



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

TÍTULO:

**“ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA
PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN
PREVENTIVA”**

TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN
DEL GRADO DE ABOGADO

AUTOR:

Ing. Carlos Alfredo Rodríguez Armijos

DIRECTOR:

Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2015

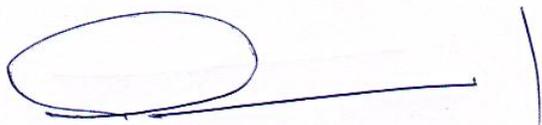
CERTIFICACIÓN

**Dr. GONZALO AGUIRRE VALDIVIESO MG. SC.
DIRECTOR DE TESIS.**

CERTIFICA:

Que el presente trabajo investigativo titulado: **“ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”**, realizado por el postulante **CARLOS ALFREDO RODRIGUEZ ARMUJOS**, previo a optar el grado de Licenciado en Jurisprudencia, ha sido dirigido y revisado durante todo el proceso de investigación, cumpliendo con los requisitos establecidos para la graduación, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo tribunal de grado.

Loja, febrero del 2015



**DR. GONZALO AGUIRRE VALDIVIESO MG. SC.
DIRECTOR DE TESIS**

AUTORÍA

Yo, Carlos Alfredo Rodríguez Armijos, 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 Alfredo Rodríguez Armijos

Firma:

Cédula: 1103251490

Fecha: Loja, febrero de 2015.

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

Yo, Carlos Alfredo Rodríguez Armijos, declaro ser autor de la tesis titulada: **"ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA"** 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 producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repertorio 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 tenga convenio la Universidad.

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 04 días del mes de febrero del dos mil quince, firma el Autor:

Firma

Autor: Carlos Alfredo Rodríguez Armijos

Cédula: 1103251490

Dirección: Loja, Ciudadela Zamora, Calles: Antisóna y Pichincha

Correo Electrónico: carlosrodriguez75@hotmail.com

Teléfono: 0994022030

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc.

Tribunal de Grado

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc. Presidente

Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc. Vocal

Dr. Felipe Solano Gutiérrez Mg. Sc. Vocal

AGRADECIMIENTO

Agradezco sobre manera a la Universidad Nacional de Loja por brindarme la oportunidad de seguirme formando una vez más. A toda la planta docente que con gran profesionalismo supieron brindar la cátedra. Al Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso por su guía pertinente para la realización del presente trabajo investigativo.

Carlos Alfredo Rodríguez Armijos

DEDICATORIA

Este trabajo de tesis de grado está dedicado a mis padres que siempre me han hecho compañía en las buenas y en las malas.

A mi querida esposa, que ha estado a mi lado dándome cariño, confianza y apoyo incondicional para seguir adelante para cumplir otra etapa en mi vida.

A mis hijos, que constituyen el motivo y la razón que me ha llevado a seguir superándome día a día.

Y a todos los maestros y amigos, que me ayudaron a la culminación de mi tesis.

A todos ustedes gracias por brindarme su apoyo.

Carlos Alfredo Rodríguez Armijos

1. TÍTULO

**“ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE
LA PRISIÓN PREVENTIVA”**

2. RESUMEN

La importancia y trascendencia del problema socio-jurídico que se traduce en la dificultad de establecer con precisión los **“ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”**, es de singular interés en la actualidad, pues, la excepcionalidad y el carácter restrictivo de la prisión preventiva, son resguardos constitucionales que lejos de ser omitidos por los Jueces y los Fiscales a la hora de tomar la decisión de privar provisionalmente a una persona de la libertad, debería ser objeto de un prolijo análisis tomando en cuenta las circunstancias de hecho de cada caso en particular.

En este sentido, cabe destacar que la actual Constitución de la República del Ecuador, de forma imperativa señala en su el Art. 77 numerales 1 y 11, la manera en que debería ser considerada la medida cautelar privativa de la libertad, es así que a través de este trabajo, lo que pretendo es ilustrar acerca de la materialización de este principio tomando como referente el ordenamiento constitucional y su aplicación en la praxis, destacando la insuficiencia legal contenida en la anterior Legislación Adjetiva Penal y en el actual Código Orgánico Integral Penal, esto con el fin de formar una perspectiva real de lo que es la aplicación de la prisión preventiva en Ecuador, y de este modo proponer una serie de posibles soluciones que permitan de forma eficaz cumplir con el carácter excepcional de esta medida.

Es por eso que mi trabajo investigativo va enfocado a abordar lo concerniente establecimiento de los elementos subjetivos que los Jueces debería tomar en cuenta a la hora de dictar esta medida cautelar de orden personal, esto justamente denominado principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, el cual según su dimensión subjetiva debe entenderse el mismo como un postulado orientado a desterrar la aplicación general de dicho instituto e invertir este criterio jurisdiccional.

ABSTRACT

The importance and significance of socio-legal problem which results in the difficulty of accurately establish the "SUBJECTIVE ELEMENTS FOR THE ORIGIN OF THE PRISON PREVENTIVE" is of particular interest at present, therefore, the exceptionality and the restrictive nature of the remand, are constitutional safeguards that far from being ignored by judges and prosecutors when deciding to temporarily deprive a person of liberty, should be the subject of extensive analysis taking into account the facts of each case.

In this regard, it is noteworthy that the current Constitution of the Republic of Ecuador, imperatively states in its Art. 77 paragraphs 1 and 11, the way it should be considered the exclusive injunction of freedom, so that through this work, is to illustrate what I mean about the realization of this principle taking as reference the constitutional system and its application in practice, highlighting the legal insufficiency contained in the above Adjective Criminal law and the current Penal Code of Integral, this in order to form a real perspective of what is the application of preventive detention in Ecuador, and thus propose a number of possible solutions to effectively meet the exceptional nature of this measure.

That's why my research work is focused on addressing regarding establishment of the subjective elements that judges should take into account when issuing this precautionary measure personal, just that called principle of exceptionality of pretrial detention, which according to their

subjective dimension should be understood the same as a program to banish the general application of the institute and invest the jurisdictional criterion postulate.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación jurídica titulado **“ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”**, surge del profundo análisis y estudio de las normas jurídicas que hacen referencia al instituto jurídico procesal de la prisión preventiva, el mismo que se encuentra contenido tanto en el Código de Procedimiento Penal como en el nuevo Código Integral Penal, pues es consabido que la Constitución actual protege celosamente el derecho a la libertad, y en esto, la limitación a la prisión preventiva ha sido uno de esos tantos aspectos que ha contribuido a renovar el nuevo modelo de justicia penal que hoy por hoy es una realidad en nuestro país. En este contexto, y a mi criterio, la prisión preventiva que llega a ser una forma de sanción punitiva anticipada (aunque ese no sea su propósito), no debe inobservar otros principios rectores de Sistema Penal actual como son el de mínima intervención penal y el de proporcionalidad, pues no hay que desconocer que esta medida, de acuerdo a su carácter, debe ser excepcionalmente utilizada por los operadores de justicia, ya que es una forma predominante de manifestación penal del estado que como tal, trae consigo efectos adversos para la personalidad del ser humano.

Condescendientes con esta corriente constitucional, tengo que poner en claro que las disputas referentes a este instituto procesal ponen a la luz de la realidad la deslegitimación de la prisión preventiva como medida

cautelar. Empero, es de relieves que no se trata tampoco de un escenario que no tiene partidarios y que se inclinan por que dicha medida es necesaria dentro de un conflicto penal, pues, cierto sector de la doctrina cree que su aplicación es necesaria para realización de la justicia y para la eficaz persecución penal de conductas socialmente peligrosas.

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

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de ordenarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, y sobre todo tomando en consideración ciertos factores de naturaleza subjetiva, los cuales orientarían de mejor manera la decisión de restringir o no la libertad de la persona que oficialmente está siendo encausada penalmente por la justicia.

La investigación jurídica se encuentra estructurada de la siguiente manera; cuenta con un Informe Final el cual inicia con la Revisión de Literatura, donde consta el acopio teórico, que tiene relación con el problema investigativo; esto fue posible por la bibliografía consultada de libros, diccionarios jurídicos, Constitución de la República del Ecuador, Leyes penales adjetivas o de procedimiento, compendios de legislación ecuatoriana de Derecho Penal, etc., de igual manera la utilización de la red de Internet en sus páginas relacionadas al Derecho Penal, descripción de los materiales, métodos, procedimientos y técnicas utilizadas en el desarrollo de la investigación jurídica. Para la recolección de información se aplicó encuestas a los profesionales de derecho en libre ejercicio y entrevistas a los funcionarios del Función Judicial (jueces, fiscales y defensores públicos).

Con el acopio teórico y los resultados de la investigación de campo desarrollo la discusión de la problemática, mediante un análisis reflexivo y crítico, que se concreta en argumentos válidos para verificar los objetivos planteados y contrastar las hipótesis.

Finalmente del análisis que se hace en el desarrollo de la investigación, surgen las principales soluciones legales y político-criminales para proceder a la fundamentación jurídica de la reforma necesaria que se requiere efectuar en esta materia, misma que respaldará la adecuada aplicación de la prisión preventiva, esto, tomando en cuenta elementos de carácter subjetivo que avalen la decisión de aplicar el encarcelamiento

preventivo por parte del poder jurisdiccional, pero como una medida excepcional.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

La prisión preventiva, institución prevista por nuestras normas constitucionales, es una institución jurídica que ha sido estudiada tradicionalmente incluyéndosela en el rubro de la pena de prisión sin concedérsele la importancia necesaria; por ello, la mayor parte de tratadistas de esta materia, generalmente omiten su análisis, principalmente porque aún se considera que no tenía importancia jurídico-penal ni mucho menos criminológica, ya que está latente el criterio de que la prisión preventiva es una mera sala de espera de las penas. “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, prisonización, etiquetamiento, etc., que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva”.¹

Entonces, desde el punto de vista criminológico, es manifiestamente evidente que la prisión preventiva provoca en el procesado sentimiento de angustia e inferioridad propicios a su envilecimiento, de ahí que surge la

¹ Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A., 2009, p. 127 y ss

imperiosa necesidad de abordar este tema de forma prolija, a fin de determinar con meridiana claridad los presupuestos o requisitos mínimos para la aplicación en última ratio de esta medida

En este sentido, es de aclarar que, en prisión preventiva permanecen aquellas personas procesadas por la supuesta comisión de un delito en espera de una sentencia que bien podría absolverlos o condenarlos. Tal institución tiene, entre otras, las características que en este trabajo analizamos en una forma somera pero que trata de ser crítica, tomando en cuenta algunas consideraciones elementales de política criminal tales como la difícil distinción práctica entre prisión preventiva y prisión pena; la naturaleza jurídica de la prisión preventiva; su relación con los derechos humanos, así como su naturaleza política; lo anterior previo breve análisis del concepto que nos ocupa y una breve reseña histórica acerca del mismo.

En la actualidad la Constitución de la República fortalece el reconocimiento a todos los integrantes del territorio ecuatoriano una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, esto paralelamente a los que ya disfrutábamos en regímenes gubernamentales anteriores, estableciendo además el cauce adecuado para su protección jurisdiccional, y que hoy terminaba dentro de nuestro derecho positivo incluso con la Corte Constitucional. Nuestro país ha ratificado algunos tratados de Derechos Humanos y las libertades fundamentales, habiéndose incorporado también a convenios que admiten demandas

individuales en contra los Estados que vulneren los derechos fundamentales de las personas. La elección del presente tema, resultaba obvia por varias razones, de la que es principal, nuestra integración en algunos organizaciones Regionales Americanas y sudamericanas. Es desde entonces, que el Derecho Penal y Procesal Penal cuenta con un nuevo interprete de nuestra normativa desde un punto de vista internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

NOCIONES BÁSICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Concepto de Prisión Preventiva

Guillermo Cabanellas considera la prisión preventiva como "la que durante la tramitación de una causa penal se dispone por resolución del juez competente, por existir sospecha contra el detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad, para evitar su fuga u ocultación"². Asimismo, el Dr. Walter Guerrero Vivanco señala "Es aquella que puede ordenar el juez de instrucción, de policía, de derecho, en los enjuiciamientos por delitos pesquisables de oficio, cuando se encuentran reunidos los requisitos del Art. 177 (hoy 167) del Código Procedimiento Penal"³

En otras palabras, la prisión preventiva no es sino una "detención" por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad de la persona por una

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Tomo VI, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, pág. 420.

³ Walter Guerrero Vivanco, Los Sistemas Procesales Penales, Editorial Pudeleco, Quito Ecuador, 2002, p. 334.

determinada autoridad jurisdiccional, lo que significa que es la aplicación de una especie de caución para garantizar el compromiso del Estado con la sociedad frente a comportamientos que atentan con los más elementales niveles de convivencia social y para la posterior realización de la justicia penal. Ahora bien, en ocasiones se confunden los términos prisión y cárcel; sin embargo, este último concepto es anterior en tiempo ya que con él se designó histórica y técnicamente al edificio en que se alojaba a los procesados, mientras que presidio, prisión o penitenciaría es un lugar destinado a sentenciados o condenados a una pena de privación de la libertad.

Otro de los connotados procesalistas ecuatorianos, el Doctor Jorge Zavala Baquerizo considera a la prisión preventiva como “un acto proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que procede cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente señalados por la ley, y que tiene por objeto privar de la libertad a una persona, de manera provisional hasta tanto subsistan los presupuestos que la hicieron procedente o se cumplan con determinadas exigencias legales tendientes a suspender los efectos de la institución”.⁴

En este contexto, es necesario entender a la prisión como privación de la libertad, y por prisión preventiva a la privación de la libertad que sufre quien no ha sido sentenciado por un Tribunal de Garantías Penales, sentencia que bien puede ser tanto absolutoria como condenatoria.

⁴ Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso*, Editorial Edina, Tomo III, Guayaquil Ecuador, 2004, p. 220.

Considero además que es de carácter preventivo porque tiene por objeto asegurar la presencia del procesado durante todas las fases del procedimiento penal evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza de la pena privativa de la libertad mediante la sentencia, que en caso de ser condenatoria sólo prolongará la detención en el tiempo. Ya en el fondo, y desde la perspectiva constitucional, la prisión preventiva no se considera propiamente una pena, pero sin embargo, constituye una auténtica privación de uno de los derechos más sagrados del hombre, su libertad, que frecuentemente se prolonga por años y que en caso de condena se computa incluyéndola en el tiempo de prisión impuesto, pero que en caso de absolución representa una violación de elementales derechos humanos irrecuperables. No obstante, la exigencia de la prisión preventiva deriva de un interés elemental de orden público y que consiste en que al individuo a quien fundadamente se supone autor de un delito sea segregado del medio social tanto para evitar que su libre actividad pueda resultar peligrosa como para facilitar al representante de la sociedad el acopio de pruebas que permitan el esclarecimiento de la verdad, situación que sería de difícil cumplimiento si el encausado penal estuviere libre o con alguna medida no privativa de la libertad. “Este tratamiento formal de la prisión provisional como medida cautelar, de naturaleza provisional y accesorio, e instrumental, para asegurar el normal desarrollo del proceso penal y, eventualmente, de la posterior aplicación de una pena privativa de libertad, en la práctica, y en la mayoría de los

países, desborda los límites asignados, excediendo sus funciones procesales y convirtiéndose en un instrumento de política criminal”⁵.

Además, también se debe tener en cuenta que, aunque suene inhumano, desde el punto de vista estratégico investigativo es necesario segregarse a una persona por la supuesta peligrosidad futura sin que ello signifique que esta institución sea usada como un instrumento de persecución ilimitada, tal y como lo sostiene la autora antes comentada, no obstante, resulta un tanto impreciso e inseguro del término "peligrosidad", ya que anticipadamente se emite un juicio de peligrosidad que no es más que un juicio de probabilidad, más aun cuando es bien conocido que la presunción de inocencia es una garantía que cobija al procesado durante todo el proceso. Asimismo, apartar por peligrosidad implica desligarse del "hecho" supuestamente cometido, lo que implica una privación de derechos fundada en un derecho de autor, es decir, fundada en lo que el autor "es", no en lo que "hace", derecho de autor atentatorio del principio de legalidad.

Otro de los argumentos valederos que justificaría la segregación de la persona sospechosa (*me refiero a privarla de libertad a la persona*) consistiría en el beneficio al acusador el acopio de pruebas, difícil si el acusado estuviera en libertad. Tal argumento atenta contra el principio de igualdad de las partes en el proceso y contra el derecho de defensa, colocando así al procesado en un plano de inferioridad respecto de la otra

⁵ HERNÁNDEZ GOMEZ, Isabel. *PRISIÓN PROVISIONAL Y GARANTÍAS*, REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS. Pág. 43.

parte, violatorio de derechos humanos ya que el privado de su libertad no podrá ejercer su defensa material estando en un reducto carcelario, lo cual evidentemente lo colocaría en clara desventaja.

Por otro lado y como veremos más adelante, la prisión preventiva como medio de asegurar la presencia en el proceso atenta contra el principio de derecho que establece que hay inocencia mientras no sea probado lo contrario, más aún cuando la decisión de encerrarlo provisionalmente no sea debidamente fundamentada y cautelosamente aplicada.

La Institución de la Prisión Preventiva y su contraposición con el derecho a la libertad.

Hoy en día existe una arraigada dicotomía en las discusiones filosóficas sobre el Derecho Punitivo y el Derecho Procesal Punitivo y sus límites; entre el derecho a la libertad del individuo y el derecho a la seguridad. Se debate, por un lado, sobre la validez del proceso penal, como herramienta de política criminal de Estado que garantice la tutela de los bienes jurídicos más preciados de la sociedad protegidos por el Derecho penal sustantivo, y, por otro lado, se critica la ajuste del proceso penal y sus instrumentos a las exigencias constitucionales y garantistas de un Estado social y democrático de Derecho. Y en materia de Prisión Preventiva, los derechos fundamentales constituyen limitaciones normativas para su adopción, en tanto y como se lo verá más adelante, colisiona frontalmente con el Principio Constitucional de Presunción de Inocencia. Así, pues, existe una íntima relación entre el Estado democrático de Derecho y el

derecho fundamental a la libertad, que, en el caso de nuestra Constitución, constituye no sólo uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico sino un derecho fundamental, expresamente reconocido en algunas Constituciones que han regido el convivir social de los ecuatorianos.

“La libertad es un derecho fundamental y elemental, por el cual ha luchado la humanidad a través de su historia, de tal modo que el concepto de libertad sólo tiene sentido con relación al hombre, de ahí que la libertad es una exigencia de la naturaleza del hombre, una necesidad de su condición humana, de su racionalidad, así sin libertad no hay justicia, pues sin duda la libertad es un elemento esencial de la naturaleza del ser humano y uno de los atributos más nobles del mismo, en virtud de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en su dignidad y en derecho. Por lo que, en nuestro país, desde hace muchos años atrás, se ha tornado importante que las autoridades judiciales interioricen esta acepción intrínseco-humana de la libertad como derecho fundamental a la hora de poner en recaudo interino a una persona”.⁶

Entonces en un Estado de las características delineadas por la Constitución de Montecristi, y como debe serlo hoy el Estado Ecuatoriano, es decir respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, la manifestación punitiva, sobre todo la prisión preventiva, debe aparecer

⁶GARCÍA FALCONI, José Carlos, “EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR” Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, año 2012 Pág. 12

como *última ratio* y entrar en juego tan sólo cuando resulte indispensable para mantener el orden jurídico y la paz ciudadana en su más estricto sentido. Este principio de intervención mínima que también está consagrado en la Constitución actual, ha debido constituir para los legisladores (*ahora asambleístas*) una verdadera exigencia ética, so pena de que, además de la consabida exacerbación (*aplicación exagerada*) del Derecho Penal, se produzca el efecto perverso que es llamado por algunos autores como el “abuso del Derecho Penal y la *banalización de la legalidad*. Sin embargo, parece que en la actualidad, existe una imparable expansión del Derecho penal (no *por falta de garantías*), basado en la sensación social de inseguridad, tanto en la legislación ecuatoriana como en otras latitudes, que supone, en último término una notable restricción de garantías sustantivas y procesales propias del Derecho.

