



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADOS

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA FRENTE AL
PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA Y EL DERECHO A LA
LIBERTAD. UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE ECUADOR Y CHILE**

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho
Mención Derecho Constitucional.

Autor: Geovanny Rafael Espín
Moncayo

Tutor: Ab. Mg. Diana Maricela
Bermúdez Santana

AMBATO – ECUADOR

2021

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, Geovanny Rafael Espín Moncayo, declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre “La aplicación de la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad. Un Estudio comparado entre Ecuador y Chile”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Mención Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Ambato, a los 17 días del mes de julio del año 2021, firmo conforme:

Autor: Geovanny Rafael Espín Moncayo

Firma:

Número de Cédula: 1803447661

Dirección: Tungurahua, Ambato, Huachi Chico.

Correo Electrónico: gresmo38@gmail.com

Teléfono: 0995824443 – 032- 824-466

**GEOVANNY
RAFAEL ESPIN
MONCAYO**  Firmado digitalmente
por GEOVANNY RAFAEL
ESPIN MONCAYO
Fecha: 2021.08.09
21:42:40 -05'00'

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación **“LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA FRENTE AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD. UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE ECUADOR Y CHILE”** presentado por Geovanny Rafael Espín Moncayo, para optar por el Título Magister en Derecho mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Ambato, 17 de julio del 2021

.....

Ab. Diana Maricela Bermúdez Santana, Mg.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho mención Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Ambato, 17 de julio del 2021

**GEOVANNY
RAFAEL ESPIN
MONCAYO** Firmado digitalmente
por GEOVANNY RAFAEL
ESPIN MONCAYO
Fecha: 2021.08.09
21:42:40 -05'00'

.....

Geovanny Rafael Espín Moncayo

1803447661

APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El trabajo de Titulación ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: **“LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA FRENTE AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD. UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE ECUADOR Y CHILE”**, previo a la obtención del Título de Magister en Derecho mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Ambato, 17 de Julio de 2021

Digitally signed by

DANNY XAVIER SANCHEZ OVIEDO

0502905268

EC.....

Abg. Danny Xavier Sánchez Oviedo, Mg.

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

.....

Ab. Martha Alejandra Morales Navarrete, Mg.

EXAMINADORA

.....

Ab. Diana Maricela Bermúdez Santana, Mg.

DIRECTORA

DEDICATORIA

Para llegar a este punto, he tenido que recorrer un largo camino, superar muchos obstáculos, perder batallas, pero con la satisfacción de lograr un triunfo más en mi vida

A mis padres, Galo Espín Villacrés y Zoila Moncayo Mora, pilar fundamental para poder alcanzar y lograr esta meta, los amo mucho.

A mis hijos, Gabriel, Rafael, Salome, Gissel y Romina Espín, todo este esfuerzo es y será siempre por y para Ustedes.

A mi hermano Galo, y familia que, a pesar de la distancia, siempre han estado junto a mí.

Finalmente, a mi querida Estefanía Haro, te quiero como una hija más, gracias por tu apoyo en este proyecto.

AGRADECIMIENTO

Agradecerle a Dios, primeramente, con su infinito amor y misericordia, me ha guiado en este nuevo reto, el cual se pudo culminar exitosamente.

A mi tutora Dra. Diana Bermúdez y Dra. Victoria Molina, por saber impartir sus conocimientos y poder plasmarlos en esta tesis.

A todos mis amigos de MADEC 2, en especial a, Dayana, George y Anita, que me han apoyado y juntos hemos conseguido plasmar una bonita amistad

ÍNDICE DE CONTENIDOS

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	1
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	2
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	3
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL.....	4
DEDICATORIA.....	5
AGRADECIMIENTO.....	6
RESUMEN EJECUTIVO.....	9
ABSTRACT.....	11
INTRODUCCIÓN.....	13
Tema de Investigación.....	15
Planteamientos del Problema:.....	16
Objetivo Central.....	16
Objetivos Secundarios.....	16
Justificación.....	17
Descripción del caso objeto de estudio.....	19
Metodología a ser empleada.....	20
CAPÍTULO I.....	21
MARCO TEÓRICO.....	21
La prisión preventiva.....	21
1.1.1. Antecedentes históricos de la prisión preventiva.....	21
1.1.2. Conceptos y definiciones.....	24
Concepto de Medidas cautelares.....	24
Clasificación de Medidas Cautelares.....	27
Medidas Cautelares Reales.....	27
Medidas Cautelares Personales.....	27
1.1.3. La prisión preventiva en el Ecuador.....	28
Concepto de Prisión Preventiva.....	28
1.1.4 Derecho a la libertad personal.....	32
1.1.5 Derecho a la presunción de inocencia.....	34

1.1.5	Las medidas no privativas de libertad	37
1.1.6	La excepcionalidad de la prisión preventiva como medida ultima ratio 42	
	Principio de mínima intervención penal.....	44
	Principio de motivación.....	45
	Principio de proporcionalidad.....	46
	Principio de inocencia.....	47
CAPITULO II.....		47
1.2	La prisión preventiva, su normativa en Ecuador y Chile	47
1.2.3	Definiciones Doctrinarias en la Normativa Chilena.....	49
1.2.3	El derecho a la libertad en la normativa chilena.....	53
1.2.2	El derecho de presunción de inocencia en la normativa chilena.....	54
1.2.3	Semejanzas de la aplicación de la prisión preventiva entre Ecuador y Chile	55
1.2.4	Diferencias en la aplicación de la prisión preventiva en Ecuador y Chile	57
1.2.5	Comentario crítico jurídico.....	58
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		60
BIBLIOGRAFÍA.....		62

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCION DE POSGRAGO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA: LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA FRENTE AL
PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA Y EL DERECHO A LA
LIBERTAD. UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE ECUADOR Y CHILE**

AUTOR: Geovanny Rafael Espín Moncayo

TUTOR: Mg. Diana Bermúdez Santana

RESUMEN EJECUTIVO

La aplicación de la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad, realizando un estudio comparativo entre Ecuador y Chile, se puede diferenciar su aplicación e inclusive sus consecuencias colaterales; uno de los objetivos es el de establecer la forma de aplicación de esta medida de carácter excepcional, la cual, como toda medida restrictiva de la libertad, debe cumplir ciertos requisitos que son de carácter obligatorio; empleando para aquello la metodología comparativa y a la vez sociológica, con el fin de establecer el grado de vulnerabilidad del principio de presunción de inocencia y de libertad al momento de dictarse la prisión preventiva por parte de los operadores de justicia. A su vez, se debe establecer que esta medida, que pone límites a la libertad debe ser tratada como una medida agresiva, es decir de última ratio, o de última instancia, de carácter excepcional, la cual, una vez comparada con las leyes de la República de Chile se obtiene resultados satisfactorios, respecto a la aplicabilidad, misma que es fundamentada y aplicada de manera correcta y no simplemente enunciando sus requisitos. Además, se pretende dar las herramientas necesarias al juez para que, al momento de impartir justicia, lo haga de una manera motivada tanto en derecho como a la realidad social de cada caso en particular, teniendo como premisa que la prisión preventiva puede y debe ser sustituida por una medida no privativa de libertad en determinados delitos, que no sean de alarma social o de carácter sexual, conforme la realidad socioeconómica del procesado. Finalmente, se pretende aportar a la administración de justicia, al Consejo de la Judicatura, jueces, fiscales,

defensores públicos y particulares para recuperar esa seguridad jurídica y al mismo tiempo garantizar y respetar los derechos de la víctima.

DESCRIPTORES: Arraigo, Derecho a la libertad, Medida Excepcional, Prisión Preventiva

.....
Ab. Diana Maricela Bermúdez Santana, Mg.

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCION DE POSGRAGO
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**THEME: THE APPLICATION OF PRETRIAL DETENTION AGAINST
THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE RIGHT
TO FREEDOM. A COMPARATIVE STUDY BETWEEN ECUADOR AND
CHILE**

AUTOR: Geovanny Rafael Espín Moncayo

TUTOR: Mg. Diana Bermudez Santana

ABSTRACT

The application of pretrial detention against the principle of presumption of innocence and the right to freedom a comparative study between Ecuador and Chile, its application, and even its collateral consequences can be differentiated. One of the objectives is to establish the form of application of this exceptional measure. Like any measure restricting freedom, it must meet certain requirements that are mandatory, using for that the comparative and at the same time sociological methodology. In order to establish the degree of vulnerability of the principle of presumption of innocence and freedom at the time of pretrial detention by justice operators. At the same time, it must be established that this measure limits freedom. It should be treated as an aggressive measure of the last ratio or of last resort of an exceptional nature. It was compared with the laws of the Republic of Chile, satisfactory results are obtained regarding the applicability, which is well-founded and applied correctly and not simply by stating its requirements. In addition, it is intended to give the necessary tools to the judge at the time of imparting justice, so both in law and the social reality of each particular case. Taking as a premise that preventive detention can and should be replaced by a non-custodial measure in certain crimes, which are not of social alarm or of a sexual nature, according to the socio-economic reality of the accused. Finally, it is intended to contribute to the administration of justice, the Judicial Council, judges, prosecutors, public

defenders, and individuals to recover that legal security and at the same time guarantee and respect the rights of the victim.

KEYWORDS: one-off measure, pretrial detention, right to freedom, root.

INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva surge como un mecanismo contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para garantizar que comparezca el procesado a juicio. Esta garantía, si bien, no es la principal medida a que recurrir pues, existen varias medidas no privativas de la libertad y cumplen con un objetivo semejante. De tal modo: El artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, establece 5 medidas distintas y prioritarias no restrictivas de libertad, distintas a la aplicación de la prisión preventiva, entre ellas está la estipulada en el artículo 523 Ibid., prohibición de ausentarse del país, la cual consiste en que fiscalía, solicita al juzgador que la persona procesada pueda ausentarse del país, debiendo remitir atento oficio a la sub jefatura de migración; la estipulada en el artículo 524 del Código Orgánico Integral Penal, consiste en la obligación que tiene la persona procesada de presentarse periódicamente ante el juez que la establezca, pudiendo ser esta presentación en cualquier entidad o institución. La persona, o funcionario encargado de esta presentación, debe informar al juez de manera inmediata si el procesado incumple lo ordenado.

El arresto domiciliario, el cual lo encontramos en el artículo 525 del Código Orgánico Integral Penal, se trata de que la persona procesada mientras se ventila su proceso en las instancias pertinentes guardará arresto en su domicilio, con vigilancia policial, no necesariamente de forma permanente, pudiendo ser de forma periódica, el mencionado código, manifiesta que de forma obligatoria se dispondrá el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica, aunque en la práctica no se lo aplique por la insuficiencia de éste, el cual está monitoreado por el sistema integrado de seguridad 911. Este dispositivo de vigilancia detecta la localización de una persona a distancia, es una medida alternativa a la prisión preventiva. Finalmente, la detención, medida que puede ser adoptada inclusive en fase pre – procesal de Investigación Previa, la cual no podrá exceder de 24 horas, cuando fiscalía requiera la comparecencia de determinada persona al proceso, la cual es sospechosa en una investigación, podrá solicitar la medida de detención, con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos; la encontramos en el artículo 530 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, la prisión preventiva se está

utilizando como única medida dentro de los procesos penales y se está priorizado sobre las demás, haciendo parecer que solamente esta medida garantiza la comparecencia del inculcado al proceso.

¿El estado debe priorizar el uso de las medidas no privativas de libertad con relación a la aplicación de la prisión preventiva? El Estado debería encontrar una solución a la problemática de aplicación de la prisión preventiva, pero, al contrario, no da solución a este tema de vital importancia, con ello se empieza a crear un caos jurídico, no solo el hacinamiento carcelario que en nuestro país, por su negligencia y falta de control ha tenido resultados letales, sino también el aspecto socioeconómico y el hecho de que muchos procesos penales no llegan ni siquiera a una etapa de juicio, constituyéndose una pérdida económica y de recursos para el Estado.

Este tema, debe ser tratado desde un punto de vista legal, considerando el principio de proporcionalidad, ya que, la prisión preventiva dentro de un proceso judicial crea incertidumbre, crea inestabilidad social, por cuanto se afecta también a la familia de la persona que ha perdido su derecho ambulatorio, en una sociedad, estigmatizada de los encabezados de los periódicos, en los cuales prácticamente ya declaran la culpabilidad de una persona Constitucionalmente inocente hasta que no exista sentencia ejecutoriada en su contra.

La falta de aplicación de una medida no privativa de libertad vulnera el principio constitucional de presunción de inocencia y derecho a la libertad, tanto más, que son de carácter prioritarias su aplicabilidad, ubicando en último lugar a la agresiva medida de prisión preventiva, por ser ésta muy lesiva, ya que, jurídicamente las otras medidas alternativas a la privativa de libertad definitivamente cumplen su rol, inmediación y evitar impunidad.

Esta indagación se estructura con el siguiente orden:

El capítulo I identifica las definiciones, marco conceptual e identificación de la prisión preventiva y demás medidas cautelares. En el capítulo II se desarrolló un estudio comparado complejo del que se pudo abstraer las principales semejanzas y

diferencias entre el ordenamiento jurídico de Ecuador y Chile. Finalmente, se presentan las conclusiones.

