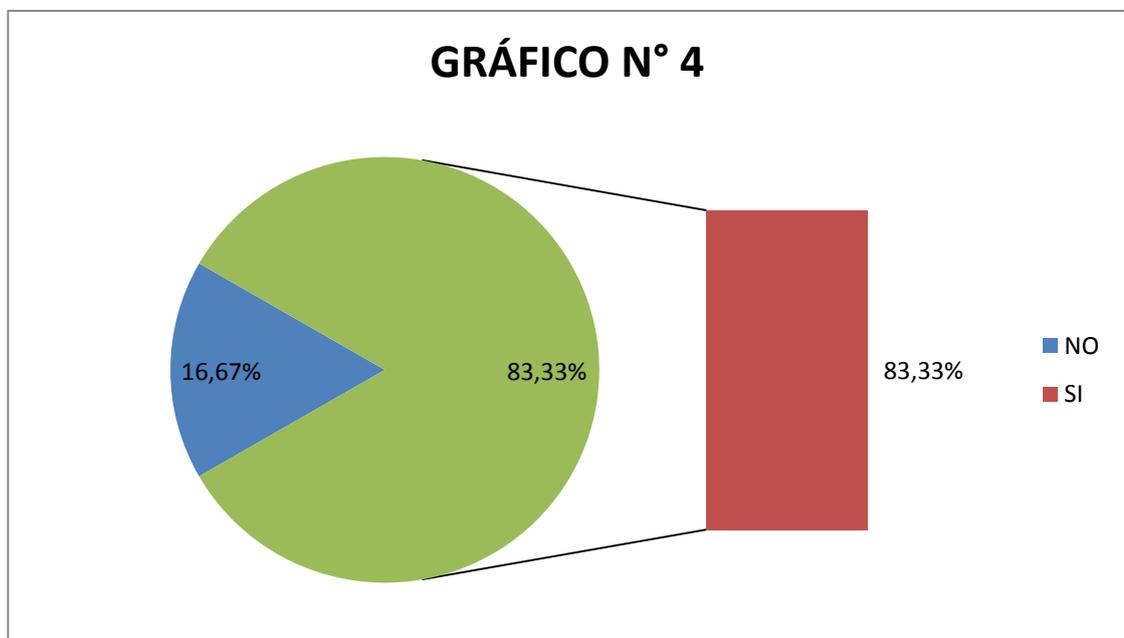
CUADRO N° 4

CUARTA PREGUNTA: ¿Considera Usted que el procedimiento de la Apelación a la prisión preventiva en delito flagrante no está correctamente aplicada en el Código Orgánico Integral Penal?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83,33%
NO	5	16,67%
TOTAL	30	100,00%

FUENTE: Profesionales del derecho.

AUTOR: Carlos Alberto Jaramillo Martínez.



Interpretación

- El 83.33% de los encuestados consideran que el procedimiento de la Apelación a la prisión preventiva en delito flagrante no está correctamente aplicado en el Código Orgánico Integral Penal. Mientras que el 16.67% de los profesionales del derecho encuestados considera que si se encuentra debidamente aplicado.

Análisis

- Al igual que el 83.33% de los profesionales del derecho encuestados considero que el procedimiento de la apelación de la prisión preventiva no se encuentra debidamente aplicado en el Código Orgánico Integral Penal, pues no permite que el procesado pueda ingresar indicios documentales que le permita demostrar que una medida cautelar de carácter personal no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la supuesta víctima.

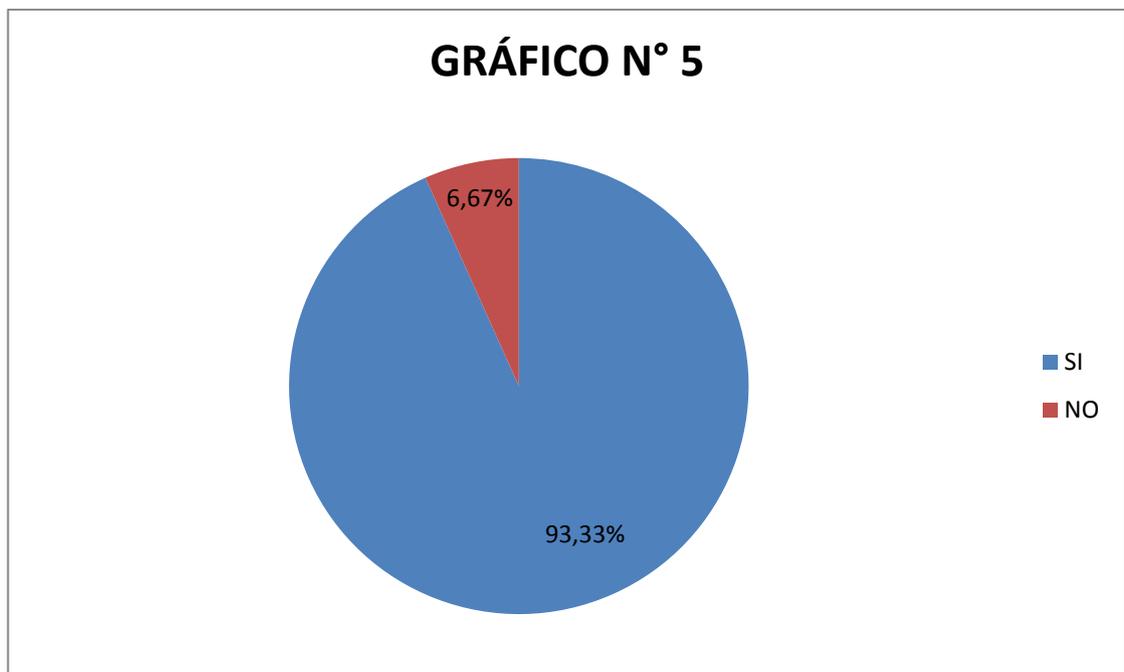
CUADRO N° 5

QUINTA PREGUNTA: ¿Cree Usted que la prisión preventiva en los Juicios Penales es una pena anticipada que vulnera el principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución de la República, tratados y convenios internacionales?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93,33%
NO	2	6,67%
TOTAL	30	100,00%

FUENTE: Profesionales del derecho.

AUTOR: Carlos Alberto Jaramillo Martínez.



Interpretación

- El 93.33% de profesionales del derecho encuestados manifiesta que la prisión preventiva en los Juicios Penales es una pena anticipada que vulnera el principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución de la República, tratados y convenios internacionales. Mientras que el 6.67% de los encuestados manifiestan que no vulnera.

Análisis

- Al igual que la mayoría de encuestados considero que la prisión preventiva es una pena anticipada que vulnera el principio universal de presunción de inocencia establecido en la Constitución de la República del Ecuador, Tratados y Convenios internacionales, que incluso ha llamado la atención de la comunidad internacional por su gran rigurosidad ya que la misma se la debería aplicar de manera excepcional.

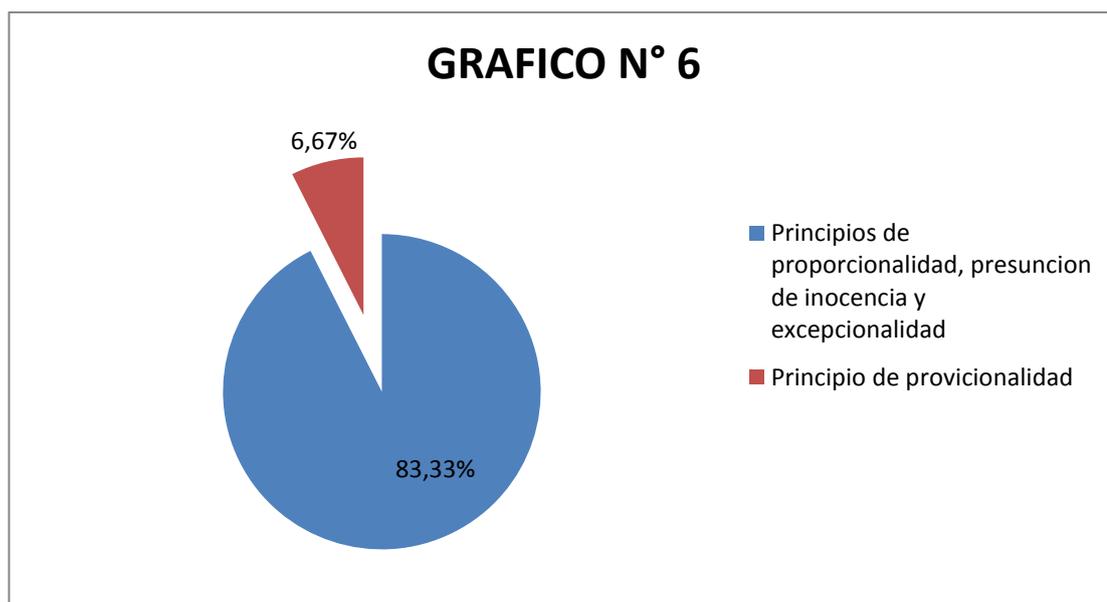
CUADRO N° 6

SEXTA PREGUNTA: ¿Cuántos Principios conoce Usted que se debería aplicar en todo proceso judicial penal dentro de nuestro ordenamiento jurídico al momento de dictarse la prisión preventiva?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA. - - PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD	25	83,33%
- PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD	5	16,67%
TOTAL	30	100,00%

FUENTE: Profesionales del derecho.

