UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

ESCUELA DE POSTGRADO EN DERECHO

TÍTULO:

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REFORMA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL AÑO 2021 Y LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

AUTORES:

AB. ROXANNA LESLIE RIVADENEIRA ARIAS

AB. KAREN ELIZABETH MANGA HANNA

TUTOR:

MAG. SANTIAGO ALEJANDRO ORTEGA GOMERO

SAMBORONDÓN, 10 DE MAYO, 2023

Resumen

El presente estudio tiene como finalidad evidenciar las tensiones que se genera por la medida de prisión preventiva entre eficacia procesal, derechos de libertad y la presunción de inocencia. A partir de esta premisa, la Defensoría Pública considera que existe de manera abusiva e indiscriminada la prisión preventiva, haciendo eco de las críticas dadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la aplicación de la medida, del cuál debería ser obligatoriamente proporcional, necesaria y excepcional; permitiendo así la actuación fiscal en los procedimientos flagrantes, que el titular del ejercicio público solicite al juzgador la aplicación de la prisión preventiva casi de manera general, lo que ocasiona la vulneración del principio de inocencia, uso excesivo y arbitrario de la medida cautelar.

Por lo tanto, la gravedad de la situación ha permitido desarrollar jurisprudencia amplia y compleja para mejorar la utilidad en la práctica estándares internacionales, permitiendo al presente trabajo sistematizar aspectos relevantes de la prisión preventiva, desde la configuración procesal penal interna y permitir así la racionalización de utilidad de la medida lesiva al derecho a la libertad y presunción de inocencia del sujeto procesado.

Finalmente, se recomienda en el presente estudio estar enfocada al buen uso de la prisión preventiva por parte de los encargados de los administradores de justicia, y otorgar a las futuras líneas de investigación dar insumos a partir de las conclusiones del presente trabajo, guías que permitirá enfocar a las tomas de decisiones de las políticas criminales evidenciado en el Ecuador.

Palabras clave: Prisión preventiva, flagrancia, aplicación, motivación, presunción de inocencia.

Abstract

The purpose of this study is to demonstrate the tensions generated by the preventive detention measure between procedural effectiveness, freedom rights and the presumption of innocence. Based on this premise, the Public Defender's Office considers that preventive detention exists in an abusive and indiscriminate manner, echoing the criticisms given by the Inter-American Commission on Human Rights in the application of the measure, which should be necessarily proportional, necessary and except; thus allowing the prosecutor's action in flagrant proceedings, that the holder of the public exercise requests the judge the application of preventive detention almost in a general way, which causes the violation of the principle of innocence, excessive and arbitrary use of the precautionary measure

Therefore, the seriousness of the situation has allowed the development of broad and complex jurisprudence to improve the usefulness in practice of several international standards, allowing the present work to systematize relevant aspects of pretrial detention, from the internal criminal procedural configuration and thus allow the rationalization usefulness of the measure injurious to the right to liberty and presumption of innocence of the prosecuted subject.

Finally, it is recommended in this study to be focused on the proper use of pretrial detention by those in charge of justice administrators, and grant future lines of research to provide inputs based on the conclusions of this work, guides that will allow focus on the decision-making of criminal policies evidenced in Ecuador.

Keywords: Pretrial detention, flagrante delicto, application, motivation, presumption of innocence.

Introducción

Las implicaciones jurídicas en que se encuentra basada la prisión preventiva en el proceso penal, se relaciona con estudios realizados que han considerado a esta medida como una coerción personal grave y polémica en distintas resoluciones jurisdiccionales puesto que, es adoptada dentro de la investigación penal cuyo fin es que el procesado sea privado del derecho a la libertad, lo que resulta una pena anticipada tomando en consideración que aún no consta sentencia, y por tanto se vulnera la presunción de inocencia.

En virtud de ser un principio fundamental del derecho, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad en el sistema penal acusatorio ecuatoriano en base a las reglas generales, son aplicables para que el procesado pueda ser defendido en libertad y que esta medida sea considerada de *ultima ratio,* no obstante en lo dispuesto por el Código Orgánico Integral Penal vigente (en adelante COIP), en el Art. 534 garantiza la comparecencia de la persona procesada y así dar cumplimiento de la pena impuesta por los administradores de justicia, proteger bienes jurídicos y evitar el riesgo de fuga (Picó, 2012).

En el mismo sentido, son los instrumentos internacionales que ejercen su jurisdicción y la Corte Interamericana de Derechos Humanos del cual se fija en el uso racional para la aplicación de esta medida con requisitos formales que se encuentran adecuados para el *ius puniendi* y flexibilizar los Derechos humanos exclusivamente procesales, en el cual permite habilitar la utilización de la prisión preventiva en determinados casos (Ferrajoli, 1997). Además, de conformidad con la Constitución del Ecuador, se presumirá y se tratará como inocente a las personas, mientras no se declare la culpabilidad mediante resolución en firme o sentencia condenatoria ejecutoriada, en concordancia al COIP artículo 5 numeral 4.

Por tanto, al incumplir y desnaturalizar los requisitos formales de la norma penal y resoluciones emitidas por el máximo Órgano Jurisdiccional es un problema jurídico y social en la aplicación del abuso formal utilizada como pena anticipada, acto rutinario en despachos judiciales e instrumento perjudicial para la persona que tiene el beneficio de la duda, teniendo en cuenta los

delitos de flagrancia y en la formulación de cargos, por lo que es evidente la excesiva aplicación de la medida preventiva de libertad en el país causando conmoción social (Zavala, 1973, como se citó en Bermúdez, 2001).