Tema de Indagación

La aplicación de la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad. Un estudio comparado entre Ecuador y Chile

Estado del arte, marco conceptual y normativa jurídica.

Amnistía Internacional “Injusticia e Impunidad. Deficiencias en el sistema de justicia penal mexicano”. Editorial Amnistía Internacional 2007. En esta obra los autores abordan el abuso contra los derechos humanos y una urgente reforma para garantizar todo tipo de derechos.

Pérez Cursi, Juan Ignacio “La medida cautelar restrictiva de la libertad en el derecho internacional de los derechos humanos. Revista de Investigación Jurídica. IUS. 01(2), 2011” En esta obra el autor aborda la prisión preventiva como medida cautelar excepcional la cual no solo trae consecuencias de carácter legal sino familiar cuando se la aplica como la regla y no como la excepción.

López, Garelli Mario “Derecho a la libertad personal y al debido proceso: algunos casos recientes en el sistema interamericano de derechos humanos” Red Ius et Praxis 2006. En esta obra el autor aborda como los tratados internacionales garantizan el derecho a la libertad y propone una mejora en su aplicación.

Nogueira, Alcalá Humberto “El derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno” Red Ius et Praxis 2006. En esta obra el autor aborda los derechos de los individuos encarcelados, para que sea cumplidos como también respetados.

Garrido, Falla Fernando "Conflictos jurisdiccionales. Revista de Administración Pública, núm 014" CEPC-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1954. En esta obra el autor aborda casos judiciales dando su criterio y posibles soluciones.

Serrano, Gómez Alfonso “Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación” Dykinson 2017. En esta obra el autor aborda el comportamiento de internos con prisión permanente y sus posibles reacciones

Cuerda, Riezu Antonio “La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: porque son inconstitucionales en España” Editorial Atelier 2011. En esta obra el autor aborda dos aspectos de las penas privativas de la libertad sean de carácter permanente o en algunos casos demasiadas extensas lo cual en España es violatorio a la constitución.

Zapatero, Luis Arroyo “Contra la cadena perpetua” Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha 2016. En esta obra su autor aborda una clara contraposición en la aplicación de la cadena perpetua como sanción para determinados delitos.

Sagués, Nestor Pedro “Libertad Personal, seguridad individual y debido proceso en Argentina” Red Ius et Praxis 2006. En esta obra el autor aborda el encarcelamiento desde un ámbito de las garantías del debido proceso.

Adato, Green Victoria “Derechos de los detenidos y sujetos a proceso” Instituto Politécnico Nacional 2004. En esta obra el autor aborda que a pesar de estar privado de la libertad se debe respetar los derechos de las personas.

Planteamientos del Problema:

¿Cómo se aborda la aplicación de la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia y derecho de la libertad en Ecuador y Chile?

Objetivo Central

Analizar cómo se aborda la aplicación de la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad en Ecuador y Chile.

Objetivos Secundarios

Conocer en que consiste la prisión preventiva en Ecuador y Chile

Determinar el grado de afectación que implica la ejecución de la prisión preventiva en Ecuador y Chile

Justificación

Se considera esencial el trabajo investigativo del tema tratado gracias a la realidad jurídica que el país atraviesa, pues en la historia la aplicación y el uso de la prisión preventiva siempre ha sido de carácter excepcional, es decir de ultima ratio.

El uso en ciertos casos excesivo y porque no decirlo discriminatorio de la prisión preventiva, no solo ha provocado hacinamiento carcelario, sino que en algunos casos se ha detectado falta de proporcionalidad en su aplicación. Por ejemplo, el simple hecho de que se encuentren unidos los requerimientos de la cláusula 534 del Código Orgánico Integral Penal que menciona: 1. Componentes de convencimiento suficiente sobre si el titular de la acción penal tiene o no en su poder un caso solido que le permita avanzar a las siguientes etapas, y los más importante si puede demostrar que se trata de una infracción de ejercicio público de la acción. 2. No solo es necesario la presunción de existencia de un posible delito, sino que una persona haya actuado en calidad sea de autor o cómplice, claro está, deben de existir fuertes elementos jurídicos, mas no solo meros indicios, ya que esto obstaculizaría la aplicación de la prisión preventiva 3. Existe medidas no privativas de libertad las cuales una por una el señor fiscal debe motivar y demostrar su no procedencia, no solo con el simple hecho de mencionaras, sino con documentos constantes dentro del proceso. 4. El tipo penal que se pesquisa obligatoriamente debe tener una sanción privativa de la libertad que supere el año (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Art. 76 numeral 7 literal l de la Constitución, menciona: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados” (Constitución

de la República del Ecuador, 2008) para dictar prisión preventiva, los operadores de justicia, deben motivar en derecho y en base a las alegaciones y documentos exhibidos ante él, del porqué de esta medida de carácter excepcional, ésta falta de motivación sin duda alguna invalida la orden de privación de libertad, para ello, el profesional del derecho puede interponer los recursos que le franquea la ley.

El tema de motivación conforme se analizará más detalladamente en lo posterior cumple con un rol de transparencia, recordemos que las audiencias son públicas, orales, es decir, el público presente en ese instante sabe del porqué el Juez toma determinada decisión u los motivos que originaron la misma, con ello se busca una justicia más diligente y transparente

Después de establecer el interés que abarca la investigación del trabajo en acción, se debe tomar en cuenta la responsabilidad de todos los ciudadanos, jueces, fiscales, abogados y otros operadores de justicia en reformar la mentalidad, para de ese modo, comprender de mejor manera la interpretación, la letra de la ley y no caer en el error jurídico.

Los favorecidos directos de esta investigación serán las personas a quienes se les deba garantizar un juicio justo, un proceso eficaz, independientemente de que se dicte o no prisión preventiva.

Beneficio Social

No solo los abogados y conocedores del derecho se verán beneficiados de esta investigación, sino que la sociedad en sí podrá conocer cuáles son sus derechos y alternativas jurídicas para que se respete su derecho a la libertad en un proceso de carácter penal.

Beneficio Académico

Los estudiantes y docentes se beneficiarán de esta herramienta que puede servir como comparación de cómo fue evolucionando la prisión preventiva y su aplicación en la legislación Chilena.

Beneficio Jurídico

Constituye una herramienta de uso para fallos judiciales, ya que será de gran ayuda en el ámbito jurídico; los abogados se beneficiarán al momento de realizar sus defensas técnicas, los fiscales ya no solicitarán excesivamente la aplicación de la prisión preventiva y los jueces tendrán mucha más coherencia en concederla o negarla.

Palabras Claves y/o Nucleares

Medida excepcional. - La detención preventiva de un individuo es una medida excepcional, de naturaleza cautelar y no sancionadora, procedente únicamente para aseverar que el procesado no frenará el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá de la acción de la justicia (Giorgio, 2015, p. 125).

Arraigo. – En materia penal, el arraigo que muestra el procesado son todas las razones que tiene para no evitar la acción de la justicia, distraer la investigación y que desincentivan a los peligros procesales. En praxis judicial se habla de varios tipos de arraigo, en los que se destacan el laboral; los lazos familiares que tiene el procesado; así como los vínculos con la comunidad, los que hacen menos probable que se abstraiga de la justicia (Giorgio, 2015, p. 125).

Prisión Preventiva. – Según el autor (Asensio Mellado, 2015) manifiesta que: “La prisión provisional como una medida cautelar, de carácter personal, que se resuelve en la privación de la libertad de un sujeto investigado y que se adopta en el seno de un proceso penal por la autoridad judicial a los efectos de garantizar fines adecuados a la Constitución y previstos expresamente por la Ley” P. 184

Derecho a la libertad. - La libertad es un derecho sagrado e imprescriptible que todos los seres humanos poseen. La libertad es la facultad de obrar según su voluntad, respetando la ley y el derecho ajeno (Ramírez Ramírez & Escandell, 2017).

Descripción del caso objeto de estudio

Para poder hablar sobre la aplicación de la prisión preventiva, es necesario entender factores no solo jurídicos, sino también los de carácter social y económicos, el entorno que rodea a la persona que se encuentra privada de su libertad y la problemática penitenciaria que se genera.

Metodología a ser empleada

El tipo de investigación que se presenta en este trabajo es de tipo jurídico dogmático, bibliográfico documental, pues a través del análisis de la doctrina, normativa jurídica, y bibliografía especializada se pretende dar solución a la problemática relativa al uso indiscriminado de la prisión preventiva y como se presenta en otros ordenamientos jurídicos.

Esta investigación utiliza el método comparativo y a la vez el método sociológico, pues parte de la identificación de la problemática social que en este caso se presenta en el hacinamiento carcelario, la vulneración del derecho a la libertad y el principio de presunción de inocencia, tras el uso indiscriminado, desproporcionado, que el operador de justicia realiza sobre la prisión preventiva. En ese mismo sentido se realiza un estudio comparado complejo, del que se obtienen las principales semejanzas y diferencias entre los regímenes jurídicos a estudiar y así presentar posibles soluciones a la problemática planteada.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

La prisión preventiva

1.1.1. Antecedentes históricos de la prisión preventiva

Para poder establecer el antecedente histórico de la prisión preventiva, hay que remitirse a la primera Constitución del Ecuador del año 1830, expedida en la Asamblea Constituyente en la ciudad de Riobamba manifiesta en su Art. 59 que, absolutamente nadie, sin que medie de por sí, una orden de la autoridad puede ser privado de su derecho a la libertad, sin embargo, se exceptúa de esta disposición las personas sorprendidas en delito flagrante, para lo cual de forma inmediata debe ser puesto a órdenes del juez competente. En el lapso de 12 horas el Juez de manera firmada y motivada deberá emitir una disposición explicando las razones de la detención y en caso de no hacerlo puede enfrentar cargos como reo de detención arbitraria.

El artículo anterior manifiesta que nadie podrá ser apresado sino por autoridad competente, desde ese punto, ya se garantizaban ciertos derechos, como la presunción de inocencia, así mismo se respeta el derecho a la libertad, así pues se manifiesta que dentro de 12 horas luego de ejecutarse el arresto, el magistrado emitirá una disposición firmada en la cual se detalla las razones de la aprehensión, cabe recalcar que no se especifica el tema de flagrancias, pero se aclara que cualquier persona si sorprende a otra cometiendo un delito, puede llevarla en presencia del juez.

(Albán, 2018) Al referirse sobre las normativas de carácter penal implementadas por los españoles, nos da a entender que en el país conviven tres fases del Derecho Penal, las cuales son: La Etapa de los aborígenes, la colonia, y de la república.

En la primera etapa, podemos apreciar que el pueblo instituyendo sus principales características, aplica normas jurídicas tradicionales, (la costumbre), o como es conocido, el derecho consuetudinario, entonces concluimos que cada tribu,

estaba normada por reglas, las cuales debían cumplirse. Posterior a la incursión inca, se complementaron en un solo régimen para todas las familias que formaban parte del imperio, las que tenían una sanción más fuerte eran las infracciones al inca, a la religión y el estado (Albán, 2018).

Al referirnos a normas penales que gobernaban entre las poblaciones que vivían en Ecuador antes de la invasión española, de igual forma se plantea semejantes conflictos con relación a un diferente suceso del período: esto es la ausencia de fuentes documentales continuas. Lo único con lo que podemos recurrir es tan sólo con la transmisión verbal, sujeta a los trances del tiempo, y con algunas evidencias o relatos de los principales conquistadores españoles, donde la perspectiva de sociedad, costumbres y de reglas nativas que no resultan viables (Albán, 2018).

En la etapa colonial las leyes penales de los pueblos incas fueron influenciadas por la conquista española, al punto de indicar que lo mismo que ocurría en Europa era perfectamente ajustable a lo que sucedía en las colonias, los procedimientos y sistemas de investigación incluían la tortura y la pena de muerte. Sobresalen los estatutos de indias, decretada en el año de mil seis cientos ochenta, por los reyes de España y consistía en agrupar las distintas normativas, las cuales tenían validez en el continente americano. (Albán, 2018).

En la administración de Vicente Rocafuerte, en la que se publicó la segunda Constitución Ecuatoriana de 1835 referente al encarcelamiento en su artículo 93, menciona que ninguna persona, podrá ser apresada, solamente podrá realizarlo el encargado y facultado por la ley, claro está, si cualquier ciudadano descubre a otro en flagrancia, cometiendo un ilícito, no es necesario orden de magistrado y debe ser llevado ante el mismo inmediatamente. El magistrado en un tiempo máximo de doce horas, por escrito y con la rúbrica respectiva, emitirá los motivos que indiquen la detención, incluyendo si puede hablar o no con sus familiares, este texto se hará conocer a los mismos. Quien llegare a desobedecer esa orden serán considerados como culpables de la detención de forma arbitraria (Constitución Política, 1835).

El apartado anterior denota el incumplimiento de principales y esenciales derechos, como la presunción de inocencia, pues el sujeto descubierto en delito

flagrante era inmediatamente arrestado, la falta de un debido proceso, sumado a esto una clara violación de los derechos humanos.

En la etapa de la república, aparecieron cuatro normativas de carácter Penal, como es la del año 1837, así también la del año 1872, posteriormente aparece la de 1906 para finalmente cerrar con la del año 1938. La normativa de carácter penal del año 1837 es de carácter procedimental, en la cual existían sanciones como la prisión en viviendas para trabajo, el encierro de la persona en el centro de rehabilitación, mientras espera su proceso y la respectiva sentencia, la prisión preventiva mientras se compruebe su culpa y la sanción respectiva, también tenemos el exilio (Cornejo, 2017).