AUTOR: Carlos Alberto Jaramillo Martínez.



Interpretación

- El 83.33% de los encuestados manifestaron que los principios que se debería aplicar en todo proceso judicial penal dentro de nuestro ordenamiento jurídico al momento de dictarse la prisión preventiva son el de proporcionalidad, el de presunción de inocencia y el de excepcionalidad. Mientras que el 6.67% de los profesionales del derecho encuestados manifestaron que el único principio que se debería aplicar es el de proporcionalidad.

Análisis

- Los señores Jueces tanto de los Juzgados como de los tribunales deberían tomar en cuenta principios fundamentales al momento de dictar la prisión preventiva como son los de excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, excepcionalidad y en lo principal el de presunción de inocencia dentro de los principales, tomando en cuenta que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario con sentencia debidamente ejecutoriada y de esta manera utilizando una de las fuentes del derecho como es la sana crítica permitir a los procesados en delito flagrante que se haya dictado la prisión preventiva por el juez aquo permitir en la Audiencia de Apelación de dicha medida ingresar indicios documentales a efectos de determinar su situación jurídica.

COMENTARIO GENERAL.

Realizando un análisis de las preguntas planteadas en la presente encuesta y las respuestas dadas por los profesionales del derecho, es preciso indicar que la mayoría está de acuerdo en que se permita la introducción de indicios documentales en la Apelación de la Prisión Preventiva es decir que en la audiencia el recurrente pueda demostrar su arraigo familiar, social, laboral, económico; es así, que los Jueces de la Sala tomando en cuenta principios fundamentales como son el de proporcionalidad, excepcionalidad, provisionalidad y en especial el de presunción de inocencia se le imponga una medida cautelar no privativa de libertad que permita asegurar su comparecencia al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima, pues se considera que la prisión preventiva por mandato constitucional no es la regla general por lo tanto se convierte en la excepción y al no permitir que el procesado en delito flagrante en la Apelación de la Prisión preventiva el ingreso de documentos se vulnere el principio de libertad pues se le estaría imponiendo una pena anticipada que atenta contra derechos fundamentales pues todas las personas nacimos libres y gozamos de la presunción de inocencia hasta que un Juez o Tribunal mediante sentencia debidamente ejecutoriada nos declare culpables.

6.2 Resultados y análisis de la Aplicación de Entrevistas

Conforme a lo previsto en el proyecto de investigación en el planteamiento de una entrevista a 5 personas que en su calidad de Abogados en libre ejercicio, tienen conocimiento acerca del procedimiento de la Apelación de la Prisión Preventiva en cuanto al no permitirse el ingreso de documentos por parte del procesado en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación de dicha medida en los delitos flagrantes y los efectos jurídicos que produce esta incongruencia de nuestro ordenamiento jurídico penal al procesado; los resultados obtenidos se reportan en los comentarios presentados en las líneas subsiguientes.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál es la finalidad de la prisión preventiva dentro del procedimiento en los procesos penales en nuestro Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano?

Respecto a esta pregunta el 90% de los entrevistados contestaron que la medida cautelar de prisión preventiva dentro de los procedimientos en el proceso penal de nuestro Ordenamiento Jurídico tiene como finalidad asegurar la comparecencia del procesado al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima y que por mandato constitucional la misma debe aplicarse de manera excepcional.

En tanto que el 10% de las personas entrevistadas se pronuncian en el sentido de que si bien es cierta la finalidad de la prisión preventiva es para asegurar la comparecencia del procesado al proceso, al ser aplicada antes

de una sentencia debidamente ejecutoriada termina siendo una pena anticipada.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Conoce Usted si en el Código Orgánico Integral Penal existe norma expresa que permita al procesado en delito flagrante introducir indicios que demuestren su arraigo, económico, social , laboral, familiar en la Audiencia de Apelación de la Prisión Preventiva?

El 100 % de los profesionales del derecho entrevistados manifestaron que en la apelación de la prisión preventiva la ley es decir el Código Orgánico Integral Penal no permite que el procesado ingrese indicios relacionados a demostrar su arraigo familiar, social, económico, laboral que permita a los Jueces de la Sala valorar el arraigo e imponer medidas cautelares no privativas de libertad, ya que ellos por mandato constitucional y legal resuelven en mérito de lo actuado en la audiencia de calificación de flagrancia por el juez aquo, lo que conlleva a que muchas de las veces ratifiquen la medida cautelar antes enunciada, violando principios fundamentales consagrados en la Constitución de la República, Tratados y convenios internacionales como el principio de presunción de inocencia, pues toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, el principio de libertad ya que todas las personas nacimos libres y tenemos que ser tratados como tal.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cuántos casos cree Usted que se conoce en nuestra legislación penal Ecuatoriana en que los Abogados en libre ejercicio de la profesión hayan pretendido ingresar indicios documentales en la

Apelación de la prisión preventiva y la misma no haya sido aceptada por los Jueces de la Sala ya que ellos por mandato legal resuelven en mérito de lo actuado?

El 80% de los profesionales del derecho entrevistados, manifestaron que por lo general casi todos los Abogados colegas que conocen han tratado de ingresar indicios documentales en la audiencia de apelación de la prisión preventiva con la finalidad de demostrar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar la comparecencia del procesado o imputado al proceso, sin embargo los Jueces de Sala les han manifestado en forma categórica que no es posible ya que ellos resuelven en mérito de lo actuado lo que muchas veces ha conllevado a que en segunda instancia ratifiquen la prisión preventiva al procesado.

En tanto que el 20% de los profesionales del derecho entrevistados, manifestaron que no les ha tocado algún caso relacionado con el tema, pero de los estudios realizados creen que se debería aceptar por parte de los Jueces de Sala el ingreso de indicios documentales a efectos de demostrar el arraigo.

CUARTA PREGUNTA: ¿Cuáles son los principios aplicables que dispone nuestra Constitución de la República así como los tratados y convenios internacionales por los jueces y juezas al momento de dictar la prisión preventiva?

En la presente pregunta el 100% de los entrevistados manifestaron que los principios que los jueces y juezas deberían valorar al momento de resolver

dictar una prisión preventiva en contra del procesado en delito flagrante, por mandato constitucional tomando en cuenta tratados y convenios internacionales son los de proporcionalidad, presunción de inocencia, excepcionalidad, provisionalidad, mismos que deberían ser aplicados de manera obligatoria velando por los derechos tanto de la víctima y el procesado y lograr de esta manera la realización de una justicia plena y oportuna.

QUINTA PREGUNTA: ¿Qué recomendaciones sugiere Usted se deberían emplear para que se reforme el Código Orgánico Integral Penal y se permita a los Abogados de la defensa en delito flagrante ingresar indicios documentales en la Apelación de la Prisión Preventiva?

El 90% de los profesionales del derecho entrevistados, manifestaron que en la Legislación Penal Ecuatoriana, específicamente en el Art. 653 del Código Orgánico Integral Penal debería reformarse y se disponga que los procesados a quien se les dictó prisión preventiva en delito flagrante por no haber demostrado arraigo ante el juez aquo, puedan a través de la defensa ingresar indicios documentales en la Apelación de la prisión preventiva y demostrarles a los Jueces de la Sala que una medida no privativa de libertad es suficiente para asegurar la comparecencia del procesado o imputado al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima.

Mientras el 10% de los profesionales del derecho entrevistados, manifestaron que en el Código Integral Penal existen otros procedimientos

que permiten demostrar que las circunstancias del procesado han variado como por ejemplo la sustitución, revisión de la prisión preventiva.

COMENTARIO GENERAL.

Es preciso empezar indicando que la privación de la libertad se encuentra establecida en la Constitución de la República del Ecuador y la misma manifiesta que no es la regla general por lo tanto es de carácter excepcional y sirve para asegurar la comparecencia del procesado o imputado al proceso; a mi criterio personal considero al igual que los profesionales del derecho entrevistados que la misma al momento de resolver y ser dispuesta por los jueces o juezas deben observar principios como el de proporcionalidad, excepcionalidad, presunción de inocencia, provisionalidad etc., a efectos de velar por los derechos tanto de la víctima como del procesado, puesto que en la mayoría de casos en delito flagrante al procesado se le impone prisión preventiva por el hecho de no justificar que una pena no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima por lo que considero que debería reformarse el Código Orgánico Integral Penal y permitir que el procesado en la Audiencia de Apelación de la Prisión preventiva pueda ingresar indicios documentales a efectos de que la defensa del procesado pueda demostrar de manera fehaciente el arraigo social, familiar, económico, laboral y al momento de apelar ante el superior los Jueces de la Sala puedan sustituir la prisión preventiva por una medida cautelar de carácter personal no privativa de libertad respetando de esta manera derechos y principios consagrados en

la Constitución de la República, convenios y tratados internacionales permitiendo una mayor interrelación humana y un mayor entendimiento, para así procurar una justicia pronta y efectiva.