El presente trabajo tiene la perspectiva de analizar el entorno doctrinario desde el punto de vista de los Derechos fundamentales bajo las circunstancias específicas de la medida cautelar de prisión preventiva de la legislación penal interna hacia los estándares internacionales, permitiendo así establecer la idónea interpretación y aplicación de la medida coercitiva de privación de libertad, sin intervención arbitraria por parte de los administradores de justicia y que el estatus jurídico de inocencia no sea vulnerado.

El objeto del artículo es demostrar por parte de las autoridades competentes el incumplimiento en la aplicación de la Resolución No. 14-2021 emitido por la Corte Nacional de Justicia donde se encuentra contemplada la prisión preventiva como medida cautelar personal y excepcional, bajo los criterios de *ultima ratio,* y como lineamiento jurisprudencial del cual es evidente el riesgo procesal si se incumple puesto que, es necesario comprender el fenómeno social, práctico y jurídico en la rama del derecho penal mediante el análisis de casos específicos de las Unidades Judiciales de Flagrancia de Guayaquil.

La metodología del presente trabajo de investigación es mediante enfoque cualitativo, basada en la interpretación de la doctrina, base legal y jurisprudencia conjunto a las ciencias sociales y humanas, por esta razón se utilizará el razonamiento inductivo que se justificará con el análisis descriptivo jurídico de los diferentes procesos penales actuales sobre la falta de motivación en los autos y la desmedida aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar privativa de libertad y de *ultima ratio* dentro del área de flagrancia teniendo en cuenta el perjuicio social, su incidencia en los derechos del procesado e inobservancia de la ley vigente que causa la administración de justicia a la ciudadanía, desfavoreciendo el principio de inocencia en el Estado ecuatoriano, pues se espera determinar si el COIP con la reforma del 2021 ha generado la correcta aplicación de la medida personal acorde a los lineamientos constitucionales, internacionales y resolutivos de la Corte Nacional de Justicia.

Marco Teórico

Medidas Cautelares

Picó (2012) la medida cautelar que afecte la libertad de una persona debe fundamentarse dentro de la sentencia, dando la razonabilidad para el cumplimiento del fin propuesto, en atención a las reglas específicas de la normativa penal. En efecto, se debe considerar que las medidas cautelares deben adoptarse en base al Derecho de Tutela Judicial Efectiva, con el objetivo de dar prioridad a los intereses de las partes con sentencias congruentes y motivadas. No obstante, las medidas cautelares son provisionales y pueden ser modificadas siempre y cuando no se vulneren los derechos del debido proceso dado que, a la prisión preventiva es la medida más coercitiva dentro del derecho procesal penal.

Prisión preventiva

Rospigliosi (2021) menciona la relación directa de riesgo de fuga del imputado, riesgo de reiteración delictiva, riesgo de destrucción probatoria u obstaculización de la verdad, protección de bienes jurídicos de la víctima, entre otras. Bajo esta premisa, es necesario analizar el lado contrario de esta medida porque también es llamada prisión provisional que "se configura como la medida dirigida para asegurar que los imputados comparecerán para dilucidar las responsabilidades penales en que hayan incurrido" (Picó, 2012, p.91). Por tanto, no puede pretender aplicar esta medida con fines punitivos que vulneren el principio de inocencia de la persona procesada, es decir, con el hecho de que esta persona sea corregida por su comportamiento delictivo cuando aún no se ha realizado la investigación correspondiente. Asimismo, Picó (2012) afirmó lo siguiente:

> Para la aplicación de esta medida existen dos parámetros importantes *"fumus boni iuris"* "existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva" y *"periculum in mora"* esto es, integrarse con la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes, conlleva al principio de legalidad que el ordenamiento penal tiene para respetar los Derechos Humanos (p.91).

En ese orden, Alexy (1993) señala que, esta medida preventiva es motivada, apelable, revocable, caducable y excepcional a favor de la persona provisionalmente privada de libertad y se refiere a proseguir con la investigación solo si existen las circunstancias necesarias que fundamentaron la orden de la prisión preventiva, caso contrario se vulnera el estado jurídico de inocencia.

En cambio, para Chiara (2020) la prisión preventiva es considerada como una medida ambulatoria de neutralización provisional que limita la libertad individual de una persona en virtud de una declaración judicial; es decir una medida eventual a la ejecución de la pena, pero esta no debe usarse como coerción más grave al procesado si no existen indicios afirmativos sobre el hecho e intervención, pues siempre se prevalece el *indubio pro reo* debiendo ser decidida con prudencia. Por ello, existen otras alternativas viables a las que se debe dar valor cuando es necesario y a las que no afecta la libertad, honra, buen nombre e inclusive aspectos psicológicos a la persona procesada.

Por tanto Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1961, como se citó en Bermúdez, 2001) la medida preventiva de libertad debe ser considerada y aplicada con un criterio restrictivo acorde a la norma tras no ser considerado como presunto culpable hasta que se pruebe lo contrario en base a la valoración de las pruebas, esto es *onus probandi*, es decir que el imputado mantiene el beneficio de la duda independiente de que todas las autoridades de administración de justicia tienen la obligación de no prejuzgar, más bien perseguir la carga de la prueba debidamente fundamentada a la existencia de la infracción y responsabilidad del imputado.