Al hablar de la Ley o norma de Jurados, ésta fue expedida por el entonces Congreso del Ecuador el 20 de noviembre del año 1847, es importante resaltar ésta norma sancionadora penalmente, por cuanto se incorpora una metodología de carácter mixta, como lo son el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, a más de ello se instituye la Prisión como medida Preventiva y también la falta de comunicación del privado de libertad mientras no rinda su versión (González, 2016).

La normativa de carácter penal del año 1872 fue promulgada en el segundo mandato Presidencial de García Moreno. (Constitución Política, 1835).

El Código Penal de 1906, es igual al de años posteriores, tomando en cuenta que lleva consigo importantes cambios, tales como la eliminación de la pena capital, la abolición de las infracciones hacia la devoción, se desvanece la incomunicación del atacado como resultado del arresto provisional.

En el año de mil novecientos treinta y ocho, se presenta una reciente normativa de carácter penal, en la presidencia del Gral. Enríquez Gallo, guiado por una normativa de Italia, el código italiano nombrado “Códice Rocco” el cual no denota cambios fundamentales

La prisión preventiva es el acto más importante dentro de las medidas cautelares, pues se entrelaza con la privación del derecho a la libertad de los individuos, pero su trayectoria dentro de la justicia no ha sido trascendente, pues su

uso ha sido variado a lo largo de la historia, ya que no fue conocida como tal en épocas pasadas, pues no existía un sujeto imparcial que administre justicia, que ahora es reconocido como juez (Buestan Chavez, "La Prisión Preventiva como Medida Cautelar Excepcional en el Sistema Procesal Ecuatoriano", 2016).

Ahora bien, este autor indudablemente da la primicia a la prisión preventiva como la madre o la más importante de las medidas cautelares, esto por cuanto se está discutiendo sobre una medida que sin lugar a dudas afecta el derecho Constitucional, el derecho fundamental a la libertad, a movilizarnos sin restricción alguna en todo el territorio en el cual estamos autorizados, claro está que la prisión preventiva ha ido evolucionando, desde su aplicación hasta el tiempo que la misma puede durar, su prescripción e inclusive las sanciones por el uso indiscriminado. Otros mecanismos para que esta sea excepcional, y para evitar esta medida totalmente agresiva, es la apelación a la prisión preventiva, la cual sin duda genera la revisión de la aplicabilidad, fundamentación y motivación al momento de dictar una privación de libertad, es decir, es sujeta a revisión y el poder no recae en una sola persona. Además, existe el habeas corpus, el cual consiste principalmente en recuperar la libertad, como fin primordial, es por ello que la prisión preventiva ha ido evolucionando, pero aún no queda claro porque los operadores de justicia todavía hacen uso excesivo de la misma.

1.1.2. Conceptos y definiciones

Concepto de Medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen un propósito, un fin, el cual es la prevención. El art. 87 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008) menciona que siempre se pueden disponer medidas cautelares con el propósito de impedir la vulneración de un derecho.

Ahora bien, en la norma Constitucional, se puede concluir que el artículo antedicho manifiesta que las medidas cautelares, logran y deben ser aplicadas en las decisiones judiciales, así como en un proceso legal independiente, distinto, pudiendo ser de cualquier materia concerniente al derecho. (Ramirez, 2005), manifiesta: "El de prevenir y poner los medios necesarios para evitar o impedir un

riesgo o peligro, que se refiere a medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo” (p. 12).

Se puede aludir oportunamente acerca del significado de medidas de prisión lo siguiente:

Son hechos de carácter cautelar, es decir preventivos, que tienen como objetivo establecer una orden, una obligación del juez o del tribunal, que podemos expresarla como una restricción de la libertad de cada ser humano, así como de disponer con respecto a sus bienes, la cual su pretensión es resguardar, preservar las evidencias o pruebas (Zambrano, 2009, p. 29).

A todo esto, el Juzgador al imponer u otorgar una medida cautelar, es con el propósito de que se impida, se prevenga o también poder cesar un daño o la vulneración de un derecho, así como la interrupción de la violación del derecho. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su articulado 26, expresa su fin, el cual es que las medidas cautelares tienen como objetivo principal, impedir y en cierto modo suspender el peligro o vulneración de los derechos estipulados y positivizados en la Constitución, así como también en los instrumentos internacionales que tratan sobre derechos humanos (Constitución de la República de Ecuador, 2008).

Al tener un panorama claro y basado en nuestra Constitución, podemos entrever que, las medidas cautelares no son solo Constitucionales, ya que pueden ser aplicadas ampliamente en otras ramas de derecho, específicamente se pormenorizará las medidas cautelares en el ámbito penal, es así que, estas medidas cautelares buscan la inmediación del procesado al proceso, principalmente a la audiencia de juzgamiento, esto por el hecho de que el juez tenga la sospecha de una posible fuga y se eluda la justicia, comprometiendo al normal desarrollo del procesamiento penal, con el fin del cumplimiento de una posible pena, después de un debido proceso. El Art. 519 del Código Orgánico Integral Penal, establece que el Juez es la persona que otorga o niega la imposición de una medida cautelar, con los fines ya establecidos anteriormente.

Con respecto al resguardo de los derechos de las víctimas y los demás involucrados del derecho penal, hay que tener en cuenta que sobre el Juez recae una gran responsabilidad, ya que el mismo es garantista de los sujetos procesales, es decir, no debe simplemente decir que por el derecho a la víctima, a la no revictimización, se otorga una medida cautelar la cual definitivamente afecte a otro sujeto procesal, la imposición de la medida cautelar debe ser fundamentada y proporcional para las partes procesales y con el objetivo de que cumpla su fin.

El segundo numeral se refiere a la inmediación de la persona procesada al proceso, esto como ya analizamos anteriormente, con el fin de mantenerlo vinculado al mismo, y de ser el caso el cumplimiento de una posible pena, lo cual está de la mano para garantizar la reparación integral a la víctima, es decir ahí se evidencia claramente como el fin de las medidas cautelares benefician a todos los sujetos procesales.

Con respecto al tercer numeral, este consiste en preservar la prueba, lo cual está vinculado con la búsqueda de la verdad procesal, la verdad constitucional, la cual más allá de una sentencia o una reparación, es que las partes intervinientes en un juicio sepan en realidad que es lo que paso, la verdad meridiana de los hechos, para ello, la prueba debe resguardarse, debe protegerse, incorporarse en el momento procesal oportuno, una prueba mal actuada o viciada, pierde su eficacia. Art. 76 numeral 4 dice: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas.... 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Para finalizar el análisis del Art. 519 Ibid., el hecho de que exista una persona con sentencia condenatoria y obligada al cumplimiento de una pena, no le exime de la obligación que tiene de reparar a la víctima por el daño causado, el Código Orgánico Integral Penal, garantiza este derecho, en su artículo 77 el cual manifiesta que al hablar de una reparación integral, ésta consiste en cierto modo, dejar la acción o hecho punible, a su estado anterior, de ser posible, es decir una reparación que este acorde en su mayor parte a satisfacción de la víctima. Con respecto a la manera

de cómo proceder con esta reparación e inclusive la parte pecuniaria debe responder a un análisis con respecto al perjuicio provocado (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Clasificación de Medidas Cautelares

Para poder clasificar a las medidas cautelares debemos distinguirlas por su tipo, en reales y personales.

Medidas Cautelares Reales.

Las medidas cautelares de carácter real tienen como finalidad, restringir el deber a la propiedad o el derecho de tener un bien, se encuentran en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 549 las cuales son el secuestro, la incautación, la retención y la prohibición de enajenar

Medidas Cautelares de carácter Personal.

Estos requerimientos preventivos personales tienen como objetivo restringir o limitar el derecho ambulatorio, el derecho a la libertad de una persona y su fin es el de afirmar o asegurar, la inmediación del investigado en el juicio, mantenerlo vinculado al expediente e investigación. Mientras dure el juicio, es de vital importancia garantizar la inmediación del investigado, ya que, sin él, se suspendería el proceso y no podría continuarse con el mismo (Cisneros, 2014).

Las medidas cautelares personales las tenemos estipuladas en el articulado 522 del Código Orgánico Integral Penal, es así como el juez tiene facultad para dictar una o inclusive algunas medidas cautelares, con el propósito de afirmar la comparecencia del investigado a juicio y se impondrá de manera preferente a la privación de libertad.

Tenemos la Prohibición del investigado de ausentarse del país, así mismo el deber de comparecer con la periodicidad, ante el magistrado que sabe del proceso o ante la autoridad o institución que se ordene, arresto de carácter domiciliario, tenemos el uso de un dispositivo electrónico de vigilancia, la Detención y finalmente la Prisión Preventiva (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Los jueces, en los temas de las medidas cautelares de prohibición de salida del país, la presentación periódica y el arresto domiciliario, tienen la facultad de disponer, el uso de un dispositivo electrónico.

1.1.3. La prisión preventiva en el Ecuador

Concepto de Prisión Preventiva

La prisión preventiva es el encarcelamiento del procesado antes de la condena. Se necesita una orden emitida del juez para proceder a la privatización de libertad al acusado, en forma casi permanente, hasta que recaiga una sentencia en la causa. La prisión preventiva no es una sanción en sentido estricto, sino la facultad del Estado de privar a alguien de su libertad cuando razones fundadas permiten presumir que el justiciable podría intentar eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones (Moreno, 2001, p. 372 y 373).

Sabemos que la prisión preventiva, atenta contra el principio Constitucional de Inocencia y Derecho a la Libertad, pero se debe determinar un claro delineamiento o al menos dos fines fundamentales y literales para dictar la prisión preventiva, es así como el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal establece que los fines son para asegurar que el investigado esté vinculado al expediente y su intermediación; y, el eventual acatamiento de la sanción (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La prisión preventiva sin duda alguna, es una medida brusca, considerada de ultima ratio, es decir como última opción en caso de que las otras medidas no privativas de libertad no justifiquen o garanticen la comparecencia de la persona procesada al proceso, pero primeramente se deberían dictar las medidas distintas a la prisión preventiva, para así garantizar la aplicabilidad del artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, ya que el fin no es privar de la libertad a cualquier personas de la cual se impute un supuesto delito, sino el darle la oportunidad de defenderse en libertad, en igualdad de condiciones y armas jurídicas con las cuales cuenta la Fiscalía General del Estado, como son peritos, médicos legistas, policía judicial, infraestructura, personal especializado; y solamente cuando se de incumplimiento

de éstas medidas no restrictivas de la libertad, ahí si analizar mediante audiencia y requerimiento motivado del titular de la acción penal, si procede o no revocarlas.

El artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que se reconocen en todo momento el libre derecho a transitar por todo el Ecuador, dando la opción de elegir el lugar de nuestra vivienda. Por el hecho de ser ecuatorianos tenemos libre acceso a ingresar y salir del país. En caso de existir una restricción para ausentarnos del país, la misma debe ser motivada y ordenada por autoridad competente, concordante a aquello el artículo 77 numeral 1 *Ibíd.*, claramente expresa que nadie a quien no se le haya formulado cargos podrá permanecer privado de su libertad por más de 24 horas, enfatizando que la privación de la libertad es la última de las opciones jurídicas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Al referirnos a personas de otra nacionalidad, de verificarse que en su país de origen se esté atentando contra su derecho a la libertad o su derecho a la vida e integridad personal, sea suya o de sus familiares, bajo ningún concepto esta persona extranjera podrá ser deportada, tanto más si sus derechos se ven vulnerados por cuestiones de raciocinio, de religión, de etnia o preferencia de carácter política.

De igual forma la Constitución de la República de Ecuador, impide la deportación de agrupaciones de extranjeros. En todo caso, cada proceso debe ser tratado de forma individual en base a su realidad procesal y social (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por lo expuesto, todas y todos los habitantes del Ecuador tienen derecho a movilizarse libremente dentro del territorio nacional, solamente una orden emitida por autoridad competente puede restringir este derecho, pero por causa o motivos realmente excepcionales, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley.

Para ahondar un poco más en el tema de la prisión preventiva se la puede considerar como una injusticia. Es una de las mayores rarezas del sistema penal. Los roles no están equilibrados, sobre el procesado cae todo el peso primero del Estado, con todo su aparataje a su disposición, de igual forma a ello se suma la

víctima, la cual exige y clama en derecho justicia y de igual forma el poder mediático y de la sociedad, dejan entrever la desigualdad con la cual el procesado debe enfrentar un juicio. La prisión preventiva definitivamente crea un desequilibrio de lo que se procura equilibrar en los procesos modernos, ya que los intervinientes en el proceso, se afecta sus intereses y derechos en base a sus pretensiones, este desequilibrio es en perjuicio del procesado.

El Estado con el afán de encontrar una explicación, ha creado razones o fines que pretenden justificar la aplicación de la prisión preventiva, pero en el fondo lo que se está produciendo es una contradicción a la Constitución, a la presunción de inocencia, al derecho a la libertad, ya que la prisión preventiva no es más que una especie de pena, la cual no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga.