6.3 ESTUDIO DE CASO.

En el estudio investigativo realizado del presente caso se ha podido verificar que no existe un procedimiento en la Legislación Penal Ecuatoriana que regule el Art. 653 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano a efectos de que el procesado se le permita en la tramitación de la audiencia de apelación de la prisión preventiva ingresar indicios documentales que permitan demostrar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar la comparecencia del procesado al proceso, el cumplimiento de una pena y la reparación integral de la víctima.

Uno de los casos más relevantes y que explica de mejor manera el tema a tratar es el proceso penal No. 00214-2016 que en calidad de víctima sigue la señora X, patrocinada por el Ministerio Público, actúa como titular de la acción la Fiscal Z, en contra de Y, actúa como Abogado patrocinador el Dr. A.

Primer Caso: X (Víctima) en contra de Y (procesado).

Datos Referenciales:

Proceso Nro. : 00214-2016

Seguido por: X (víctima).

Contra: Y. (procesado).

Por: Incumplimiento de decisiones legítimas de Autoridad Competente Art. 282 inc. 2. COIP.

Resolución Primera Instancia: El 17 de marzo del 2016.

Resolución Segunda Instancia: El 13 de abril del 2016.

Versión del Caso:

Denuncia sustentada en la Unidad Judicial Penal del cantón Loja provincia de Loja.

Avoca conocimiento de la denuncia presentada por Gabriela J. la Fiscal Z titular de la acción, por Incumplimiento de decisiones legítimas de Autoridad competente Art. 282 inc. 2, del Código Orgánico Integral Penal en contra del denunciado Juan P, por los siguientes hechos: El 18 de febrero de 2015, se formulan cargos en contra del menor JFPV, por presunta violación, dictándose internamiento preventivo. En la misma audiencia el Juez B, valorando que existe arraigo, según la versión rendida en esta causa, concede que el menor continúe sus estudios en el Centro Educativo La Salle, de esta ciudad de Loja. Para esto autoriza que el menor salga del Centro de Detención de Menores a las 06h00 y regrese a las 18h00, bajo la responsabilidad de su padre el señor Y, quien debe retirar y regresar a su hijo del indicado Centro de Detención. El señor Y., cumple la decisión del Juez, aunque a veces encarga su obligación a un sobrino. El viernes 20 de marzo de 2015 el procesado Y., retira a su hijo del Centro de Detención a eso de las 06h00, lo deja en el Centro Educativo, pero inmediatamente le

comunican que el menor no aparece. Que, en consecuencia, se presume que el procesado Y., incumplió con la decisión legítima del Juez de la Niñez, B, de que sea únicamente él quien retire y regrese a su hijo al Centro de Detención, así como de “mantener y dedicarse a controlar que el menor no proceda a darse a la fuga”, presumiéndose entonces que ayudó a que su hijo proceda a darse a la fuga del establecimiento educativo.

PROSECUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Realizada la investigación pre-procesal la señora Agente Fiscal titular de la acción Z solicita a la señora Jueza C, día y hora para que tenga lugar la audiencia de Formulación de cargos, la misma que es señalada para el día 17 de marzo del 2016, en donde por considerar que existen suficientes elementos claros y precisos que hagan presumir la materialidad y la responsabilidad de Y., por el cometimiento del delito antes señalado formula cargos en contra de Y., solicitando como medida cautelar para asegurar su comparecencia al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y reparación integral de la víctima la prisión preventiva.

RESOLUCIONES PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA:

Llevada a efecto que fuera la audiencia convocada por la Jueza aquo C, el día 17 de marzo del 2016, luego de haber escuchado las exposiciones de las partes procesales, al momento de resolver la petición de la medida cautelar de carácter personal es decir la prisión preventiva solicitada por la titular de la acción señora Agente Fiscal Z, la misma al momento de resolver

manifiesta en torno a lo peticionado por la señora fiscal respecto de la medida cautelar, conforme a los elementos que se ha hecho mención y de la documentación presentada por el abogado del procesado la suscrita considera que no existen elementos suficientes que justifiquen el arraigo, bajo estas consideraciones y analizados los presupuestos jurídicos necesarios atendiendo el pedido realizado por la fiscalía ordeno la prisión preventiva en contra del ciudadano Y., resolución que es apelada en la misma audiencia por el Abogado de la defensa del procesado interponiendo Recurso de Apelación ante los señores Jueces de la Sala Especializada de lo Penal.

Una vez que avoca conocimiento la Sala Especializada de lo Penal señala para el día 13 de abril del 2016 para que tenga lugar la Audiencia Oral, publica y contradictoria a efectos de que el recurrente fundamente su Apelación; iniciada dicha audiencia al momento de que el Abogado de la defensa A, solicito que se le permita el ingreso de indicios documentales que le permita demostrar el arraigo del procesado Y., el señor Juez D, manifestó que no es procedente ya que la Sala solo se limita a resolver la situación jurídica del procesado en mérito de lo actuado ante el Juez aquo; manifestando que es obligación del procesado demostrar los factores que lo mantengan unido al país, como son su ocupación o profesión, bienes que posee, vínculos familiares y otros, por manera que no es suficiente tomar en cuenta la seriedad del delito y la severidad de la pena, si no adicionalmente los factores indicados, ratificando de esta manera lo resuelto por la juez aquo.

COMENTARIO:

Del análisis del caso se colige que en la Audiencia de formulación de cargos la Jueza aquo a pedido de la Fiscal resolvió dictar la prisión preventiva por no demostrar el procesado Y., el arraigo; y, que al momento de sustentar la Apelación de la prisión preventiva ante los Jueces de Sala Especializada, los mismos no le permitieron el ingreso de indicios documentales que no los incorporo en primera instancia por lo que resolvieron en mérito de lo actuado, Como se ha manifestado anteriormente en la actualidad no existe un procedimiento en la legislación penal Ecuatoriana como queda explicado en el análisis del caso, en donde el procesado a través de su Abogado defensor pueda ingresar indicios documentales en la Audiencia de Apelación de la prisión preventiva ante los Jueces de Sala Especializada, situación que atenta contra el legítimo derecho a la defensa del procesado en cualquier etapa o grado del procedimiento, vulnerando derechos y principios como el de excepcionalidad, proporcionalidad y presunción de inocencia, pues por este desajuste jurídico el procesado queda en la imposibilidad de demostrar que una medida no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima.

Cuando una persona es aprehendida en delito flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante el Juzgador.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos.

En este proyecto de investigación se plantearon algunos objetivos para ser verificados luego de la recolección de la información teórica y de campo, por lo que a continuación se procede a realizar la verificación y el cumplimiento de los mismos:

Objetivo general:

“Realizar un estudio doctrinario – jurídico y de campo de la prisión preventiva en delito flagrante, su finalidad, que permita establecer los verdaderos objetivos del derecho que tenemos las personas a defendernos en libertad dentro de la legislación penal en el Ecuador y realizar una investigación jurisprudencial de los casos que se han tramitado incumpliendo ese derecho establecido en la Constitución de la República del Ecuador.”

Este objetivo general se verifica debidamente por cuanto en el desarrollo de esta investigación se ha estudiado jurídica y doctrinariamente la prisión preventiva, la aplicación de la prisión preventiva dentro de los procesos en materia penal y su finalidad, con el trabajo de campo es decir con las encuestas y entrevistas realizadas a los profesionales del derecho se logró determinar que a pesar de que la Constitución de la República determina que la prisión preventiva no será de carácter excepcional es decir no será la regla general y se aplicara de ultima ratio, los jueces de sala al momento de la audiencia de apelación de la prisión preventiva no permiten que el

procesado en delito flagrante ingrese indicios documentales que demuestren que una pena privativa de libertad es suficiente para asegurar la comparecencia del procesado al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la supuesta víctima inobservado principios fundamentales del procesado como son el de proporcionalidad, excepcionalidad, provisionalidad y el de presunción de inocencia, vulnerando el derecho que tenemos las personas a defendernos en libertad ya que todos nacimos libres y debemos ser tratados como tal hasta que la justicia determine lo contrario, situación que se ha logrado verificar con la casuística analizada dentro de la presente investigación donde se reafirma mi tesis, puesto que los Jueces de segunda instancia no permiten el ingreso de documentos .y resuelven en mérito de lo actuado.

Objetivos específicos:

1).- “Demostrar la incongruencia que existe entre la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales y el Código Integral Penal en cuanto a la excepcionalidad de la Prisión Preventiva”.