En este orden de ideas, puedo sostener con seguridad que, la medida cautelar personal de Prisión Preventiva, sin duda alguna ha constituido a lo largo de la historia ecuatoriana la intromisión más gravosa del Estado en la esfera privada del individuo, por la restricción que supone del derecho fundamental a *la libertad* de un ciudadano que como sabemos aún goza del derecho a la presunción de inocencia. Empero, tampoco podemos desconocer que la prisión preventiva se contempla como un mal necesario en la mayoría de los ordenamientos procesales penales contemporáneos. De tal manera que se configura esta medida cautelar para asegurar, de un lado, la presencia del imputado ante la autoridad judicial y durante todo el procedimiento, pues, como se sabe, no es

posible celebrar el juicio oral sin que la persona acusada esté presente en las actuaciones; y de otro, para garantizar el cumplimiento de la posterior y pena que en la sentencia de condena se le imponga, lo cual por cierto, no disminuye bajo ningún concepto el grado de vulneración del derecho a la libertad de las personas, más aún si ulteriormente esa persona a quien se le dictó prisión preventiva es declarada inocente por un Tribunal. “La libertad ambulatoria significa la posibilidad del individuo de trasladarse físicamente a cualquier lado dentro y fuera del territorio de su país, es decir que este aspecto de la libertad tiene relación con el respeto del Estado hacia esa libertad de los hombres que lo habitan”.⁷

Sin duda que la libertad física personal es el bien jurídico – constitucional más relevante a proteger en todo caso. Esta libertad decae en ocasiones por la intervención de otras personas dotadas la mayor parte de las veces de funciones públicas, que pueden o no tener causa para accionar contra ella. Si tienen causa de intervención justificada, como es el caso de la prisión preventiva, la legislación penal procesal y la misma constitución despliegan una serie de requisitos efectos para afectar este derecho siempre con criterio excepcional; mientras que, si quienes actúan no tienen causa justificada, esto es, cometen una detención ilegal, el derecho penal genera mecanismos legales para la restitución inmediata del bien protegido, y el castigo a quienes han privado a esa persona de ese derecho. Es decir, el requisito fundamental para actuar sobre el derecho a la libertad

⁷ RENNA D. Carlos. Derechos Humanos y libertad ambulatoria, año 2013. Pág. 2.

está consignado en la ley penal (COIP), ya que este es el instrumento jurídico que contempla las causas y la enunciación de los motivos que permiten la interrupción de la libertad. Evidentemente cuando es la propia sociedad la que elabora el catálogo de causas de detención o de privación de libertad a través de sus propios representantes, se conectará más el sentimiento del sujeto con la regla colectiva.

“Moreno Catena afirma que la prisión preventiva admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, representa hoy la más grave intromisión que se puede ejercer en la esfera de la libertad del individuo, sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique. Consiste en la total privación al inculpado de su derecho a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario durante la substanciación de un proceso penal”.⁸

Es indudable que esta medida constituye efectivamente una gravísima violación a la libertad humana, no obstante, podemos decir que su necesidad, se edifica sobre dos deberes estatales a saber: por un lado, sobre el deber de perseguir eficazmente el delito y de otro lado sobre el de asegurar la presencia de la persona ante la justicia. Entonces, y como ha venido advirtiendo, la afectación del derecho a la libertad siempre ha de sacrificarse y a la luz de los valores superiores de la sociedad, y no por el mero capricho de una autoridad, lo cual implica la necesidad ineludible necesidad de desarrollar legislativamente y de manera muy prolija todos

⁸ 9 MORENO CATENA, Víctor. “Las medidas cautelares en el proceso penal. La detención” En: derecho Procesal Penal, T. II, Vicente Gimeno Sendra, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, p.381.

requisitos legales, sobre todo los establecer con claridad en la Ley los elementos subjetivos que inclinarían a la función jurisdicción a afectar el derecho a la libertad mediante la imposición de una medida cautelar corporal.

La Institución de la Prisión Preventiva y su contraposición con la garantía constitucional de presunción de la inocencia.

La presunción de inocencia define en sí mismo al sistema de enjuiciamiento debido a las implicaciones que acarrea. En lo que aquí interesa, tradicionalmente se derivaron de la presunción de inocencia ciertas reglas específicas. Entre ellas, la regla que hacía alusión al tratamiento del imputado cual inocente, y la regla de juicio. Esta última, se dice usualmente, implica por un lado que la responsabilidad probatoria de la hipótesis delictiva recae sobre la acusación y, por el otro, que ha de absolverse al imputado si la prueba es insuficiente para aceptar dicha hipótesis como verdadera. Como regla de trato del imputado, la presunción de inocencia implicaría un verdadero contrapeso, si no obstáculo insalvable, frente a la pretensión de encarcelar a un individuo no declarado culpable. Sin embargo, la propia “Declaración de derechos del hombre de 1789 de la Unión Europea”⁹, estandarte iluminista del cambio de paradigma, admitía la posibilidad de encarcelamiento previo a condena, estableciendo en su artículo 9, luego de consagrar genéricamente la presunción de inocencia, que el arresto podría

⁹ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 1789*, Legislación activa, Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.

efectuarse en casos de extrema necesidad al margen de los cuales habría de considerarse ilegítimo. Entre los intelectuales que inspiraron el cambio de paradigma aludido, el propio Beccaria estimaba legítimo el encarcelamiento previo a condena en ciertos casos. De este modo, la presunción de inocencia se entendía desde el primer momento como prohibición de trato al imputado en idéntico modo y con idéntica finalidad en relación con el condenado. Si, por el contrario, el encarcelamiento no fuere concebido en idéntico modo y/o con idéntica finalidad respecto de la pena, pues entonces no estaría dicho que fuere ilegítimo, al menos no a la luz de la presunción de inocencia. Pero la apuesta era aún más notable, ya que se afirmaba que si el encarcelamiento fuere dispuesto en vistas de la tutela exclusiva de los fines del proceso penal, no solo no resultaría ilegítimo por no ser pena, sino que estaría además justificado. En este sentido, el cambio de paradigma, los sucesos que lo precedieron y los argumentos políticos, morales y jurídicos a él subyacentes, en lo referente a la prisión preventiva significaron una mera alteración de concepción, como ha dicho Ferrajoli más peyorativamente, un fraude de etiqueta.

Desde esta perspectiva, es consabido que la prisión preventiva se encuentra en flagrante contradicción con el principio de presunción de inocencia, es por ello que algunos han denominado a esta institución procesal como una verdadera pena anticipada, pues al no existir ninguna sentencia en firme y declaratoria de culpabilidad, se está anticipadamente poniendo en detrimento incluso la honra de las personas en contra de

quienes se ha dictado esta medida basado nada más que en simples argumentos de tipo adjetivo. “No existe presunción de inocencia antes de la sentencia, sino un mero >estado de inocencia<. En rigor, trata de demostrar que si la persona está privada de la libertad, no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no estaría presa. Es un esfuerzo para partir de un dato óptico, y desde el mismo tratar de legitimar la realidad: en lugar de reconocer que un inocente está preso, se parte de que si está preso, no debe ser tan inocente”.¹⁰

Comparto parcialmente el criterio del autor en comentario, ya que la presunción de inocencia es en sí el derecho que tienen todas las personas a que se considere como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible inculcado, pues si aquello no sucede no habría que hablar de ningún principio de presunción de inocencia. Pues Tal hecho se determina a través de una sentencia firme y fundada, obtenida al respetar cada una de las reglas del debido proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en la forma justa, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además de la lesión moral que eventualmente se les pueda producir.

¹⁰ Zaffaroni Eugenio Raúl. Proceso Penal y Derechos Humanos: códigos, principios y realidad, en el proceso penal, sistema penal y derechos humanos. México, Porrúa. 2000.

Sin embargo, más allá de colisionar con la prisión preventiva, el derecho a la presunción de inocencia exige que el estado no condene informalmente a una persona o emita criterio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública en su descrédito, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de esa persona, es por ello que considero que la presunción de inocencia no es enteramente incompatible con la aplicación de medidas cautelares privativas de a libertad. El tratadista Luigi Ferrajoli¹⁸, manifiesta, “que la culpa y no la inocencia deben ser demostradas, y es la prueba de la culpa y no de la inocencia que se presume desde el principio, la que forma el objeto del juicio pues, la lucha entre la libertad y la autoridad es el rasgo más saliente de las épocas históricas que nos son más familiares en las historias de Grecia, Roma e Inglaterra”.¹¹

De acuerdo a lo mencionado por el tratadista, la institución de la prisión preventiva debe ser regulada acorde con el derecho a que se presuma la inocencia de una persona, evitando que se incurra en declaraciones anticipadas de culpabilidad, pues como dice el autor, es la culpa la que tiene que probarse y no la inocencia, pues esta se presume de derecho, y efectivamente, tanto nuestra Constitución como el Código Orgánico Penal establecen el derecho de presunción de inocencia al regular que se presume inocente a todo procesado mientras no se dicte fallo condenatorio contra él.

¹¹ Luigi Ferrajoli, “*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*”, Madrid España, Editorial Trotta, Sexta Edición, 2004, pp. 549, 550 y 551.

Lo anteriormente anotado no desplaza los daños psicológicos y materiales que pueden producirse como consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva, pues la existencia de procesados en prisión provisional produce un incremento considerable de la población penal que recibe los efectos nocivos, y estigmatizantes, tanto psíquicos como materiales, similares a los producidos por la sanción de privación de la libertad como pena. Desde el punto de vista criminológico, la prisión preventiva constituye un mal ocasionado a quien la sufre, a su familia, y una pérdida del vínculo laboral o escolar que poseía antes de entrar en ella.

Además ha de calificarse como un mal para el medio social en la que tal individuo está insertado, ya que como miembro del mismo, lo que a él le afecta, lo hará también a la sociedad en que vive. La práctica muestra que las personas que están aisladas de la sociedad por largos períodos pierden el lazo familiar y el lazo social, las relaciones humanas son difíciles y las familias se desintegran. Desde la perspectiva psicológica la incertidumbre de la espera que se une a la experiencia carcelaria provoca en los presos preventivos ansiedades paranoides, conductas límites, situaciones de presión intensa, temor por la pérdida de sus afectos y de sus vínculos con el exterior por los cambios extremos en su rutina familiar y social.

“Muchos autores coinciden en que la prisión preventiva vulnera el Principio de Presunción de Inocencia, principio fundamental enunciado

tanto en Instrumentos Internacionales ratificados por nuestro país, como en nuestro ordenamiento jurídico. Pero vale aclarar, que tal vulneración no existe, por cuanto es una figura que se encuentra plenamente establecida en nuestra Carta Magna, como en la normativa interna nacional.¹²

En contraposición del criterio antes expuesto, considero que si existe una vulneración por lo menos a posteriori, y en el solo caso de que una persona haya sido declarada inocente, ya que la aplicación de esta institución procesal no constituye sino una restricción temporal e instrumental de la libertad a un sujeto involucrado en hechos que se tipifican como delito y que tiene como fin esencial garantizar su presencia al juicio oral y evitar que obstruya con su actuar el desarrollo de la investigación en el proceso, lo cual significa que si en el supuesto de que una persona luego de ser juzgada es declarada inocente, ya se le habría violentado el derecho a la libertad al habérselo privado de su libertad sin que haya tenido participación en ningún hecho delictivo. Además, como intervención en la esfera privada de un individuo, la aplicación de la prisión preventiva por parte de los operadores de justicia, vulnera el derecho a la libertad, y a la presunción de inocencia; así como también causa daños psicológicos y materiales. En cuanto al perjuicio psíquico que la privación de la libertad provisional podría causar, encuentro diversas razones en contra de la prisión preventiva como medida cautelar

¹² SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, José Antonio, “LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DE CARÁCTER EXCEPCIONAL EN EL ECUADOR”. QUITO, ABRIL DEL 2011 Pág. XVII

de carácter personal. En primer lugar, se encuentra el régimen físico impuesto en las prisiones el cual tiene por fin disminuir el potencial de agresividad del interno, es decir, neutralizarlo, así mismo la aplicación de esta medida supone el grave peligro que conlleva el contacto con otras categorías de delincuentes. Es decir que, si bien en la mayoría de las leyes procesales penales y de ejecución de penas, *(en el Ecuador no)* se establece que la medida cautelar de la prisión preventiva debe cumplirse en un establecimiento distinto al destinado al cumplimiento de la penas privativas de libertad, no deja de ser cierto que por falta de medios o instalaciones adecuadas, en oportunidades se unen los procesados en prisión preventiva con los ya condenados al cumplimiento de una pena por haber sido declarados culpables.

La prisión preventiva en el Ecuador

Se debe manifestar que en nuestro país el asunto de resolver si a un procesado ha de dictársele prisión preventiva o no durante una causa penal instaurada en su contra, constituye uno de los temas de mayor discusión a lo largo de la historia del derecho procesal penal. Sobre todo, frente a ciertos postulados presentes hoy en nuestra Constitución que, parecen apoyar la tesis de que esta medida debe ser aplicada tomando en cuenta principios que limitan su aplicación, con el de excepcionalidad y el de restrictividad, principios que de no ser observados por la autoridad jurisdiccional, tornaría tal encarcelamiento en ilegítimo.

“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 subsidiariedad, 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 su revisión y la cancelación de la medida de aseguramiento preventivo”.¹³

Encauzada la cuestión desde este punto de vista, este ha sido un problema clásico en el diseño del ordenamiento procesal penal ecuatoriano en lo que a la formulación de los textos legales respecta. Pero habiendo sido en general admitida, al menos prima instancia, la posibilidad de encarcelamiento preventivo en la generalidad de los casos pertinentes de la cultura jurídica ecuatoriana, la cuestión se ha convertido en un problema para los jueces sobre cuyas espaldas recae el peso de dotar de contenido a esas disposiciones enmarcándolas en el cuadro constitucional. Desde este último enfoque, el de la decisión judicial, es que el tema intentará aquí abordarse. En este sentido, es usual entre los

¹³ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *SOBRE LOS SUSTITUTIVOS DE LA PRISION PREVENTIVA*. Guayaquil-Ecuador, año 2004. Pág. 3.

teóricos del derecho reconstruir a la decisión judicial como un silogismo donde de una premisa mayor, normativa, y de una premisa menor, fáctica, se deduce por *modus ponens* una conclusión (la llamada decisión norma).

Dicho silogismo deductivo hace a la justificación interna en tanto que la justificación de cada una de las premisas que lo conforman hace a la llamada justificación externa. Se analizará aquí la justificación (*externa*) de la premisa normativa de la prisión preventiva, la justificación de la norma que dispone que en ciertas circunstancias, ciertos individuos, deban ser encarcelados durante un proceso penal. Puede decirse a estos efectos que la justificación de la premisa normativa consiste en dar razones en favor de cierta interpretación de un determinado (*o un grupo de determinados*) enunciado normativo. Como posiblemente en cualquier otra materia, es la interpretación judicial la que determina la identidad de la premisa normativa de la decisión y es la argumentación ofrecida en favor de esa interpretación la que eventualmente justifica esa premisa. Sin embargo, y ya atendiendo a los límites racionalizadores de la prisión preventiva, según el autor en comento, el contenido normativo que describe los presupuestos *sine quanon* para la aplicación de la prisión preventiva carece de elementos necesarios para que el Juez considere aspectos de trascendental importancia en la toma de esa decisión, por ejemplo no dice que la subsidiariedad es uno de los principios que por cultura deben observar los operadores de justicia, ya que con ello se estaría tomando en cuenta el principio de "*mínima intervención penal*" ya que además de las normas constitucionales que los fundamentan también

existe normativa internacional de derecho humanos que por disposición constitucional tiene que ser aplicada por la autoridades.

“La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos”¹⁴. En este sentido, y a pesar de la existencia de normas internacionales vinculantes, derivadas del derecho internacional de los tratados, que son muy claras en reconocer el derecho a la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la detención preventiva; del amplio reconocimiento de estos derechos a nivel constitucional en el Ecuador; y del compromiso político expresado al más alto nivel por los Estados de las Américas en distintos ámbitos, se sigue con una línea de aplicación indiscriminada de la prisión preventiva, esto justamente se da por la falta de precisión en los requisitos que la autoridades deben tomar en cuenta para proceder a aplicar esta medida, lo cual ineludiblemente confluye con la inobservancia de los principios universales que rigen la imposición de esta medida privativa de la libertad.

¹⁴ INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS, Comisión interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/13 30 diciembre 2013. Original: Español, año 2013, Pág. 8.

En este escenario, y frente a esta realidad y a la complejidad de esta problemática, la Comisión Interamericana publica su Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, en el mismo se establece que el uso excesivo de esta medida es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho, que no admite que esa medida precautoria sea utilizada como una suerte de pena anticipada o justicia expedita sin juicio. De ahí la especial gravedad que reviste esta medida y la necesidad de rodear su aplicación de las máximas garantías jurídicas. La CIDH sin duda alguna reconoce el deber de los Estados de mantener el orden público y proteger del delito y la violencia a todas las personas bajo su jurisdicción. Sin embargo, los medios y métodos que se utilicen para el cumplimiento de estos fines deben ser congruentes con los derechos humanos internacionalmente reconocidos por los Estados y con los principios que inspiran una sociedad democrática, sobre todos los principios que se encuentran establecidos de forma categórica en nuestra Carta Fundamental del Estado.

En fin, las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Además, considero que si el juicio oral ante el Tribunal de Garantías Penales pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal o de la imputación, no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna. Pero desgraciadamente esta solución, por regla general es utópica, ya que el juicio oral requiere su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte, en muchas ocasiones, un excesivamente dilatado período

de tiempo, y durante el cual el imputado o procesado penal podría ocultarse a la actividad de la justicia, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia. Es así que para garantizar estos efectos o la futura y probable ejecución de la parte dispositiva de la sentencia, surge la conveniencia de adoptar las medidas cautelares sean estas reales (*sobre los bienes*) o personales (*sobre el procesado*), ya que todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo normas de proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (*hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etcétera*). Es por este motivo (*que por cierto atiende a razones estrictamente de política criminal*) que la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas cautelas para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos procesales que conforman el procedimiento penal, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea justa y apegada a la Constitución y al derecho positivo.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

Es importante saber que, la cuestión de resolver si un individuo ha de permanecer en libertad durante el proceso penal seguido en su contra o si, por el contrario, ha de ser privado de su libertad preventivamente, constituye una de las cuestiones más controvertidas a lo largo de la historia del derecho procesal penal. Sobre todo frente a ciertos postulados presentes hoy en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica que parecen apoyar la aseveración de que tal encierro preventivo resulta ilegítimo. Orientado el argumento desde el enfoque del Asambleísta, este ha sido un problema tradicional en la delineación de los textos jurídicos sobre todo en el diseño de ordenamiento procesal en lo tocante a la institución de la prisión preventiva. Pero habiendo sido en general aceptada, al menos, la posibilidad de encarcelamiento preventivo en la generalidad de los textos jurídicos de Latinoamérica, la cuestión se ha convertido en un problema para los jueces sobre cuyas espaldas recae el peso de dotar de contenido a esas disposiciones enmarcándolas en la normativa constitucional. Entonces, es de este último enfoque, el de la decisión judicial, es que intentaré abordar a la prisión preventiva.

En este contexto, es frecuente entre los teóricos del derecho, reconstruir a la decisión judicial como un silogismo donde de una premisa mayor, normativa, y de una premisa menor, fáctica, se deduce por una conclusión (la llamada decisión norma). Dicho silogismo deductivo hace a la *justificación interna* en tanto que la justificación de cada una de las

premisas que lo conforman hace a la llamada *justificación externa*. Se analizará aquí la justificación (externa) de la premisa normativa de la prisión preventiva y la justificación de la norma que dispone que en ciertas circunstancias, ciertos individuos, deban ser encarcelados preventivamente durante un proceso penal. Puede decirse a estos efectos que la justificación de la premisa normativa consiste en dar razones en favor de cierta interpretación de un determinado (o un grupo de determinados) enunciado normativo. Como posiblemente en cualquier otra materia, es la interpretación judicial la que determina la identidad de la premisa normativa de la decisión y es la argumentación ofrecida en favor de esa interpretación la que eventualmente justifica esa premisa. En esta parte de mi trabajo de tesis pondré de manifiesto que, en lo que a la decisión aplicativa de la prisión preventiva respecta, se detecta una uniformidad relevante en la fijación de la premisa normativa por parte de decisores vinculados con diversos ordenamientos jurídico-procesales; ordenamientos sumamente divergentes en muchos otros aspectos. Además traeré a colación que, aunque esto no es algo en absoluto novedoso, esta uniformidad responde a la adopción de una serie de argumentos de origen predominantemente doctrinario, formulados en vistas a compatibilizar la prisión preventiva con ciertas exigencias de los bloques constitucionales (*principalmente la presunción de inocencia*). Esos argumentos doctrinarios constituyen lo que suele denominarse *concepción cautelar* de la prisión preventiva. Efectuaré, sobre todo, un análisis a los fines de ubicar las bases de la concepción

cautelar de la prisión preventiva en las ideas de los pensadores que defendieron la positivización de tal principio, asimismo formularé algunos requisitos o presupuestos que considero que son necesarios incluir en nuestro Código Orgánico Integral Penal, para la procedencia de la prisión preventiva. Haré una breve referencia a la modernización de esa concepción para mostrar posteriormente cómo ella se detecta, hasta hoy, en gran parte de las premisas normativas de las decisiones judiciales que aplican la prisión preventiva. A partir de allí intentaré reconstruir ciertos argumentos críticos dirigidos a la concepción cautelar que alegan la inconstitucionalidad de las premisas normativas basadas en esa concepción. En fin pretenderé demostrar que muchos de los argumentos críticos no logran dar en el blanco y que, en lo que constituye un genuino desacuerdo, la cuestión trasciende al plano jurídico aun cuando tenga el efecto de minar los cimientos de la concepción cautelar como necesaria para ciertos fines legales.