Se manifiesta que la prisión preventiva es una simple custodia de un ciudadano, hasta que su situación jurídica sea aclarada, sea resuelta; y ésta, por así decirlo “custodia”, siendo por su naturaleza penosa, se le ha impuesto requisitos sine qua non, plazos ineludibles, bajo ningún concepto, esto no justifica la injusticia de encarcelar a un inocente Constitucionalmente hablando. Se ha mencionado mucho que los sujetos procesales, tienen su derecho de conocer la verdad procesal, eso no está en tela de duda, pero ¿a qué precio se debe llegar a la búsqueda de esa verdad?, acaso vulnerando derechos plenamente establecidos, fundamentales como lo es el de libertad, esta excusa ambigua de la búsqueda de la verdad procesal vulnera el derecho a la libertad y lógicamente la aplicabilidad de la prisión preventiva.

Ahora bien, se ha mencionado también que existe la necesidad de privar a una persona de su libertad, cuando un procesamiento recién está empezando, cuando el panorama todavía no es muy claro, existe la necesidad imperiosa, esto es lo que se manifiesta por parte del Estado, pero ¿El fin justifica los medios? Si es así, la prisión preventiva se justifica, y podríamos también entonces justificar el perjuicio ocasionado. En consecuencia, ¿sólo la justicia de los medios justifica el fin que se alcanza? Es evidente que la presunción de inocencia se ve vulnerada cuando se otorga la prisión preventiva, ya que jurídicamente se está privando del derecho a la

libertad a un inocente. Un mecanismo que definitivamente ha aliviado el uso de la prisión preventiva, son los tiempos que debe durar, con ello se pretende juicios con mayor celeridad, mayor eficacia, así, al momento de imponer esta medida personal privativa de libertad, se lo deberá realizar de forma motivada y fundamentada.

La prisión preventiva tiene el propósito de garantizar que la verdad sea descubierta, y que aquella medida extrema deje de aplicarse cuando los mencionados objetivos o propósitos deban ser preservados con medidas más benignas (Cornejo Aguiar, 2016).

Para (García Falconí, 2015) la privación de libertad es comprendida como una medida cautelar personal, que se impone con el propósito de asegurar la investigación de la presunta comisión de una infracción penal y también mantener vinculado imputado con el proceso.

La búsqueda de la verdad procesal es el fin, el objetivo de la justicia, a la víctima dentro de un proceso, si bien es cierto le interesa que el culpable del delito pague su culpa y cumpla su condena, pero lo más importante es saber que paso en su juicio, que es lo que sucedió procesalmente.

Por ejemplo, en un delito de asesinato los familiares del occiso buscan saber qué es lo que ocurrió, porque mataron a su familiar, cuáles fueron los móviles, las circunstancias y como ocurrió el crimen; la prisión preventiva en cierto modo busca una forma de presionar a que esta verdad salga a la luz, pero a un precio muy alto, como lo es la libertad, claro esta que esta privación de libertad se vería en cierto modo justificada, si una vez que se cumplan todas las garantías básicas del debido, mediante un juicio justo y transparente, se encuentre al procesado culpable, pero ello puede aplicarse de forma prioritaria en delitos que su pena privativa de libertad superen los 10 años,

Si bien es cierto, la prisión preventiva garantiza la inmediación de la persona procesada al proceso, pero como analiza existen varias figuras jurídicas creadas por el legislador con el objetivo de dejar a la prisión preventiva de lado y que esta sea ya tomada en casos puntuales, con ello nos evitaríamos un desgaste judicial innecesario, evitar el inminente hacinamiento carcelario existente en la actualidad,

lo cual genera, pobreza y más delincuencia, sus consecuencias colaterales la ruptura del núcleo familiar, desempleo, pobreza entre otros factores.

1.1.4 Derecho a la libertad personal

“La libertad. Sancho. Es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ello no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre: por la libertad, así como por la honra se puede y debe aventurar la vida; y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres” (Cervantes, 1997).

Se aborda el tema del derecho a la libertad poniéndolo en lo más alto de los dones otorgados al ser humano, que desde el momento que nace, es libre por naturaleza, ya sea por cuestiones de carácter religioso o la simple idiosincrasia de saber que una persona está inmersa de derechos, entre ellos y como fundamental, está el derecho a la libertad, ya que se deja en claro la importancia de este.

El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos habla sobre el derecho a la libertad personal y a la seguridad; el cual garantiza el derecho a la libertad, estableciendo las formas de privación de libertad física, siempre y cuando dicho mecanismo este amparado en norma Constitucional y Leyes Vigentes.

Una acción que vulnera el derecho a la libertad es la detención arbitraria, ilegal e ilegítima, que está totalmente prohibida, debemos recordar que toda privación de libertad debe ser ordenada por autoridad competente con los requisitos en este caso del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal; así mismo, la persona que haya sido encontrada en pleno delito flagrante se ve confrontada su libertad, pero ésta aprehensión debe ser calificada por un Juez de Garantías Penales, y para ello deben reunirse los presupuestos del Art. 527 Ibid., es decir, en todo momento prevalece el derecho ambulatorio de una persona.

La libertad personal es un derecho fundamental que es susceptible de restricciones, derecho autónomo, con valor y principios básicos que fundan el sistema constitucional; este derecho está asegurado en distintos aspectos, constituyendo una manifestación concreta de nuestro derecho ambulatorio, el derecho a elegir nuestro culto y conciencia, de residencia, circulación, entrada y

salida del país, el derecho a la opinión e información, a la reunión, la asociación, etc. (Nogueira Alcalá, 1999, p. 289-337).

El derecho a la libertad personal implica que el sistema jurídico promueve el máximo de libertad posible, de manera que, en la tensión entre la libertad personal y el interés general en la aprehensión, opta por una ponderación dirigida a evitar, aún en los casos extremos, un sacrificio total de la primera. Es por ello que, el estudio jurídico de la libertad personal tiene por objeto establecer las condiciones bajo las cuales dicha primacía desaparece (Cifuentes, 1999, p. 121-163).

Es claro evidenciar que el derecho a la libertad se constituye como algo indestructible, es decir, ninguna persona podrá ser despojado del mismo, ya que prima la presunción de inocencia, y deben existir motivos que necesariamente deben estar fundamentados, es más, cuando la ley permita provisionalmente arrebatar el derecho ambulatorio a una persona, ésta tiene que ser analizada y prevalecer el derecho fundamental.

Si hablamos de vulneración del derecho a la libertad, el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nos manifiesta que toda persona sin ninguna duda tiene derecho a la libertad y también a una seguridad personal, también dice que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas y, bajo ningún concepto, puede ser subordinado a una detención o a algún tipo de encarcelamiento de carácter arbitrario.

Si una persona es detenida, se debe informar los motivos por los cuales está siendo aprehendida de forma inmediata, además se debe indicar del porqué de su detención, y los hechos formulados en su contra, es por ello que cuando una persona es detenida, inmediatamente debe ser dirigida, ante un magistrado o algún otro funcionario debida y legalmente autorizado y tiene el derecho a que su proceso y eventual juzgamiento se lo realice en un tiempo prudencial o en su defecto se debe ordenar su excarcelamiento, sin perjuicio de que continúe el juicio. Al momento de disponer su libertad, la misma puede ser sujeto de condiciones para asegurar su inmediación, así que, toda persona privada de libertad tiene derecho a interponer

recursos ante un juez o tribunal competente. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

La Constitución de la República del Ecuador, establece las garantías básicas del proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, en el artículo 77 numeral 1, menciona que siempre debe prevalecer la libertad de una persona, y que la privación de la misma debe ser considerada como excepcional y solamente será aplicada para asegurar jurídicamente la presentación del procesado o acusado al juicio, así mismo, jamás se deja de lado el derecho que le asiste a la víctima del delito a una justicia con economía y celeridad procesal, y para afirmar en todo aspecto cumplimiento de una posible sanción; ésta privación de la libertad debe ser motivada y por orden escrita del juez que la ordene, respetando para aquello el tiempo estipulado en la ley y las reglas establecidas para el efecto. A esto se excluyen los delitos considerados como flagrantes, para lo cual, en caso de suscitarse esta figura jurídica, la misma tendrá un plazo improrrogable que no sobrepasará las veinticuatro horas. Siempre se priorizará el uso de las medidas que no tienen como objetivo apresar a la persona procesada o investigada, respetando la normativa actual vigente, en lo concerniente a los plazos, condiciones y requisitos (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

1.1.5 Derecho a la presunción de la inocencia

La Constitución del Ecuador en el artículo 76 menciona que: todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las garantías básicas. Dentro de este artículo en el inciso 2 se menciona: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”* (Constitución de la República de Ecuador, 2008)

Analizando este punto Constitucional y confrontándolo directamente con la prisión preventiva, se evidencia claramente una disyunción, el hecho de que una persona esté siendo procesada penalmente, y se presuma que es partícipe del ilícito, no significa que pierda esa presunción de inocencia; igualmente, ponderando estas dos presunciones prevalece lo más favorable al reo, el conocido aforismo latino in

dubio pro reo, es más, al primar la presunción de inocencia en toda etapa del proceso deberá ser tratado como tal, existe infaliblemente una vulneración a este principio fundamental, el cual no solo está positivizado en nuestra Constitución como norma suprema sino también en tratados internacionales, del cual Ecuador, forma parte.

El artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador, nos hace un aporte con respecto a la interpretación de las normas constitucionales, las cuales se deben analizar de forma textual y lo que más convenga a la realidad constitucional; en caso de existir alguna discordancia se debe aplicar en la forma más adecuada a los derechos y en el espíritu que el legislador trató de dejar plasmado (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Concordante a ello el artículo 424 Ibid., nos habla de la ley superior, la que está por encima de las demás, tal como lo manifiesta la pirámide Kelseniana la Constitución está por encima de las demás leyes y normas; a más de ello toda ley o norma que este en contradicción con la Constitución no tendrá la validez y efectos jurídicos, debe existir armonía y empatía con la norma suprema (Jaramillo, 2009).

Se ha dicho que la norma Constitucional es una norma suprema, superior a las demás, pero esta aseveración no es del todo cierta al referirnos a los tratados internacionales, en los casos en los cuales existan derechos humanos de mayor relevancia que la norma Constitucional, los cuales deben estar reconocidos por el Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

La Constitución indudablemente prevalece sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y su duda favorece a los derechos fundamentales, realizando una ponderación entre la presunción de inocencia y la presunción de responsabilidad del cometimiento de delito alguno, bajo todo concepto jurídico y legal, prevalece la presunción de inocencia; mientras dure un proceso, la persona procesada deberá ser tratada como tal en todo momento, mientras no se le despoje de su principio Constitucional, recordando que la carga probatoria la tiene quien acusa, generalmente el Estado representado por la Fiscalía General del Estado y la víctima que tiene el derecho de comparecer y hacer valer sus derechos.

Este planteamiento constitucional, deja sin piso al numeral 2 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, el cual se ha razonado ya en varias ocasiones, recordando que, al no estar reunidos todos los requisitos de manera precisa, sería legalmente imposible dictar una prisión preventiva, de la cual se ha abusado creando caos jurídico.

Así mismo, dentro del libro preliminar del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 5, al hablar de “los principios procesales” señalan 21 principios en los cuales también debe regirse el debido proceso, en el que se menciona la inocencia que dice que, toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Se presume de toda persona su inocencia, nadie puede ser considerado culpable en ninguna etapa o grado del procedimiento, toda persona que se encuentre bajo una investigación o proceso jurídico debe ser tratada como inocente, solamente la existencia de una sentencia la cual se encuentre en firme por el Ministerio de Ley podrá despojar de este estatus a cualquier persona.

De igual forma, la norma Constitucional aclara que es lo que prevalece, por un lado se tiene los indicios de autoría del cometimiento de un delito determinados en el Código Orgánico Integral Penal para dictar una prisión preventiva y, por otro lado la presunción de inocencia Constitucional, pero a más de ello, es el propio Código Orgánico Integral Penal que también ratifica el tema de la inocencia de una persona, y que deberá ser tratada como tal, al punto que, al dictaminarse una sentencia condenatoria, no le inhabilita o lo hace desmerecedor de tal estatus de inocencia, ya que al no estar en firme el fallo, existen mecanismos y recursos los cuales deben agotarse como lo franquea la ley.

El Artículo 11 de los Derechos Humanos nos dice que la presunción de culpabilidad está por debajo de la presunción de inocencia que es la que prevalece, solamente en un debido proceso donde se hayan garantizado todos los derechos de defensa y demás, para que la persona procesada haya sido determinada su responsabilidad mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, ahí se la despoja de su inocencia (UNICEF, 2018).

Se denomina presunciones a las consecuencias que presentan antecedentes o circunstancias conocidas, es decir, se presumen delitos que pueden o no ser comprobados respetando el debido proceso. Su clasificación son presunciones legales y judiciales, entre las últimas tenemos a las de inocencia y de peligrosidad.

El derecho de presunción de inocencia está presente en todas las personas, se considera a priori como regla general, ya que ellas actúan de acuerdo con la recta razón. Es una caución legislativa fortificada por pactos y convenios internacionales de Derechos Humanos inscritos por el Ecuador, este derecho se compone de una alianza de valores, principios y reglas de la programación jurídica, mientras un juez o jueza competente no adquiera la convicción; dentro de este se menciona también que ningún individuo podrá ser tratado como autor/a de un delito, mientras no se ha determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso (García Falconí, 2015, p. 56-61).