Tanto por la ayuda obtenida de las referencias teóricas, del estudio de campo donde se encuentran inmersas las encuestas, entrevistas; doctrina y la jurisprudencia investigada, se puede determinar las incongruencias que existen; ya que la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que no se vulnerara el derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, establece el derecho que tenemos las personas a la libertad ya que todas nacemos libres, y que la prisión preventiva se aplicara de

ultima ratio es decir de manera excepcional, situación expresada de igual manera en los Tratados Internacionales y el Código Integral Penal, los jueces y juezas en la mayoría de casos dictan prisión preventiva por el solo hecho de que el procesado no ha demostrado arraigo es decir que no existe peligro de fuga por su situación, laboral, familiar, etc.

2).- “Determinar si actualmente se encuentra tipificado en el Código Integral Penal, la necesidad de demostrar una vez admitido el Recurso de Apelación ante la Sala Especializada indicios de que las medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para asegurar la presencia del procesado al juicio o el cumplimiento de una pena.”.

En esta investigación y especialmente en el análisis que se realiza al procedimiento que establece el Código Orgánico Integral Penal en el Recurso de Apelación y su procedimiento; y por los profesionales del derecho entrevistados y encuestados se determina que no se encuentra tipificado en el Código Integral Penal, la necesidad de demostrar una vez admitido el Recurso de Apelación ante la Sala Especializada indicios de que las medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para asegurar la presencia del procesado al juicio o el cumplimiento de una pena.

3).- “Presentar una propuesta de reforma al Código Integral Penal, respecto a la necesidad de demostrar que no existe peligro de fuga una vez admitido el recurso de apelación de la prisión preventiva en los delitos flagrantes ante la Sala Especializada.”

Este último objetivo se verifica en la parte final de este Trabajo de Tesis, donde en forma muy puntual se presenta un Proyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano el cual tiene como finalidad, introducir un procedimiento en donde se permita al procesado en delito flagrante introducir indicios o prueba en la Apelación de la Prisión Preventiva a efectos de lograr determinar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso.

7.2. Contrastación de hipótesis.

Asimismo en el proyecto de investigación se formuló una hipótesis para que fuera contrastada con los resultados obtenidos, esta hipótesis menciona lo siguiente:

“La necesidad de demostrar una vez admitido el Recurso de Apelación de la resolución que dicte la prisión preventiva en los delitos flagrantes ante la Sala Especializada de que no existe peligro de fuga por parte del procesado y que las medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para asegurar la presencia del procesado al juicio o el cumplimiento de una pena en el Código Orgánico Integral Penal, ya que el procesado en la audiencia de calificación de fragancia no tiene el tiempo ni los medios suficientes por su calidad de detenido de demostrar arraigo familiar, laboral, social y económico lo que ha permitido que los Jueces de la Sala ratifiquen la prisión preventiva ya que resuelven en mérito de lo actuado, provocando que se incumplan derechos preceptuados en nuestra Constitución de la República

del Ecuador, norma jerárquicamente superior de nuestro ordenamiento jurídico Ecuatoriano y Tratados Internacionales”

La hipótesis se ha contrastado y verificado, con el análisis doctrinario, jurídico, jurisprudencial por cuanto del estudio y desarrollo investigativo se ha podido evidenciar que tales derechos a pesar de que se encuentran debidamente garantizados, en la Constitución de la República y Tratados Internacionales, existen fallos atentatorios, vulnerando dichos derechos y el principio de presunción de inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad , por cuanto los Jueces Especializados acatando norma expresa del Código Orgánico Integral Penal no permiten el ingreso de indicios documentales en la Audiencia de Apelación que le permita demostrar al procesado que una medida cautelar de carácter personal no privativa de libertad sea suficiente para garantizar su comparecencia al proceso.

Lo antes mencionado se confirmó adicionalmente con el análisis jurídico-teórico de las disposiciones pertinentes y legislación comparada como también con los criterios vertidos por los profesionales del derecho encuestados y entrevistados, cuyas opiniones son coincidentes en el hecho de que es necesario la introducción de indicios documentales en la Apelación de la prisión preventiva que permita a los procesados demostrar arraigo a efectos de garantizar su comparecencia al proceso, lo que ha conllevado a que la Sala Especializada ratifique la prisión preventiva puesto que ellos resuelven solamente en mérito de lo actuado.

Por consiguiente, la hipótesis de esta investigación se contrasta positivamente, por lo que se hace necesario el planteamiento de una reforma al Código Orgánico Integral Penal orientada a garantizar plenamente el derecho de libertad y se cumpla el Principio de presunción de inocencia dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y Tratados Internacionales en los procesos penales y se permita al procesado en delito flagrante ingresar documentos en la Apelación de la prisión preventiva que le permita demostrar que una medida no privativa de libertad es suficiente para garantizar su inmediación al proceso, el cumplimiento de una pena y la reparación integral de la víctima.

7.3 Análisis jurídico doctrinario que fundamenta el proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal.

En el presente trabajo de investigación, al realizarse el estudio y análisis de los aspectos inherentes la prisión preventiva que se encuentra establecida y tipificada en la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 1 del Art. 77 que establece: "...La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena...", y que muchas de las veces esta excepcionalidad no ha sido aplicada en forma correcta dentro de los procedimientos del procesado en delito flagrante en los juicios penales y ha tenido que quedar sujeto a un mero enunciado; de conformidad a lo estipulado en el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador que trata sobre la aplicación jerárquica de las normas la misma es la primera

dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano (supremacía de la Constitución), lo que indica que tanto los Jueces y Juezas a quo y de Especialidad deben acatar y fundamentar sus resoluciones en lo dispuesto en la Constitución. El Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, en su parte pertinente manifiesta que la Prisión Preventiva tiene como finalidad: “...garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena...”

Además dispone que la o el Fiscal solicitara al señor Juez de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
- 2.- Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
- 3.- Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
- 4.- Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

En delito flagrante cuando una persona es aprehendida, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la

correspondiente audiencia oral ante el Juzgador; si la infracción cometida supera el año los Fiscales luego de Formular los cargos correspondientes por lo general de manera fundamentada solicitan la prisión preventiva con la finalidad de asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de una pena, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 534 del COIP, en dicha audiencia la persona procesada por el corto tiempo que la ley prevé 24h00 para que se realice la audiencia de flagrancia y por las condiciones de aprehendido no tiene las facilidades para demostrar lo que en derecho penal se denomina arraigo y desvirtuar el requisito establecido en el numeral 3 del Art. 534 del COIP, y poder indicar que la prisión preventiva no es necesaria y solicitar medidas alternativas que de igual forma asegure la comparecencia del procesado al proceso como la presentación ante la Juez o Fiscal cada quince días y la Prohibición de salida del país, medidas por demás suficientes no privativas de libertad. A hora, bien para poder aportar indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son suficientes se necesita recolectar información laboral, social, familiar, económica y en lo principal el domicilio donde vive el procesado, dicha búsqueda es casi imposible recolectar en el término de 24h00, por las consideraciones ya indicadas; por lo tanto al no demostrar procesalmente el procesado estos indicios, los Jueces aceptan la petición del Fiscal y disponen la Prisión Preventiva; los Abogados en libre ejercicio de la profesión de conformidad al Art. 653 del COIP apelan de la resolución en el presente caso que concede la prisión preventiva ante una de las Salas

Especializadas; más sucede que al momento que los miembros de la Sala señalan día y hora para que se lleve a cabo la Audiencia Oral donde se resuelve la Apelación que el recurrente realiza a la resolución que concede la prisión preventiva, señalado el día y hora luego de las intervenciones del recurrente y de la contraparte una vez finalizado el debate , la sala procede a resolver solamente en mérito de lo actuado, no permitiendo la introducción de documentos que permitan demostrar que la medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio y el cumplimiento de una pena; por lo que los jueces una vez analizados todos los requisitos ratifican la prisión preventiva quedando el procesado en la indefensión; vulnerando de esta manera el principio constitucional de presunción de inocencia, pues toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, el derecho a la libertad consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y el principio universal de libertad; si bien es cierto existe la posibilidad en lo posterior de solicitar la revocatoria, sustitución, suspensión o revisión de la prisión preventiva hasta que se cumplan los procedimientos ya pasaría el procesado con la medida de prisión preventiva algunos meses y esto podría desencadenar la pérdida de su trabajo, problemas sociales, económicos y familiares etc., por lo tanto en la Apelación de la prisión preventiva los Jueces de Especialidad deberían permitir el ingreso de documentos que permita al procesado demostrar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso, el cumplimiento de una pena y la reparación integral de la víctima, lo que no permitiría que el régimen normativo asegure

la protección de la integridad física y material de las personas y la eficiente aplicación de justicia.