Finalidad de la Presión Preventiva

El propio Código Orgánico Integral Penal así como nuestra Constitución contienen elementos que sin excluir otros que puedan resultar constitucionalmente admisibles, pueden configurar finalidades válidas para la prisión preventiva. Así, por ejemplo, puede considerarse que la Constitución prevé, de manera implícita, como fin u objetivo de la prisión preventiva, la necesidad de garantizar la comparecencia del encausado penal al proceso, tal como se deduce del numeral 1 del artículo 77 de la

Constitución actual, al determinar que: “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; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.¹⁵” Es decir, no cabe duda que es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo se decrete las medidas de aseguramiento que considere pertinentes en casos de que se requieran como única medida de protección la prisión, y cuando se cumplan con establecido en la Ley, ya que en ausencia de estas circunstancias, y en aras de proteger la dignidad humana y el derecho a la libertad personal, es predicable la adopción de otro tipo de medidas menos lesivas de estos derechos fundamentales, como por ejemplo medidas no privativas de la libertad o medidas cautelares reales.

“Encarcelar preventivamente no está prohibido por cierta interpretación de la presunción de inocencia. Sin embargo, las bases mismas de la concepción cautelar de la prisión preventiva como medida excepcionalmente limitativa de derechos constitucionales exigen una justificación independiente de la premisa normativa resultante de tal concepción. Y una justificación tal depende de la presencia de determinada clase de razones, no ya explicativas de la prisión preventiva como fenómeno particular, sino más bien normativas: justificativas de la afirmación de que la necesidad de tutela de los fines del proceso penal

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador. art. 77. Pág. 55.

puestos en peligro (o cualquier otra cosa que quisiese alegarse) obliga a privar de la libertad a una persona no condenada”.¹⁶ Como vemos entonces, el problema estriba en que, el asunto de la prisión preventiva se lo aplica adoptando la regla general que consiste en encerrar a quien se supone ha cometido un delito, sin embargo, y como dice el autor en comentario, es necesaria una justificación jurídica, (*e mi opinión desde el punto de vista objetivo y subjetivo*) para evitar cualquier abuso en la aplicación de esta medida que es la que más afecta los derechos fundamentales del procesado.

“Víctor Raúl Reyes Alvarado, Vocal Superior (P) de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, citando a la Academia de la Magistratura, define la prisión preventiva como la medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse”¹⁷.

“Horvitz Lennon y López Masle, autores Chilenos, señalan que la prisión preventiva consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la

¹⁶ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 [1986].

¹⁷ REYES ALVARADO, Víctor Raúl. “Las medidas de coerción procesal personal en el NCPP del 2004”. En: Actualidad Jurídica N° 163. Gaceta Jurídica. 2007. P. 183.

sustanciación de un proceso penal con el objeto de asegurar los fines del procedimiento¹⁸.

“Aberto Binder, al respecto, nos dice que no sería admisible constitucionalmente la prisión preventiva si no se dan otros requisitos (además de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él): los llamados “requisitos procesales”. Agrega, que estos requisitos se fundan en el hecho de ese encarcelamiento preventivo sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena”¹⁹.

En definitiva, y de acuerdo a los criterios antes citados, puedo decir que la prisión preventiva como medida cautelar personal de ultima ratio (*es decir de aplicación con carácter excepcional*) debe concebirse como el ingreso del procesado penal a un centro penitenciario >con la finalidad< de impedir que este esquite a la acción de la justicia o produzca entorpecimiento o destrucción de la actividad probatoria.

Sin embargo, en anteriores líneas ya vimos que la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar personal privativa de la libertad ha sido ampliamente cuestionada por estar en franca discrepancia con la garantía o principio constitucional de la presunción de inocencia.

¹⁸ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Juan. “Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Pág. 389.

¹⁹ BINDER M. Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Ad Hoc S.R.L. Abril, 1993. Pág. 198.

“Ferrajoli aboga por un proceso sin prisión provisional, porque así no solamente se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también y sobre todo, por necesidades procesales, para que quede situado en pie de igualdad con la acusación. Acepta también que existe la posibilidad que el imputado libre altere las pruebas, pero contesta señalando que ningún valor o principio puede satisfacerse sin costos, que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser”²⁰.

“Por su parte, Moreno Catena afirma que la prisión preventiva admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, representa hoy la más grave intromisión que se puede ejercer en la esfera de la libertad del individuo, sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique. Consiste en la total privación al inculpado de su derecho a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la substanciación de un proceso penal”²¹”

En fin, considero que la prisión preventiva y sus finalidades, deberían atender no solamente a los objetivos de la investigación penal, ya que también debería atender al criterio de la gravedad de la imputación, es decir, debe ser combinado con la naturaleza del hecho punible investigado (no es lo mismo un delito grave cometido por un homicida pasional, por ejemplo, que un delito grave cometido por un psicópata o

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón”, teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta. 1995. Págs. 555 a 559.

²¹ MORENO CATENA, Víctor. “Las medidas cautelares en el proceso penal. La detención” En: *derecho Procesal Penal*, T. II, Vicente Gimeno Sendra, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, p.381.

por un terrorista), lo cual lleva a considerar también aquellas otras subjetivas de la persona procesada, verbigracia: condiciones familiares, laborales y económicas del imputado, de tal manera que el peligro de fuga o de ocultación tiene que ser fundado, pues entiendo que esta medida tiene como principal finalidad la comparecencia del imputado al juicio o la sujeción o inmediación al proceso penal. De ahí que es importante la necesidad de que el auto en donde se ordene la prisión preventiva de una persona sea de modo expreso sobre el peligro de fuga, y su falta de motivación puede dar lugar incluso al oportuno recurso de apelación, recurso que podría atacar la decisión de imponer la prisión preventiva, sobre la base de la falta de elementos objetivos o subjetivos como presupuestos básicos para que proceda dicha medida.

Por otra parte, no está por demás recordar que la prisión preventiva tiene sustento en los instrumentos internacionales de derechos humanos acogidos por nuestra Constitución, por lo que desde ya hay que mencionar que resultaría congruente y jurídicamente técnico, que el Juez de Garantías Penales invoque jurisprudencia internacional para sustentar y motivar correctamente sus decisiones en cuanto a la aplicación de la medida cautelar en comento, ya que como lo he venido sosteniendo es necesario que las resoluciones jurisdiccionales que afecten en derecho a la libertad con la imposición de la privación de la libertad preventiva, no solo que debe justificarse en las evidencias que el Fiscal presente sobre los hechos materia de la imputación, sino en varios otros aspectos que se

refieren a la parte la parte subjetiva del ser humano a quien se le pretende privar de la libertad para investigarlo.

La prisión preventiva y su carácter restrictivo

Personalmente estoy convencido de que nuestro sistema de garantías constitucionales y procesales, responde mejor a un concepto de derecho internacional de los derechos humanos y a una propuesta de derecho penal humanitario. Lamentablemente, los vacíos legales de las normas legales penales, ha determinado que las propuestas de derecho penal mínimo y su predicado de última o de extrema ratio (*principios constitucionales que deberían aplicarse en el derecho penal*), desechan el carácter restrictivo de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, y con ello, la utilización prioritaria de los sustitutos de la prisión preventiva en los casos de delitos no muy graves y que debieran ser plenamente aplicables, ha degenerado en un uso perverso, irracional y abusivo de la prisión preventiva a pretexto de la defensa del derecho a que se sancione a quienes cometen delitos.

La duración de la prisión preventiva

El carácter provisorio o temporal de la prisión preventiva se encuentra directamente relacionado con el derecho a no ser sujeto de un proceso penal ni mantenido en prisión más allá de plazos razonables.

El artículo 541 del Código Integral Penal establece de manera taxativa los tiempos de duración de la prisión preventiva, tiempos en los cuales, si no

se lograr juzgar a una persona, se produce el fenómeno jurídico que nuestra legislación penal a denominado como caducidad de la prisión preventiva.

Es así que, si el caso no reviste características de complejidad, la prisión preventiva no durará más de 6 meses. En los casos en que se llevan procesos complejos, el plazo de la prisión preventiva se podrá extender a 1 año. Hay que indicar que la Ley no por ningún concepto dispone ninguna prolongación a esta medida cautelar, esto lo manifiesto por cuanto en otras legislaciones latinoamericanas la prisión preventiva si puede en ciertos casos, y siempre que concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia.

“Desde un punto de vista dogmático, un proceso penal cuya tramitación supera el plazo razonable, esto es de duración excesiva, no sólo lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y sus garantías procesales reconocidas en la Constitución. Como consecuencia, si el proceso se prolonga indebidamente todas sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando su derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado”²².

²² La violación del principio de inocencia avanza con la duración de proceso, Zaffaroni/Alagia/Slokar. Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, ed. Ediar. Bs As, 2002, pág.859.

Entonces el ejercicio de la jurisdicción en un plazo razonable como finalidad de impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación sin una sentencia firme que defina su situación; tiene el propósito de señalar la postura de nuestro Código ante la violación de la garantía de ser juzgado rápidamente.

Por otra parte, la razonabilidad de los plazos de la prisión preventiva a los que se refiere el precepto antes indicado se debe apreciar en relación con la duración total del proceso desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. Pues en materia penal, el plazo para que opere la caducidad de la prisión preventiva, comienza a transcurrir desde la fecha en que se hizo efectiva la prisión del individuo investigado, a más de ello, particularmente estimo que en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Consecuentemente la idea es que mediante la imposición de estos plazos se pretende que el principio de justicia rápida sea una realidad.

Por lo pronto resulta interesante la manera en que se han establecido los diferentes plazos en nuestro derecho para que opere la caducidad, y sin embargo, y como ya se ha dicho, la prisión preventiva no puede durar sino el tiempo imprescindible mientras subsistan las circunstancias y presupuestos que originaron su adopción y mientras subsistan los fines ya señalados, no obstante, soy del criterio de que esta medida en nuestro país debería prolongarse en algunos casos, por ejemplo: cuando se

hubiera decretado por riesgo de fuga, protección de las víctimas, o por reiteración delictiva, en estos casos soy de la opinión de que el plazo se prolongue.

Presupuestos Específicos de la Prisión Preventiva

Como ya se ha indicado con anterioridad, la prisión preventiva tiene como característica esencial la excepcionalidad de su adopción, en este sentido habrán que cumplirse obligatoriamente los requisitos o presupuestos que están expresamente regulados en el art. 534 del Código Orgánico Integral Penal y con observancia estricta al principio de legalidad, ya que como se ha mencionado supone una medida que restringe derechos fundamentales de la persona (sobre todo el derecho a la libertad). Por lo que hay que recalcar que no vale cualquier análisis de imputación la hora de tomar la decisión de aplicar la prisión preventiva sino, sino que se debe demostrar con claridad el cumplimiento de los requisitos legales para justificar su procedencia.

“Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, 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.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad”²³.

Como vemos son criterios legales por lo general bastante parecidos a los de otros países, y que principalmente hacen hincapié a la existencia de fuertes indicios o elementos de convicción, no obstante nada se dice acerca de presupuestos subjetivos como la exista riesgo de fuga, la puesta en peligro el cumplimiento de la pena (si el juicio finalizase con una sentencia de culpabilidad), la probable destrucción de pruebas, peligro para la víctima o para evitar el riesgo de que pueda cometer otros hechos delictivos (en el caso de algunos delitos graves).

En lo que si estamos claros, es que normalmente la prisión provisional se decreta cuando no existe otro método más eficaz. Entones considero que

²³ (Obra citada. Art. 534)

como última opción se aplicaría al prisión preventiva, esto siguiendo el criterio garantista de Ferrajoli que en lo fundamental se inclina por utilizar otras medidas cautelares de menor entidad como, por ejemplo, el arresto domiciliario o una caución económica (fianza), pero siempre y cuando se trate de un delito que no suponga un grave comprometimiento de interés social y público.

“Antes al contrario, el TC ha declarado que «la gravedad del hecho punible atribuido al imputado no puede por sí sola, justificar la prisión provisional, sino que hay que tener en cuenta otros estándares, tales como la situación familiar, laboral y económica del imputado, tal y como recoge la Ley”²⁴.

Entonces, de lo que se trata aquí es de elementos nada más que objetivos, y que hacen referencia a la infracción penal presuntamente cometida, y que inicialmente tienen que ver con la seriedad del delito que se pretende imputar a determinada persona. Aunque el criterio del tiempo de la sanción penal en parte resulta coincidente con la gravedad de la pena a imponer, y que en nuestro caso es de que el delito debe por lo menos estar sancionado con presidio de un año. Este tratamiento diferenciado permite que se pueda a través de la pena impuesta al hecho incriminado, saber si el acto delictivo es de mayor o menor riesgo para

²⁴ La STC 33/1999, Argentina, expresa «debe concluirse que las resoluciones judiciales no exteriorizan las razones que podrían avalar, en su caso, la existencia de riesgo de fuga a pesar del arraigo social y familiar del recurrente, como tampoco la concurrencia de peligro de reiteración delictiva. Por lo tanto, una afirmación genérica de concurrencia de estos riesgos, realizada en el marco de un proceso de remisiones globales y en cadena como el descrito –en el límite de lo constitucionalmente admisible a la luz del fundamento material de la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales–, no puede entenderse como una ponderación legítima de la restricción de la libertad del recurrente».

saber si es necesaria o no la prisión preventiva, aunque hay que reconocer que existen casos en que nuestra legislación penal considera delitos graves a los que no lo son y viceversa, por lo que, en nuestro país es imperiosa la necesidad de que se consideren otros aspectos a más de los contemplados en nuestra Código Integral Penal para a la aplicación o no de la prisión preventiva, por ejemplo, deberían valorarse otros elementos tales como aquellas circunstancias relativas a la comisión del delito, y de las que se pudiera inferirse una voluntad de su autor de eludir la acción judicial (*intento de huida, empleo de resistencia, uso de identidad falsa, entrega voluntaria etc.*).

Empero, hay que reconocer que el tipo de pena señalada al delito adquiere una enorme relevancia tanto para permitir la prisión preventiva (en razón del principio de proporcionalidad), como para establecer sus límites, pues sólo puede determinarse, concurriendo el resto de las circunstancias, cuando se trate de una pena privativa de libertad de, al menos, 1 año de prisión como lo establece nuestro Código. Esto trae como consecuencia que la medida se va a dictar ahora con la misma frecuencia que antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Integral Penal, esto por su puesto atendiendo nada más que al parámetro de la penalidad del delito que se investiga, y ello, sin entrar a considerar que la penalidad puede ser incluso inferior a un año de privación de libertad (criterio de la pena en concreto), si coincide que el imputado no tiene antecedentes penales derivados de condena por un delito de acción pública, Así pues, se suprime el criterio del Juez y se adopta un criterio

de adopción automática cuando la pena privativa de libertad sea mayor a un año y el presunto autor del delito tenga antecedentes penales.

Asimismo, el mentado artículo señala que también será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos que permitan suponer razonablemente elementos de convicción acerca de la participación del imputado al delito del que ya se sabe que presuntamente existe.

Requisitos subjetivos de la Prisión Preventiva e insuficiencia jurídica en el Código Orgánico Integral Penal.

Como hemos visto, el término prisión preventiva en la mayoría de las legislaciones, y sobre todo en la nuestra, ha sido utilizado para designar el acto procesal dispuesto mediante una resolución jurisdiccional y que produce la privación provisional o preventiva de la libertad del imputado o procesado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena. Intuyo que el legislador ecuatoriano ha preferido la expresión prisión preventiva porque es más exacta y permite diferenciar la privación cautelar de libertad con la detención y aprehensión que son dos instituciones procesales muy distintas.

Como ya se adelantó en el análisis de la relación entre prisión preventiva, para que la privación cautelar de libertad constituya un instrumento legítimo y apegado a los derechos constitucionales, deben respetarse sus presupuestos, los mismos que han sido desarrollados en la propia Ley, y conforme a los cuales los requisitos para aplicar la prisión preventiva en

concreto son: «que exista elementos suficientes de la existencia del delito y de la participación de la persona en el delito y que la pena probable a imponer sea superior a un año de pena privativa de libertad. En realidad se está ante presupuestos nada más que objetivos, lo cual amerita efectuar un análisis sobre la deficiencia de nuestra Ley en cuanto a los elementos subjetivos que podrían poner en peligro el desarrollo de la investigación penal que es lo que he cuestionado durante el desarrollo de este trabajo de tesis.

“El peligro procesal hace alusión al periculum in mora, que constituye un presupuesto de toda medida cautelar que hace referencia a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación. Si la sentencia se dictara de modo inmediato es evidente que las medidas cautelares carecerían de fundamento y justificación; al no ser así, en ocasiones se impone la adopción de resoluciones que, en el fondo, vienen a anticipar los efectos materiales de la pena”²⁵

Este elemento que por cierto no consta en nuestra legislación, tienen que ver al riesgo de frustración y la peligrosidad procesal que se correría en caso de que no se dicte la prisión preventiva al procesado. El riesgo de frustración es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de proseguir

²⁵ Vid. BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal”. En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. pp. pp. 513-514.

dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad. El peligro procesal como se puede ver, tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez en cuanto a que es el Juzgador quien técnicamente toma el control de la investigación efectuada por el Fiscal, en este sentido, la peligrosidad procesal conjuntamente con los conceptos de elementos de convicción suficiente y la pena probable, configuran uno solo. Según esto, el juzgador no solo está obligado a determinar la existencia de una alta probabilidad de que sancionará al imputado mediante una sentencia condenatoria, sino que además debe verificar que esa sanción corresponderá por lo menos a una pena inferior a un año de privación de libertad. De lo contrario, si uno de estos dos requisitos no se cumple, ya no es necesario evaluar el peligro procesal en el ámbito de aplicación de la prisión preventiva, sino que se acudirá a una medida cautelar personal alternativa menos rigurosa.

El de fuga como elemento como presupuesto subjetivo de la prisión preventiva

Es cierto que la propia dinámica del proceso penal requiere, en algunos supuestos la adopción de una medida cautelar de tanta gravedad, pues así lo hemos corroboran en acápite anteriores. Sin embargo, no siempre se opera con ella como una medida de naturaleza procesal encaminada sustancialmente a garantizar el resultado del proceso, pues, a los motivos de índole propiamente procesal, como pudieran ser la ocultación de

pruebas, se le suman otras de carácter subjetivo, centrados en concepciones preventivas y de defensa social, para lo cual se acude indudablemente al concepto de peligrosidad del individuo procesado.

Una postura que considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria, ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto ha señalado que sobre el contenido del peligro de fuga se reconocen cinco elementos valorativos: “1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes-; y 5) conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales”²⁶

Entonces el peligro de fuga supone, en términos positivos, el aseguramiento de la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal. El supuesto de impedimento de fuga, dice Asencio Mellado, “se concreta en dos datos básicos, que son el aseguramiento de la presencia del imputado el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y el

²⁶ (STEDH, Asuntos B; del 28 de marzo de 1990, párrafo 44; Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafo 43; y Stögmüller de 10 de noviembre de 1969, párrafo 15).

sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer”²⁷.