Por tal razón, la prisión preventiva de acuerdo con los tratados internacionales no guarda analogía con la presunción de inocencia, ya que se debe tener el convencimiento de que una persona es responsable de una infracción penal para que la presunción desaparezca y no exista duda alguna de su responsabilidad. Por ello el artículo 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, que se refiere a la duda a favor del reo, es claro en manifestar que la o el juez, para dictar sentencia condenatoria, debe tener la seguridad de la culpabilidad penal del individuo procesado, más allá de toda duda razonable.

El derecho a la presunción de inocencia es fundamental, inalienable, indivisible, el cual no se lo puede tomar a la ligera al momento de querer a una persona inocente privarle de su libertad, por el mero hecho de cumplir con determinados requisitos, al contrario, el juzgador debe ir más allá, analizar su peligrosidad, su entorno social y económico, el tipo de delito por el cual se le pretende imputar, es decir la prisión preventiva debe ser una medida de ultima ratio.

1.1.6 Las medidas no privativas de libertad

Las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad son instrumentos de sanción penal que, como su nombre lo indica, son diferentes a la

pena privativa de libertad y buscan armonizar los objetivos sancionadores de la pena con los fines resocializadores de la misma que se dirigen al delincuente (Escobar, 2015).

Estas medidas se podrán imponer por el juez, es decir, no está obligado a acatar o no el pedido de fiscalía quien generalmente solicita prisión preventiva, todo lo contrario, debe primar las medidas no privativas de libertad o medidas sustitutivas.

Dentro del Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 522 se menciona que la o el juez podrá imponer una o varias de las siguientes medidas preventivas para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad.

Tenemos la Prohibición para que la persona procesada pueda salir del país, esta debe ser emitida por la autoridad competente siempre que exista motivación por parte del operador de justicia; la presentación periódica, ante la autoridad que conoce el proceso, inclusive el propio juez puede ordenar que se presente ante otra institución con la orden de remitir al juez, las presentaciones firmadas, con el fin de constatar la presencia física del procesado al proceso; tenemos de igual forma el arresto en la casa de preferencia del procesado o a que el juez designe; el famoso dispositivo de vigilancia electrónica; la detención y finalmente la prisión preventiva (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Parte de este proceso y para cumplir este artículo se desglosa de la siguiente manera:

Prohibición de ausentarse del país: El Artículo 523 del Código Orgánico Integral Penal, menciona esta medida interpuesta por el juez a pedido del fiscal, que a su vez se notificará a las instituciones responsables para el cumplimiento de las mismas, en este caso la Sub Secretaría de Migración y Extranjería. Si bien es cierto esta medida se contrapone con la libertad de transitar libremente por el país, la misma responde a una necesidad de vinculación e intermediación al proceso, la cual únicamente el Juez puede imponerla.

Presentarse paulatinamente ante alguna autoridad: No necesariamente esta presentación debe ser ante el Juez que la dicta, puede ser ante cualquier otra autoridad o institución que se destine para el efecto, además, el Juez es el único que puede ordenar esta medida. Hay que recalcar que esta presentación puede ser las veces que fueran necesarias y a discreción del juzgador, una vez por mes, una vez por semana, e inclusive todos los días, debiendo hacerlo la persona procesada de manera presencial y no por interpuesta persona, poder o procuración judicial (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Arresto domiciliario: El Juzgador es quien está al mando y verificación de este tipo de medida, el cual puede solicitar el auxilio de la Policía Nacional o por cualquier otro medio para su control; además para el computo de una posible pena se deberá tener en consideración el tiempo que ya permaneció con arresto domiciliario. Hay que dejar en claro que no es indispensable la presencia de la Policial Nacional de forma permanente, ésta puede ser periódica acompañada del uso del grillete electrónico.

Detención: El art. 530 del Código Orgánico Integral Penal determina que le corresponda a Fiscalía de forma motivada, solicitar al juez la detención de una persona, con el propósito meramente investigativo, de esta manera garantizando la comparecencia al proceso. Esta orden no puede exceder más de 24 horas, y una vez fenecido dicho plazo se deberá poner en inmediata libertad a la persona sospechosa.

Prisión preventiva: Consiste en el encarcelamiento de un individuo en un Centro de Rehabilitación Social, con el propósito de garantizar su comparecencia a juicio, siempre y cuando el juez lo disponga (Suarez Valero, 2018).

Como se puede notar, la prisión preventiva se encuentra en último lugar, no por coincidencia, sino que el objetivo es que obligatoriamente deben analizarse las otras 5 medidas no privativas de libertad, respetando el derecho de inocencia y libertad.

Ahora bien, si se impone una medida privativa de libertad, como lo es la prisión preventiva, esta puede apelarse, sustituirse o revocarse, conforme a las reglas establecidas en la Constitución y Leyes vigentes.

Con respecto a la apelación de la prisión preventiva, la deben realizar los sujetos procesales, sea esta de la aceptación o la negación de esta medida, el objetivo es que el superior ratifique o revoque la decisión del juez. El artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República de Ecuador nos dice que se debe garantizar el debido proceso en los casos en los cuales estén inmersos derechos y obligaciones. El literal m) claramente deja abierto el derecho a apelar de las resoluciones o fallos judiciales en los cuales se crea inculcado un derecho; relacionado a ello tenemos el artículo 653 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal que nos habla sobre la apelación, la cual podrá ser interpuesta en su numeral 5 de la orden del juez en la cual acepte o rechace el pedido de prisión preventiva; es decir, esta medida es apelable tanto por la defensa del procesado como por el representante de Ministerio Fiscal, en la etapa en la cual se haya formulado cargos o durante la instrucción fiscal en el tiempo que estipula la ley (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La prisión preventiva no está escrita en piedra, es una medida maleable, sujeta a revisión mediante audiencia en cualquier momento, por ende, la misma ley penal, nos abre los caminos para poder revocarla siempre y cuando se cumplan uno de sus requisitos.

1. En un proceso penal y en sus diferentes etapas, se pueden realizar diligencias con el fin de viabilizar la investigación, con total objetividad, incorporando elementos de cargo como de descargo, los cuales en cualquier momento pueden dar una nueva perspectiva de si en verdad la persona procesada es o no partícipe de la infracción, recordemos que la parte que acusa es la encargada de demostrar tanto materialidad como responsabilidad y establecer el nexo causal entre ambas, por ello en cualquier momento, pueden desvanecerse los indicios que en su momento obligaron al juzgador a tomar dicha medida cautelar restrictiva de la libertad.

2. Una vez concluida la Instrucción Fiscal, el titular de la acción penal debe pronunciarse con respecto a su investigación, analizando todos los elementos de cargo y de descargo obrantes dentro del proceso, sea acusando o absteniéndose de acusar, en el primer escenario el Juez convocara a audiencia y luego se escucha a las partes; tomará su decisión la cual será de llamar a juicio o de sobreseer; en el

segundo escenario el juez obligatoriamente sobreseerá al procesado y ordenará el cese inmediato de la prisión preventiva, tal cual lo determina el artículo 607 del Código Orgánico Integral Penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

3. Cuando se produce la caducidad. Al haberse declarado la caducidad de la prisión preventiva, bajo ningún concepto podrá volver a otórgasela. La prisión preventiva no puede ser indefinida, un proceso judicial debe respetar los plazos establecidos en la ley; al hablar de delitos sancionados con penas privativas de la libertad de hasta 5 años, la prisión preventiva tendrá la duración de 6 meses; en cambio para las infracciones con penas privativas de la libertad mayor de 5 años, la prisión preventiva tendrá la duración de 1 año, contados estos plazos a partir de la fecha de efectivización de la privación de libertad, tal cual lo determina el artículo 541 del Código Orgánico Integral Penal.

4. Por declaratoria de nulidad que perturbe dicha medida. En un juicio existen circunstancias que puedan afectar su validez, procedibilidad, competencia, procedimiento, lo cual genera que el juicio no continúe y no se respete un debido proceso, es allí donde se produce una nulidad, con el objetivo de subsanar el proceso, si la nulidad se origina antes de que se haya dictado la orden de prisión preventiva esta se vería afectada y procede a revocarse, todo depende desde cuando se genera la nulidad.

La sustitución de la prisión preventiva es solicitada comúnmente por los abogados defensores del procesado, es muy común que una vez obtenidos arraigos la soliciten, a pesar de que el Código Orgánico Integral Penal, jamás solicita ninguna documentación que haga pensar la inmediatez de la persona procesada al proceso, por cuanto atentaría aún más, con los principios de inocencia y libertad, pero siempre están latentes las medidas no privativas de libertad que han sido analizadas.

La ley de igual forma determina casos especiales, los cuales deben adoptarse de manera preferencial a la privación de la libertad, el arresto domiciliario y uso de dispositivo electrónico, los cuales los casos especiales los encontramos en el artículo 537 del Código Orgánico Integral Penal.

1. Es muy usual que la persona que está siendo procesada corresponda a un grupo vulnerable, en este caso una mujer en estado de gravidez, e inclusive una persona que haya dado alumbramiento, a partir de esa fecha se contabilizara un tiempo máximo de noventa días para que se haga beneficiaria de la medida distinta a la privativa de libertad. Esta medida puede prolongarse por un máximo de noventa días, si se demuestra que el neonato, tiene alguna enfermedad la cual implique la protección de su progenitora.

2. Así mismo hay que tomar en consideración la edad, las personas de la tercera edad, es decir mayores de sesenta y cinco años, se beneficiaran de un arresto domiciliario o dispositivo de vigilancia electrónica.

3. Otro grupo considerado vulnerable o especial son las personas que documentadamente por un galeno público, padecen de una enfermedad, sea incurable, en etapa terminal, severa o catastrófica lo cual le impide o dificulta verse por sí mismo.

4. En ocasiones, si la persona procesada es un miembro activo de la Policía Nacional o de seguridad penitenciaria, también se le considera como un caso especial, pero el delito a investigarse debe guardar relación con su trabajo y obligaciones.

Existe un requisito en caso de que el procesado, pertenezca a uno de los casos especiales antes detallados y, el delito que se le pesquisa sea de aquellos de carácter sexual o de violencia intrafamiliar, bajo esas circunstancias imposible que el arresto domiciliario sea donde resida la víctima. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

1.1.7 La excepcionalidad de la prisión preventiva como medida ultima ratio

La prisión preventiva, debe ser considerada como una medida excepcional, una medida de última instancia, que definitivamente indique que otras medidas no privativas de libertad no fueron suficientes para garantizar la inmediación del procesado al proceso, que en esencia eso es lo que se pretende justificar.

La prisión preventiva es una medida cautelar personal, de carácter excepcional, restrictiva y de “última ratio”, su finalidad es garantizar la inmediación

del investigado al proceso, la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago materia e inmaterial y perjuicios al ofendido, siempre que para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, y las medidas no privativas de la libertad sean insuficientes (Buestan Chavez, 2017).

Es claro evidenciar que uno de los fines de la prisión preventiva es que, el delito no quede en impunidad, para ello es imperioso la presencia de la persona sometida a juicio, no solo para evitar dilaciones innecesarias o suspender la tramitación en la causa, sino también para asegurar el resarcimiento o reparación integral a la víctima del delito, tomando en consideración que la medida privativa de libertad jamás dejara de ser excepcional.

Para (Cedeño Romero, 2018) al hablar del principio de intervención mínima en el derecho penal, o principio de última ratio, tiene un doble significado, ya que en primer lugar, implica que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves; y en segundo lugar, implica que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección”

Este autor nos deja plasmado claramente que, la solución a la problemática criminal no es el endurecimiento de las penas, siempre existirá un modo de quebrantar la ley, pero, una sentencia acorde con la realidad socio - económica del procesado, respondería mejor a una pronta y verdadera rehabilitación y, claro está, aplicar las sanciones o medidas cautelares que la ley franquea, cuando no exista otro medio para repeler la infracción penal.

La excepcionalidad radica de los principios que rigen a la prisión preventiva, el Derecho adjetivo penal tiene su asiento en la Constitución Ecuatoriana, pero los tratados internacionales juegan un rol importante. La prisión preventiva está recogida en el artículo 77 de la Constitución de la República de Ecuador, donde se habla de la privación de libertad, la cual puede manifestarse de forma preventiva antes del juicio, mientras dure el proceso, y al instante de haberse dictado sentencia.

Está positivizada en el Código Orgánico Integral Penal, como una medida cautelar hacia la persona procesada y tiene que estar ligada por los principios de la proporcionalidad, el principio de mínima intervención penal, principio de motivación, proporcionalidad y principio de inocencia.

Principio de mínima intervención penal.

El principio de mínima intervención penal radica en que, si debemos acudir a la justicia penal debe ser como última instancia, es decir cuando no exista otra alternativa o camino a seguir. Este principio se encuentra determinado en nuestra Constitución en su artículo 195, donde detalla que la Fiscalía debe utilizar este principio para poder dirigir y llevar su investigación como titular de la acción penal.