Este tipo de desatinos jurídicos son frecuentes en nuestro medio, y hasta la actualidad no existen reformas al Código Orgánico Integral Penal, que permitan que los procesados introducir indicios documentales en la Audiencia de Apelación de la prisión preventiva en delito flagrante pues así lo dispone nuestro ordenamiento jurídico penal, lo que ha conllevado a los Jueces de Especialidad a que se ratifique la medida cautelar de prisión preventiva del juez aquo por no haber demostrado arraigo, lo que ha conllevado a que se violente el principio constitucional de presunción de inocencia, los principios de excepcionalidad, proporcionalidad etc., establecidos en los tratados y convenios internacionales pues de esta manera se estaría imponiendo una pena anticipada, denominada así por la doctrina a la prisión preventiva, lo que sin lugar a dudas nos ubica en un escenario de tiempos pasados, en donde se mantenía privados de libertad a personas inocentes sin haberseles realizado un juicio justo.

Finalmente es importante destacar que la introducción de un procedimiento que regule jurídicamente la introducción de indicios documentales que permita al procesado demostrar en la Audiencia de Apelación de la prisión preventiva que una medida no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso, el cumplimiento de una pena y la reparación integral de la víctima, norma que no solo contribuya a la realización del derecho sino que, lo que es más importante, contribuya a la consecuencia de la justicia, que debe ser la práctica por todos los

ciudadanos observándose no solo por conciencia moral y ética, sino por la realización de la justicia en la que contribuyan las reformas penales que se introduzcan al ordenamiento jurídico penal Ecuatoriano.

Las reformas penales que se introduzcan, como una reforma al procedimiento de la Apelación de la prisión preventiva, en el ordenamiento jurídico penal Ecuatoriano, serían de mucha ayuda para la consecución y eficacia de la prisión preventiva o pena anticipada como lo denomina la doctrina; no obstante de lo expuesto, siempre habrá voces disidentes dentro del país que expresen criterios de oposición sin proponer alternativas.

8. CONCLUSIONES.

- **PRIMERA:** Se colige que no existe un procedimiento en la legislación penal ecuatoriana es decir en el Código Orgánico Integral Penal, que permita al procesado en delito flagrante presentar indicios documentales en la Apelación de la prisión preventiva ante los Jueces de la Sala Especializada a efectos de demostrar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar su inmediación al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima.
- **SEGUNDA:** Luego del análisis teórico-jurídico realizado y de los resultados obtenidos con la aplicación de las encuestas y las entrevistas se confirmó que si bien es cierto la Constitución de la República como norma jerárquica dentro del Ordenamiento Jurídico dispone que la privación de la libertad se aplicara excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso o el cumplimiento de una pena,
- **TERCERA:** Que lo dispuesto en el numeral 1 del Art. Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador que establece lo siguiente: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, el cumplimiento de una pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley”., están inmersos en una profunda inseguridad jurídica frente a la incongruencia que existe con lo que dispone el

Código Orgánico Integral Penal, los Convenios y Tratados Internacionales, lo que no permite una correcta aplicación de las leyes por los Jueces Constitucionales de derechos.

- **CUARTA:** Que las normas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, y particularmente el Art. 653 de dicha norma legal, no permiten a los procesados en delito flagrante que el juez a quo les haya dictado la prisión preventiva, introducir indicios documentales en la apelación de la prisión preventiva, ya que la sala procederá a resolver solamente en mérito de lo actuado en primera instancia.
- **QUINTA:** Indudablemente el Código Orgánico Integral Penal, carece de un profundo análisis y posterior revisión por parte de los Legisladores, ya que el procedimiento establecido en el Art. 653 del COIP en cuanto a la Apelación de la prisión preventiva, transgrede normas legales y constitucionales que vulnera el principio de excepcionalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia del procesado al no permitir el ingreso de documentos o prueba en la Audiencia de apelación como si lo permite la legislación penal Venezolana.

9. RECOMENDACIONES.

- **PRIMERA:** En la legislación Penal Ecuatoriana es decir en el Código Orgánico Integral Penal se debería presentar una propuesta de reforma por parte de los asambleístas a efectos de introducir normas que permitan a los procesados en delito flagrante el ingreso de documentos en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación a la prisión preventiva.
- **SEGUNDA:** Se ratifica el criterio de que es necesario enviar un proyecto reformativo a la Asamblea Nacional, a efectos de reformar el Código Orgánico Integral Penal estableciendo que en la audiencia de apelación de la prisión preventiva la Sala delibere en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas por el recurrente y la contraparte con los documentos introducidos en dicha audiencia que demuestre que una medida no privativa de libertad es suficiente para asegurar la comparecencia del procesado al proceso, el cumplimiento de una eventual pena y la reparación integral de la víctima.
- **TERCERA:** Que los Jueces al momento de resolver apliquen de manera correcta lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador y al momento de dictar la prisión preventiva tomen en cuenta su excepcionalidad y los principios de proporcionalidad, humanización de la pena y en lo principal el principio de presunción de inocencia ya que de lo contrario se estaría imponiendo una pena anticipada.

- **CUARTA:** Que dentro de las reformas al Código Integral Penal Ecuatoriano, se determinen que los profesionales del derecho, en la audiencia de apelación de la prisión preventiva en su intervención en representación del procesado puedan fundamentar el recurso de apelación con indicios documentales que permitan demostrar el arraigo del procesado.
- **QUINTA:** Que la Asamblea Nacional del Ecuador, conozca y trate el Proyecto de Ley que se presenta como resultado de la presente investigación, y su vigencia vaya a garantizar adecuadamente los derechos de cada uno de los habitantes del Ecuador que confían en la justicia penal Ordinaria y que se sienten amparados por las leyes que garantizan un correcto desenvolvimiento en nuestra sociedad.

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica.

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

C O N S I D E R A N D O

QUE, en la legislación penal ecuatoriana no existe una normativa que regule jurídicamente el procedimiento establecido en el Art. 653 del Código Orgánico Integral Penal en cuanto a que en la Audiencia de Apelación de la prisión preventiva en forma imperativa obliga a los Jueces de la Sala Especializada a resolver en mérito de lo actuado y no permite al procesado el ingreso de documentos por parte del procesado en la audiencia de fundamentación del recurso de apelación a la prisión preventiva en los delitos flagrantes.

QUE, a pesar de los derechos que tienen todos los ciudadanos, que están normados en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales; en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano no están debidamente garantizados, ya que existe falta de normas jurídicas que dispongan el cumplimiento intangible de la excepcionalidad de la prisión preventiva de los juicios penales, trasgrediendo el principio de excepcionalidad, proporcionalidad y presunción de inocencia.

QUE, pese a estar establecido en el Código Orgánico Integral Penal, algunos preceptos destinados a que la tramitación de la apelación de la prisión preventiva los Jueces de la Sala Especializada resolverán los procesos tomando en cuenta el principio de presunción de inocencia en la

Constitución de la República del Ecuador, esta norma jerárquicamente superior en el Ordenamiento Jurídico en la mayoría de casos no es aplicada.

QUE, es un deber ineludible del Estado Ecuatoriano y de todos sus organismos públicos garantizar adecuadamente los derechos de todas las personas establecidos en la ley y las normas constitucionales vigentes.

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador,

R E S U E L V E

Expedir la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL.

Artículo... 1.- .Agregase el siguiente artículo 653, “Para efectos del numeral cinco los procesados en delito flagrante podrán ingresar indicios documentales ante los Jueces de la Sala Especializada hasta cinco días antes de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación a la resolución que conceda la prisión preventiva”.

DISPOSICION DEROGATORIA. Todas las normas legales que estén en oposición a la presente, quedan derogadas.

DISPOSICION FINAL. Esta disposición entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado, en uso de sus atribuciones Legales y Constitucionales, en el Distrito Metropolitano de San Francisco de Quito, República del Ecuador, en la sala de Sesiones del Plenario de la Asamblea Nacional a los..... días del mes de..... del 2016.

f). Presidenta

f). Secretaria

10. BIBLIOGRAFÍA.

- CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL., DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL.
- IMPUNIDAD Y DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL. EDITORIAL 2002, DOCTOR KAIS AMBOS. ALEMANIA
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES 14-FEBRERO-2014-CODIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL QUITO-ECUADOR EDICIÓN PRIMERA.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS.
- CASAL HERNÁNDEZ JESÚS MARÍA- CENTRO DE ESTUDIOS POLITICOS Y ONSTITUCIONALES-DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL-VENEZUELA-CARACAS
- NOVAK TALAVERA-DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-LIMA AMAG-2004-ACADEMIA DE LA MAGISTRADURA.
- DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO-JULIÁN LÓPEZ MASLE Y MARÍA INES HORVITZ -TOMO I- EDUCACIÓN - CHILE.
- DERECHO PROCESAL PENAL-JIMENO SENDRA EDITORIAL CIVITAS-EDICIÓN 2
- HELIODORO FIERRO MENDEZ, "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL-SISTEMA ACUSATORIO" EN: COLOMBIA 2005.

- CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION ARGENTINA- PRIMERA EDICION-CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES 2014 ISBN
- CODIGO PENAL COLOMBIANO
- GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA NRO. 5558 DEL 14-11-2001 CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL- CARACAS-VENEZUELA.
- CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL- CARACAS-VENEZUELA.
- GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA NRO. 5558 DEL 14-11-2001 CODIGO ORGANICO PROCESAL PENAL- CARACAS-VENEZUELA. ART. 447.
- [WWW.ALFONSOZAMBRANO.COM/DOCTRINA_PENAL/061209/DP
TEORIA ACCION PENAL.DOC](http://WWW.ALFONSOZAMBRANO.COM/DOCTRINA_PENAL/061209/DP_TEORIA_ACCION_PENAL.DOC)
- DERECHOS HUMANOS FUENTE
WWW.DERECHOECUADOR.COM

11. ANEXOS.



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

TEMA:

**“INGRESO DE DOCUMENTOS POR PARTE DEL PROCESADO EN LA
AUDIENCIA DE FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN
A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS FLAGRANTES”**

**PROYECTO DE TESIS PARA OPTAR POR EL
TÍTULO DE ABOGADO.**

POSTULANTE:

Carlos Alberto Jaramillo Martínez

DOCENTE:

Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez, Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

1. TEMA:

“INGRESO DE DOCUMENTOS POR PARTE DEL PROCESADO EN LA AUDIENCIA DE FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS FLAGRANTES”

2. PROBLEMÁTICA:

El Ecuador a partir del año 2008 se ha caracterizado por ser un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, cuyo máximo ideal es la protección de estos hacia las personas, basándose en una pluralidad jurídica y en un neocunstitucionalismo innovador, que se plasma en la actual Constitución, en donde los derechos que se fundamentan en esos principios, se convierten en justiciables, invocables y de aplicación inmediata, por lo tanto debemos considerar que esta fuerza normativa busca equidad e igualdad para el individuo, por lo tanto el aparato estatal incluyendo el judicial, ha modificado su estructura para dar cabida a estos principios, como es el caso del actual Código Orgánico Integral Penal, sin embargo cabe mencionar que por alguna razón el derecho a la libertad en cuanto a demostrar el arraigo ante la Sala respectiva una vez admitido el Recurso de Apelación en delitos Flagrantes ha pasado desapercibido en el Código en mención, violando esta vez sí de manera flagrante el derecho a la libertad, bien jurídico protegido en la Constitución de la República norma suprema en nuestro ordenamiento jurídico y tratados internacionales como el pacto de San José etc.

Ahora bien, la Constitución de la República del Ecuador (C.R.E) como norma jerárquicamente superior conforme está estipulado en el Título Noveno de la Constitución de la República del Ecuador, que se titula Supremacía de la Constitución, hace referencia a que las todas las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las

disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Así podemos establecer, con claridad meridiana que la Constitución de la República está sobre las leyes que integran el ordenamiento jurídico de nuestro país conforme se encuentra estipulado en el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador que trata sobre la aplicación jerárquica de las normas. El Art. 77 Nral. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, en su parte pertinente establece: "... La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena...".

El Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, en su parte pertinente manifiesta que la Prisión Preventiva tiene como finalidad: "...garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena..."

El Art. de la referencia además dispone que la o el Fiscal solicitara al señor Juez de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
- 2.- Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.

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

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

Cuando una persona es detenida en delito flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante el Juzgador; si la infracción cometida supera el año los Fiscales luego de Formular los cargos correspondientes por lo general de manera fundamentada solicitan la prisión preventiva con la finalidad de asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de una pena, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en dicha audiencia la persona procesada por el corto tiempo que la ley prevé 24h00 para que se realice la audiencia de flagrancia y por las condiciones de detenido no tiene las facilidades para demostrar lo que en derecho penal se denomina arraigo y desvirtuar el requisito establecido en el numeral 3 del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), y poder indicar que la prisión preventiva no es necesaria y solicitar medidas alternativas que de igual forma asegure la comparecencia del procesado al proceso como la presentación ante la Juez o Fiscal cada quince días y la Prohibición de salida del país, medidas por demás suficientes no privativas de libertad. Ahora, bien para poder aportar indicios de los cuales se desprenda que las

medidas cautelares no privativas de la libertad son suficientes se necesita recolectar información laboral, social, familiar, económica y en lo principal el domicilio donde vive el procesado, dicha búsqueda es casi imposible recolectar en el término de 24h00, por las consideraciones ya indicadas; por lo tanto al no demostrar procesalmente el procesado estos indicios, los Jueces aceptan la petición del Fiscal y disponen la Prisión Preventiva; los Abogados en libre ejercicio de la profesión de conformidad al Art. 653 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) apelan de la resolución en el presente caso que concede la prisión preventiva ante una de las Salas Especializadas; más sucede que al momento que los miembros de la Sala señalan día y hora para que se lleve a cabo la Audiencia Oral donde se resuelve la Apelación que el recurrente realiza a la resolución que concede la prisión preventiva, señalado el día y hora luego de las intervenciones del recurrente y de la contraparte una vez finalizado el debate , la sala procede a resolver solamente en mérito de lo actuado, no permitiendo la introducción de documentos que permitan demostrar que la medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio y el cumplimiento de una pena; por lo que los jueces una vez analizados todos los requisitos ratifican la prisión preventiva quedando el procesado en la indefensión; vulnerando de esta manera el principio constitucional de presunción de inocencia, pues toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, el derecho a la libertad consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y el principio universal de libertad; si bien es cierto existe la posibilidad en lo posterior de solicitar la

revocatoria, sustitución, suspensión o revisión de la prisión preventiva hasta que se cumplan los procedimientos ya pasaría el procesado con la medida de prisión preventiva algunos meses y esto podría desencadenar la pérdida de su trabajo, problemas sociales, económicos y familiares etc.

3. JUSTIFICACIÓN:

La problemática referida anteriormente se acopla y cumple fielmente con los requerimientos y expectativas necesarias en el campo científico y práctico del Derecho Penal; por tanto, se justifica académicamente por reunir los requisitos expuestos en Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materia de Derecho Positivo, Sustantivo y Adjetivo para poder optar por el Título de Abogado en Jurisprudencia.

Jurídicamente la investigación es necesaria por estar encaminada al cumplimiento de un fin; el de lograr que en nuestra legislación se incorporen normas de derecho y principios que permitan a los jueces aplicarlas de manera directa sin contraposición entre dos o más normas y los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, estudiando y mejorando el régimen normativo que asegure la protección de la integridad física y material de las personas y la eficiente aplicación de justicia.

Conociendo de estas deficiencias, como estudiante de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, se considera que es un problema importante, y que previa su investigación deberá reformarse el

Código Orgánico Integral Penal, para que los procesados en delito flagrante luego de que el Juez Aquo a petición del Fiscal dictare prisión preventiva en su contra; y admitido el Recurso de Apelación de la misma, tengan la necesidad de demostrar documentadamente ante los Jueces de la Sala Especializada que las medidas no privativas de libertad son suficientes para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.

El problema jurídico y social materia del proyecto de investigación es trascendente, pues los jueces se ven en la necesidad de aplicar lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador como norma jerárquica en nuestro ordenamiento jurídico, y al ser garantistas de los derechos de las personas frente al debido proceso y a la legítima defensa están en la obligación de cuidar estos derechos; es así que se debería tipificar la necesidad de demostrar documentadamente que no existe peligro de fuga una vez admitido el recurso de apelación de la prisión preventiva en los delitos flagrantes, demostrando fehacientemente el arraigo familiar, social, laboral, económico puesto que los Jueces de la Sala solamente resuelven en mérito de lo actuado, lo que sin duda trasgrede los derechos de libertad de las personas, como la establecida en la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 66, numeral 29, literal a) que textualmente dice: “El reconocimiento de que todas las personas nacen libres”; en igual forma se transgrede el Art. 77, numeral 1 ibídem, que en su parte pertinente dispone: “...La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente...”, por lo tanto la prisión preventiva no es la regla general y se convierte en excepción; así mismo se vulnera el derecho de protección que gozamos

todos los ecuatorianos, establecido en el Art. 76 Nral. 2, de la mencionada norma que textualmente manifiesta: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”

Se deduce por tanto que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de alcanzar medios alternativos de carácter jurídico y social que prevengan y controlen sus manifestaciones.

Con la aplicación de métodos, procedimiento y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existan las fuentes bibliográficas documentales y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues se cuenta con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo, con respecto a la problemática planteada.

4. OBJETIVOS:

4.1 Objetivo General.

Realizar un estudio doctrinario – jurídico y de campo de la prisión preventiva en delito flagrante, su finalidad, que permita establecer los verdaderos objetivos del Derecho que tenemos las personas a defendernos en libertad dentro de la legislación penal en el Ecuador y realizar una investigación jurisprudencial de los casos que se han tramitado incumpliendo ese Derecho establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

4.2 Objetivos Específicos.

- 4.2.2.1** Demostrar la incongruencia que existe entre la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales y el Código Integral Penal en cuanto a la excepcionalidad de la Prisión Preventiva.
- 4.2.2.2** Determinar si actualmente se encuentra tipificado en el Código Integral Penal, la necesidad de demostrar una vez admitido el Recurso de Apelación ante la Sala Especializada indicios de que las medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para asegurar la presencia del procesado al juicio o el cumplimiento de una pena.
- 4.2.2.3** Presentar una propuesta de reforma al Código Integral Penal, respecto a la necesidad de demostrar que no existe peligro de fuga una vez admitido el recurso de apelación de la prisión preventiva en los delitos flagrantes ante la Sala Especializada.