El peligro de fuga está relacionado con la posibilidad de que el procesado se sustraiga de la acción de justicia y no se puedan cumplir los fines del proceso por diversas razones (miedo a que le impongan una pena, no querer pagar la reparación civil, gastos del tiempo que le quita el proceso, como no tiene arraigo se va al lugar donde domicilia realmente, etc.)²⁰; esto en la investigación puede causar un grave perjuicio pues el procesado si bien está protegido por el derecho a la no autoincriminación²¹ tiene el deber de soportar las actuaciones procesales que se le exijan; como las confrontaciones, etc. Siguiendo la línea de este razonamiento podemos manifestar que existiría mayor menoscabo para los fines del proceso en el juzgamiento o juicio oral (al no ser posible la realización de ésta etapa procedimental sin la presencia del acusado), sin contar con el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria. Me doy cuenta entonces que la principal condicionante de la viabilidad de un proceso la conforma normalmente la garantía de comparecencia del imputado, pues su fuga o falta de comparecencia impediría la realización del juicio y, aunque el sujeto sea luego capturado y el juicio se lleve a efecto más tarde, esto produciría la elevación de los costos del sistema, además de deslegitimarse el proceso a los ojos del público, generando todo tipo de problemas organizativos, contribuyéndose además a elevar la presión hacia el uso de la prisión preventiva como anticipación de la pena.

²⁷ ASENCIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Civitas, Madrid, 1987, p. 104.

Es por esta razón que creo que, desde la primera comparecencia los jueces deben, a petición de los fiscales, prestar mucha atención al modo como garantizarán la comparecencia futura del imputado, pero para ello es importante que este factor subjetivo forme parte de la disposición penal procesal en donde se regulan los requisitos para la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar de última instancia y en cierta clase de delitos.

“En efecto, el peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, sino con arreglo al claro texto de la ley, sólo en razón de las circunstancias del caso particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada, según el caso, no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser considerados también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y su situación particular; asimismo, el hecho de que el imputado tenga un domicilio fijo no es suficiente, de ningún modo, para negar el peligro de fuga”²⁸.

Cabe hacer una relación respecto a la frase “el imputado, en razón a sus antecedentes, pues ésta no puede llevarnos a la conclusión equivocada de entender que su mera presencia justifica la adopción de la prisión preventiva; asimismo, cuando se usa la palabra “antecedentes”, no se hace mención a los antecedentes penales del sujeto, pues estos no sirven para argumentar el peligro procesal sino que deben estar en función al

²⁸ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Trad. de la 25va. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 260.

comportamiento que ha tenido el sujeto en procesos anteriores; aquí el fiscal debe desplegar una labor de investigación, a fin de verificar cuál fue su forma de actuar dentro de uno u otro.

Entonces y para concluir con el análisis de este importante presupuesto subjetivo del cual carece nuestro Código Integral Penal, se podría decir que, para calificar el peligro de fuga, según lo antes expuesto, el Juez de Garantías Penales tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él; y,
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

La Real Academia de la Lengua²⁹ Española define arraigo como acción y efecto de arraigar. Por su parte, arraigar significa (en su tercera acepción) establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas.

En ese sentido, el arraigo en el país del imputado debería estar determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. Pues para el interés de la justicia, el arraigo será el vínculo o lazo familiar que haga al imputado permanecer dentro del territorio nacional, por más cerca que se encuentre de un país extranjero. En la práctica cotidiana, especialmente en nuestra ciudad, normalmente los abogados tratan de descartar el peligro de evadir la justicia por parte del procesado acreditando el arraigo mediante la presentación de certificados o constancias domiciliarias, certificados de trabajo, partidas de nacimiento de hijos y otros, con la finalidad de demostrar al juez que el imputado tiene motivos suficientes para no huir, pues esto importaría salir del entorno familiar y social en el que se desenvuelve, lo que le resultaría incluso perjudicial. Respecto a éste criterio, se tienen que tomar en cuenta los vínculos que el imputado tiene en el territorio nacional, sean éstos de carácter familiar, y de negocios, así como el grado de influencia que éste puede ejercer en determinados ámbitos sociopolíticos. Incidirá también su situación económica, es decir, quien goza de una pudiente solvencia económica, está en mejores

²⁹ En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arraigo

posibilidades de abandonar el país que un reo que a duras penas cuenta con lo necesario para subsistir. Asimismo, el arraigo al país, también puede valorarse conforme a los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, de forma concluyente cuando éste cuenta con una doble nacionalidad o más de dos, situación legal que le permitiría abandonar el país con mayor facilidad y refugiarse en su doble nacionalidad para evitar ser extraditado. Las mismas facilidades que le otorgan las situaciones antes descritas para salir del país, pueden ser utilizadas para permanecer oculto, por ejemplo, contar con varios domicilios, sean estos residenciales o laborales. Debemos advertir que la falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, para presumir que la evadirá, por lo que es necesario tener más elementos que demuestren el peligro de fuga.

Información estadística sobre la prisión preventiva en Loja.

Como se mencionó en el proyecto de tesis, se efectuó un pequeño informe estadístico sobre el tema que nos ocupa, para lo cual se solicitó información relativa a diversos aspectos del uso de la prisión preventiva en Loja, incluyendo la relativa al porcentaje de la población reclusa total que se halla en prisión preventiva.

La información aportada por las entidades públicas es la siguiente:

Cuadro N° 1

Ciudad	Número de personas privadas de libertad	Número/porcentaje de procesados	Número/porcentaje de condenados	Fecha de la información
Loja	835	259 (31%) Preventivos	576 (69%) Sentenciados	a enero de 2014

Fuentes: Centro de Rehabilitación de Loja (no especificó), sin embargo manifestaron que la información es conferida por uno de los Ministerios de Gobierno.

Como ya se ha mencionado, a lo largo de los últimos años, y debido a las falencias en las leyes procesales, se ha determinado que las causas de los altos índices de personas en prisión preventiva en Loja son: el retardo o mora judicial; la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a los servicios de defensa pública; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga de probar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva (*lo cual obedece a la falta de presupuestos subjetivos en las normas que regulan la prisión preventiva*). Asimismo, se ha encontrado como factores que inciden en el uso no excepcional de la prisión preventiva: las políticas criminales que con distinta denominación y mecanismos plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia; y los desafíos relacionados con la actuación de la judicatura, tanto aquellos que tienen que ver con el

respeto a la independencia de aquellas autoridades encargadas de la aplicación de la prisión preventiva, como de aquellos relativos a otros aspectos de la práctica judicial. Finalmente, debo mencionar que el índice estadístico expuesto precedentemente, y que se refieren al uso excesivo de la prisión preventiva, corresponde efectivamente a los factores aludidos.

Diseño una herramienta metodológica para evaluar la necesidad de cautela.

La evaluación de la necesidad de cautela debe realizarse a través de un instrumento o herramienta metodológica que debe ser aplicado en el procedimiento penal ecuatoriano.

El diseño de esta herramienta es, tal vez, el proceso más complejo y cuidadoso que requiere la participación de los intervinientes en el proceso penal y demás autoridades y personas que según las realidades de cada jurisdicción, deban participar. Este diseño debe tener en cuenta que el objetivo del instrumento es permitir la evaluación más objetiva y subjetiva posible de la necesidad de cautela. En términos generales, el diseño requiere efectuar los siguientes pasos:

- a. Definir factores de riesgo que indiquen la necesidad de cautela respecto de los fines legítimos de la medida; cada uno de ellos analizado a través de distintas variables e indicadores objetivos y subjetivos.

- b. Aplicar un método objetivo de evaluación que utilice un método de análisis de las variables.
- c. Establecer niveles de riesgo.
- d. Definir estrategias de supervisión de las medidas no privativas de la libertad según los niveles de riesgo establecidos.
- e. Factores y variables de riesgo

Lo primero que se debe hacer es diseñar una gama de factores, con sus variables, que analicen la necesidad de cautela del proceso. Cada factor puede ser analizado a través de distintas variables, con sus indicadores, que hagan más confiable la información. Así por ejemplo, si el factor son los antecedentes penales, las variables empleadas para su evaluación pueden ser los tipos penales por los que fue procesada la persona, la fecha de D. Diseño de la herramienta metodológica para evaluar la necesidad de cautela⁵⁵ La evaluación de la necesidad de cautela debe realizarse a través de un instrumento o herramienta metodológica que debe ser aplicado en el procedimiento estandarizado al que se hizo referencia anteriormente. El diseño de esta herramienta es, tal vez, el proceso más complejo y cuidadoso que requiere la participación de los intervinientes en el proceso penal y demás autoridades y personas que según las realidades de cada jurisdicción, deban participar. Este diseño debe tener en cuenta que el objetivo del instrumento es permitir la evaluación más objetiva posible de la necesidad de cautela. En términos generales, el diseño requiere efectuar los siguientes pasos: i) Definir

factores de riesgo que indiquen la necesidad de cautela respecto de los fines legítimos de la medida; cada uno de ellos analizado a través de distintas variables e indicadores⁵⁶. ii) Aplicar un método objetivo de evaluación que utilice un método de análisis de las variables⁵⁷. iii) Establecer niveles de riesgo⁵⁸. iv) Definir estrategias de supervisión de las medidas no privativas de la libertad según los niveles de riesgo establecidos⁵⁹

1. Factores y variables de riesgo Lo primero que se debe hacer es diseñar una gama de factores, con sus variables, que analicen la necesidad de cautela del proceso. Cada factor puede ser analizado a través de distintas variables, con sus indicadores, que hagan más confiable la información. Así por ejemplo, si el factor son los antecedentes penales, las variables empleadas para su evaluación pueden ser los tipos penales por los que fue procesada la persona, la fecha de ocurrencia de dichos hechos, la medida cautelar impuesta, la decisión judicial definitiva, entre otras.

Algunos factores de riesgo empleados en Estados Unidos son: “a) Categoría de tipo penal principal que se le imputa; b) Casos pendientes al momento de ser capturado; c) Otras órdenes de captura pendientes; d) Historial de condenas previas; e) Historial de no comparecencia en el juicio; f) Medida cautelar supervisada o pena no privativa de la libertad bajo la que se encuentra (si se tiene alguna de ellas); g) Situación de Residencia: (tiempo de permanencia en ella, estabilidad de la misma); h) Situación de empleo/sustento económico de su familia: (empleo,

subempleo, necesidad de sustentar a hijos/familia, entre otras); i) Abuso de sustancias psicoactivas”³⁰.

Como se advierte en los factores que E.E.U.U., lo que supongo se hace, es revisar y verificar que estos factores y variables evalúen la necesidad de cautela según los fines legítimos de la medida cautelar mediante la utilización de criterios subjetivos, que como vimos hacen referencia más a elementos de variado contenido subjetivo.

³⁰ USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, (Marie Van Nostrand, Ph.D. y Gena Keebler), p. 8.

4.3. MARCO JURÍDICO

Regulación Legal de la Prisión Preventiva

El nuevo Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, el cual entró en vigencia el 10 de agosto del año 2014, se caracteriza por haber adoptado como doctrina los postulados del sistema penal acusatorio, y en efecto tiene como presupuesto de la prisión preventiva las siguientes circunstancias a saber:

“Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, 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.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad”³¹.

Como vemos, unos de los principales requisitos que exige la norma transcrita hace referencia a la existencia de elementos de prueba suficientes para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o cómplice de una infracción y que la infracción que se le atribuya a la persona este reprimida con pena privativa de libertad superior a un año, requisitos que por su naturaleza denotan ser de carácter esencialmente objetivo, empero, nada se dice sobre el peligro de fuga o algún otro enunciado que tenga que ver con la personalidad del procesado. Personalmente estimo que estas circunstancias generales sobre los hechos u objetivas, no son suficientes para que el Juzgador tome una decisión justa, ya que este nuevo Código debería contener elementos que permitan la aplicación de esta medida solo cuando no se pueda evitar razonablemente la fuga del imputado, siempre y cuando se demuestre subjetivamente (*es decir desde el punto de vista de la personalidad del procesado*) que se haya agotado la posibilidad de imponer otras medidas que resulten menos perjudiciales para su persona, por ejemplo, podríamos hablar de medidas cautelares personales no privativas de la libertad, o en el mejor de los casos medidas cautelares reales (*sobre los bienes*).

³¹ CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, COIP Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014 Estado: Vigente, art. 534. Pág.

En este sentido, cabe recalcar que el anterior Código de Procedimiento Penal, era igual de poco exigente a la hora de proceder a adoptar una medida privativa de la libertad, pues en el Art. 167 determinaba entre otros requisitos que debían existir:

“4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia a juicio;

5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de la libertad sin insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”.³²

Como se observa, la reforma contenida en el Código Orgánico Integral Penal en lo concerniente a la prisión preventiva, no ha hecho sino superponer en un solo numeral los dos requisitos que exigía el Código de Procedimiento Penal, lo cual en mi opinión no representa ningún avance en este tema, ya que no contamos aún requisitos que hagan referencia a elementos subjetivos para la procedencia de la prisión preventiva, por ejemplo, pienso que en la fase en donde ya se impute a una persona, ya podrían existir indicios de sospecha de culpabilidad, es decir, el requisito de una sospecha suficiente o bien fundada de culpabilidad es uno de los presupuestos que mayor debate ha generado en la doctrina latinoamericana, se trata de una exigencia que se encuentra contemplada en diversas constituciones, no siendo así en nuestro país ni las

³² Código de Procedimiento Penal, Legislación Procesal Ecuatoriana Tomo II, Ediciones Legales. abril 2009, art. 167. Pág. 243.

convenciones de derechos humanos que contienen el principio de inocencia, y de las cuales guardan silencio sobre este requisitos.

Normativa Internacional y Prisión Preventiva

El instituto procesal de la prisión preventiva, también encuentra acogida expresa en instrumentos internacionales de los cuales, algunos han sido aceptados como parte de nuestro ordenamiento jurídico y otros no, sin embargo para efectos del desarrollo de la literatura y fundamentación de la presente tesis, debo señalar por ejemplo a la Convención Europea Sobre Derechos Humanos, convenio del que no somos parte, sin embargo lo he traído a colación ya que contienen criterios muy importantes que pueden darme luces para el presente trabajo. Con esta consideración, debo manifestar que esta convención en su artículo 5 inciso 1 hace referencia a esta medida cautelar, lo mismo podemos decir de algunas normas Derecho Internacional de los Derechos Humanos como son el principio 19 del Proyecto de Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la Administración de Justicia Penal y el Principio 3 de la Recomendación 80 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que señala con propiedad que:

“La prisión preventiva podrá ordenarse en caso de sospecha legítima de que el interesado ha cometido la infracción de que se trate y cuando existan serias razones para pensar que existe uno o varios de los siguientes peligros:

- Peligro de huida
- Peligro de obstrucción del curso de la justicia
- Peligro de que la persona cometa una infracción grave”³³

Es importante mencionar que, en nuestro país no ha existido un debate que logre generar conciencia en la Asamblea Nacional del Ecuador, a efectos de que reforme el contenido jurídico de la disposición que establece los presupuestos de la prisión preventiva, pues si bien la doctrina imperante viene dado por la incompatibilidad entre la presunción de inocencia y la exigencia de un grado de sospecha de responsabilidad para ordenar la prisión preventiva, en otros países se aceptan y se defiende la posibilidad de que el Juez cuente con requisitos de corte subjetivo para también saber si, a una persona, por sus características de conducta personal, social, laboral y otros aspectos subjetivos, es o no merecedora de la prisión preventiva.

Como todos sabemos la excepcionalidad de la prisión preventiva se encuentra vigente con la nueva Constitución de la República del Ecuador en el Art. 77 numerales 1 y 11, misa que guarda estrecha con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en atención a lo dispuesto en el Art. 424 inciso 2º., de la Ley Fundamental, está regulada por el Art. 159, inciso 2º., del Código de

³³ Recomendación 80 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Naciones Unidas –ONU- para la Administración de Justicia Penal y el Principio 3.

Procedimiento Penal. Al respecto nuestra constitución señala: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1.- 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; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión. 11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.”³⁴

A este respecto, si bien la normativa constitucional invocada racionaliza la prisión preventiva, no está por demás manifestar que en ciertos casos también existe una mala utilización de las medias alternativas (*cuando no se ha dictado la prisión*) y sustitutivos de la prisión *preventiva* (*cuando no se ha dictado dicha medida*) a que se refiere el art. 77 numeral 11 de la Constitución actual, y que con la entrada en vigencia del Código Orgánico

³⁴ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, Asamblea Nacional, art. 77. Pág. 56

Integral Penal se prevén en el art. 522 reformado como formas modales de las medidas cautelares personales, como la prohibición de abandonar el país, o presentarse cada cierto tiempo ante la autoridad, en lugar de a prisión preventiva, sin respetar el *principio de proporcionalidad*. Por ejemplo, no es lo mismo utilizar una medida cautelar distinta a la prisión preventiva para poner en libertad a un individuo a quien se lo encontró disparándole a quema ropa a otra persona, en el momento en que se lo llama a juicio, con el argumento de que con las reformas al Código de Procedimiento Penal (hoy COIP), es válido disponer otras medidas cautelares, pues el art, 522 del Código integral Penal establece: “La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad ”, y que el art. 608 (que se refiere al auto de llamamiento a juicio- dice: <<3. Llamamiento a juicio).- “La resolución motivada de llamamiento a juicio incluirá: 3. La aplicación de medidas cautelares y de protección no dictadas hasta el momento o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las mismas, dispuestas con antelación”³⁵, esta disposición sin duda alguna constituye un uso irracional del derecho, por lo que hay que advertir que, si bien la prisión preventiva llega a convertirse en una medida de aseguramiento personal ya la que algunos doctrinarios la denominan como penalidad anticipada aunque no sea esa su finalidad-, no debe ser violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, pues es una

³⁵ (Opcit). Pág 448, Art. 608.

forma preponderante de restricción de derechos que produce un cierto tipo de estigmatización como anteriormente se señaló. “Al respecto la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en el artículo 9º establece que: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.³⁶ En este contexto, es necesario conocer en qué casos una detención es considerada, desde la perspectiva internacional como arbitraria o abusiva, ya que la privación de libertad es arbitraria si bajo ningún concepto se puede encerrar a una persona sin una base fáctica y jurídica.

Para ser más concreto, y con la finalidad de poder apegar las decisiones tanto a nuestra Constitución como a la normativa internacional, a mi juicio es muy necesario que dentro de las causales que motivan la aplicación de la prisión preventiva en el nuevo código orgánico integral penal, se incluya el peligro de fuga, pues dicha causal es poco controvertida ya que la misma es aceptada por su compactibilidad con la presunción de inocencia. Así mismo, estimo conforme a dicho principio se encuentra en sintonía con los objetivos del proceso, pues resulta lógico que en caso de que el imputado se quiera fugar o se sustraiga a la justicia, lo más recomendable es que se ordene la privación de su libertad para con ello cumplir la realización del juicio oral y contradictorio.

Sin embargo es preciso señalar que en el dictado de la prisión preventiva en base al peligro de fuga se observa la posibilidad de cometer desde el

³⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en el artículo 9º.

principio una irreparable injusticia en virtud de que el proceso pueda terminar con un sobreseimiento o una sentencia absolutoria. Pero además, diríamos que en cierta razón este criterio parte de una presunción de culpabilidad y no de la presunción de inocencia que protege al imputado. Sin embargo, ha y que entender que la aplicación de la prisión preventiva tomado en cuenta el criterio de peligro de fuga, se le debe adjudicar el sentido de asegurar la ejecución de la pena como un fin de ella, con esto su naturaleza no se perdería y se dejaría de ubicar a la prisión preventiva como una institución del derecho penal material, es decir como la imposición de una pena anticipada. Además, no está de sobra recordar que parece que hubo cierta aceptación en la legislación procesal penal ecuatoriana cuando le otorgan a la prisión preventiva esta función, así lo deja saber el código procesal penal de Ecuador del 1992 el cual contempla expresamente el aseguramiento de la ejecución de la pena como un fin de la prisión preventiva.

De otro lado, la prisión preventiva también es reconocida por el Artículo 9, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al respecto esta normativa internacional señala que: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en

el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”³⁷

La normativa antes indicada hace alusión al principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, el cual hace referencia a que la libertad es la regla general y que en caso de extrema necesidad debe privarse la libertad a una persona de la cual se presume a participado en un hecho delictivo, lo cual no está en discusión. Pero más allá de ese razonamiento lógico, en realidad tal principio viene a ser una garantía para el individuo y un postulado a aplicar en las sociedades y Estados Modernos que se inclinan por el respeto de los Derechos Humanos. Este sentido, la normativa antes expuesta no hace sino propender a la materialización de este principio tomando como referente el ordenamiento jurídico de los países suscriptores de estos instrumentos internacionales para a su vez lograr su concreción práctica, es decir que se cumpla con la aplicación del principio de excepcionalidad a la hora de aplicar medidas cautelares que impliquen un menoscabo al derecho a la libertad, no obstante, no hace ninguna referencia a los presupuestos que deben observarse a la hora de aplicar la prisión preventiva.