El principio de mínima intervención Penal no solo está positivizado en la Constitución de la República del Ecuador, sino también en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, donde menciona que la intervención penal estará legitimada cuando sea necesario para la protección de la persona, debe constituirse como último recurso, cuando los otros mecanismos que puedan ser aplicados según la ley, no sean suficientes. Lamentablemente se realiza un abuso del derecho, ya que un claro ejemplo es que muchas veces se desvía del ámbito que corresponde cada acción, ya que, de una letra de cambio, muchas veces es denunciado como estafa en la Fiscalía, las obligaciones y deudas contraídas, con el fin de no cumplirlas se denuncian como usureros, protagonizando un caos jurídico, sobrelLENando las oficinas del Estado de procesos innecesarios.

En definitiva, el principio de mínima intervención penal, obliga a los titulares de la acción penal, agotar todos los recursos antes de iniciar un procesamiento, una acusación ya formal, y claro está, de igual forma con respecto a la prisión preventiva, esta debe ser considerada como el último recurso, sabiendo a la perfección las otras medidas anteriores a la privación de la libertad, es por ello que si no se justifica en derecho de manera fundamentada, el juez simplemente debe negar cualquier pedido que ponga en riesgo la libertad de una persona.

Principio de motivación.

El principio de motivación es importante y trascendental, ya que toda decisión emanada por la autoridad competente debe ser fundamentada no solo en derecho, sino en la lógica o raciocinio jurídico.

El tema de la prisión preventiva es tan delicado, que al momento de imponerlo o aceptarlo, este debe estar perfectamente estructurado, ya que como habíamos mencionado, la prisión preventiva está sujeta a la apelación ante el superior, es decir, el Juez de primera instancia está sujeto a la revisión de sus actuaciones, no solo en la oralidad y publicidad de los delitos que así lo permitan, sino en su actuar jurídico, en su motivación, la aplicación de la prisión preventiva no puede dar lugar a tela de duda, ya que se está tratando con un derecho fundamental, un derecho Constitucional.

De ser el caso que el juez no haya fundamentado bien su decisión de otorgar la prisión preventiva, ésta podría acarrear nulidades, inseguridad jurídica, ya que se afecta el principio de seguridad jurídica, es imperioso recalcar que, no solo se deben reunir los requisitos que la ley exige, para privar del derecho ambulatorio a un ser humano, se debe analizar, motivar, fundamentar, si en realidad es necesario que el procesado este en un Centro de Rehabilitación, su entorno social, su entorno económico inclusive, y con esto no nos referimos a que debe tener bienes, o arraigos, sino de manera indirecta, si el núcleo familiar también resultaría agraviado con esta medida.

El artículo 76 numeral 7 literal l) de nuestra Constitución establece que todos los procesos deben guiarse por las reglas del debido proceso, en el cual existen garantías con respecto al derecho inviolable a la defensa, entre ellos está el poder exigir a los operadores de justicia que sus fallos sean debidamente motivados, ya que al implementarse la oralidad, el oyente, debe ir comprendiendo del porque el Juez emitió esa resolución y en base a que ley, a que artículo e inclusive si se apoya en la doctrina, para un mejor entendimiento de los sujetos procesales, relacionado claro está, con el hecho que se sanciona. Todas las sentencias o resoluciones incluyendo las del ámbito administrativo, de no existir tal motivación se podrán

aplicar la nulidad que en derecho corresponda, con la respectiva amonestación al funcionario que incurra en aquello (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

No solo el Código Orgánico Integral Penal exige el requisito de motivación, la norma constitucional insta a los operadores de justicia en todas sus resoluciones que se fundamente en derecho y la pertinencia de sus resoluciones, es así como la prisión preventiva de manera indudable debe tener una motivación tanto de fondo como de forma.

Principio de proporcionalidad

Al referirnos al principio de proporcionalidad, debemos imaginarnos estar en una balanza, y que es lo más gravoso, que es lo más perjudicial, que decisión lesiona menos los derechos de las partes intervinientes en el proceso.

La proporcionalidad busca la debida aplicación de la justicia y su posible pena en el delito que se investiga, pero ya enmarcándonos netamente a la aplicación de la prisión preventiva, la misma debe analizarse si es necesaria o no otorgarla. Para ejemplificar de una mejor manera este tema, podríamos indicar que una persona que tiene su hogar, su familia, su esposa e hijos, los cuales dependen de su trabajo, está siendo investigada por un delito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, aproximadamente unos 20 gramos de marihuana, ahora bien, ¿cuánto le cuesta al Estado mantener a una persona privada de su libertad?, no solo en el recinto carcelario, sino mover todo un aparataje de justicia, frente a una persona que podría acogerse a salidas alternativas, un procedimiento abreviado, suspensión de la pena, ser considera consumidora, lo cual sabemos que ser consumidor no es delito sino una enfermedad que no debe ser penada más bien debe ser tratada, pero, mientras dure la instrucción fiscal, el juez debe poner en la balanza todos estos factores, ponderarlos y determinar si en realidad se debe o no dictar, una medida restrictiva de la libertad.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76 numeral 6, nos habla de la proporcionalidad, y manifiesta que es imperioso establecer la debida proporcionalidad tanto por la infracción cometida, así como la lógica en aplicar la sanción que corresponda. A manera de ejemplo anteriormente, antes de

implementarse la tabla de cantidades de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala, ratificadas por resolución No. 002–CONSEP–CD-2015 del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Suplemento del Registro Oficial No, 628 del 16 de noviembre del 2015, daba lo mismo tener 8 gramos de droga que ocho toneladas, las sanciones era exactamente la misma y, no se respetaba el este principio constitucional de proporcionalidad.

Principio de inocencia.

La presunción de inocencia es un principio que está inmerso al momento de dictaminar una orden de prisión preventiva, el principio más importante, por cuanto no solo es una presunción, un estatus del cual está revestido toda persona, sino un derecho fundamental y Constitucional.

Violentar, vulnerar este derecho implicaría no solo la perdida de la libertad, lo cual de por sí ya es desastroso, sino una serie de reparaciones de carácter material e inmaterial, hasta el punto de lograr equilibrar y subsanar este principio, por ello, todo ciudadano del cual se esté realizando una imputación penal, debe primar su presunción de inocencia, la duda debe favorecerlo frente a una sospecha de culpabilidad, pues es mucho menos gravoso dejar en libertad a 100 culpables que encarcelar a un inocente.

Cuando se logre comprender esta presunción, no solo como presunción, sino como un derecho intrínseco de los seres humanos, veremos a la prisión preventiva como en realidad es, una medida que jamás debe aplicarse, sin que primero se haya dado la oportunidad al procesado de defenderse en libertad, tanto más que existen otros métodos menos gravosos y positivizados en la ley.

CAPITULO II

1.1 La prisión preventiva, su normativa en Ecuador y Chile

Siempre un estudio comparado es de trascendental importancia, ya que ello colabora a encontrar fortalezas y debilidades en cualquier ordenamiento jurídico, determinar falencias y reforzar las acciones positivas.

La normativa chilena, otorga una exquisitez jurídica en su interpretación, su doctrina y como es, el enfoque técnico jurídico al momento de definir, sustentar y motivar un pedido de privación de libertad.

El artículo 19 numeral 7 literal e, de la constitución chilena menciona que “La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesario para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla” (Constitución Política de la República de Chile, 2010).

Importante destacar que la privación de la libertad debe ser considerada como “necesaria”, es decir, ¿es en realidad necesario que una persona esté privada de su libertad?, no solo se analiza de que exista un proceso penal en contra de determinada persona, sino que el tema de la necesidad, abarca factores sociales y económicos del imputado, de igual forma el juez puede determinar que exista la necesidad de que el imputado este en libertad, a más de ello jamás se deja de lado los derechos del ofendido así como de la sociedad, si se logra determinar que la persona a ser procesada constituye un peligro latente para al ofendido y de igual forma para la sociedad en general, definitivamente el juez ordenará la privación de libertad, pero para llegar a ello se debe realizar un estudio prolijo y minucioso.

La prisión preventiva se dará solo en caso de que las medidas cautelares a aplicar sean insuficientes para dicho proceso, por lo que en el artículo 140 del Código Procesal Penal chileno menciona sobre los requisitos de la prisión preventiva, menciona sobre la formalización de la investigación, es decir cuando el representante del Ministerio Público de manera oral y motivada de inicio a un procesamiento propiamente dicho, puede solicitar a tribunal la privación de libertad demostrando que producto de la investigación tiene un delito el cual merece ser investigado; así mismo desde ya se obliga a una relación circunstanciada de los hechos, ya que no solo es necesario la existencia de un delito, sino que imputado funja como autor, cómplice o encubridor, cabe recalcar que la figura de encubridor

ya no consta en la legislación ecuatoriana; y, finalmente, que la privación de la libertad sea beneficiosa para la prosecución del proceso, es decir que sea relevante para su investigación, e inclusive que su no aplicabilidad, sería una forma de comprometer seriamente a la investigación y poner en peligro la integridad del ofendido así como de la sociedad (Código Procesal Penal, 2002).

Estos requisitos son entrelazados entre sí, indivisibles, a falta de uno de ellos definitivamente la privación de la libertad se vería seriamente comprometida, son similares a los requisitos de la prisión preventiva de la normativa ecuatoriana, cuyas semejanzas y diferencias analizaremos más adelante

Finalmente, en el art. 143 de este mismo código, menciona que la prisión preventiva será decretada en audiencia pública, mediante resolución fundada, la cual debe expresar claramente los antecedentes calificados que justificarán la decisión que se tome, siempre y cuando esté demostrada la existencia del delito que se investiga y que el presunto procesado haya sido partícipe en el delito y existan antecedentes que lo involucren y se pueda considerar indispensable la prisión preventiva (Cavada Herrera, 2019, p. 3-10).

Respecto a la cita anterior, se determina que la fundamentación es indispensable para sustentar las resoluciones de los operadores de justicia, más aún, cuando se afecte el derecho de libertad; es menester puntualizar que, debe estar plenamente justificado la existencia de un delito, no solo la mera presunción, que sea un delito que tiene que ser investigado y por ende juzgado, además de la participación del presunto responsable este ligada al ilícito cometido, nexo causal entre materialidad y responsabilidad.

Un proceso transparente, un proceso público, definitivamente es un proceso oral, por ello la normativa chilena al momento de decidir cuestiones que afecten derechos de los ciudadanos, se lo realiza mediante audiencia, en la cual el juzgador está en la obligación jurídica de fundamentar y explicar sus decisiones, sujeto al escrutinio público.

1.2.3 Definiciones Doctrinarias en la Normativa Chilena

Para (Morales Vidal, 2016) la ausencia de libertad debe ser una medida de carácter excepcional de ultima ratio, y no lo que sucedía con el sistema antiguo, donde se consagraba en la legislación y en la práctica, a contrario sensu, que la privación de libertad preventivamente debía acogerse como la regla general.

Como consecuencia del sometimiento al proceso, es decir, que una instrucción se haya dado inicio por parte del Ministerio Público, la libertad provisional se traducía en la excepción a la regla, de la misma manera se da a entender que la prisión preventiva, es ya un verdadero castigo y aún más, cuando el juez siempre puede liberar provisionalmente al imputado, éste ve limitada su libertad de desplazamiento, pues no puede salir de país sin la autorización del mismo, ya que procede el arraigo de pleno derecho, lo que vulnera, en primer término, la esencia de las medidas cautelares, como son su aplicación discrecional por parte de un tribunal en virtud de su función jurisdiccional y no su imposición por ley (Morales Vidal, 2016).

Es claro evidenciar el avance que ha tenido el ámbito jurídico, en su evolución al momento de otorgar o no la privación de la libertad de determinada persona, la costumbre, lo general, era que Fiscalía solicite prisión preventiva simplemente por el hecho de haber iniciado un procesamiento penal, sea un delito de cual se puedan adoptar otro tipo de medidas, incluso delitos de los cuales en lo posterior el titular de la acción penal se abstenga de acusar

Pero la regla consistía en que el fiscal como representante del Estado solicite la prisión preventiva y el Juez sin analizar el pedido de la defensa simplemente la conceda, esto sin duda ha tenido un giro interesante, desde la implementación de la oralidad, los juicios permitidos por la ley son públicos y el público debe irse con el convencimiento de que se administró justicia, de que las decisiones fueron motivadas.

Todavía se hace un abuso desmesurado de la utilización de las medidas privativas de libertad, como si fuera el único método para aplacar a la sociedad y su sed de que en realidad se termine la delincuencia con verdaderos operadores de justicia, debemos entender y como ya se analizó, que el endurecimiento de las penas y la privación de la libertad no es la solución, una sociedad con educación, con

valores y la existencia de una eficiente rehabilitación, definitivamente van a empezar a macar la diferencia.

Dentro de la Constitución de la República Chilena en el artículo 19 numeral 7, al referirse al derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en sus literales a y b nos manifiesta que todas las personas, nótese que no hace distinción entre ciudadanos y extranjeros, tienen libre acceso de vivir o inclusive estar permanentemente en cualquier parte del país, movilizarse libremente en cualquier dirección, pudiendo ingresar y retornar del territorio, para ello ponen como regla que se debe acatar la ley y respeto a las personas; así mismo, ninguna persona será arrebatado de su libertad personal, salvo que se enmarque precisamente en las circunstancias que la Constitución y la ley establezca para el efecto (Constitución Política de Chile, 2010)

Es importante determinar que la Constitución Chilena es exquisita en su contenido, muy garantista de derechos, no solo para sus ciudadanos, sino para todas las personas que habitan allí, con la regla de que convivan respetando la Constitución y las Leyes vigentes, garantizando el libre tránsito, le residencia sin ninguna restricción.