En armonía con el mismo criterio, Zaffaroni (2018) señaló que existe un común denominador en el sistema procesal penal ecuatoriano aplicando la prisión preventiva como una pena anticipada siendo fuente de estudios de política criminal sin tomar en cuenta que el procesado se encuentra privado de libertad mientras se investiga sin atender básicamente los Derechos Humanos con las exigencias que conlleva aplicar esta medida, pasando por encima de la seguridad jurídica del sistema legal al desnaturalizar los requisitos formales para su adecuación, a esto se trae a colación el artículo 4 del COIP, último inciso sobre la prohibición de hacinamiento.

Principios de la prisión preventiva y garantía básica del derecho a la libertad.

Presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es considerada un derecho primordial que se encuentra establecido como garantías constitucional y judicial, misma que se encuentra basada en el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969. El artículo antes indicado, en el numeral segundo, denominado como garantías judiciales que hace eficiente el derecho de presunción de inocencia, se encuentra relacionada con las reglas básicas que debe ser garantizado por el Estado al momento que sea ejercido la potestad punitiva y la materialización de un proceso judicial bajo el control de los jueces de garantías penales; es decir, en toda la serie de actos legales que se desenvuelven de forma progresiva bajo autoridad para brindar seguridad jurídica. Tal es así que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976 en su artículo 14 numeral 2 determina que se presuma la inocencia de una persona que ha sido acusada de algún hecho ilícito hasta que no haya sido catalogado como culpable, pues el hecho de que exista una medida preventiva no quiere decir que existe una sentencia condenatoria por lo que, se debe atender los requisitos formales de la norma penal y los criterios jurídicos de las distintas resoluciones emitidas por el máximo Órgano Jurisdiccional que promueve el derecho a la libertad cuando es realmente necesario y más que nada legal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) determina que, la presunción de inocencia se encuentre respaldado durante todo el procedimiento penal del procesado hasta que se ejecute la sentencia condenatoria que determina la culpabilidad. Basado en los siguientes aspectos, las garantías judiciales determinan que: defender la libertad, preparar defensa técnica, prohibición de declarar en su contra, por ende, la presunción de inocencia permite ser analizado bajo un criterio garantista de libertad de manera ambulatoria.

Principio de excepcionalidad

Según Garzón (2008) este principio permite evitar que la detención de una persona sin una sentencia, sea considerada como castigo y prevención en la aplicación de infracciones que se consideran leves, en base a las meras sospechas o careciendo de los indicios que se acusa para obstaculizar la justicia por parte de las autoridades competentes. Al ser considerado excepcional se procede con el encarcelamiento preventivo, por lo cual surge directamente entre derecho general a la libertad ambulatoria de la persona y prohibición en la aplicación de la pena antes de la sentencia condenatoria. Por tanto, al ser tratado como inocente, deberá recibir el imputado en la persecución penal que va impedir adelantar la pena donde regirá el principio durante todo el procedimiento como un derecho a la libertad. Es indispensable, tener presente que el principio de excepcionalidad permite obligar en primera instancia al poder legislativo en el desarrollo de sus facultades, regular el régimen de coerción procesal.

En segunda instancia, los jueces como tribunales, en todo caso cumplirá las tareas pertinentes en la interpretación y aplicación de las disposiciones legales referente a la prisión preventiva, asimismo la ilustración de efectos puede permitir considerar desobediencia del Estado al aplicar la prisión preventiva como medida más severa que podrá ser destinado al imputado que cometió un delito, motivo por el cual la aplicación contendrá carácter excepcional, en virtud de que se limitará bajo por principios de legalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad que se encuentra regulado por la norma suprema.

Principio de proporcionalidad

Por otro lado, Garzón (2008) menciona a este principio entrelazado con el principio de legalidad, puesto que se exige que la persona procesada reciba inicialmente el trato como inocente o diferente a las personas condenadas. En la misma línea, en el límite temporal se encuentra fundamentado que el principio de proporcionalidad, debe existir en proporción de la pena interpuesta y el tiempo que se encuentra privado de libertad que cumple la persona que posteriormente es declarado inocente puesto que, durante todo el proceso la persona procesada,

gozará del principio de inocencia motivo por lo cual, no debería ser considerada como pena anticipada.

El mismo autor sustenta que, la proporcionalidad permitirá exigir al juez que realice la comparación entre una medida cautelar y la pena eventualmente aplicable en el caso ya que, al momento de comparación no es pertinente tomar en consideración que la pena en abstracto exigido por el tipo penal, sino debe estar acorde a la exigencia dada en la especie y la pena eventual según las circunstancias presentadas en diferentes casos, además, en la utilización de las técnicas entre contrapeso de los bienes jurídicos protegidos y ponderación de los intereses individuales que da prioridad el interés estatal que permitirá salvaguardar la realización de la justicia y sacrificio en la legítima de otros bienes entre ellos libertad del procesado en la prisión preventiva.

Prisión preventiva: Peligros procesales.

Mata (2011) considera a la efectividad como aquellas resoluciones que se constituye en el rasgo esencial del derecho a lo que se conoce como Tutela Jurisdiccional. Por tanto, la Tutela Judicial Efectiva reconocida por la Constitución en el artículo 169, es base primordial en un sistema procesal, en el cual determina asegurar el cumplimiento del proceso, tal es así que existen medidas cautelares dirigidas para asegurar la efectividad de la sentencia.

Pérez (2014) considera a la prisión preventiva como la medida vinculada a precautelar mas no para sancionar, pues la prisión preventiva, sostiene como finalidad la comparecencia en los juicios, dando cumplimiento de manera eventual la respectiva pena, pero de manera justificada.