En este sentido, hay que reconocer que la normativa internacional (*cualquiera que sea esta*), no contiene elementos necesarios para aplicar la prisión preventiva. Así, por ejemplo, la Constitución prevé de manera implícita como fin procesal de la prisión preventiva, la necesidad de

³⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9

garantizar la comparecencia del encausado penal al proceso. Condicionamiento que hace efectivo el postulado constitucional de la investigación integral. De la misma manera, el criterio *de la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual*, no ha sido considerado como fin propio de la detención preventiva, pues en es este sentido hay que recordar que uno de los fines del Estado es asegurar la *convivencia pacífica de la sociedad*, no obstante, para tomar la decisión de aplicar tal o cual medida cautelar, no se vislumbra la posibilidad de que el Juez, aplicando el principio de ponderación, considere este importante presupuesto que hace referencia a la parte subjetiva de la persona procesada.

Al respecto el Art. 9 de la Declaración de derechos del hombre señala: "Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable, y si se juzga indispensable detenerle, todo rigor que no fuere necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley".³⁸

Es sin duda ésta declaración una definición de los derechos naturales del hombre, entre los que se considera básicos la libertad (individual, de pensamiento, de prensa y credo), la igualdad (que debía ser garantizada al ciudadano por el Estado en los ámbitos legislativo, judicial y fiscal), la seguridad y la resistencia a la opresión. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano adoptada por la Asamblea Nacional francesa

³⁸ Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano. Art. 9.

en 1789 fue uno de los logros más constructivos de la Revolución Francesa y un modelo para la legislaciones de todo el mundo. Garantizaba la protección legal del ciudadano contra el poder del Estado y el abuso de lo que detentan el poder.

Especial atención merece su Art. 9 que la importancia del análisis que debe preceder a la hora de privarse la libertad de una persona, lo cual justamente fortalece el derecho a la libertad frente a los que desconocen los Estados democráticos.

Constituye pues entonces esta norma para el ciudadano, una garantía que favorecen al hombre para ser tratado con dignidad, en igualdad de condiciones, y que debe ser consultado, y recordado para no permitir que se le coarten esos derechos establecidos ya en las leyes vigentes, sobre todo el derecho a la libertad cuando la misma se vea atentada por algún decisión jurisdiccional arbitraria, pues es esta normativa el medio para evitar la violación a este derecho.

Como se ha visto, la concepción cautelar de la prisión preventiva se basa en una distinción conceptual entre ella y la prisión como pena, distinción que constituye un presupuesto insoslayable del argumento que pretende mantener fuera del campo prohibitivo de la presunción de inocencia a la prisión preventiva. Esta distinción pretende fundarse, al menos en principio, en ciertas propiedades externas del instituto, ciertas características distintivas que el fenómeno presentaría desde el punto de vista empírico y que pueden ser asumidas como conceptualmente

relevantes sin comprometerse desde el punto de vista justificativo. Específicamente, según la concepción cautelar, la propiedad relevante que hace que la prisión preventiva no sea pena sino algo distinto, es el específico fin adjudicado a ella en conjunción con la ausencia de fines punitivos. Se trataría así de un discurso que explica, o pretende explicar qué es la prisión preventiva.

En este orden de ideas, algunos autores críticos y a los que he citado y he hecho mención en esta tesis, parecen muchas veces basar su pretensión de *no justificación o ilegitimidad* de la prisión preventiva en la negación de esta distinción sobre la base de que el encarcelamiento "tiene siempre naturaleza de *pena*. Los fundamentos en estas afirmaciones se basan, se reducen en general a las idénticas consecuencias que el encarcelamiento tiene para la persona encerrada, sea cual fuere el fin institucional en cada caso. Sin embargo, estas críticas no solo no logran dar en el blanco sino que además oscurecen notablemente el punto de discusión. En primer lugar, la crítica no da en el blanco porque arguye la falta de justificación de la prisión preventiva negando una distinción conceptual que, al menos en principio, puede asumirse como meramente descriptivas. La crítica sería adecuada si demostrase que *de hecho* la prisión preventiva no es distinta a la prisión como pena, mostrando que es empíricamente falso que su finalidad sea la de tutelar los fines del proceso y/o que se aplique ante la necesidad de esa tutela. Sin embargo, no es esta la estrategia de los críticos; ellos se limitan a negar la posibilidad de distinción sin más, pretendiendo que se siga de allí la falta de justificación. En este sentido,

con argumentos tales no se lograría dar cuenta de distinciones usuales y ampliamente intuitivas en el derecho, como la que se suele hacer entre pena de multa y obligación de pagar impuestos, o incluso entre diversas formas de privación de la libertad. En segundo lugar, este modo de plantear la crítica tiene el defecto de oscurecer el desacuerdo y la cuestión relevante a resolver, esto es, aquella consistente en determinar si está o no justificado (o si lo estaría) encarcelar a individuos con la finalidad (exclusiva) de tutelar los fines del proceso penal. En consecuencia la norma antes invocada lo que ampara y preconiza no es la no imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva en caso de que sea necesaria, sino que la aplicación de la misma sea justificada y proporcional a las condiciones objetivas y subjetivas en un determinado caso.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES UTILIZADOS

Con la finalidad de recopilar y almacenar la información para el presente proyecto se utilizaron los siguientes materiales y recursos:

Físicos y Tecnológicos

- Libros, Revistas, Folletos y Periódicos.
- Cuaderno, Lápices, Esferos y Borrador.
- Disco Duro Externo.

Virtuales

- Buscadores y Navegadores Web
- Plataforma de la MED
- Correo Electrónico

5.2. MÉTODOS

En la presente investigación se aplicaron: **el método deductivo** para propiciar un análisis integral de los temas teóricos- jurídicos; partiendo de una dimensión jurídica, para llegar a las particularidades del derecho positivo; y como contraparte se utilizó **el método inductivo** para estudiar los temas pertinentes de los códigos y más instrumentos jurídicos que hacen relación con el tema objeto de la presente tesis; **Los métodos Analíticos - Sintético, comparativo y sistemático** fueron de mucha

ayuda, principalmente para ir analizando y construyendo los diferentes apartados de la investigación. Se procedió luego a efectuar el análisis de los referentes doctrinarios, jurisprudencia y de opinión, los mismos que posibilitaron el conocimiento de la problemática utilizada para nuestro objeto de estudio, análisis que generó el criterio del investigador acerca del trabajo objeto de estudio. **El método comparativo** permitió hacer la comparación entre principios doctrinarios, constitucionales, jurídicos y de celeridad, más el trabajo de campo, conformando así el compendio de la propuesta jurídica de la presente investigación, que centrara el análisis en la necesidad de reformar el Código Orgánico Integral Penal, en lo que tiene que ver a los elementos objetivos y subjetivos de la prisión preventiva. **El método científico** aplicado a las ciencias jurídicas implicó determinar el tipo de investigación jurídica que realice; como lo fue una investigación “socio-jurídica” que se concreta en una investigación del Derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico penal práctico, esto es, relativo al objetivo que cumple la prisión preventiva en determinadas etapas del procedimiento, esto para que de modo concreto procurar establecer la necesidad de incorporar elementos subjetivos que hagan posible aplicar la prisión preventiva dentro del marco de los derechos humanos y los principios constitucionales que regulan la adopción de la prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano.

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Las herramientas de la ciencia de la investigación, son los instrumentos básicos del presente trabajo, es en este contexto, que se aplicó las técnicas de la encuesta y de la entrevista, como procedimientos o recursos fundamentales de la recolección de información, sobre los hechos y acepciones jurídicas que se pretenden conocer. A la vez, que la revisión de la literatura, brindó los argumentos suficientes para construir la propuesta. Realicé 30 encuestas a: profesionales de Derecho en libre ejercicio profesional y funcionarios judiciales en general (*jueces fiscales y defensores públicos*), para luego de recogidos esos datos estos puedan servir para poder proponer alternativas de solución para el problema planteado, mismo que está afectando sobre manera al principio excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva, que hoy en día es de obligatoria aplicación por parte de los operadores del sistema de justicia penal a la hora de imponer medidas cautelares, y sobre todo, ya que se la insuficiencia jurídica de la que adolece el Código Integral Penal, se está dejando una libertad muy amplia para que los Jueces de Garantías Penales cuando aplicar la prisión preventiva, sin que tomen en cuenta algunos aspectos subjetivos que no se encuentran clara y expresamente establecidos en las normas procesales penales. Se aplicaron 10 entrevistas a los funcionarios públicos de la Fiscalía, para de esta forma poder conocer el centro mismo del problema, así como también cuáles son sus criterios y que alternativas de soluciones nos puedan brindar para el problema planteado. Las técnicas mencionadas se

instrumentaron mediante el cuestionario, fichas bibliográficas, reportes de campo, escalas de valores; elementos que constituyen los medios de verificación de la investigación. Finalmente, realizada la interpretación de los datos de campo mediante tablas y gráficos estadísticos se procedió a verificar el cumplimiento de objetivos y a redactar conclusiones, recomendaciones y la propuesta alternativa de reforma jurídica al Código de Procedimiento Penal o al Código Orgánico Integral Penal.

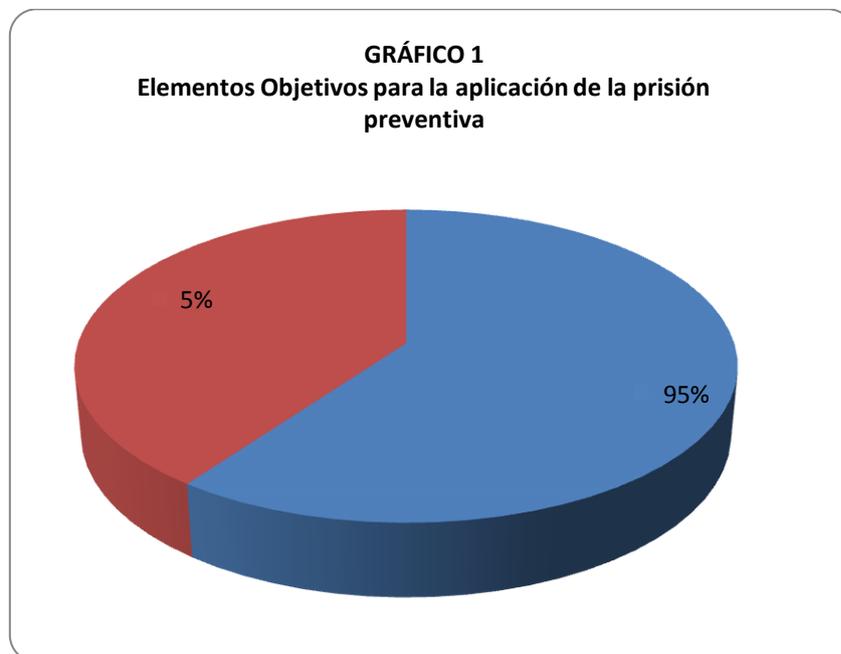
6. RESULTADOS

Según el proyecto presentado y aprobado por las autoridades de la Carrera de Derecho, he aplicado a un grupo de profesionales de Derecho en libre ejercicio, un total de 30 encuestas, en la ciudad de Loja, cuyo resultado es el siguiente:

Primer pregunta: ¿Cree Ud., que los elementos objetivos contenidos dentro del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, son suficientes para que el Juez de Garantías Penales decida aplicar la prisión preventiva a una persona?

CUADRO N°2

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	95%
NO	3	5%
TOTAL	30	100%



Fuente: Profesionales del Derecho en libre ejercicio y servidores de la función judicial.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos

Análisis e Interpretación

En esta pregunta de los 30 profesionales encuestados, 27 de ellas que equivalen al 95%, me supieron indicar efectivamente que los requisitos que hacen referencia a los elementos objetivos para la procedencia de la prisión preventiva, son insuficientes para que los juzgadores en materia penal dicten la prisión preventiva, ya que es necesario que el Juez cuente con factores atinentes a la personalidad de procesado, lo cual ayudaría a la jurisdicción penal a saber sobre qué base subjetiva establecer o no si es necesario optar por la prisión preventiva como medida que garantice la comparecencia del procesado al la etapas del procedimiento penal., y a más de ello que en Ley debería determinarse expresamente los demás aspectos relacionados con la personalidad del procesado para que el Juez pueda resolver. Mientras que 3 de ellos que equivalen al 5%, manifiestan que los presupuestos a los que hace referencia el Art. 534 de del Código Orgánico Integral Penal, son suficientes para optar por la prisión preventiva, ya que el Juez lo único que hace es evaluar los resultados de la investigación efectuada por el Fiscal, y en razón de esos resultado es que el Juez toma la decisión de aplicar la prisión preventiva o inclinarse por otra medida no privativa de la libertad.

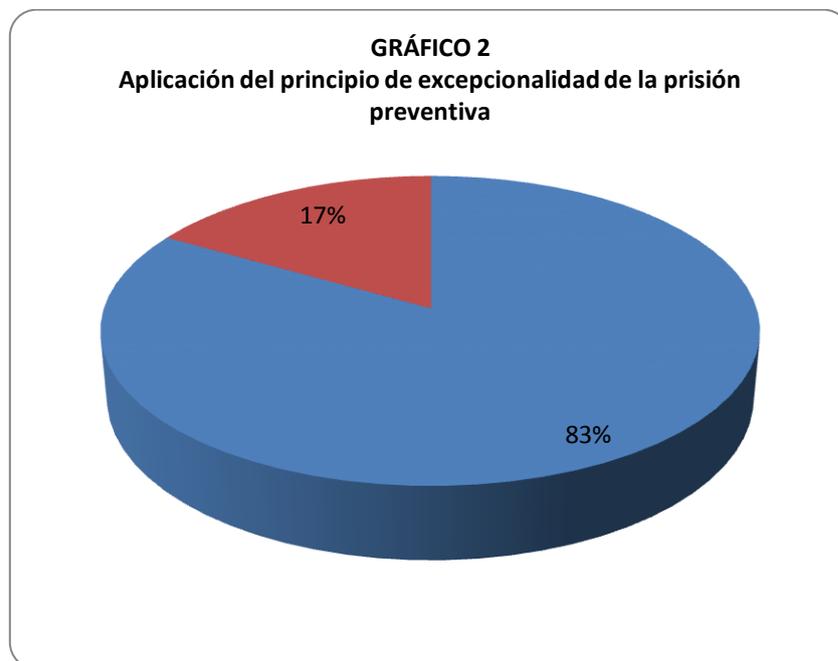
En este sentido estimo que, en efecto, estimo que con la finalidad de evitar arbitrariedades en las decisiones que restringen derechos sobre todo, y en este caso con es el derecho a la libertad, en la Ley debería establecerse de forma aclara tanto los requisitos objetivos como los subjetivos para la procedencia de la prisión preventiva, de lo contrario se

estaría atentando flagrantemente al principio de legalidad, que no hace sino exigir que tanto la Leyes procesales como sustantivas, sean claras en su contenido y en su espíritu.

Segunda pregunta: ¿Cree Ud., que el principio constitucional de excepcionalidad de la prisión preventiva, puede ser aplicado en su verdadera dimensión, solamente tomado en cuenta únicamente con los requisitos establecidos en el Art. 534 de del Código Orgánico Integral Penal?

CUADRO N°3

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%



Fuente: Profesionales del Derecho en libre ejercicio y servidores de la función judicial.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos

Análisis e Interpretación

De los criterios emitidos por los profesionales encuestados, 25 de ellos que equivalen al 83%, supieron manifestar que la prisión preventiva se erige en una excepción a la regla general que es la libertad. Pero más allá de ese razonamiento lógico, en realidad tal principio viene a ser una garantía para el individuo y un postulado a aplicar en las sociedades y Estados Modernos que velan por el respeto de los Derechos Humanos, por lo que, creen que los requisitos contenidos en Art. 534 del Código Integral Penal no constituyen suficiente garantía para que los Jueces de Garantías Penales con criterio de justicia, apliquen de manera excepcional la medida cautelar de la prisión preventiva, ya que para tal efecto, creen que es necesario que las normas adjetivas que regulan esta institución procesal, contengan otros elementos que permitan al Juez valorar las circunstancias y de ser el caso, observando el principio constitucional de excepcionalidad de la prisión preventiva, tomen una justa la decisión menos gravosa para el procesado. Mientras que 5 de ellos que equivale al 17%, mencionan que en ciertos casos por la inexperiencia de los Jueces no se respeta este principio, sin embargo que en la mayoría de los casos y tratándose de delitos de menor riesgo, este principio es aplicando tomando en cuenta lo que expresa la Ley, y en la dimensión que corresponde

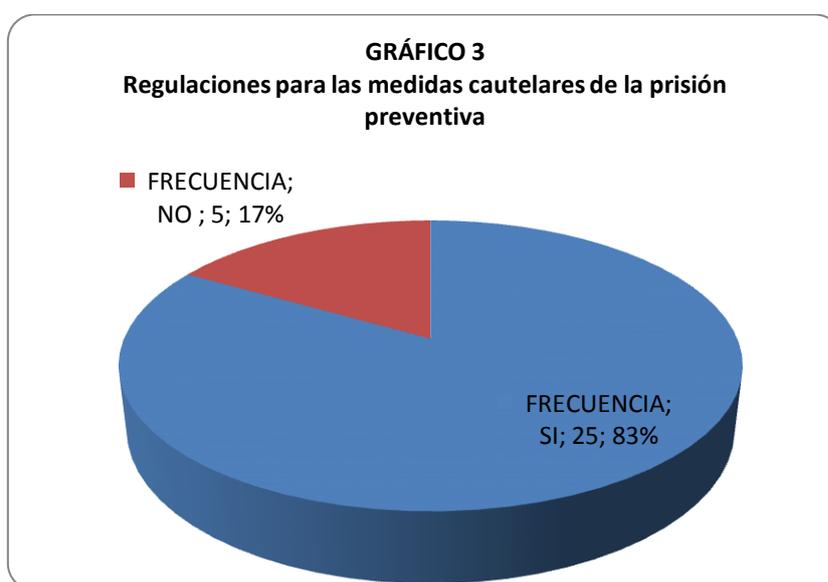
Al respecto, creo que es claro que para adoptar tal decisión debe observarse el principio de excepcionalidad, ya que en la aplicación de la prisión preventiva, no solo debe comprobarse la existencia de un vínculo

mínimo entre el procesado y el delito investigado, lo cual constituye el requisito de razonabilidad, sino además de eso, y como requisito *sine qua non* se debe acreditar la necesidad de la medida, reiterando una vez más de forma expresa cuales son los fines que la prisión provisional o preventiva está llamada a cumplir, y de acuerdo a criterios que permitan dar luces al Juez de Garantías Penales, resolver si esa persona merece o no que se la prive preventivamente de la libertad o en su defecto, solo bastaría con imponerle una medida cautelar alternativa. No obstante, cabe destacar que el legislador solo se limitó a enumerar los fines bajo los cuales procesalmente se aplica la prisión preventiva, lo cual ha dado lugar para la arbitrariedad judicial al no observar los Jueces el principio de excepcionalidad, ya que lo que el Juez hace es nada más decidir sobre la base de los elementos objetivos que el Fiscal le pone a su conocimiento y muchas veces elementos solamente inculpatorios y no exculpatorios, por lo que considero que el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva no es aplicada en su verdadera dimensión por insuficiencia jurídica de la que adolece la Ley en el contenido referente a los requisitos que regulan la prisión preventiva.

Tercera Pregunta: ¿Considera Ud., que están debidamente regulados los requisitos necesarios para la procedencia de la medida cautelar de la prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal?