5. HIPOTESIS:

La necesidad de demostrar una vez admitido el Recurso de Apelación de la resolución que dicte la prisión preventiva en los delitos flagrante ante la Sala Especializada de que no existe peligro de fuga por parte del procesado y que las medidas cautelares no privativas de libertad son suficientes para asegurar la presencia del procesado al juicio o el cumplimiento de una pena

en el Código Integral Penal, ya que el procesado en la audiencia de calificación de fragancia no tiene el tiempo ni los medios por su calidad de detenido de demostrar arraigo familiar, laboral, social y económico lo que ha permitido que los Jueces de la Sala ratifiquen la prisión preventiva ya que resuelven en mérito de lo actuado , provocando que se incumplan derechos preceptuados en nuestra Constitución de la República del Ecuador, norma jerárquicamente superior de nuestro ordenamiento jurídico Ecuatoriano.

6. MARCO TEORICO:

Con la entrada en vigencia del Código Integral Penal, COIP, que fuera publicado en el suplemento del Registro Oficial 180, del lunes 10 de febrero del año 2014, y que rige en su totalidad, desde el domingo 10 de agosto, que una vez cumplida la disposición final, por la cual el Código entro en vigencia a partir de ciento ochenta días a partir de su publicación.

Si bien es cierto este Código responde a la exigencia del Estado constitucional de derechos y justicia de contar con un proceso penal que garantice protección idónea, oportuna, especial y efectiva a las ciudadanas y ciudadanos que se ven involucrados en el juzgamiento de una infracción penal. Por ello, el Legislativo efectuó una coherente y unificada modificación del Código Penal, Código Procesal Penal y Código de Ejecución Penal en un solo texto, sin embargo cabe mencionar que por alguna razón las figura de demostrar que las medidas no privativas de libertad en la apelación de la prisión preventiva en delito flagrante ante la Sala Especializada en los delitos que superan el año son suficientes para garantizar la comparecencia del

procesado al proceso y el cumplimiento de una pena han pasado por desapercibidas en el Código en mención ya que la Sala solamente resuelve en mérito de lo actuado.

La Constitución de la República del Ecuador reformada el 20 de octubre del 2008 y publicada en el Registro oficial Nro. 499, norma jerárquicamente superior conforme está estipulado en el Título Noveno de la Constitución de la República del Ecuador, que se titula Supremacía de la Constitución, hace referencia a que las todas las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; no permitir que el procesado al que se le dictó prisión preventiva en delito flagrante por no cumplir con lo que dispone el requisito Nro. 3 del Código Orgánico Integral Penal, una vez aceptado el Recurso de Apelación que dicto la prisión preventiva, pueda demostrar ante los Jueces de la Sala que las medidas no privativas de libertad son suficientes para su comparecencia al proceso o el cumplimiento de una pena, sin duda trasgrede los derechos de libertad de las personas, como la establecida en la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 66, numeral 29, literal a) que textualmente dice: *“El reconocimiento de que todas las personas nacen libres”*; en igual forma se transgrede el Art. 77, numeral 1 ibídem, que en su parte pertinente dispone: *“...La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente...”*, por lo tanto la prisión preventiva no es la regla general y se convierte en excepción; así mismo se vulnera el derecho de protección que gozamos todos los ecuatorianos, establecido en el Art. 76 Nral. 2, de la mencionada norma que textualmente manifiesta: *“Se presumirá la inocencia*

de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” ⁵⁶

Hoy en día como toda la sociedad tiene conocimiento que después del derecho a la vida el derecho de protección más alto dentro del Ordenamiento Constitucional Ecuatoriano, Tratados Internacionales y demás leyes es el derecho a la libertad que tenemos las personas, nacimos libres y mientras no se demuestre lo contrario todas las personas involucradas en un proceso penal gozamos del derecho de presunción de inocencia.

Tenemos que tener en cuenta que la protección que le da el Marco Constitucional, Tratados Internacionales y nuestro ordenamiento jurídico penal al derecho de libertad conlleva muchos beneficios; pero el uso irracional y abusivo del derecho al aplicar una medida privativa de libertad como medida cautelar por una pena que supere un año y no pase de cinco, como es el hurto o la falsificación de un documento privado, debe de existir proporcionalidad en estos actos; es ahí que muchos procesados por cometer un delito de los referidos en delito flagrante se les dicta la prisión preventiva por el Juez a quo y los Jueces de la Sala la ratifican por no haber podido demostrar que las medidas no privativas de libertad son suficientes para la comparecencia del procesado al proceso o el cumplimiento de una pena; Constituye también sin duda un uso irracional del derecho, utilizar una medida cautelar distinta a la prisión preventiva para poner en libertad a un

⁵⁶ Ley Cit. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS

Art. 76, numeral 2.

sujeto que por ejemplo se encontraba detenido con más de 100 kilos de cocaína, o a un asesino, o a un violador.

La prisión preventiva que llega a convertirse en una forma de pena anticipada aunque no sea esa su finalidad, no debe ser manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, pues es una forma preponderante de coerción penal que produce como principales efectos los desintegradores de la personalidad, como la despersonalización, encarcelamiento, etiquetamiento, etc., que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva.

Los límites racionales para el encierro preventivo pueden encontrarse en planteamientos como: 1. Su excepcionalidad, de manera que la libertad se siga respetando como principio. 2. Su fundamento únicamente en la probabilidad de autoría y participación o riesgo de fuga o de entorpecimiento en la búsqueda de la verdad. 3. Evitar que la prisión preventiva produzca un mayor daño que la amenaza de la pena por respeto al principio de proporcionalidad. 4. La subsidiaridad, vale decir que se evite en lo posible el encarcelamiento. 5. Su limitación temporal, de manera que enervados los indicios que permitieron fundar una presunción de responsabilidad se disponga de inmediato a su revisión y la cancelación de la medida de aseguramiento preventivo.

Como es de nuestro conocimiento el nuevo Código Orgánico Integral Penal en su Art. 534 del, en su parte pertinente manifiesta que la Prisión

Preventiva tiene como finalidad: "...garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena..."

El Art. de la referencia además dispone que la o el Fiscal solicitara al señor Juez de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

"1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

2.- Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.

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

4.- Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año." ⁵⁷

En base a las normas antes indicadas el Fiscal solicita al señor Juez de Garantías Penales siempre y cuando concurren los requisitos 1, 2, 3 y 4 del Art. 534, la Prisión Preventiva del procesado. De ahí que en los delitos flagrantes los procesados por su condición de detenidos en el tiempo que la

⁵⁷ CODIGO INTEGRAL PENAL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y

Publicaciones

Art. 534. Numerales 1, 2, 3 y 4

ley prevé 24h00 no tienen la posibilidad de demostrar que las medidas no privativas de libertad son suficientes para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de una pena, por lo que el Juez acepta la petición de prisión preventiva solicitada por el Fiscal, resolución que al ser apelada ante la sala no cambia en nada la defensa del procesado ya que los Jueces resuelven en mérito de lo actuado y por lo general ratifican el pedido de prisión preventiva, por lo tanto la legislación penal ecuatoriana se encuentra en la necesidad urgente de tipificar en caso de los delitos flagrantes en que se dictare la prion preventiva, que se permita al procesado demostrar una vez admitido el Recurso de Apelación que las medidas no privativas de libertad son suficientes para asegurar la comparecencia al juicio o el cumplimiento de la pena.

Así, repasaremos conceptualmente los antecedentes legislativos de la prisión preventiva, el principio de libertad, la proporcionalidad de las penas en el ordenamiento jurídico y en el derecho comparado. Además, doctrinariamente delimitaremos el bien jurídico protegido en cuanto al derecho de protección de la libertad como principio universal establecido, recogiendo teorías de los diferentes tratadistas. Posteriormente, se abordará Jurídicamente de manera proporcional los delitos a los cuales se debe aplicar la prisión preventiva y cuáles no, se analizara la excepcionalidad la prisión preventiva en la Constitución de la República como norma suprema, Tratados Internacionales y el Código Orgánico Integral Penal. Para lograr este objetivo, se analizarán los elementos integrantes de la prisión preventiva el principio universal de libertad, tales como concepto, finalidad,

las disposiciones comunes, los grados de ejecución, la consumación, prescripción y las causas de justificación. Seguidamente, también se estudiara desde un punto de vista crítico la especialidad que constituyen la prisión preventiva y el principio universal de la libertad.

7. METODOLOGIA:

7.1 Métodos

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad y problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que queremos realizar, en el presente caso me propongo realizar una investigación “socio-jurídica”, que se concreta en una investigación del Derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, para establecer un nuevo instrumento legal aplicable de igual manera para todos los funcionarios y servidores públicos.