En el proceso penal la búsqueda de la verdad, permite ejercer el derecho de la víctima para poder acceder a la justicia, y a su vez a la Tutela Judicial Efectiva. El riesgo de la fuga de un procesado equivale directamente proporcional al riesgo en la consecución de un proceso y conocimiento de la verdad de lo suscitado (Díez, 1998).

Bermúdez (2001) señaló que, la aplicación de la prisión preventiva relativo al debido proceso, se debe analizar y examinar los preceptos fácticos introducidos en el proceso a través de

los indicios que permita establecer la responsabilidad de la persona con el hecho delictivo, un juicio de valor anticipado que se debe valorar acorde a los principios y normas jurídicas de manera que, ordena la medida personal coercitiva contra el proceso.

Flagrancia

Cabanellas (1979) señala que, los delitos flagrantes se lo definen como aquellas acciones que se encuentras ejecutando y haciendo en el momento actual, pues se encuentra aplicada sobre los hechos punibles, donde el autor es sorprendido antes de huir, ocultar o desaparecer de la escena de los hechos.

Zavala (1973, como se citó en Bermúdez, 2001) comenta que, la flagrancia "se relaciona con la sorpresa que se lleva el autor en la comisión o ejecución del delito" (p.39).

En base a ello, no cabe duda que la aprehensión por parte de los agentes de policía con fines investigativos se pueda perpetrar, sin embargo, al modo que llegue donde el juez imparcial y pueda analizar la calificación de flagrancia independientemente de los requisitos formales para la aplicación de las medidas cautelares y si amerita la prisión preventiva dependiendo de la naturaleza del delito, y es en ésta parte donde queremos hacer énfasis, dicha particularidad de mencionar "depende", deviene de conseguir la medida preventiva de forma adecuada, de manera objetiva de lo que procede según la norma penal, pues no se puede poner en riesgo la libertad de una persona si se incumple con los parámetros legales previstos y mucho menos con autos de motivación deficientes.

Estado del Arte

En este apartado, se hace hincapié a estudios actuales concernientes al objeto de investigación tomando en cuenta que existen lineamientos jurisprudenciales; sin embargo, existen también artículos nacionales e internacionales con relevancia a la prisión preventiva y flagrancia; así como la normativa referente a la aplicación y motivación de la prisión preventiva, y por último el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia que constituye aplicación obligatoria para la administración de justicia en el Ecuador, además de ser un avance al estudio del tema de carácter normativo para la práctica legal.

Prisión preventiva

En base a la teoría actual del tema Jama y Coello (2021) han estudiado a nivel nacional mediante tesis titulada *Aplicabilidad de medidas cautelares sustitutivas como alternativa a la prisión preventiva en el Proceso Penal de delitos flagrantes en la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencias en Delitos Flagrantes de Guayaquil* [Repositorio de la Universidad de Guayaquil] las decisiones de un proceso penal que deben estar fundamentadas en derecho y la jurisprudencia en la que debe guardar estricta relación con los hechos de un determinado caso que concluyen en la aplicación de medidas que, como Estado garantista se deben cumplir.

Benítez (2022) en su tesis *Implicaciones jurídicas de la prisión preventiva en los procedimientos directos en relación al principio de inocencia* [Tesis para la obtención del título de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador] estudia sobre un riesgo procesal en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva que obligatoriamente debe ser probado; además, debe dar cumplimiento a los mecanismos razonables de verificación de sospechas, pues existen medios que pueden conducir a riesgos procesales como la posibilidad de fuga que imposibilite la investigación.

Según los hallazgos más actuales de Krauth (2018) estudios por parte de la Defensoría Pública del Ecuador, en la mayoría de los casos han dictado prisión preventiva por delitos contra la propiedad, permitiendo que los jueces justifiquen su resolución con la falta del arraigo social

del imputado entre ello familiar, domiciliario o carnet de discapacidad. Sin embargo, existen circunstancias del cual la defensa no presenta ni siquiera el arraigo social, de manera que se procede a dictar prisión preventiva, pues si bien es cierto este tipo de prácticas no se encuentran en la norma penal, pero podría servir para tener en cuenta el estado social de la persona ya que, con su ausencia podría ser considerado como peligro para la sociedad. El artículo también destaca lo que ha sido ignorado por los jueces en la actualidad, son los criterios de necesidad y proporcionalidad en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva mencionados en el artículo 520 del COIP, y sobre la motivación de autos y solicitudes la mayoría de los casos penales que violan la Constitución al aplicar la medida cautelar sin tomar en cuenta que es de *ultima ratio* específicamente en la provincia del Guayas.

Por otro lado, esta institución jurídica penal también consta como fenómeno estudiado en la actualidad en otro país como Colombia donde la detención preventiva está en constante observancia con los derechos fundamentales y que la solicitud se hace en audiencias preliminares una vez que se haya legalizado la captura tal como en flagrancia en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico. El artículo científico menciona que las actuaciones en el proceso penal deben ser tratados con la verdad a fin de que reconstruya los hechos y con indicios se deje certeza sobre la participación del sujeto en el ilícito, asimismo se destaca que actualmente si no se aplica la prisión preventiva pueden surgir criterios sobre la peligrosidad o reiteración de delitos, es por eso que el Estado actúa como respuesta punitiva, pero eso no exime la observancia al principio de presunción de inocencia. (Trujillo y Silva, 2021).