CUADRO N°4

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%



*Fuente: Profesionales del Derecho en libre ejercicio y servidores de la función judicial.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos*

Análisis e Interpretación

En la presente pregunta de los 25 profesionales encuestados, que equivalen al 83%, me supieron manifestar que no se encuentran determinados ni regulados todos los requisitos necesarios para que se pueda dictar la prisión preventiva, pues manifiestan que nada más hay presupuestos que hacen referencia a los hechos y a las evidencias

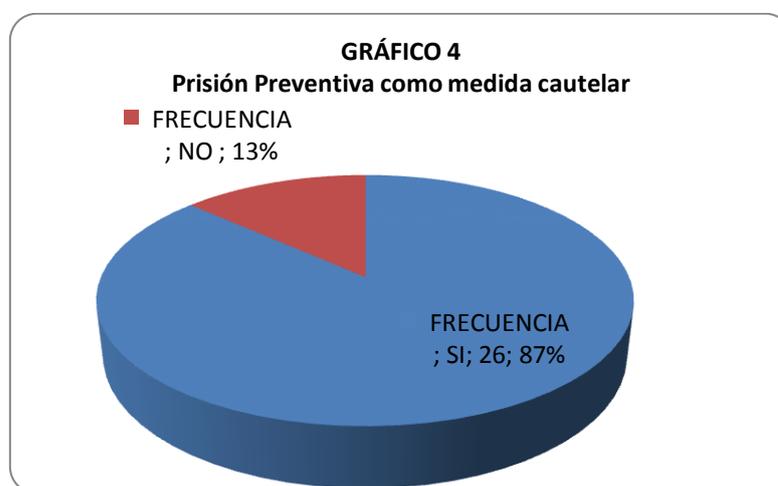
recabadas hasta el momento por la fiscalía, pero ningún requisito se refiere a la personalidad del procesado, ni a su arraigo social. Mientras que 5 de ellos que equivale al 17%, manifiestan que si se encuentran los requisitos necesarios y debidamente regulados para que se dicte o no la prisión preventiva, ya que el Juez de Garantías Penales no debe decidir sobre la idea del probable peligro de que el procesado ponga en riesgo la investigación, sino que sobre la base de los elementos de convicción, y si estos fueren suficientes y fundados, entonces se debería dictar la prisión preventiva sin más ni más.

En este sentido, debo mencionar que el Código Orgánico Integral Penal no regula explícitamente cuales deberían ser los parámetros de personalidad del procesado, lo cual ha traído dificultades tanto a los abogados defensores como a los Jueces, toda vez que en la realidad se debe reconocer que no es lo mismo procesar penalmente a una persona sin antecedente penal alguno que a una persona cuyo comportamiento es reiterativamente delictivo, o tampoco sería conveniente darle el mismo tratamiento a un delincuente de bagatela que aun asesino serial. Entonces, la Ley desde este punto de vista debería regular de mejor forma la imposición de la prisión preventiva mediante la incorporación de elementos subjetivos que den cuenta no solo de la gravedad del delito, sino también del grado de peligrosidad de la persona así como de sus condiciones sociales, familiares e incluso laborales.

Cuarta Pregunta: ¿Cree Ud., que la prisión preventiva como medida cautelar que garantiza la comparecencia del imputado al proceso penal, debe dictarse tomando solo en cuenta la gravedad del delito y las evidencias recabadas?

CUADRO N° 5

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%



*Fuente: Profesionales del Derecho en libre ejercicio y servidores de la función judicial.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos*

Análisis e Interpretación

De los criterios emitidos por los profesionales encuestados 26 de ellos que equivale al 87% consideran que las la prisión preventiva debe obviamente obedecer a la gravedad del delito y a la alarma social que este podría causar el delito en su momento, para lo cual, necesariamente el Juez debe atenerse estrictamente a los elementos de convicción de los cuales se pueda sospechar gravemente la existencia de la infracción

penal y la supuesta participación del procesado en ese presunto hecho delictivo, por lo que creen que la gravedad del hecho delictivo y las evidencias serían suficientes para dictar la prisión preventiva, sin perjuicio de que en casos menos graves se dicten otras medidas menos lesivas. Mientras que, 4 de los encuestados que equivale al 13%, indican que para que se proceda a dictar la prisión preventiva, efectivamente hay que tomar en cuenta la gravedad del hecho delictivo y las evidencias acopiadas por los fiscales, pero, que es necesario el conocimiento de datos que den fe de la persona a quien la están investigando, ya que con ello se podría saber el nivel conflictivo de la persona procesada, además señalan que por algunas ocasiones se ha dictado prisión preventiva a personas que no demuestran peligrosidad en su conducta, y que en muchos de los casos ha sido declarados inocentes, y la afectación al derecho a libertad de las personas es en estos casos es de irremediable reparación. Por tanto consideran que si es necesario que se cuente con elementos subjetivos que arrojen información no solo sobre la personalidad del procesado, sino también sobre los motivos que demuestren que esa persona no va a evadir la justicia durante la investigación penal, de esta manera los Jueces de Garantías Penales no aplicarían de forma indiscriminada la prisión preventiva y optarían por aplicar otras medidas que no afecten el derecho a la libertad de las personas.

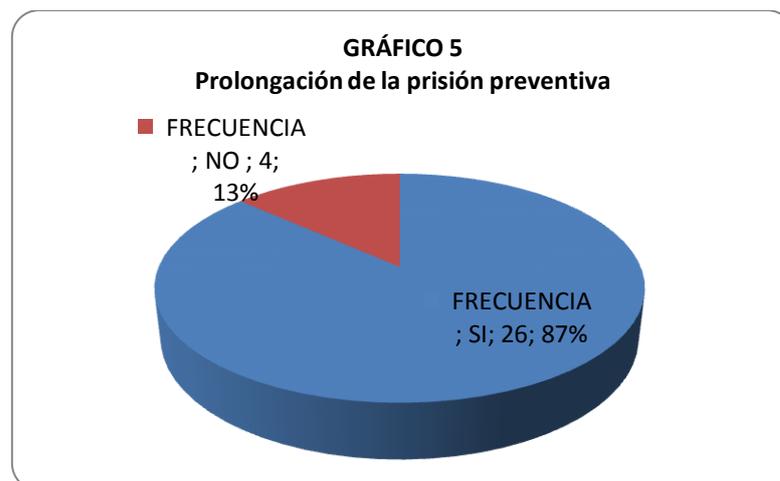
Comparto el criterio de la minoría encuestada, ya que no se puede solamente tomar en cuenta el nivel de peligrosidad del delito ni las evidencias que muchas veces no son apegadas a la verdad, pues en este

caso sería justo que se cuenten con elementos que permitan conocer la realidad conductual de las personas procesadas, así como las razones por las que no sería necesario que al procesado se le dicten la prisión preventiva. Lo cual no es si no justificar el arraigo social del procesado, aspecto este que corresponde los presupuestos subjetivos para la fundamento de la prisión preventiva, y los cuales no están descritos en la Ley, lo cual libraría ampliamente al criterio del Juez de Garantías Penales la decisión de privar no privar provisional y preventivamente a una persona.

Quinta Pregunta: *¿Considera Ud., que, en ciertos es necesaria la prolongación de la medida cautelar de la prisión preventiva para evitar la caducidad de dicha medida?*

CUADRO N° 6

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%



Fuente: Profesionales del Derecho en libre ejercicio y servidores de la función judicial.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos

Análisis e Interpretación

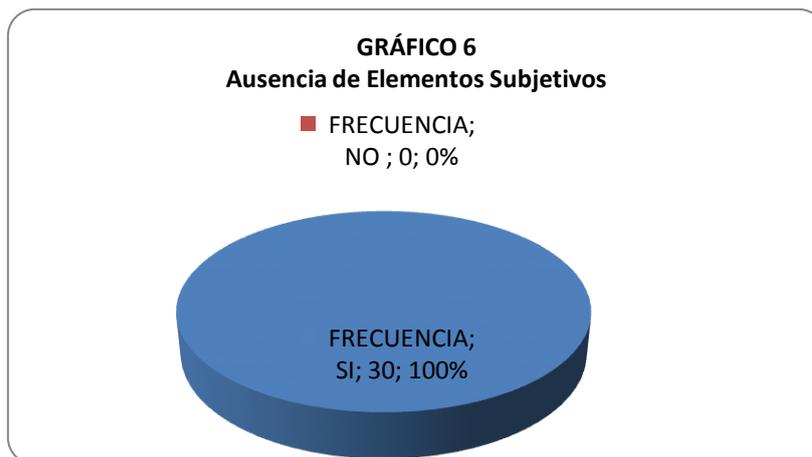
En la presente pregunta, de los 30 profesionales encuestados, 26 encuestados que equivalen al 87%, dicen que la aplicación de esta medida de coerción personal, si bien es una de las más restrictivas en el sistema procesal penal, por cuanto priva de un derecho fundamental como es la libertad personal sin que haya todavía un pronunciamiento acerca de la responsabilidad o no del investigado o imputado, es necesaria una prolongación en casos de delitos de extrema peligrosidad, como por ejemplo aquellos delitos que no prescriben ni en la pena ni en la acción para perseguirlos, ya que en algunos casos la intención de la prolongación de esta medida no sería afectar el derecho a la libertad, sino más bien no dejar en la impunidad ciertos actos delictivos de gran alarma social. Mientras 4 personas que corresponden al 13% opinan que la prisión preventiva está sujeta a un plazo perentorio justamente para evitar una arbitraria e indefinida dilación de la vigencia de la prisión preventiva que vulneraría aún más los derechos del procesado y adicionalmente, apunta a otorgar más eficiencia al sistema, al obligar al Estado representado por el aparato judicial a un pronunciamiento en el más breve plazo, todo ello en la línea de consecuencia con el concepto del plazo razonable que se debe aplicar para el juzgamiento de un ciudadano cualquiera al que se le impute la comisión de un delito, lo cual constituye un derecho humano fundamental

A este respecto, considero acertada la respuesta de la mayoría, pues la discusión de si es o no necesaria una prolongación de la prisión preventiva podría ser determinada de acuerdo al nivel de gravedad del delito, ya que no es lo mismo privar preventivamente de la libertad a un estafador que a una persona que ha cometido un genocidio, en este último caso, desde luego que se justificaría la prolongación de la prisión preventiva con el fin de emprender una más eficiente investigación penal. De todas formas, creo que la ley debería determinar si una vez dictada la prisión preventiva es menester convocar a una audiencia para discutir la prolongación de esta cuando el proceso penal ha sido previamente declarado complejo, y el Juez sería quien decida qué casos sí resulta procedente dicha audiencia mediante una resolución judicial debidamente motivada y fundamentada.

Sexta Pregunta: *¿Cree Ud., que la ausencia de los elementos subjetivos para la aplicación de la prisión preventiva, deja un amplio campo para la arbitrariedad por parte de los Jueces de Garantías Penales?*

CUADRO N°7

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



Fuente: Profesionales del Derecho en libre ejercicio y servidores de la función judicial.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos

Análisis e Interpretación.

En la presente pregunta, 30 de los profesionales encuestados, mismos que equivalen al 100%, manifiestan que: la prisión preventiva dentro de un Estado Constitucional de derechos y justicia , no puede convertirse en un dispositivo de privación de la libertad personal indiscriminado, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la Ley, pese a ello consideran que en la misma Ley deberían incorporarse algunos otros elementos de carácter subjetivo, toda vez que la propia Carta Fundamental dispone a todos los organismos del poder público velar por la seguridad y salvaguarda de los derechos y libertades de las personas, además que garantizar de forma prioritaria la vigencia de los principios constitucionales entre los que está la operatividad del principio de presunción de inocencia. En consecuencia piensan que la ausencia de los elementos subjetivos deberían necesariamente ser componentes

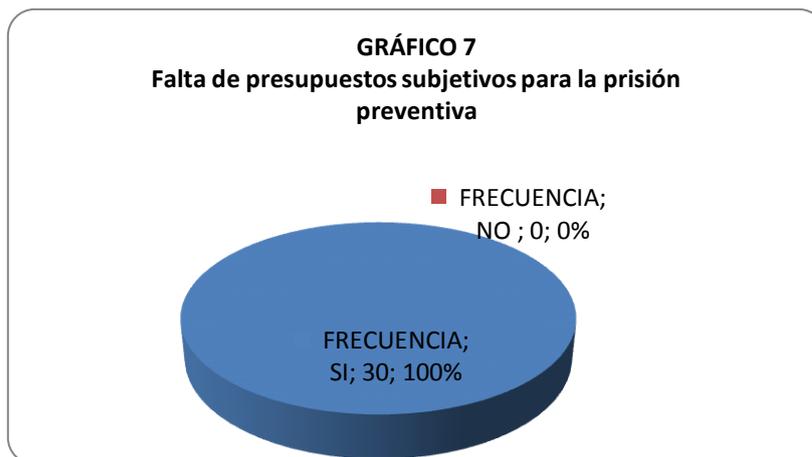
imprescindible para que el Juez de Garantías Penales tenga una bases más fidedigna y resuelva en ciertos casos imponer la prisión preventiva, con lo que también se estaría observando lo previsto en nuestra Constitución, es decir la privación de la libertad se la aplicará excepcionalmente cuando sea estrictamente necesario.

En mi criterio, en mi criterio considero que la falta de los requisitos subjetivos en esta medida cautelar, si permitiría que en algunos casos se aplique arbitrariamente la prisión preventiva, pues ante la ausencia de aspectos que el legislador tuvo que haber presito en el Código Integral Penal debería, al Juez no le quedaría otro camino que hacer uso de sus apreciaciones personales.

Séptima Pregunta: *¿Considera Ud., que los Jueces de Garantías Penales vulneran el principio de aplicación prioritaria de las medidas alternativas a la prisión preventiva debido a la falta de presupuestos subjetivos para la procedencia de la prisión preventiva?*

CUADRO N°8

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



Fuente: Profesionales del Derecho en libre ejercicio y servidores de la función judicial.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos

Análisis e Interpretación.

En la presente pregunta, 30 de los profesionales encuestados, aunque con distintos criterios, mismos que equivalen al 100%, manifiestan que les llama atención la escasa importancia que se ha dado a las formas de implementación, aplicación y control de las medidas alternativas a la prisión preventiva. Estiman que las exigencias de seguridad ciudadana provenientes desde diversos sectores de la sociedad, generan medidas de coyuntura que muchas veces tienden a endurecer los regímenes de utilización y aplicación de la prisión preventiva, cuestión que se comprueba al observar la cantidad de reformas específicas al régimen de medidas cautelares que han sufrido los códigos de procedimiento penal en los últimos años. También comentan que a estas circunstancias se suma una escasa capacidad de los sistemas de justicia penal para el fundamento de sus decisiones. En este sentido, debo recalcar el hecho de que en materia penal, siempre la interpretación debe ser restringida, es por esta razón que es imperativamente necesaria la incorporación clara,

categoría y expresa de normas adjetivas penales que permitan a los operadores de la justicia desde el punto de vista objetivo y subjetivo, saber cuándo no es necesaria la prisión preventiva, y cuando acertadamente optar por imponer una medida cautelar alternativa.

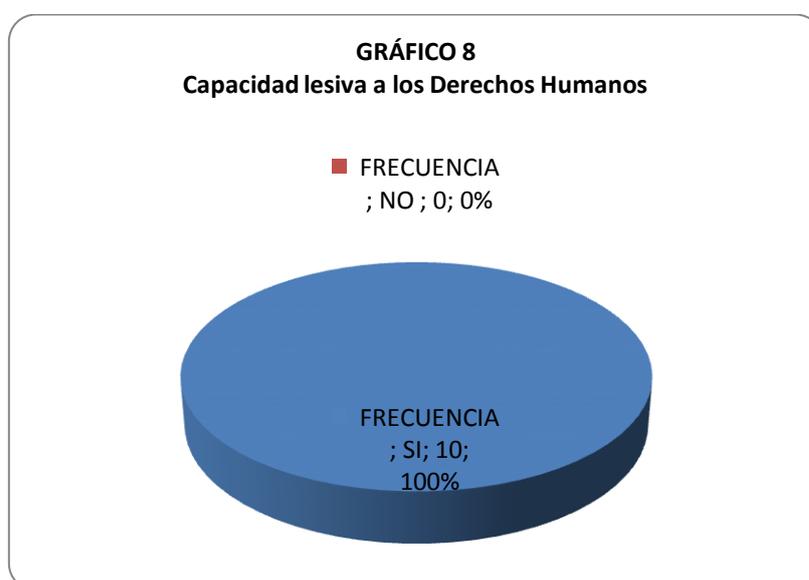
Como no podría ser de otra manera, concuerdo íntegramente con el criterio expuesto, y efectivamente en nuestro medio, no se ha dado preferencia a las medidas alternativas no privativas de la libertad, entiendo que esto se da por la falta de precisión de la Ley en cuanto a la regulación de los requisitos que haría legal y proporcional una medida restrictiva de los derechos como lo es en este caso la prisión preventiva.

Según el proyecto de tesis presentado y aprobado por las autoridades de la Carrera de Derecho, de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, he aplicado diez entrevistas a los operadores de la Función Judicial de Loja, quienes conocen del tema, esto con el fin de obtener criterios valederos y verídicos sobre esta problemática. Las respuestas obtenidas en la aplicación de las entrevistas son las siguientes:

Primera pregunta: ¿Cree Usted que la medida cautelar de la prisión preventiva, constituye el instituto procesal con mayor capacidad lesiva para los Derechos Humanos. ?

CUADRO N°9

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%



*Fuente: Funcionarios del Sistema de justicia penal.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos*

Análisis e Interpretación.

En la presente pregunta 10 de los funcionarios entrevistados, mismos que equivale al 100% supieron manifestar que efectivamente la prisión preventiva es la medida que más menoscabo causa en los derechos fundamentales de las personas, ya que el derecho a la libertad es el más importante, el cual muchas veces es vulnerado por la indiscriminación,

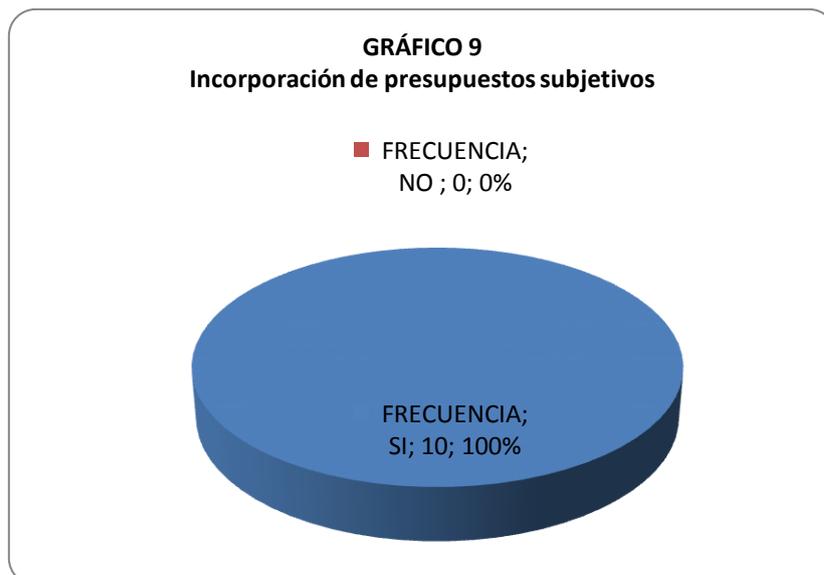
desproporción e irracionalidad con la que es aplicada por las autoridades judiciales.

Estoy de acuerdo con ello, ya que inclusive uno de los motivos por los cuales la prisión preventiva aplicada en la generalidad de los casos, es por la falta de mecanismos que racionalicen la decisión sobre la imposición de las medidas cautelares, mecanismos mediante los cuales se aportaría información confiable al debate en el cual se debe resolver esta situación, lo cual contribuiría a que: el imputado comparezca en su proceso, se proteja la seguridad de la comunidad y de la víctima y a la reducción del uso innecesario de la prisión preventiva.

Segunda Pregunta: *¿Considera Ud., que la incorporación y la constancia expresa de los presupuestos subjetivos de la prisión preventiva, ayudaría de mejor forma para que la prisión preventiva sea aplicada respetando los parámetros de: excepcionalidad, provisionalidad, idoneidad, proporcionalidad y plazo razonable?*

CUADRO N°10

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%



Fuente: Funcionarios del Sistema de justicia penal.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos

Análisis e Interpretación.

En la presente pregunta 10 de los funcionarios encuestados, mismos que equivale al 100%, supieron manifestar que ello debería necesariamente ser regulado en el Código Orgánico Penal Integral, ya que según su experiencia han existido casos en los que los Jueces de Garantías Penales no les ha quedado otro camino que resolver sobre la base de la evidencia que la Fiscalía en muchos de los casos pone a disposición de los Jueces. Además piensan que la constancia expresa de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos, le ayudaría a resolver de forma más justa la peticiones que hacen las parte sobre la aplicación de las medidas cautelares.