7.2 Procedimiento y Técnicas.

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional, para lo cual en las encuestas se aplicara en diez personas; y en diez las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis general, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores:

Los resultados de la investigación empírica se presentarán en tablas, barras o centro-gramas y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos e hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

7.3 Esquema Provisional del Informe Final

El Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 144 del Reglamento de Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de dicho esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el

Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

En primer lugar se concrete el **acopio teórico**, comprendiendo: a) Un marco teórico conceptual, de la prisión preventiva, su origen y características; b) La evolución histórica y sus orígenes de las medidas cautelares no privativas de la libertad en la legislación penal Ecuatoriana, que finalidad cumple y de qué forma garantiza una tutela judicial efectiva; y, c) Un estudio jurídico acerca de la Constitución de la República del Ecuador, Código Penal, Código Procedimiento Penal y el Código Integral Penal.

En segundo lugar se sistematizará la indagación de campo o **el acopio empírico**, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas; y, b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.

En un tercer orden vendrá la **síntesis de la investigación jurídica**, con la concreción de: a) Verificación de los objetivos y de contrastación de las hipótesis; b) la deducción de conclusiones; y, c) el planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

8. CRONOGRAMA:

9. Actividades 10. 11. Tiempo	Cronograma de trabajo 2016					
	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio.						
Elaboración del Proyecto de Investigación y aplicación.						
Investigación Bibliográfica.						
Investigación de Campo.						
Conformación de los resultados de la Investigación con los Objetivos e Hipótesis.						
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica.						
Redacción Del Informe Final, revisión y corrección.						
Presentación y Socialización y de los Informes Finales. (tesis)						

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO:

9.1 Recursos Humanos.

Postulante : Carlos Alberto Jaramillo Martínez.

Director de tesis : Por designarse

Entrevistados : 10 profesionales conocedores de la materia.

Encuestados : 10 personas seleccionadas en la investigación.

9.2 Recursos Materiales:

Materiales	Valor
Libros	500,00
Separatas de texto	100,00
Hojas	60,00
Copias	60,00
Internet	200,00
Levantamiento de texto, y encuadernación	400,00
Transporte	500,00
Imprevistos	300,00
Total	2.120,00

9.3. FINANCIAMIENTO:

El presupuesto de los gastos que ocasionará la presente investigación, asciende a la cantidad de **DOS MIL CIENTO VEINTE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, que serán cancelados con recursos propios del autor.

10. BIBLIOGRAFÍA.

- **CABANELLAS Guillermo**, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1974.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2008.
- **CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR**, Corporación de Estudios y Publicaciones, del 2 de agosto del 2010.
- **CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO**, Corporación de Estudios y Publicaciones, de julio del 2011.
- **CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL**, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a marzo del 2014.
- **CÓDIGO PENAL ECUATORIANO**, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a julio del 2011.
- **EL ESPECTACULO DEL DERECHO PENAL E IRREGULARIDADES PROCESALES**, Abg. Manuel Tama Viteri, Rumichaca-Guayaquil-Ecuador.
- **CRIMINOLOGÍA Y DERECHO, 2A.ED.**; Romo Medina, Miguel; 1989.

Clasificación: J470/R748C (**Derecho Penal**)

Temas: Criminología, Derecho Penal - Teoría, Política Criminal, Derecho

Penitenciario **SAINZ CANTERO**, "El contenido sustancial del delito de injurias y calumnias", en ADPCP, 1957.

- **www.derechoecuador.com, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4142, 2015-01-02, 09h45.**
- **<https://es.wikipedia.org/>**

FORMULARIO DE ENCUESTAS

PRIMERA PREGUNTA: ¿Indique en qué consiste la Prisión Preventiva?

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Conoce Usted si dentro del Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el Art. 653 no se permite al procesado en delito flagrante introducir indicios o prueba en la Apelación de la Prisión Preventiva a efectos de lograr determinar que una medida cautelar no privativa de libertad es suficiente para asegurar su comparecencia al proceso ?

SI

NO

¿Qué conoce? -----

TERCERA PREGUNTA: ¿Conoce Usted que efectos jurídicos produce al procesado el no permitir el ingreso de indicios documentales en la Audiencia de Apelación de la Prisión Preventiva en delito flagrante?

SI

NO

¿Qué conoce? -----

CUARTA PREGUNTA: ¿Considera Usted que el procedimiento de la Apelación a la prisión preventiva en delito flagrante no está correctamente aplicada en el Código Orgánico Integral Penal?

SI

NO

¿Qué considera? -----

QUINTA PREGUNTA: ¿Cree Usted que la prisión preventiva en los Juicios Penales es una pena anticipada que vulnera el principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución de la República, tratados y convenios internacionales?

SI

NO

¿Qué cree? -----

SEXTA PREGUNTA: ¿Cuántos Principios conoce Usted que se debería aplicar en todo proceso judicial penal dentro de nuestro ordenamiento jurídico al momento de dictarse la prisión preventiva?

a) -----

b) -----

c) -----

d) -----

FORMULARIO DE ENTREVISTAS

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál es la finalidad de la prisión preventiva dentro del procedimiento en los procesos penales en nuestro Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano?

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Conoce Usted si en el Código Orgánico Integral Penal existe norma expresa que permita al procesado en delito flagrante introducir indicios que demuestren su arraigo, económico, social , laboral, familiar en la Audiencia de Apelación de la Prisión Preventiva?

TERCERA PREGUNTA: ¿Cuántos casos cree Usted que se conoce en nuestra legislación penal Ecuatoriana en que los Abogados en libre ejercicio de la profesión hayan pretendido ingresar indicios documentales en la Apelación de la prisión preventiva y la misma no haya sido aceptada por los Jueces de la Sala ya que ellos por mandato legal resuelven en mérito de lo actuado?

CUARTA PREGUNTA: ¿Cuáles son los principios aplicables que dispone nuestra Constitución de la República así como los tratados y convenios internacionales por los jueces y juezas al momento de dictar la prisión preventiva?

QUINTA PREGUNTA: ¿Qué recomendaciones sugiere Usted se deberían emplear para que se reforme el Código Orgánico Integral Penal y se permita a los Abogados de la defensa en delito flagrante ingresar indicios documentales en la Apelación de la Prisión Preventiva?

ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACION.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
TABALA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TITULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1 ABSTRACT.....	6
3. INTRODUCCION.....	9
4. REVISION DE LITERATURA.....	12
4.1 MARCO CONCEPTUAL.....	12
4.1.1 EL JUICIO.....	12
4.1.2 SUJETOS PROCESALES.....	16
4.1.3 ACCION PENAL.....	20
4.1.4 PRISION PREVENTIVA.....	22
4.2 MARCO DOCTRINARIO.....	29
4.2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.....	29
4.2.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA PRISION PREVENTIVA.....	31

4.2.3 TEORIAS SURGIDAS EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA PRISION PREVENTIVA.....	34
4.2.4 TEORIA DE LA RELACION JURIDICA.....	38
4.2.5 TEORIA DE LA INSTITUCION.....	39
4.2.6 PRINCIPIOS DE LA PRISION PREVENTIVA.....	40
4.2.7 LA LIBERTAD COMO PRINCIPIO APLICABLE.....	48
4.2.8 RELACION TEORICA DE FLAGRANCIA Y PRESUNCION DE INOC....	51
4.3 MARCO JURIDICO.....	57
4.3.1 PRESUNCION DE INOCENCIA EN LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.....	57
4.3.2 LA PRISION PREVENTIVA COMO NORMA DE DERECHO.....	61
4.3.3 EL SISTEMA ORAL COMO INSTRUMENTO DE JUSTICIA EN EL PROCESO PENAL.....	64
4.3.4 LA PRISION PREVENTIVA Y SUS DIVERSAS CARACTERISTICA..	65
4.3.5 FLAGRANCIA Y PRISION PREVENTIVA EN EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL.....	71
4.4 LEGISLACION COMPARADA.....	77
4.4.1 LEGISLACION ARGENTINA.....	78
4.4.2 LEGISLACION COLOMBIANA.....	88
4.4.3 LEGISLACION VENEZOLANA.....	91
5. MATERIALES Y METODOS.....	97
6. RESULTADOS.....	100
6.1 RESULTADOS Y ANALISIS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTA....	100

6.2 RESULTADOS Y ANALISIS DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTA..	114
6.3 ESTUDIO DE CASO.....	119
7. DISCUSION.....	124
7.1 NVERIFICACION DE OBJETIVO.....	124
7.2 CONTRASTACION DE HIPOTESIS.....	127
7.3 ANALISIS JURIDICO DOCTRINARIO QUE FUNDAMENTA EL PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENA.....	129
8. CONCLUSIONES.....	135
9. RECOMENDACIONES.....	137
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	139
10. BIBLIOGRAFIA.....	142
11. ANEXOS.....	144
INDICE.....	171