Ahora bien, desde el punto de vista normativo la aplicación de las medidas cautelares como es la prisión preventiva en nuestro ordenamiento jurídico penal, se encuentra estipulado en el apartado 522 con la finalidad de dejar constancia la comparecencia del procesado según el delito que se haya cometido, siendo medidas personales preventivas y coercitivas en caso de la pérdida temporal de libertad mencionado en el numeral 6 del COIP. Por otro lado, a nivel Constitucional, el Ecuador prevé las garantías básicas del proceso penal y en la existencia de la prisión preventiva conforme a lo dispuesto en el artículo 77.1, reconoce a la prisión preventiva sea aplicada de manera eficaz sin ser regla general y prevaleciendo la inocencia del procesado.

A su vez, es importante destacar el pronunciamiento actual de la Corte Nacional de Justicia que de manera fundamentada se encuentran los requisitos de cumplimiento obligatorio en la Resolución 14-2021, cuyo fin era aclarecer la aplicación de la medida cautelar personal que no abastece el COIP siendo la herramienta fundamental en su artículo 534 que más allá de garantizar la comparecencia de la persona procesada debe ser motivada para su petición ante el juez con indicios específicos que lleguen a la convicción y que se sustente la participación del procesado no solo la responsabilidad penal, esto debe ser debidamente motivado tanto por el titular de la acción pública como el juez en su decisión en concordancia al artículo 76 numeral 7 letra l de la Constitución; además es aplicable para delitos de acción pública cuando la pena sea mayor a un año y se debe comprobar que es de uso exclusivo y de *ultima ratio* donde no sea suficiente las otras medidas cautelares como el arresto domiciliario o uso del dispositivo electrónico. Así mismo, continuando con la normativa penal ecuatoriana, se deja claro que el parte policial no significa un indicio importante y convincente para ordenar esta medida solo sirve para tener relación con los hechos suscitados.

Por último, es necesario destacar uno de los último casos que tuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019) que causó conmoción por considerar que la prisión preventiva no puede ser considerada como regla general del estado punitivo como constantemente se ha evidenciado siempre debe anteponerse la presunción de inocencia y el debido proceso, esta referencia jurisprudencial donde la Corte IDH declaró responsable al Estado de Argentina por aplicar la privación preventiva de manera arbitraria al señor Jenkins luego de una revisión exegética en la que no se encontraron fines procesales motivados en cuanto a indicios convincentes ocasionando daños y perjuicios por lo que; además tampoco se brindó un recurso idóneo para impugnar dicha decisión lo que conlleva a una grave inobservancia a sus derechos como lo especifica el Pacto de San José en su artículo 25.1 por omisión y falta de justificación al aplicar esta medida que operó tanto en sus garantías fundamentales como la presunción de inocencia y por consiguiente como reparación integral tuvieron que brindar atención psicológica al señor Jenkins.

Por último, estudios actuales según Cobo (2022) se evidencia la desacertada política criminal en el Ecuador donde la *praxis* se aplique de forma abusiva la prisión preventiva. Ante

esto, el artículo menciona razones que en la *praxis* se desvirtúa por el uso de la medida cautelar que asciende hasta un 40% de privados de libertad sin condena ejecutoriada en el Ecuador, y se registra aproximadamente más de 38 mil presos con cohorte hasta el 2021, del cual 15 mil se encontraban sin sentencia ejecutoriada, por lo que principalmente se debe a la construcción de cárceles y endurecimiento de penas en el COIP, solicitando así más un análisis de situación en problema estructural del poder punitivo y no en problema mera infraestructura.

Flagrancia

González (2021) en su tesis *La motivación del fiscal en la petición de la orden de prisión preventiva y los derechos del procesado* [Tesis para la obtención del título de Abogado, Universidad Nacional de Chimborazo] considera que, la procedencia de esta medida depende tanto del titular de la acción penal pública como del juez, pues la necesidad de recurrir a esta medida cautelar enmarca las circunstancias objetivas y subjetivas; es decir, que haya una correlación entre la gravedad del hecho y la conducta del procesado de acuerdo a la escuela finalista que se aplica en la actualidad y en el Ecuador; lo cual en la actualidad no se aplica y es importante que sea sustentado al solicitar y usar esta medida considerando sobre todo los derechos constitucionales.

Por otro lado, Burneo (2021) en la tesis *La (im)posibilidad de calificación de flagrancia en los delitos de receptación* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador] afirma que, el estudio de flagrancia se requiere que haya un tercero para que exista la certeza de la comisión del delito, así también diferencia la aprehensión como característica propia de flagrancia y la prisión preventiva como parte del proceso penal. Es importante recalcar que, una vez más se corrobora la aplicación de prevención en delitos contra la propiedad, este artículo hace énfasis en la imposibilidad de flagrancia en el delito de receptación dejando claro que la prisión preventiva no sería la medida correcta en el ámbito punitivo puesto que, no hay elementos suficientes que evidencien la mera actividad en el que el procesado podría incurrir claramente en un error de tipo.

En base a la normativa actual de flagrancia en el artículo 527 de nuestra normativa penal se encuentra establecido los elementos para la calificación de flagrancia conjunto al artículo 529, esta situación debe estar sujeta en presencia de personas cuando se haya realizado el supuesto

delito y exista la persecución ininterrumpida de 24 horas hasta la debida aprehensión, luego se hace énfasis a la audiencia de flagrancia.