Estoy de acuerdo con la respuestas dadas por los funcionarios, porque para evitar cualquier arbitrariedad en la aplicación de la prisión preventiva, es necesaria la regulación de normativa en las que consten

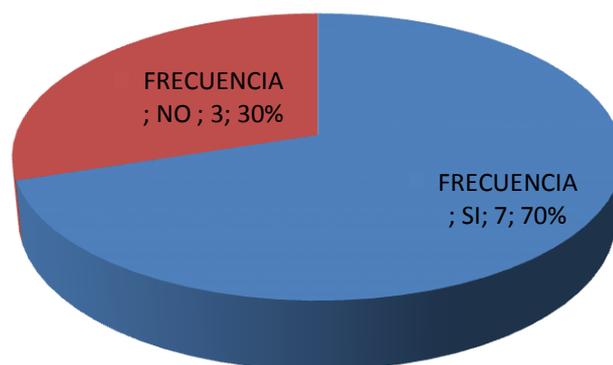
todos los requisitos a tomar en cuentas, con lo cual se estaría garantizando los principios de excepcionalidad, provisionalidad, idoneidad, proporcionalidad y plazo razonable, y se desterraría la incertidumbre aún vigente de no saber cuál es la medida cautelar más adecuada en el caso concreto.

Tercera Pregunta: ¿Cree Usted que la técnica de sustanciación y resolución a través de audiencias orales, públicas y contradictorias, resulta suficiente para racionalizar el uso de las medidas cautelares, en especial de la prisión preventiva?

CUADRO N° 11

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	70%
NO	3	30%
TOTAL	10	100%

GRÁFICO 10
Audiencias Orales



Fuente: Funcionarios del Sistema de justicia penal.
Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos

Análisis e Interpretación.

De los criterios emitidos por los funcionarios encuestados, 7 de ellos que equivale al 70%, consideran que, si bien la audiencia crea un espacio para que los sujetos procesales debatan acerca de la existencia concreta de riesgo procesal en una causa determinada, por sí misma no produce información de alta calidad si la información requerida para la disputa no se ha adquirido con anterioridad y las partes no la presentan de manera adecuada en la audiencia, más aún si no se va a tratar sobre temas que tengan que ver con la personalidad o no del investigado, toda vez que en este sentido la Ley limita a las partes procesales esta posibilidad al no establecer textualmente esa posibilidad. Mientras, que 3 de los encuestados que equivale al 30%, indican que esta actividad no puede quedar librada a la buena predisposición o voluntad de los operadores del sistema de justicia penal, sea cual fuere la metodología o el sistema (*oral o escrito*) que se aplique en la resolución de determinados asuntos procesales, menos aun si no se cuenta con la normativa procesal adecuada y necesaria para que las partes puedan argumentar apropiadamente sus pretensiones, esto lo manifiestan porque piensan que la Ley en cuanto a la prisión preventiva es insuficiente e incompleta, pero comentan además que, el sistema que aplica el principio de oralidad si constituye una herramienta mediante la cual se resolverían de mejor manera las resoluciones fiscales y las decisiones judiciales que de una u

otra forma afecten al procesado penal, sobre todo en lo que tiene que ver a la prisión preventiva.

Personalmente comparto las dos posturas asumidas por los encuestados, ya que, por un lado, los beneficio que nos dan los principios de oralidad, contradictoriedad y publicidad para la resolución de los distintos incidentes que se generan en el transcurso de la investigación, son productivos en tanto en cuanto haya la debida capacitación de los operadores de justicia, no obstante, debo indicar que para que se pueda tomar decisiones sobre la afectación de los derechos de las personas, es indispensable que las condiciones, factores o parámetros que deben guiar la toma de decisiones de los Jueces en lo relativo a la aplicación de la prisión preventiva, consten con precisión y expresamente en las normas de procedimiento penal, es decir, para que las decisiones jurisdiccionales en el tema de la prisión preventiva sean adoptadas con respeto a los derechos fundamentales, no deben depender única y exclusivamente de el buen desarrollo de las audiencias y de los principios universales que rigen la sustanciación de la audiencias, sino de la completa y correcta elaboración de la leyes, sobre todo en lo que respecta a la prisión preventiva, pues dicha institución procesal (*prisión preventiva*) carece de algunos elemento subjetivos necesarios para que pueda ser adecuadamente utilización como herramienta procesal excepcional en una investigación penal.

Cuarta Pregunta: ¿Considera Ud., que el uso indiscriminado y no excepcional de la prisión preventiva desnaturaliza los presupuestos procesales de esta medida cautelar?

CUADRO N°12

DETALLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%



*Fuente: Funcionarios del Sistema de justicia penal.
 Elaboración: Carlos Rodríguez Armijos*

Análisis e Interpretación.

En la presente pregunta 10 de los funcionarios de la función judicial, mismos que equivale al 100%, entre uno y otro criterio supieron manifestar que son necesarios ciertos cambios legislativos a fin de implementar de manera efectiva ciertos criterios que permitan evitar el abuso de la prisión preventiva, sin embargo, mencionan que los objetivos que permiten aplicar esta medida, deben edificarse sobre la idea de que, el sistema debe favorecer la liberación del acusado cuando ello no implica riesgo y cuando lo más probable es que la persona comparezca

ante el tribunal o Juzgado, es decir, que a menos que la fiscalía lo justifique, el procesado o acusado debe ser puesto en libertad bajo un simple acuerdo de comparecer ante el tribunal o Juzgado y sin condiciones, pues es conocido que a la fiscalía le corresponde demostrar por qué una forma de liberación más onerosa sería necesaria. Además, los funcionarios manifiestan que las normas procesales deberían establecer formas de liberación que puedan consistir por ejemplo en: un acuerdo con condiciones, libertad bajo palabra con condiciones y sin fiadores, libertad bajo palabra con condiciones y con fiadores (figuras que no existen en nuestra legislación). También sugieren que, la ley contemple estructuras que se puedan encargar de controlar los regímenes de libertad morigerada, o como lo conocemos en nuestro medio las medidas alternativas a la prisión preventiva.

En este contexto, considero, y como así lo he venido sosteniendo durante todo el desarrollo de la presente tesis, que si es necesaria una reforma en este sentido, para que en ocasiones los Jueces opten por la imposición de condiciones innovadoras para la libertad durante la investigación, como por ejemplo en otros países se han inclinado por medidas como la vigilancia electrónica y el arresto domiciliario, eso sí, de acuerdo a cada caso en particular y las condiciones que demuestren que la persona procesada garantice un nivel de arraigo social aceptable para los intereses de la justicia, en definitiva, y en mi criterio, la idea principal es que debieran imponerse las medidas menos onerosas posibles y sólo

aquéllas que sean necesarias para garantizar que el procesado comparezca ante la justicia.

7. DISCUSIÓN

7.1. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROBLEMÁTICA

El interés de realizar la presente tesis, tomo una real importancia por cuanto en la actualidad hay una evidente restricción excesiva al derecho a la libertad al dictarse y utilizarse de forma generalizada e indiscriminada la prisión preventiva como medida cautelar que garantice los fines de la justicia y no así los derechos de las personas. En este sentido, sistema de justicia penal ecuatoriana carece de alternativas ciertas que favorezcan la liberación de los procesados que están a la espera del juicio, cuando ello no implica riesgo por su puesto, pues como lo he venido repitiendo, el Código Integral Penal no regula ni contempla, como en efecto en otras legislaciones si se lo hace, los elementos subjetivos para la procedencia de la prisión preventiva, a fin de que los Jueces de Garantías Penales puedan ponderar las circunstancias y dictar la medida cautelar acorde a la personalidad del procesado, la gravedad del delito, la alarma social generada por el delito y algunos otros aspectos importantes tocantes sobre todo a la conducta de la persona, y de esta manera quede intacto la expectativa de la justicia para con el presunto infractor, así como también queden en lo más mínimo afectados los derechos del procesado, sobre todo el derecho a la libertad. Así mismo, no está por demás mencionar que existen otros problemas que se derivan del uso indiscriminado de la prisión preventiva por la falta de precisión expresa en la determinación de todos los requisitos para aplicar la medida cautelar de

la prisión preventiva, esto debido a que no han sido abordados adecuadamente por quienes hacen las leyes y aquellos involucrados en el sistema de justicia penal; por ejemplo por la mala utilización de la prisión preventiva, el aumento de la población en las cárceles es una preocupación constante, y las razones de tal crecimiento no se comprenden muy bien, pues los centros de prisión preventiva no siempre son apropiados ni existen, y tal vez, no reflejan el principio constitucional de que se presume que los acusados procesados son inocentes.

Es por eso que mi trabajo investigativo va enfocado en la necesidad de incorporar a la normativa procesal (*específicamente aquellos que regulan la medida cautelar de la prisión preventiva*) algunos otros elementos de carácter subjetivo. Por lo mismo, se hacía necesario contar con requisitos básicos para decretar cualquier medida cautelar en un nuevo paradigma esquema que permita a los operadores de la justicia penal tener una expectativa razonable de que hay un proceso con posibilidades de avanzar y lograr producir una sentencia justa sin que sea necesario privar de libertad a una persona, eso desde luego sin que existan peligros concretos y plausibles contra este fin, lo cual nos lleva a dejar sentado que, desde esa perspectiva que no es otro que la de asegurar el proceso penal, las causales que eran consistentes con dicho fin eran dos: fuga del imputado y peligro para investigación. En el caso de ambos, lo que se pretende es evitar que las expectativas de la sociedad de obtener una decisión se vean en riesgo, ya sea porque el imputado o procesado no está presente para enfrentar el proceso/sentencia judicial, o porque este

afectará las posibilidades del Estado de realizar una investigación conducente y con probabilidades de llegar a buen término, sea condenando o absuelto de los cargos acusados.

7.2. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Para el estudio de la presente problemática he planteado un Objetivo general y cinco específicos que a continuación los detallo, procediendo a la verificación de los mismos en base a la doctrina y acopio empírico desarrollado durante la presente tesis.

Objetivo General:

Evaluar el fin de la prisión preventiva en los delitos de acción pública, a partir de la identificación de las deficiencias más relevantes que impidan garantizar el empleo *excepcional* de dicha medida, con vistas a formular elementos de contenido subjetivo que contribuyan a utilizar la prisión preventiva con criterios de racionalidad y proporcionalidad.

A este objetivo general se lo logro verificar con la realización del marco doctrinario, especialmente con el desarrollo de los temas que hacen referencia a los Presupuestos Específicos de la Prisión Preventiva y a los Requisitos subjetivos de la Prisión Preventiva e insuficiencia jurídica en el Código Orgánico Integral Penal. Sobre todo pude verificar este objetivo en el desarrollo de la investigación de campo, pues en la mayoría de las preguntas de las encuestas y de las entrevistas, se hace un análisis sobre

la deficiencia jurídica que se presenta el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal (*y la normativa del anterior Código de Procedimiento Penal*), específicamente en lo que se refiere a la falta de requisitos o elementos subjetivos. En otras palabras, se demostró el cumplimiento del objetivo general, ya que mediante el análisis efectuado a la medida cautelar penal en comento, se logró determinar que la Ley solamente contempla requisitos de carácter objetivo que hacen referencia a los hechos y a las evidencias presentadas por la fiscalía, a la vez que se detectó un claro vacío legal en cuanto a los criterios subjetivos que deberían considerarse para adoptar esta medida de forma excepcional, como por ejemplo: el Código Orgánico Integral Penal no expresa que esta medida de carácter personal debe ser dictada en casos de excepción y cuando poderosas razones de política criminal así lo ameriten. En este sentido, considero que la prisión preventiva encuentra su ideología legítimamente en las razones de política criminal, y por lo tanto el legislador debió regular la aplicación de esta medida, advirtiendo a los Jueces de Garantías Penales cuando se quiera con dicha medida cumplir los fines que a continuación señalo:

- Cuando se quiera impedir la fuga del procesado,
- Para asegurar la presencia del acusado a juicio,
- Para asegurar las pruebas,
- Para proteger a los testigos,

- Para evitar el ocultamiento o uso del producto del delito,
- Para garantizar la ejecución de la pena,
- Para proteger al acusado de sus cómplices,
- Para proteger al criminal de las víctimas; y,
- Evitar que se consume el delito.

En fin, se logró divisar las insuficiencias más notables que han evitado la aplicación del principio constitucional de aplicación *excepcional de la prisión preventiva*, así como también se ha conseguido plantear y estudiar algunos posibles elementos de contenido subjetivo que debe el legislador tomar en cuenta para reformar e incorporar a la institución procesal de la prisión preventiva, a objeto de que se pueda evitar el abuso en la aplicación de esta medida cautelar y sus consecuencias, y de esta forma los Jueces con criterios de racionalidad y proporcionalidad, priven preventivamente a una persona cuando estrictamente sea necesario, pues creo que si no nos encontramos frente a las posibilidades anteriormente nombradas, el auto de prisión preventiva es impropio e innecesario desde el punto de vista legal y constitucional.

Objetivos Específicos:

Dentro del presente trabajo, también plantee objetivos específicos, los mismos que, a mi criterio, se han verificado por las siguientes razones:

1.- Hacer un estudio doctrinario – jurídico del instituto procesal penal de la prisión preventiva, desde la perspectiva de los Derechos Humanos en un Estado Social de Derecho, y desde el punto de vista procesal, especificando el rol que dicha medida cumple en el Procedimiento Penal.

Este objetivo se logró verificar con el estudio que se efectuó en el marco jurídico y en el marco doctrinario, en estos capítulos se realizó un análisis a la normativa internacional aplicable a la prisión preventiva, así como se clarificó el rol y la finalidad cautelar que la prisión preventiva debería cumplir dentro de un proceso penal.

2.- Analizar los elementos objetivos que fundamentan la decisión judicial en la aplicación de la prisión preventiva.

A este objetivo se lo logro verificar en la realización del marco conceptual, marco doctrinario y sobre todo en el marco jurídico, se lo consiguió confirmar mediante el análisis a los diversos preceptos jurídicos en donde constan los elementos en los cuales la función judicial deberían fundar las decisiones que priven momentáneamente la libertad a una persona de la que se presume gravemente que ha cometido una infracción penal. Durante la verificación de este objetivo se alcanzó a establecer que la prisión preventiva representa la más grave intromisión que el Estado puede ejercerse en la esfera de la libertad del individuo, toda vez que se aplica sin mediar todavía una sentencia penal en firme que la justifique, razón por la cual debe ser cuidadosamente analizada, incluso desde la

perspectiva del derecho comparado, la interpretación constitucional y la regulación específica que emana de la ley adjetiva, además, según la forma en la que se ha venido aplicando, y bajo los motivos o parámetros legales establecidos en Código Orgánico Integral Penal, se ha transformado en una especie de anticipación de pena futura e incierta. Pues hay que ser reiterativo en el hecho de que, la prisión preventiva se debe aplicar con una finalidad cautelar (que significa preventiva), pues considero que este es el único caso en que se podría justificar la privación de la libertad de un procesado. De igual manera, pude verificar este objetivo en el desarrollo de la investigación de campo, sobre todo en las preguntas primera, segunda y tercera de las encuestas efectuadas.

3.- Analizar la facultad restrictiva del sistema penal para limitar el derecho a la libertad de las personas, atento al principio de *última o extrema ratio*.

Del mismo modo, a este objetivo se lo logro verificar en la realización con el marco conceptual y marco jurídico, especialmente con el tema que hace mención al carácter restrictivo de la prisión preventiva, en donde se efectúa de manera clara un análisis sobre el límite que los Jueces de Garantías Penales tienen para privar la libertad de las personas, esto a pesar de la insuficiencia jurídica que presenta nuestra Ley en lo que tiene que ver a la prisión preventiva.

4.- Determinar, a través de un estudio estadístico de la población carcelaria, la tasa de presos sin condena, a fin de evaluar el estado

actual de la prisión preventiva en la ciudad de Loja y su incidencia socio - económica.

A este objetivo se lo logro verificar en el desarrollo dentro del marco doctrinario con el cuadro estadístico sobre el uso de la prisión preventiva en la ciudad de Loja, ahí se pudo verificar que, en efecto, existe un alto número de personas privadas preventivamente de la libertad sin que se haya una sentencia en firme que avale esa privación.

5.- Establecer los criterios o elementos subjetivos constitutivos de las decisiones jurisdiccionales privativas de la libertad.

Sin duda alguna que este objetivo que, por cierto es muy relevante para efectos de resultado del presente trabajo, se lo verificó con éxito, esto se lo hizo durante el desarrollo de la tesis en todos sus capítulos, ya que justamente ese fue el cuestionamiento que se hizo a la Ley y específicamente al Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal que regula la prisión preventiva, a la vez que se consignó algunos criterios de carácter subjetivo que creo que son necesarios que el Legislador tome en cuenta para perfeccionar el contenido del precepto que regula la aplicación de la prisión preventiva.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA

La presente tesis va enfocada a incorporar en el Código Orgánico Integral Penal en su art. 534, precepto que hacen referencia a los presupuestos o

requisitos legal que deben los Jueces de Garantías Penales a la hora de aplicar dicha medida , elementos o ciertos criterios subjetivos, a fin de que, en el marco del principio constitucional de excepcionalidad de la prisión preventiva, esta medida sea utilizada por el Estado como una herramienta que garantice la efectiva realización de la justicia y con fines nada más que cautelares (o preventivos), mas no como una especie de pena impuesta anticipadamente.

Además, el Ecuador desde su Constitución, instituye al país como un Estado social de derecho, democrático, republicano y responsable, características propias de un régimen de gobierno, que garantiza la operatividad del respeto de los derechos fundamentales y el reconocimiento a la dignidad humana. Condescendientes con esta consagración constitucional, los ecuatorianos vivimos en un país que propende a hacer efectivos los resguardos necesarios para desenvolvemos en sociedad sin injerencias arbitrarias.

En el marco de esta aseveración formal de nuestros derechos civiles, juega papel preponderante el derecho a la libertad en todas sus formas, el mismo que está establecido a nivel constitucional en el Art. 66 nuestra Constitución actual, de esta manera , la libertad del ciudadano ecuatoriano está resguardado con tanta rigor que se constituye en un valor político inconmensurable para el Estado ecuatoriano. No obstante, la práctica costumbrista de nuestro sistema penal, confirma una realidad totalmente discordante en cuanto al respeto al derecho a la

libertad de las personas. En este sentido, para nadie es ajeno ni desconocido que en nuestro país, el confinamiento preventivo es inmoderado para nuestro régimen carcelario, y el fenómeno de los encarcelados sin condena es evidentemente elevado, a tal punto de que se afirma que es la primera causa del aglomeración de las penitenciarías de nuestro país.

Y precisamente esto último es lo que preocupa, ya que las cárceles en el Ecuador no se encuentren llenas de personas declaradas culpables por la comisión de un delito, sino también de personas que se presume culpables o no se ha demostrado su responsabilidad penal en juicio. Por lo que cabe preguntar ¿Qué es lo que está sucediendo con nuestro sistema penal? ¿A quiénes estamos encarcelando?. Circunstancia que notoriamente vulnera la presunción de inocencia, derecho que también está reconocido en nuestra Constitución en su Art. 76 numeral 2 al señalar con propiedad que: “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada, esta norma sin duda es en su interpretación, el estatus jurídico del imputado o procesado hasta que no haya sentencia condenatoria firme en su contra.

Entonces, hay que reconocer que este espectro de degradación de la libertad y la presunción de inocencia como derechos constitucionales en el Ecuador es causado por el abuso secular de la prisión preventiva,

identificado con un sistema penal como el ecuatoriano que gira en torno a dictar prisión preventiva, una vez resuelto el procesamiento mediante la emanación de la instrucción fiscal, lo cual no es sino consecuencia de la ineficacia jurídica de la cual adolece el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal.

Lo plausible es establecer entonces límites normativos objetivos y sobre todo subjetivos a la solicitud de la prisión preventiva como medida cautelar de parte de Fiscales, y a su aceptación por parte de Jueces, es de importancia suprema en el actual contexto del sistema penal ecuatoriano, pues, no solo está de por medio la adecuada aplicación de una medida cautelar, sino la vigencia plena de la seguridad jurídica y el Debido Proceso mediante la observancia del principio de excepcionalidad e la prisión preventiva.