Para (Pardo Vergara, 2015) al hablar del derecho de libertad general, menciona que es un derecho individual que protege aquellos ámbitos de actuación (libertad) de la persona que no se encuentran consagrados como derechos de libertad particulares en el ordenamiento jurídico de que se trate, y que sólo pueden ser restringidos en virtud de una ley que se oriente a la protección de terceros, o de la sociedad (Pardo Vergara, 2015).

Pardo es muy directo en manifestar que los derechos, como el de la libertad, nos pertenecen a cada uno de nosotros, claro está el hecho de ser intransferibles e irrenunciables, los convierten en únicos, al ser un derecho fundamental, intrínseco del ser humano, es imposible despojarlo del mismo, salvo excepcionales ocasiones y bajo parámetros estrictamente legales, siempre y cuando, con esta medida, se resguardan otros derechos de vital importancia.

Al analizar el artículo 19 de la Constitución de Chile, es amplio y garantista cuando de proteger el derecho a la libertad se refiere, solamente una orden emitida por autoridad competente puede restringir el derecho a la libertad, el derecho ambulatorio que la norma suprema chilena permite, y lo consagra en sus artículos, al hablar del derecho de la libertad la Constitución Chilena es muy meticulosa en resguardarla, además la restricción de éste derecho fundamental, no solo con el fin punitivo, sino también con el propósito de resguardar sea la integridad física, emocional, moral, psicológica, etc., de toda una sociedad, colectividad o directamente de terceros.

La presunción de inocencia es el derecho que tienen todas las personas, que se considera a priori como regla general, debe actuar de acuerdo a la recta razón, constituye una fase jurídica de una persona que se encuentra imputada, debiendo guiar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial; establecidos previamente por ley, mientras tal presunción no se extravíe o destruya por la formación de la persuasión del órgano jurisdiccional a través de la tentativa objetiva. (Nogueira Alcalá, 2015).

La Constitución Política de la República de Chile y el Código Procesal Penal, son garantistas de derechos, su cosmovisión, va más allá de que una persona es inocente, se debe tener la convicción de culpabilidad, para que así, el imputado sea despojado de tal derecho innato y fundamental, siempre va de la mano con la prueba, la cual debe seguir las normas establecidas en la ley, una prueba idónea, una prueba analizada, una prueba objetiva, que no solo permita establecer responsabilidad, sino que definitivamente permita al juzgador también analizar las pruebas de descargo, eso es objetividad, del porque esas pruebas que conducen a la responsabilidad, son más fuertes o desvanecen a las pruebas que den indicio de responsabilidad, se denota claramente un verdadero análisis y valoración de las pruebas.

Hay que recalcar que una persona procesada o acusada de determinado delito, independientemente de su situación jurídica mantiene su estatus de inocente, con ello se garantiza hasta las últimas instancias este derecho, no se lo vulnera, solo se lo transgrede cuando existe ya la sentencia en firme, es decir que dicha sentencia

que obviamente debe ser de carácter condenatoria haya pasado por todas las fases, por todos los recursos que la ley franquee, y luego de un proceso justo la misma quede ejecutoriada.

1.2.3 El derecho a la libertad en la normativa chilena

La Constitución de Chile, desde su primer artículo manifiesta: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Concordante a esto el Art. 7 en sus literales b) y e), claramente manifiesta que, el derecho a la libertad es inviolable, para que a una persona se le limite o arrebatase su derecho a la libertad, deben realizárselo en la forma y bajo las condiciones que establece para el efecto, la Constitución Política de la República de Chile, así como las demás leyes vigentes; así mismo, establecen un parámetro de necesidad, la privación de libertad debe atender a un estado de necesidad, fundamentado u otorgado únicamente por el juez, ya sea para continuar con las investigaciones procesales o para garantizar la integridad del ofendido y de la misma sociedad, siempre amparado en los requisitos que la ley establezca

En la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en el artículo 4 menciona que “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley” (Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano, 1786)

Autores como (Medina Quiroga, 2005) dentro de su libro, analizan este derecho de libertad y lo expresan como un derecho innato, pero a la vez vulnerable; nombra también que dentro del artículo 7 número 5 de la Convención sobre Derechos Humanos, otorga protección a la libertad personal al establecer que la detención no puede exceder “un plazo razonable”, y esto porque la detención a la espera de juicio, o prisión preventiva, no puede ser la norma general, sino la excepción, ya que es una restricción a un derecho humano y las restricciones son siempre excepcionales; además se establece que el derecho a la libertad personal,

acoge al derecho de la persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (Medina Quiroga, 2005).

En la normativa chilena el derecho a la libertad, nace desde la norma supra constitucional, por lo tanto, va de la mano con la declaración de los derechos del hombre, no solo partiendo desde el punto de que exista la necesidad de privar de la libertad a una persona, sino que esta misma “necesidad” puede jugar así mismo a favor del imputado, es decir que si bien es cierto se puede reunir las exigencias que estipula el código para dictar una privación de la libertad por parte del juez competente, sino que también se debe analizar la necesidad de que esa persona que enfrenta un proceso en el cual esté en peligro su derecho ambulatorio, tenga la necesidad imperiosa de estar en libertad, analizando factores sociales, culturales, económicos, familiares, entre otros, ya que siempre existen mecanismos distintos a la prisión mientras dure un proceso, es preferible que la persona investigada esté trabajando, siendo un ente productivo para la sociedad, columna y proveedor de hogar, mientras su situación jurídica se resuelva, claro está tomando ciertas restricciones para con respecto del ofendido en el procesamiento, es decir no solo se analiza el entorno social del imputado sino también del ofendido y algo magnífico, la seguridad de la sociedad en general, todo ello debe ser analizado para garantizar un juicio justo y que no se vulnere un derecho como lo es el de la libertad.

1.2.2 El derecho de presunción de inocencia en la normativa chilena

Dentro del libro del Código Procesal Penal chileno (CPP), el artículo 4 menciona acerca de la presunción de inocencia: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme” (Código Procesal Penal, 2002).

A su criterio José Cusi relata que la presunción de inocencia constituye un elemento o presupuesto imprescindible del debido proceso, es decir, es un derecho fundamental y una garantía primigenia que asiste a toda persona y este debe ser aplicado en el ámbito general del Derecho, es decir, es de aplicación inmediata en el Derecho administrativo, civil, laboral, penal (con mayor preferencia) y otros, durante el proceso. Manifiesta también se considera a la presunción de inocencia

como un derecho fundamental, el cual garantiza la libertad de las personas, y, debe ser considerada como la garantía madre del debido proceso, a efectos de un desarrollo legítimo en el proceso penal (Cusi, 2019).

La presunción de inocencia es un derecho, de ello ya queda bastante clarificado tanto en la normativa de Chile como de Ecuador, esta adherido al ser humano como derecho fundamental y primigenio, el cual jamás debe faltar en un debido proceso, es interesante el enfoque que se realiza en Chile, ya que la presunción de inocencia no solo esta positivizada en la ley, sino que se lo utiliza en el ámbito penal, y en todo trámite judicial del cual se va a dictar una sentencia en contra del enjuiciado, demandado o imputado, es impresionante como la presunción de inocencia abarca todo el ordenamiento jurídico en Chile, y lo catalogan de “imprescindible” es decir, hay que tener claro este principio el juicio no está respetando las normas básicas del debido proceso, esta presunción debe ir de principio a fin, tal cual se manifestó en líneas anteriores, hasta que se hayan agotado todos los recursos y la sentencia quede en firme, es la única forma jurídica y legal de quitar a una persona de su derecho, garantizándolo de principio a fin.

1.2.3 Semejanzas de la aplicación de la prisión preventiva entre Ecuador y Chile

Tanto la ley de Chile, como ley de Ecuador exigen requisitos para poder dictar una prisión preventiva, requisitos de carácter sine qua nom, es decir que no pueden ser divididos, de carácter obligatorio y, que al faltar uno de ellos definitivamente la privación de la libertad bajo ningún concepto procedería.

El artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, en el numeral 1 expresa que para dictar la prisión preventiva, debe existir los elementos de convicción suficientes para así poder determinar la existencia del delito; situación muy similar ocurre con la ley penal en Chile, en su artículo 140 literal a), el cual habla de los requisitos para dictar una prisión preventiva y nos dice que debe existir antecedentes debidamente justificados, sobre la existencia del delito del cual se está investigando.

Es decir, que fiscalía o el Ministerio Público tenga un caso, con bases, con elementos reales, lo cual pueda conducir a una verdadera acusación y no se realice

un desgaste innecesario de la administración de justicia, ya que en muchas ocasiones se inicia o se formaliza una investigación en la cual se solicita prisión preventiva, pero al final simplemente no se acusa, existe sobreseimiento, y se ha vulnerado los principios ya analizados, esto obliga al juzgador que debe existir un control en los pedidos que realicen las partes procesales, especialmente los de privación de libertad.

El segundo requisito en el Código Orgánico Integral Penal habla de la existencia de elementos sobre la participación del procesado sea este como autor o cómplice de la infracción; de igual forma y respetando el mismo orden el Código de Procedimiento Penal de Chile nos dice exactamente lo mismo, que se presuma de manera fundada, que el imputado ha tenido participación en el delito, y este orden al que nos referimos tiene una lógica, es que sin delito no puede haber quien delinca; entonces se debe establecer la razón entre el delito y el responsable, ya que si primero se analiza una presunta responsabilidad sin que esté bien fundado y tipificado la existencia del delito, estaríamos frente a un análisis innecesario y desgastante.

Como tercer requisito, en el cual se establece las semejanzas, se lo resume en INMEDIACIÓN, ya que, si bien es cierto, se habla de distintos motivos, pero su fin se establece en, que el procesado en Ecuador o Imputado en Chile, la importancia de mantenerlo atado al proceso sea para asegurar su comparecencia, sea para evitar fuga, sea para que las diligencias no se estanquen y el proceso fluya con normalidad, pero la similitud, el espíritu de este requisito, es sin duda alguna la inmediatez.

Hay que recalcar que para solicitar la prisión preventiva, en ambos países, se lo realiza mediante una audiencia oral, a pedido de parte al juez correspondiente, el artículo 560 del Código Orgánico Integral Penal, nos habla sobre la oralidad y nuestro sistema penal se basa en el principio de oralidad; así mismo el sistema penal de Chile en su artículo 142, nos manifiesta que la solicitud de la prisión preventiva deberá ser solicitada verbalmente en las diferentes etapas que se encuentre el proceso.

1.2.4 Diferencias en la aplicación de la prisión preventiva en Ecuador y Chile

Existen grandes diferencias al momento de aplicar la privación de la libertad tanto en Ecuador como en Chile, y esto se debe a la realidad de cada País, realidad con respecto al hacinamiento carcelario, a los factores sociales y económicos que se viven de manera distinta, al resultado y avance técnico jurídico que han tenido que ir desarrollando ambos Países, de lo cual vamos a rescatar y analizar ciertas diferencias.

Los tres requisitos para otorgar una privación de libertad en el Código de Procedimiento Penal Chileno son prácticos, los cuales ya han sido analizados detenidamente, sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal establece cuatro requisitos detallados, los mismos que obligan al juzgador motivar al momento de conceder una privación de libertad.

Si bien es cierto los numerales 1 y 2 de los requisitos tanto de la ley chilena como de la ley ecuatoriana son semejantes en el fondo y en su orden, sin embargo, el numeral 3 del COIP ampliamente nos manifiesta que se debe indicar las circunstancias del porque las otras medidas no privativas de libertad no son suficientes para certificar la inmediación del aprehendido, muy diferente a lo que expresa el Código de Procedimiento Penal chileno que si bien es cierto coincide en el tema de inmediación pero de una forma distinta, más bien, se aseguran de que el proceso no tenga trabas y dilaciones; que las diligencias se cumplan con la presencia del imputado y van más allá, ya que también se analiza la peligrosidad y la seguridad del ofendido y de la sociedad.

Para ello, lo han positivizado, analizando la gravedad de la pena, que tenga como consecuencia punitiva, un alto índice de años de privación de libertad es lógico que el riesgo de fuga aumenta, así mismo se habla del número de delitos que se imputen, así como la existencia de procesos pendientes, hay que diferenciar que la Constitución Ecuatoriana es tajante en ese sentido, prohíbe la criminalización en razón del pasado judicial situación que en Chile obligan a analizar.

El artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, hace un pequeño preámbulo estableciendo los dos fines para solicitar una prisión preventiva, como son la comparecencia del procesado al proceso y un eventual cumplimiento de pena, con el fin de justificar esta medida de carácter excepcional como lo es la privación de libertad, sin embargo, el Código Adjetivo Penal chileno, no lo hace, al menos al momento de establecer sus requisitos se limita a mencionarlos, realizar una explicación sin lograr contextualizar un fin, pero el espíritu de la ley, obliga a determinar uno, el cual ya se lo ha mencionado en reiteradas ocasiones, la inmediación.