De lo manifestado por los autores, podemos concluir que, si es importante la observancia de los requisitos formales, normativos y sobre todo prevalecer los derechos fundamentales para solicitar y aplicar la prisión preventiva en delitos flagrantes y que, a pesar de usarse como medida preventiva por parte del Estado para no incurrir en peligro social o procesal, esta debe ser excepcional, motivada y proporcional.

Planteamiento del problema

La prisión preventiva, sigue siendo aplicada de manera desmedida por los Operadores de Justicia en las Unidades de Flagrancia debido a que, en las audiencias existe la inobservancia del cumplimiento de los requisitos formales que exige la normativa penal para que proceda la práctica de la medida cautelar y, sin embargo, se dispone de esta medida en diversas causas penales desnaturalizando el proceso penal y violando el derecho constitucional de libertad y presunción de inocencia del procesado que debe ser garantizando de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador y Tratados Internacionales.

Por tanto, el problema de nuestra investigación surge de la falta de valoración racional e inobservancia de los lineamientos normativos para la aplicación preventiva y la decisión del juzgador pues, a pesar de que en nuestro país ya existe parámetros de aplicabilidad de esta medida por la normativa penal y el máximo Órgano de Justicia por lo que, debería constar una idónea aplicación de la prisión preventiva y en otro caso, bien fundamentada tanto al solicitarla como a aplicarla, restringiendo toda arbitrariedad al sistema penal ecuatoriano.

A todo esto, ¿en qué incide la deficiente interpretación de lineamientos legales en el ámbito penal al solicitar o aplicar la prisión preventiva en flagrancia?

Con este fin, y en virtud de ser una medida excepcional y de *ultima ratio*, se requiere cumplir con los lineamientos que establece el COIP para no ser considerada como una pena anticipada en el ejercicio público de la acción. Para ello, también se deben exigir los elementos de convicción referentes a indicios que justifiquen la responsabilidad del procesado, para ello la Corte Nacional de Justicia ha emitido lineamientos claros para los Operadores de Justicia, el cual se obtendrá un aproximado de casos, y analizar el fundamento jurídico de su aplicación.

Análisis

Análisis de la Resolución No. 14-2021 de la Corte Nacional de Justicia

Al proceder con una evaluación general del planteamiento del problema, se debe establecer de forma final que la legislación ecuatoriana posee una interpretación de estructura garantista, ya que la norma suprema reconoce a la prisión preventiva como la medida excepcional y de *ultima ratio,* conforme a las reglas y condiciones que va impedir aplicarla sin base racional.

En este sentido, desde la promulgación del COIP en el año 2014, la configuración de la prisión preventiva en el Art. 534 ha sido evidente el desglose explicativo de la debida aplicación como medida cautelar excepcional. En virtud de ello, y debido a las falencias evidenciadas en el mencionado artículo por los Órganos jurisdiccionales, actualmente existe una resolución por el cual permite tratar de regular las falencias emitidas por las autoridades, en el cual emite directrices necesarios para que no se proceda con penas desproporcionadas que contradice al Estado de derecho y justicia, permitiendo así el incremento de privados de libertad que, en corto tiempo, se implementó un nuevo modelo de atención penitenciaria colapsada.

En este marco, se debe destacar que la prisión preventiva no debe ser comprendida como una política criminal coherente y de manera articulada, por el contrario, se asume que se destaca más por ser una decisión con un fin utilitarista, vulnerando así derechos fundamentales como libertad, inocencia y debido proceso. Por lo tanto, la experiencia particular de autores obtenido en resultados teóricos mencionados anteriormente, permite advertir que la privación de libertad al convertirse una herramienta de represión: social, política y jurídica, permite vincular aspectos relativos a la productividad de los funcionarios que se encuentran involucrados en los Operadores de Justicia.

La mala práctica ha sido percibida por varios años, apartándose rotundamente a la aplicación de la norma fundamental y lo expresado en la Resolución No. 14-2021 de la Corte Nacional de Justicia que admite la medida cautelar sea de uso excepcional, proporcional y subsidiaria no haciendo énfasis en el poder punitivo, caso contrario vulneraría el derecho de

presumir la inocencia del procesado. De esta manera, es comprensible la deslegitima acción que vulnerará el derecho a la libertad e inocencia, cuyo respeto se basa en un Estado Constitucional.

Las decisiones por parte de los Administradores de Justicia, expresada en la Resolución No. 14- 2021, se encuentra lejano al mejor manejo del plan coherente de una política criminal que permite apuntar que aun estando vigente la resolución, es evidente las falencias de un verdadero plan de imposición de medidas cautelares, como una medida de *ultima ratio*, lo cual deslegitima el ejercicio legítimo del *ius puniendi.*

Sin dejar de lado el hecho que la inocencia se reconoce como un estatus que se encuentra relacionado estrictamente a la dignidad humana, lo que puede generar el impedimento a que la persona sea tratado de modo que no lesione derechos sin tener la existencia de la sentencia motivada que va resolver de manera definitiva la responsabilidad penal de la persona.

Análisis de casos judicializados en las Unidades de Flagrancia en Guayaquil

Causa Judicial (No. 09281-2022-00260 del 01 de febrero del 2022)

Y.M.D.S. mediante la calificación de flagrancia, se determinó responsabilidad penal por el delito de Robo aplicando prisión preventiva, corroborando por parte de la Fiscalía la existencia material y descripción del objeto sustraído a través de un parte policial, sin evidenciarse el delito consumado, puesto que no fue encontrado con el objeto (el celular). Conforme lo establecido en el Art. 534 del COIP se hace mención al cumplimiento del numerales 4 del mencionado artículo, siendo evidente las falencias de manera parcial en la aplicación de la motivación por parte de los jueces con respecto a los numerales 1,2 y 3 cuanto a los elementos de convicción.