8. CONCLUSIONES

Una vez que he cumplido con el desarrollo de los pasos que tienen que seguirse en esta tesis, y debió a que he concluido la literatura del tema planteado, procedo a realizar las siguientes conclusiones

- El derecho a la libertad individual garantizada constitucionalmente encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva, la misma que no está destinada a sancionar al procesado por la comisión de un delito, (*pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria*), sino más bien la prisión preventiva es impuesta en razón de la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado o procesado a la investigación o para asegurar el cumplimiento de la pena por el delito cometido, en razón de que se sospecha que el procesado pueda fugar u obstruir el desarrollo de la investigación.
- La prisión preventiva debe ser aplicada y es legítima desde el punto de vista de la Constitución, si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada al daño provocado como consecuencia del delito y si respeta los requisitos sustanciales (objetivos y subjetivos), es decir, si hay una mínima sospecha racionalmente fundada y si se demuestra su necesidad para evitar la fuga del imputado o procesado.

- Las medidas cautelares consagradas en el Código Orgánico Integral Penal, especialmente la prisión preventiva, están dirigidas a garantizar el normal desarrollo de la investigación penal y asegurar el cumplimiento efectivo de la parte dispositiva de la sentencia condenatoria, de lo cual surge la conveniencia de adoptarla judicialmente, y por lo tanto, en ciertos casos es admisible aplicarla.
- El principio de presunción de inocencia consagra un estado jurídico, y no una presunción legal, el imputado es inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, y aquello no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción de participación delictual capaz de justificar la aplicación de medidas cautelares, entre ellas, la prisión preventiva.
- El principio de presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, como asimismo aplicando los principios de adecuación y proporcionalidad de ellas, así como también observando los presupuestos objetivos y subjetivos para su procedencia.
- La falta de regulación estricta en cuanto a los presupuestos por los que debiera proceder la prisión preventiva ha traído como

consecuencia y la violación del principio de excepcionalidad en la aplicación de esta medida, ha conllevado a que la medida en cuestión en Ecuador sufra una sistemática desnaturalización, pasando a convertirse de una medida cautelar a un instrumento de penalización anticipada.

- La fundamentación o motivación de las resoluciones es una garantía básica del debido proceso comprendida en el derecho a la defensa, recogida como un derecho Constitucional, de esta manera ,la suficiencia y la razonabilidad de la motivación derivarán de la ponderación de los intereses en juego (*la libertad de una persona cuya presunción se presume por un lado, la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro*) a partir de la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines, es por ello que deberían tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado, es decir los elementos subjetivos, los cuales no están consagrados de forma textual en nuestro Código.

- La prisión preventiva una medida que afecta un derecho fundamental, el derecho a la libertad, debe constituir una medida de última ratio (*cuando no haya otra medida que garantice los fines de la justicia*), que sólo debe aplicarse ante circunstancias plenamente justificadas y bajo los presupuestos estrictamente regulados en el Código Orgánico Integral Penal.
- El instituto jurídico de la prisión preventiva se encuentra escasamente condicionado en cuanto a los elementos subjetivos, ya que se limita a expresar solamente elementos objetivos relacionados con los hechos materia de investigación.

9. RECOMENDACIONES

- Que se implementen mecanismos de evaluación objetiva y subjetiva de la prisión preventiva, a fin de evaluar la necesidad de cautela para asegurar mayor y mejor información para la adopción de la medida cautelar a aplicarse.
- Que para el diseño de los mecanismos antes referidos, se cuente con la participación de distintos actores estatales e instituciones encargadas del sistema de justicia penal, y con herramientas comunicativas avanzadas que permitan una buena comprensión por parte de la comunidad de sus objetivos.
- Que se considere por parte de los operadores de justicia a la privación de libertad como medida cautelar es excepcional, y que se la aplique cuando, además de que se presentan los supuestos materiales (elementos objetivos), también se presente un riesgo razonable que indica la necesidad de cautela del proceso de acuerdo con los fines legítimos establecidos (elementos subjetivos).
- Que se implementen jornadas de capacitación como parte de la labor de los operadores de la justicia penal (*jueces, fiscales y defensores públicos y privados*), en el que se abordarán temas relacionados al significado y los beneficios de la aplicación y observancia del principio excepcionalidad de la prisión preventiva.

- Que dentro de la actividad investigativa de los fiscales, y en cumplimiento su obligación de investigar integralmente, recauden los elementos de convicción exculpatorios tendientes a demostrar la existencia de criterios subjetivos, a fin de que, de ser el caso, solicitar medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, con la finalidad de velar por el garantismo penal y del derecho penal mínimo, principios que constitucionalmente son de obligatorio acatamiento por parte de los actores del Sistema Penal.
- Que cuando sea necesario aplicar la prisión preventiva, los Jueces de Garantías Penales también fundamenten o motiven dicha decisión observando las exigencias establecidas en la Constitución, Tratados Internacionales de derechos humanos.
- Que quienes nos desempeñemos como abogados defensores (*públicos o privados*), exijamos la aplicación de principio constitucional de excepcionalidad de la prisión preventiva, toda vez que es un principio operativo y de inmediata aplicación, y además por que las autoridades están en la obligación de aplicarlo como forma de manifestación penal frente a las conductas delictivas.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República en su artículo Art. 1 establece que “el Ecuador es un Estado **constitucional de derechos y justicia**, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

QUE, el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República señala que: “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; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley”.

QUE, es deber de los Jueces y demás actores de sistema penal velar por el cumplimiento del principio de ultima ratio, propio del derecho penal garantista que consagra nuestra Carta Fundamental, y que tiene como finalidad buscar en lo mínimo afectar el derecho de las personas.

QUE, la legislación procesal penal ecuatoriana, incluso el nuevo Código Orgánico Integral Penal no guarda armonía con el principio de excepcionalidad de la prisión contenido en nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sobre todo en Art. 534 del referido Código, en donde no se incluyen elementos o presupuestos subjetivos para la procedencia de la prisión preventiva

QUE, es indispensable que el Juez cuente con criterios subjetivos, a fin de que pueda evaluar de mejor manera la necesidad de aplicar la prisión preventiva, para con ello evitar la arbitrariedad y el uso exagerado de esta medida que afecta al derecho a la libertad.

QUE, la Constitución de la República contiene normas expresas que no deben ser inobservadas por leyes punitivas secundarias que contradigan derechos y principios, por lo que, se hace imperativamente necesario e indispensable una modificación de la normativa adjetiva, específicamente las normas que regulan la institución de la prisión preventiva, a fin de que esta se correspondan con el contenido normativo de la Constitución de la República.

En uso de las facultades y atribuciones contenidas en el Art. 14 Sección Segunda, Art.72 Capítulo Séptimo, Art. 11 y Art 397 de la Constitución de la República del Ecuador expide el siguiente:

INCORPORESE: a continuación del Art. 534 lo siguiente:

El Juez de Garantías Penales, deberá justificar motivadamente que, a más de cumplirse con los requisitos objetivos a los que hace referencia este artículo, la decisión de aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, obedece a un o más de las siguientes finalidades:

1. Impedir la fuga del procesado,
2. Asegurar la presencia del acusado a juicio,
3. Asegurar las pruebas,
4. Proteger a los testigos,
5. Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito,
6. Garantizar la ejecución de la pena,
7. Proteger al acusado de sus cómplices,
8. Proteger al criminal de las víctimas; y,
9. Evitar que se consuma el delito.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A., 2009, p. 127 y ss
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Tomo VI, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, pág. 420.
- Walter Guerrero Vivanco, *Los Sistemas Procesales Penales*, Editorial Pudeleco, Quito Ecuador, 2002, p. 334.
- Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso*, Editorial Edina, Tomo III, Guayaquil Ecuador, 2004, p. 220.
- HERNÁNDEZ GOMEZ, Isabel. *PRISIÓN PROVISIONAL Y GARANTÍAS*, REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS. Pág. 43.
- GARCÍA FALCONI, José Carlos, “EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR” Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, año 2012 Pág. 12
- RENNA D. Carlos. *Derechos Humanos y libertad ambulatoria*, año 2013. Pág. 2.
- MORENO CATENA, Víctor. “Las medidas cautelares en el proceso penal. La detención” En: *derecho*
- *Procesal Penal*, T. II, Vicente Gimeno Sendra, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, p.381.
- *DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO*, 1789*, Legislación activa, Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.
- Zaffaroni Eugenio Raúl. *Proceso Penal y Derechos Humanos: códigos, principios y realidad, en el proceso penal, sistema penal y derechos humanos*. México, Porrúa. 2000.

- Luiji Ferrajoli, “*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*”, Madrid España, Editorial Trotta, Sexta Edición, 2004, pp. 549, 550 y 551.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, José Antonio, “LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DE CARÁCTER EXCEPCIONAL EN EL ECUADOR”. QUITO, ABRIL DEL 2011 Pág. XVII
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *SOBRE LOS SUSTITUTIVOS DE LA PRISION PREVENTIVA*. Guayaquil- Ecuador, año 2004. Pág. 3.
- INFORME SOBRE EL USO DE LA PRSIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS, Comisión interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/13 30 diciembre 2013. Original: Español, año 2013, Pág. 8.
- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 [1986]
- REYES ALVARADO, Víctor Raúl. “Las medidas de coerción procesal personal en el NCPP del 2004”. En: *Actualidad Jurídica* N° 163. Gaceta Jurídica. 2007. P. 183.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Juan. “Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Pág. 389.
- BINDER M. Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Ad Hoc S.R.L. Abril, 1993. Pág. 198.
- FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón”, teoría del garantismo penal”. Editorial Trota. 1995. Págs. 555 a 559.
- MORENO CATENA, Víctor. “Las medidas cautelares en el proceso penal. La detención” En: *derecho Procesal Penal*, T. II, Vicente Gimeno Sendra, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, p.381.

- La violación del principio de inocencia avanza con la duración de proceso, Zaffaroni/Alagia/Slokar. Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, ed. Ediar. Bs As, 2002, pág.859.
- Vid. BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal”. En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. pp. pp. 513-514.
- ASECIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Civitas, Madrid, 1987, p. 104.
- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Trad. de la 25va. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 260.
- En: <http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta>

11. ANEXOS

ANEXO 1

TEMA

“ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”

PROBLEMA

A partir de la llegada al poder del actual Gobierno, se han venido dando cambios radicales, profundos y estructurales al sistema jurídico del Ecuador, es así, que en la actualidad se ha implementado un régimen institucional delineado por normas de rango constitucional encaminadas principalmente al respeto y prevalencia de los derechos humanos; pues el Artículo 1 de la Constitución en vigencia establece que actualmente nuestro país es un *Estado de constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*. Así mismo ciertas normas de la misma Constitución definen de forma muy categórica el debido proceso, a la vez que se consigna de manera imperativa la obligación de toda autoridad, sea esta judicial o no judicial, de aplicar preferentemente la Constitución frente a cualquier norma infra – legal que la contradiga; pues a diferencia de las cartas políticas antecesoras en las que los preceptos que hacían referencia a los derechos fundamentales de las personas no eran sino meros contenidos

programáticos, hoy por hoy constituyen normas jurídicas operativas, es decir, directamente invocables y aplicables en cualquier asunto sometido a conocimiento de los jueces.

En este contexto, y ya para referirnos al procedimiento penal y específicamente a la institución jurídica de la prisión preventiva, es importante señalar primeramente que existe una norma constitucional que sugiere la aplicación excepcional del encarcelamiento previo, es decir, que dicha medida debe siempre ser interpretada de forma restrictiva. No obstante, también hay que mencionar que entre la normativa suprema y los preceptos que regulan el procedimiento penal, existe una marcada discordancia, toda vez que en la actualidad no se garantiza la aplicación excepcional de la Prisión Preventiva según el Art. 77 de numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que en la Ley Adjetiva Penal si bien contiene requisitos objetivos que permitan la aplicación de alguna medida cautelar, no se establecen de forma expresa y puntual las razones subjetivas que orienten al Juez a adoptar la decisión de encarcelar o no preventivamente a una persona, cuando se presume que la misma ha cometido un delito.

En este orden de ideas, no está por demás hacer énfasis en el hecho de que todavía hay rasgos yux positivistas en el sistema de justicia penal ecuatoriano; es decir que existen jueces que aun creen que el ordenamiento jurídico de menor jerarquía que la Constitución es aplicable aun cuando no esté en armonía con la misma, y para ello es imperiosa la

necesidad de reformar algunas normas cuyo contenido jurídico no se adapta a la norma supra – legal a efectos de que, en el marco del respeto de los derechos que tienen los penalmente procesados, se puedan aplicar medidas de aseguramiento privativas o no de la libertad.

Con estos antecedentes, el presente trabajo investigativo pretende aportar con criterios que permitan de alguna forma guiar a los funcionarios judiciales en la toma de decisiones que limiten derechos de las personas, pues a juicio del investigador el problema radica en que la Constitución y el Código Adjetivo Penal no se corresponden en cuanto a la restricción de la libertad y a la forma en que debe hacerse en los supuestos casos de excepción, esto debido a la falta de elementos subjetivos en el Código de Procedimiento Penal.

OBJETIVO GENERAL:

- Evaluar el fin de la prisión preventiva en los delitos de acción pública, a partir de la identificación de las deficiencias más relevantes que impidan garantizar el empleo *excepcional* de dicha medida, con vistas a formular elementos de contenido subjetivo que contribuyan a utilizar la prisión preventiva con criterios de racionalidad y proporcionalidad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Hacer un estudio doctrinario – jurídico del instituto procesal penal de la prisión preventiva, desde la perspectiva de los Derechos Humanos en un Estado Social de Derecho, y desde el punto de

vista procesal, especificando el rol que dicha medida cumple en Procedimiento Penal.

2. Analizar los elementos objetivos que fundamentan la decisión judicial en la aplicación de la prisión preventiva.
3. Analizar la facultad restrictiva del sistema penal para limitar el derecho a la libertad de las personas, atento al principio de *última o extrema ratio*.
4. Determinar, a través de un estudio estadístico de la población carcelaria, la tasa de presos sin condena, a fin de evaluar el estado actual de la prisión preventiva en la ciudad de Loja y su incidencia socio - económica.
5. Establecer los criterios o elementos subjetivos constitutivos de las decisiones jurisdiccionales privativas de la libertad.

METODOLOGÍA

Métodos

El desarrollo del presente trabajo investigativo se basará en un estudio analítico de las corrientes del pensamiento que actualmente existen respecto de la excepcionalidad constitucional de la prisión preventiva, para ello y en primera instancia se recurrirá como método totalizador al **método científico** que consiste en la formulación de cuestiones de la realidad, basándose en observaciones de la misma y en las teorías existentes, en anticipar soluciones al problema y en contrastarlo con la

misma realidad, mediante la observación de los hechos su clasificación y su análisis.

Como métodos específicos se utilizarán: el método analítico el cual recurre a la teoría existente respecto del tema y su respectiva descomposición en las partes. Se utilizará también el método sintético para de las consideraciones particulares respecto de la procedencia de la privación de la libertad sintetizar las aseveraciones generales para con ello inferir los elementos subjetivos que carece actualmente la Ley Adjetiva Penal del Ecuador.

En referencia al objetivo específico N° 4 del presente proyecto se utilizará el método estadístico para indagar la población carcelaria con sus respectivas estadísticas y la incidencia social actual.

Técnicas

Mediante la observación y verificación de los hechos, comprobando y valorando los resultados a través de técnicas de recolección de información primaria como entrevistas, encuestas y la observación, ayudados de recursos operativos y funcionales dispuestos para la interpretación y comprensión.

Se aplicarán las técnicas de investigación bibliográfica que ayudarán a recoger la información existente en libros, revistas, tesis, folletos y sobretodo de links (los eslabones) por Internet para construir el marco

teórico necesario que facilitará la fundamentación de todo el proceso investigativo.

Se utilizará además la encuesta a Abogados en libre ejercicio respecto de los casos que han atendido en cuanto a prisión preventiva.

Se aplicarán entrevistas a Magistrados y Jueces de la Corte Provincial de Justicia con el afán de recabar la percepción de quienes actualmente están encargados de la administración de la justicia en cuanto a lo penal se refiere.

Procedimientos

Se sistematizará la información utilizando los siguientes procedimientos:

- ♦ Se recurrirá primeramente a la doctrina existente respecto de la privación de la libertad de las personas como derecho constitucional.
- ♦ A continuación y con la ayuda teórica de tratadistas al respecto se armará el análisis respectivo respecto de la temática.
- ♦ Se requerirá también hacer investigación de campo en los tribunales penales de la Corte Provincial de Loja, los Centros de rehabilitación con el fin de recolectar información de campo.
- ♦ A continuación y con la ayuda de jurisprudencia al respecto, nacional e internacionalmente se recurrirá a la determinación de los elementos subjetivos para finalmente elaborar la Propuesta Doctrinaria.

ANEXO 2

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

Encuesta a profesionales en libre ejercicio

Señor (a), la manera más comedida le solicito que se sirva contestar la presente encuesta con la mayor veracidad del caso, la finalidad es recopilar información sobre un importante trabajo investigativo, intitulado **“ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”**, la que me servirá para la elaboración de mi Tesis de Abogado, por lo que desde ya le anticipo mis más sinceros agradecimientos.

1. ¿Cree Ud., que los elementos objetivos contenidos dentro del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, son suficientes para que el Juez de Garantías Penales decida aplicar la prisión preventiva a una persona?

Indique.....
.....

2. ¿Cree Ud., que el principio constitucional de excepcionalidad de la prisión preventiva, puede ser aplicado en su verdadera dimensión, solamente tomado en cuenta únicamente con los requisitos establecidos en el Art. 534 de del Código Orgánico Integral Penal?

Indique.....
.....

3. ¿Considera Ud., que están debidamente regulados los requisitos necesarios para la procedencia de la medida cautelar de la prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal?

SI ()

NO ()

Indique.....

.....

4. ¿Cree Ud., que la prisión preventiva como medida cautelar que garantiza la comparecencia del imputado al proceso penal, debe dictarse tomando solo en cuenta la gravedad del delito y las evidencias recabadas?

SI ()

NO ()

Explique.....

.....

5.- ¿Considera Ud., que, en ciertos es la necesaria la prolongación de la medida cautelar de la prisión preventiva para evitar la caducidad de dicha medida?

SI ()

NO ()

Explique.....

.....

6.- ¿Cree Ud., que la ausencia de los elementos subjetivos para la aplicación de la prisión preventiva, deja un amplio campo para la arbitrariedad por parte de los Jueces de Garantías Penales?

Si ()

NO ()

Fundamente:.....
.....

7.- ¿Considera Ud., que los Jueces de Garantías Penales vulneran el principio de aplicación prioritaria de las medidas alternativas a la prisión preventiva debido a la falta de presupuestos subjetivos para la procedencia de la prisión preventiva?

SI ()

NO ()

Porque?.....

GRACIAS POR SU COLABORACION

ANEXO 3

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ENTREVISTA

Señor (a) Funcionario Público del Ministerio del Ambiente díguese contestar o responder las preguntas relacionadas al título “**ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**”, cuyo resultados me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Abogado, antelando mis más sinceros agradecimientos por su colaboración.

1. **¿Cree Usted que la medida cautelar de la prisión preventiva, constituye el instituto procesal con mayor capacidad lesiva para los Derechos Humanos. ??**

SI ()

NO()

Porqué?.....

2. **¿Considera Ud., que la incorporación y la constancia expresa de los presupuestos subjetivos de la prisión preventiva, ayudaría de mejor forma para que la prisión preventiva sea aplicada respetando los parámetros de: excepcionalidad, provisionalidad, idoneidad, proporcionalidad y plazo razonable?**

SI ()

NO()

Porqué?.....

- 3. ¿Cree Usted que la técnica de sustanciación y resolución a través de audiencias orales, públicas y contradictorias, resulta suficiente para racionalizar el uso de las medidas cautelares, en especial de la prisión preventiva?**

SI ()

NO()

Porqué?.....

- 4. ¿Considera Ud., que el uso indiscriminado y no excepcional de la prisión preventiva desnaturaliza los presupuestos procesales de esta medida cautelar?**

SI ()

NO()

Porqué?.....

GRACIAS POR SU COLABORACION

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	10
5. MATERIALES Y MÉTODOS	76
6. RESULTADOS.....	80
7. DISCUSIÓN	105
8. CONCLUSIONES	116
9. RECOMENDACIONES	120
9.1. Propuesta de reforma	122
10. BIBLIOGRAFÍA	125
11. ANEXOS.....	128
ÍNDICE.....	139