La carga de la prueba al momento de solicitar prisión preventiva le corresponde fundamentar a fiscalía o al ministerio público en Chile, el art. 141 de la Ley Penal chilena sí establece la improcedencia de la prisión preventiva y obligatoriamente se debe tener en cuenta su arraigo familiar o social, lo cual no está acorde con el principio constitucional de presunción de inocencia, sin embargo, no es necesario y no existe ni siquiera la palabra “arraigos” en nuestra normativa

Continuando con las diferencias, el numeral 4 del COIP manifiesta que para otorgar una prisión preventiva, la pena del delito a ser investigado, debe superar el año, mientras que el Código de Procedimiento Penal chileno no establece este requisito, pero menciona que no se podrá ordenar prisión preventiva en penas pecuniarias o privativas de derecho o con penas de duración no superior a la de presidio, que va desde los 61 a 540 días o reclusión menores en su grado mínimo de cinco años y un día a 20 años, y en realidad, al analizarlo detenidamente la prisión preventiva no se la puede dictar cuando exista una desproporción frente a la gravedad del delito.

1.2.5 Comentario crítico jurídico

Una vez que se ha logrado determinar los principios fundamentales inherentes a todo ser humano en cualquier estado democrático y de derechos, los mismos definitivamente son transgredidos y vulnerados hasta la actualidad, la Convención Americana de Derechos Humanos recibe diariamente múltiples denuncias en las cuales se ha visto obligada a recomendar a los Estados partes y suscritos a los

convenios y tratados internacionales a ser más cuidadosos al momento de privar de la libertad a una persona

A pesar de que la misma ley incansablemente obliga a los operadores de justicia a fundamentar y motivar sus decisiones, la costumbre la presión social, la prensa juegan factores importantes por su desconocimiento y la falta de políticas públicas para comprender mejor este tema, ya que el derecho a la liberación, la presunción de inocencia no pueden transgredirse con simples requisitos o con la excusa de satisfacer a ciertos grupos sociales, no se busca bajo ningún concepto impunidad pero al mismo tiempo no se está logrando mantener el equilibrio jurídico y responder a los fines establecidos en la ley.

La sociedad busca el Buen Vivir, la seguridad, mientras que, el procesado busca una nueva oportunidad, una verdadera rehabilitación la cual no existe en un lugar llamado cárcel; el procesado queda manchado, estigmatizado y porque no decirlo, obligado nuevamente a delinquir para subsistir para de igual forma mantener a una familia en busca de nuevas oportunidades.

Las leyes siguen evolucionando, no se sabe a conveniencia de quién pero al mismo tiempo el delito también se sigue perfeccionando y en esta lucha, en esta carrera desproporcionada no existen ganadores ni perdedores, al contrario la gente cree menos en la administración de justicia, cree menos en un proceso judicial, y en este punto tan frágil y este hilo tan delgado es muy fácil vulnerar el principio de inocencia y libertad, en los pasillos de los juzgados se dice: “hecha la ley, hecha la trampa”.

Finalmente es menester indicar una frase que se encontraba en una de las celdas de la ex penitenciaria de Guayaquil y dice “En este lugar maldito no se castiga al delincuente, se castiga a la pobreza”.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Gracias a la información recopilada se puede determinar cómo procede y se aplica la prisión preventiva tanto en Ecuador como en Chile constituyéndose todavía un problema frente al principio de inocencia y de libertad, pues son incompatibles, pese a que la propia ley trata de establecer otros mecanismos que no vulneren estos principios constitucionales, pero la generalidad ha obligado en la mayoría de los procesos dictarse esta medida que debe ser de ultima ratio

Tanto en Ecuador como en Chile la prisión preventiva consiste en restringir el derecho ambulatorio de una persona contra la cual se está, investigando y procesando una imputación penal, es decir, violando la norma interna de su país, la cual indudablemente merece un castigo, en la mayoría de los casos se ha reunido las reglas y condiciones para privarlo de su libertad, más sin embargo, no existe el análisis en base al derecho universal de presunción de inocencia y de libertad, en el que se puede recalcar tanto Ecuador como Chile son Estados parte suscritos a convenios y tratados internacionales.

La afectación de la prisión preventiva frente al principio constitucional de inocencia y de libertad, se lo considera, que afecta a la persona privada de su libertad, es que se lo puede considerar como una pena anticipada, restrictiva del derecho ambulatorio, no solo, es que se provoca hacinamiento carcelario, sino también que su entorno social, laboral, familiar directamente se ven perjudicados por cuanto su único ingreso económico, la única persona que proveía de alimentos, vestuario, educación, vivienda a esa familia, una persona constitucionalmente inocente se encuentra tras las rejas esperando que su suerte jurídicamente sea favorable.

Lo más recomendable sería que obligatoriamente se opte por una medida no privativa de libertad y en caso de incumplimiento, en audiencia pública se discuta los motivos, causas y razones que le impidieron cumplir estas medidas para de este modo proceder a dictar una prisión preventiva con el fin de no vulnerar, transgredir los derechos de presunción de inocencia y libertad, ya que siempre estamos sujetos a denuncias en organismos internacionales.

La solución no es endurecer las penas sino establecer un verdadero régimen de rehabilitación social y reinserción a la sociedad para que de este modo las personas que hayan sido sentenciadas retornen a las calles y sean entes productivos para la sociedad, con ello se reduciría los delitos y al mismo tiempo se garantiza la no revictimización a la víctima y, con respecto a la sociedad se crean seguridad, no solo social sino también seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Corte Interamericana de Derechos Humanos Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad:(Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Recuperado el Septiembre de 2020, de Corte Interamericana de Derechos Humanos Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad:(Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos):
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privacion-libertad.pdf>
- Albán, E. (2018). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Obtenido de Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: <http://www.pucesi.edu.ec/webs/wp-content/uploads/2018/03/ALban-Ernesto-Manual-de-derecho-Penal.pdf>
- Asensio Mellado, J. (2015). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Buestan Chavez, L. (2016). "*La Prisión Preventiva como Medida Cautelar Exepcional en el Sistema Procesal Ecuatoriano*". Recuperado el 21 de Octubre de 2020, de "La Prisión Preventiva como Medida Cautelar Exepcional en el Sistema Procesal Ecuatoriano": <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/6629/1/07618.pdf>
- Buestan Chavez, L. (2017). *La Prisión Preventiva como Medida Cautelar Excepcional en el Sistema Procesal Ecuatoriano*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2020, de La Prisión Preventiva como Medida Cautelar Excepcional en el Sistema Procesal Ecuatoriano.: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/6629/1/07618.pdf>
- Cavada Herrera, J. P. (2019). Prisión preventiva Regulación en Chile y Latinoamérica y estándar internacional. *Asesoría Técnica Parlamentaria*, 3-10.
- Cedeño Romero, K. (2018). *La Prisión Preventiva como Medida Cautelar de Carácter Personal de Última Ratio, Aplicada en la Ciudad de Santo Domingo*. Recuperado el 2020, de Medida Cautelar de Carácter Personal de Última Ratio, Aplicada en la Ciudad de Santo Domingo:
<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/9486/1/PIUSDAB124-2018.pdf>
- Cervantes, M. (1997). Don Quijote de la Mancha. En M. Cervantes, *Don Quijote de la Mancha* (págs. 1-4). Clásicos hispánicos.
- Cifuentes, E. (1999). Libertad Personal. *Ius et Praxis*, V, 121-163. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/197/19750105.pdf>
- Cisneros, M. E. (Diciembre de 2014). *Las medidas Cautelares en el Ecuador*. Obtenido de Las medidas Cautelares en el Ecuador:
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/20946/1/TESIS.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2020, de Código Orgánico Integral Penal:

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el septiembre de 2020, de Código Orgánico Integral Penal: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el septiembre de 2020, de Código Orgánico Integral Penal: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2020, de Código Orgánico Integral Penal: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el septiembre de 2020, de Código Orgánico Integral Penal: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

Código Procesal Penal. (11 de Julio de 2002). *Código Procesal Penal*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2020, de Código Procesal Penal: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf

Código Procesal Penal. (11 de Julio de 2002). *Código Procesal Penal*. Recuperado el 11 de Septiembre de 2020, de Código Procesal Penal : http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf

COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2020, de Código Orgánico Integral Penal: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

Consitución de la República del Ecuador. (2008). *Consitución de la República del Ecuador*. Recuperado el Septiembre de 2020, de Consitución de la República del Ecuador: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Constitución de la República de Ecuador. (20 de Octubre de 2008). *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR*. Recuperado el Septiembre de 2020, de CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el Septiembre de 2020, de Constitución de la República del Ecuador: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

CONSTITUCION POLITICA. (13 de Agosto de 1835). *CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1835*. Obtenido de CONSTITUCION POLITICA DEL AÑO 1835: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1835.pdf

- Constitución Política. (13 de Agosto de 1835). *Constitución Política del año 1835*.
Obtenido de Constitución Política del año 1835:
https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1835.pdf
- Constitución Política de Chile. (2010). *Constitución Política de la República*. Recuperado el Septiembre de 2020, de Constitución Política de la República:
https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf
- Constitución Política de la República de Chile. (Octubre de 2010). *Constitución Política de la República*. Recuperado el Septiembre de 2020, de Constitución Política de la República: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf
- Cornejo Aguiar, J. S. (25 de Enero de 2016). *LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL COIP*.
Recuperado el 2020, de LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL COIP.:
https://www.derechoecuador.com/la-prision-preventiva-en-el-coip#_ftnref4
- Cornejo, J. (2017). LAS REFORMAS PENALES EN EL ECUADOR. *DerechoEcuador*, 30-56.
- Cusi, J. L. (03 de Mayo de 2019). *Diario Constitucional*. Obtenido de Diario Constitucional: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-principio-de-presuncion-de-inocencia-en-el-estado-constitucional-de-derecho-en-el-lenguaje-del-proceso-penal/>
- Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano. (26 de Agosto de 1786). *Aministía Internacional*. Recuperado el 11 de Septiembre de 2020, de Aministía Internacional: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-paris-1789.html>
- Escobar, R. (Enero de 2015). *Medidas Sustitutivas a la Pena de Privación de Libertad*.
Obtenido de Medidas Sustitutivas a la Pena de Privación de Libertad:
[file:///C:/Users/Geova/Downloads/19462-1-59354-1-10-20120602%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Geova/Downloads/19462-1-59354-1-10-20120602%20(1).pdf)
- García Falconí, J. (2015). Principio Procesal de Inicencia en el COIP. *DerechoEcuador.com*, 56-61. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/principio-procesal-de-inocencia-en-el-coip>
- Giorgio, A. M. (2015). *Medidad de Coerción*. Buenos Aires: Dunken.
- González, F. (Junio de 2016). "LA SEGURIDAD JURIDICA EN RELACIÓN AL DEBIDO PROCESO JUDICIAL EN EL ECUADOR". Obtenido de "LA SEGURIDAD JURIDICA EN RELACIÓN AL DEBIDO PROCESO JUDICIAL EN EL ECUADOR":
<https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/268/1/IAEN-011-2004.pdf>
- Jaramillo, M. (22 de Septiembre de 2009). *Resolucion Corte Nacional*. Obtenido de Resolucion Corte Nacional:
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/comunicacion/resolucionesoctubre/Resolucion%20Corte%20Nacional.pdf>
- Medina Quiroga, C. (2005). *La Convención Amaricana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago de Chile: Mundo Gráfico.

- Morales Vidal, R. I. (2016). *Análisis de Constitucionalidad de los Artículos 149 inciso segundo y 248 letra C) e Inciso Final CPP*. Recuperado el Septiembre de 2020, de Análisis de Constitucionalidad de los Artículos 149 inciso segundo y 248 letra C) e Inciso Final de CPP: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113050/demoraless_r.pdf?sequence=1
- Moreno, R. (2001). *Diccionario de Ciencias Penales*. España: V Books.
- Nogueira Alcalá, H. (1999). El Derecho a la Libertad Personal Individual en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Ius et Praxis, IV*, 289-337. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/197/19750112.pdf>
- Nogueira Alcalá, H. (2015). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Revista Ius et Praxis*, 221 - 241.
- Pardo Vergara, M. (2015). *El derecho de libertad general en Chile*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2020, de El derecho de libertad general en Chile: https://www.academia.edu/27243648/El_derecho_de_libertad_general_en_Chile
- Ramírez Ramírez, J. C., & Escandell, M. (01 de 02 de 2917). *Humanium*. Obtenido de Derecho a la Libertad: Obtenido de <https://www.humanium.org/es/derecho-libertad/>
- Ramirez, J. O. (2005). *Función Precautelar*. Astrea.
- Sánchez Bermejo, A. (2016). Medidas no privativas de libertad. *Abogados Málaga*, 75-87.
- Suarez Valero, L. I. (2018). Uso de los dispositivos electrónicos de seguridad en las Personas Privadas de Libertad en Guayaquil 2018. *EspiraLes*, 25-68.
- UNICEF. (20 de Noviembre de 2018). *Presunción de inocencia y crímenes internacionales*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2020, de Presunción de inocencia y crímenes internacionales: <https://news.un.org/es/story/2018/11/1446621>
- Zambrano, A. (2009). *Manual de práctica procesal, constitucional y penal*. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L. Obtenido de https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/manual_practica_ppenal.pdf