Causa Judicial (No. 09281-2022-01154 del 12 de mayo de 2022)

P.M.C.G y C.G.J.K. mediante la calificación de audiencia en flagrancia, se determinó responsabilidad penal por el delito de receptación aplicando prisión preventiva, corroborando por parte de la Fiscalía parte policial, objeto material desconociendo si el vehículo era robado. Conforme lo establecido en el Art. 534 del COIP se hace mención el cumplimiento de los numerales 1 y 4 del mencionado artículo, siendo evidente las falencias de manera parcial en la

aplicación de la motivación por parte de los jueces con respecto a los numerales 2 y 3 en cuanto a los elementos de convicción.

Causa Judicial (No. 09281-2021-01710 del 13 de junio de 2022)

N.D.J.D mediante la calificación de flagrancia, se determinó responsabilidad penal por el delito de Estafa aplicando prisión preventiva, corroborando por parte de la Fiscalía el parte policial y arraigo social. Conforme lo establecido en el Art. 534 del COIP se hace mención el cumplimiento de los numerales 1 y 4 del mencionado artículo, siendo evidente las falencias de manera parcial en la aplicación de la motivación por parte de los jueces con respecto a los numerales 2 y 3 en cuanto a los elementos de convicción.

Conforme a lo establecido en el Art. 534, nos basamos en los términos de: existencia de los requisitos del Art. 534, riesgo procesal, medidas alternativas y existencia de indicios de responsabilidad, cuya idea es la demostración es la aplicación desproporcionada de la prisión preventiva por parte del juez del cual se determina de carácter general y obligatoria que sea motivada en base a la justificación del cumplimento de requisitos y una medida excepcional que conlleve cada caso en concreto. Por lo tanto, el juez determina "obligatoriamente" la prisión preventiva.

Sin embargo, en la práctica es evidente la poca aplicabilidad de la resolución, ya que hasta el presente año, se tiene como referencia mediante sentencia, que la mayoría de los jueces motivan la presentación del parte policial y el arraigo social como existencia de fundamentos que permitan motivar como elementos de convicción la medida excepcional de la prisión preventiva, siendo esto falencias de vulneración a los derechos constitucionales hasta el principio de inocencia de una persona procesada. Claramente, la situación jurídica de la persona procesada, sigue siendo considerada elementos insuficientes de convicción, que permite a los Órganos de Justicia abusar formalmente en la aplicación de lineamientos e inducir a la inobservancia del derecho de libertad y presunción de inocencia.

De modo que, la prisión preventiva como medida excepcional, se fundamenta por parte de la Fiscalía justificando la existencia de todos los requisitos del Art. 534 numeral 4 primer inciso en concordancia al Art. 3 numeral 2 inciso 2 de la presente Resolución No. 14-2021 en el cual

determina que, indicios de responsabilidad, así como el parte policial no constituye elementos de convicción ni razones suficientes para que el juez dicte la prisión preventiva, simplemente es referencial. Ante lo expuesto, es fundamental tomar en consideración que carecer de fundamentos comprobados y nombrando fundamentos de derechos de las infracciones cometidas, no son elementos de convicciones esenciales por lo cual debe ser aceptada la aplicación de la medida cautelar en el Ecuador.

Además, la evaluación de los temas anteriores en el contexto de los delitos en flagrancia es preocupante la desproporcionalidad y carencias de criterios jurídicos ya que, al ser aprehendido dentro de las 24 horas, no es pertinente catalogarlo como responsabilidad penal, aun sólo existencia parte policial, por lo que la misma normativa lo denomina referencial. Sin omitir el hecho de que estos son problemas jurídicos legales que en la *praxis* conlleva la justicia ecuatoriana la carencia de motivación en resoluciones judiciales. Por tanto, el abuso de la prisión preventiva no puede prever la conducta típica y considerar la medida cautelar para proceder sin fundamentos legales a la investigación, formas que empeoraría la situación jurídica del procesado.

En este sentido, la sentencia No. 8-20-CN/21 del 18 de agosto de 2021, comprende al arraigo social como práctica perversa en el Ecuador para solventar comparecencia del procesado y no peligro de fuga, esto puede generar una indebida aplicación coercitiva perjudicial al procesado, prevaleciendo como derecho mínimo la proporcionalidad, presunción de inocencia y necesidad en la aplicación de la privación de libertad.

Por último, el excesivo uso y deficiencia de interpretación de la prisión preventiva, se ven agravadas por los criterios apresurados y careciente de fundamentos legales exigidos por la norma, por lo que puede afectar al procesado. Por ello, es importante establecer la veracidad de los hechos se adecúen al tipo penal, lesividad del bien jurídico, elementos suficientes y no solo basarse a la solicitud del fiscal más bien el argumento, pues el exceso del poder punitivo afecta a la persona procesada en su dignidad humana al restringir su libertad al evitar la proporcionalidad de la aplicación de dicha medida por lo que requiere una revisión idónea y exhaustiva para su adjudicación.

A manera de síntesis, se puede precisar que la carencia de fundamentos legales por parte de los administradores de justicia tiene un impacto de rechazo en la sociedad en los temas antes referido, ya que aumentan el desapruebo de la sociedad y de la seguridad jurídica de derechos fundamentales. Por lo que es fundamental que se incremente la formación de criterios y medidas efectivas para un manejo exhaustivo de las resoluciones y normas en vigor a pesar de que son de carácter obligatorio, reduciendo así afectaciones evidentes en la sociedad e incluso al sistema carcelario por el excesivo abuso de prisión preventiva y colapso de las cárceles en el Ecuador.

Conclusiones

La Función Judicial debe hacer observancia a la violación de derechos constitucionales y a la seguridad jurídica en materia penal, es así como se logra la certeza de la aplicación de la norma en apego al conocimiento, observación y práctica judicial. En este trabajo, se pudo detallar la inobservancia en la práctica judicial por falta de motivación en los procesos penales que inician por flagrancia donde muchas veces las personas son sujetas a medidas cautelares de privación de libertad sin motivación suficiente ni valoración de indicios que perjudican su libertad, pues se entiende que la motivación es parte del debido proceso tal como lo manifiesta nuestra Constitución, y los jueces están en toda la obligación de prevalecer, es el caso de los autos de prisión preventiva deben ser aplicados al derecho penal mínimo sustentados con norma constitucional, dejando manifiesto que es una medida alternativa y excepcional con aplicación a la resolución 2021-14 de la Corte Nacional de Justicia. Por lo tanto, en las presentes causas judiciales, es evidente la falta de aplicación de la resolución por parte de los administradores de justicia, en la cual el uso desproporcionada de la prisión preventiva se basa en la justificación "motivada" únicamente en la presentación de arraigo social y parte policial, por lo que se vulneración los derechos constitucionales e incluso el principio de inocencia con los elementos insuficientes de convicción para la persona procesada en los delitos flagrantes.

Con esta finalidad, se concluye mediante un trabajo doctrinario exegético, jurisprudencial y normativo a que la prisión preventiva debe centrarse en principios destinados a proteger el desarrollo del proceso, sea justificado, legal y motivado teniendo en cuenta los elementos de convicción e indicios considerados requisitos básicos para su aplicabilidad y así estimar su punibilidad razonable al procesado conjunto a su participación, además tomar en cuenta la nueva reforma del COIP que entró en vigencia en el R.O 279 el 29 de marzo del 2023 sobre la flagrancia y la prisión preventiva en la que ya se toma importancia la obligatoriedad de aplicación de la resolución de la Corte Nacional de Justicia.

Referencias Bibliográficas

Rospigliosi Vargas, A. (2021). *El cese de la prisión preventiva.* A&C Ediciones Jurídicas S.A.C.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Imprenta Fareso S.A.

Benítez Arroba, J. (2022). *Implicaciones jurídicas de la prisión preventiva en los procedimientos directos en relación al principio de inocencia* [Tesis para la obtención del título de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/3739/1/78164.pdf

Bermúdez Coronel, E. (2001). *Debido proceso: Prisión preventiva y amparo de libertad en el contexto de los derechos humanos.* Rocafuerte.

Burneo Arias, N. (2021). *La (im)posibilidad de calificación de flagrancia en los delitos de receptación* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador]. http://hdl.handle.net/10644/8112

Cabanellas De Torres, G. (1979). *Diccionario jurídico elemental.* Heliasta.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Sentencia caso Jenkins vs Argentina*: [Archivo PDF]. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_397_esp.pdf

Chiara Díaz, C. (2020) *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*. Nova tesis.

Díez Repollés, J. (1998). La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal Garantista. *Revista Dialnet*, (30), 10-19. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174728

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Estudios políticos.

González Martínez, J. (2021). *La motivación del fiscal en la petición de la orden de prisión preventiva y los derechos del procesado* [Tesis para la obtención del título de Abogado, Universidad Nacional de Chimborazo]. http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/8667

Jama Alvia, L. y Coello Obando, Y. (2021). *Aplicabilidad de medidas cautelares sustitutivas como alternativa a la prisión preventiva en el Proceso Penal de delitos flagrantes en la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencias en Delitos Flagrantes de Guayaquil* [Repositorio de la Universidad de Guayaquil]. http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/53193

Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador* [Archivo PDF]. https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf

López Aburto, M. (2020). *Vulneración del principio de de presunción de inocencia en la aplicación de la prisión preventiva.* Trujillo.

Mata Amaya , J. (2011). El derecho a la tutela judicial efectiva y y las garantías constitucionales del proceso. *Revista Dialnet,* 2(82), 268-371. *https*://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6764545

Pérez López, J. (2014). *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva.* Derecho y cambio social.

Picó Junoy, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso.* Bosch S.L.

Trujillo Vallejo, D. y Silva Arroyave, S. (2021). La detención preventiva en Colombia: Tensiones. *Revista Scielo,* 2(19). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000200325

Zaffaroni Eugenio, R. (2018). *La palabra de los muertos, conferencias sobre criminología cautelar.* Ediar Publisher.

Referencias normativas nacionales

- Constitución de la República del Ecuador. 20 de octubre de 2008 (Ecuador). Registro Oficial 449.
- Código Orgánico Integral Penal. 10 de febrero de 2014 (Ecuador). Registro Oficial Suplemento 180.
- Resolución de la Corte Nacional de Justicia 14-2021. 23 de diciembre de 2021 (Ecuador). Registro Oficial 604.

Referencias normativas nacionales

- Convención Americana de los Derechos Humanos (1978). Pacto de San José, Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, 1969.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 A (XXI), 1966.

Jurisprudencia internacional:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Jenkins vs Argentina (sentencia 26 de noviembre, 2019)