



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE POSGRADO

TÍTULO:

**ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN
EL PROCEDIMIENTO DIRECTO**

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

AUTORA:

ABG. CARLA PAMELA BALCÁZAR ALVAREZ

NOMBRE DEL TUTOR:

Dr. ANTONIO CHANG, M.Sc.

SAMBORONDÓN, DICIEMBRE, 2018

APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de tutor de la maestrante ABG. CARLA PAMELA BALCÁZAR ALVAREZ, quien cursa estudios en el programa de cuarto nivel en la MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, dictado en la Facultad de Postgrado de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

CERTIFICO:

Que he analizado el *Paper* Académico con el título “ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCEDIMIENTO DIRECTO” presentado por la maestrante ABG. CARLA PAMELA BALCÁZAR ALVAREZ, portadora de la cédula de ciudadanía No. 1717762841, como requisito previo a optar el grado de MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL, cumpliendo con los requisitos y méritos tanto académicos como científicos, razón por la cual lo apruebo en su totalidad.

Dr. ANTONIO CHANG, M. Sc.

Tutor

Análisis de la inconstitucionalidad de la prisión preventiva en el procedimiento directo

Carla Pamela BALCÁZAR ÁLVAREZ¹

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el análisis de la inconstitucionalidad de la medida cautelar de prisión preventiva en el procedimiento directo que fue incorporado en la legislación penal a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral como procedimiento especial para juzgar delitos flagrantes con penas privativas de libertad que no superan los cinco años o en los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador. Para lograr el objetivo de esta investigación es necesario analizar las garantías que la norma suprema le otorga a las personas procesadas por un ilícito penal, como lo es el derecho al debido proceso en contraste con la necesidad de dictar prisión preventiva para asegurar la inmediación del procesado al juicio. Es así que en este artículo académico se concluye que la medida cautelar en mención es inconstitucional por privar a la persona procesada de ejercer su defensa eficaz y oportuna dentro del corto tiempo que la ley establece para este tipo de procedimiento, incluso vulnera el principio de igualdad que las partes gozan según la Constitución al no contar con un sistema investigativo de apoyo con el que la Fiscalía cuenta, ni tampoco con su libertad para recaudar elementos probatorios.

Palabras Clave: Inconstitucionalidad, Prisión preventiva, Procedimiento directo, Delitos flagrantes, Debido proceso, Inmediación del procesado.

¹ Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Universidad Católica Santiago de Guayaquil – Ecuador. E-mail pamela.balcazar@hotmail.com

Analysis of the unconstitutionality of pre-trial detention in the direct procedure

Abstract

The purpose of this research is to analyze the unconstitutionality of the precautionary measure of preventive detention in the direct procedure that was incorporated into criminal legislation as of the validity of the Integral Organic Code as a special procedure to judge flagrant crimes with exclusive penalties that does not surpass the five years or in the crimes against the property whose amount does not exceed thirty unified basic salaries of the worker. In order to achieve the objective of this investigation, it is necessary to analyze the guarantees that the supreme norm grants to the persons prosecuted for a criminal offense, such as the right to due process in contrast to the need to order preventive detention to ensure the immediacy of the accused to the judgment. Thus, in this academic article it is concluded that the precautionary measure mentioned is unconstitutional for depriving the accused person of exercising his effective and timely defense within the short time that the law establishes for this type of procedure, even violating the principle of equality that the parties enjoy according to the Constitution by not having an investigative support system with which the Prosecutor's Office has, nor with their freedom to collect evidence.

Keywords: Unconstitutionality, Pretrial detention, Direct procedure, flagrant crimes, Due process, Immediate processing.

1. Introducción

El 10 de febrero del 2014 fue promulgado el Código Orgánico Integral Penal² a la luz de los nuevos estamentos jurídicos que establece la Constitución del 2008, es así que era necesario readecuar y mejorar los procedimientos penales que regían en la época. De esta manera se introduce a la normativa penal un procedimiento especial, el procedimiento directo, con el afán de agilizar las causas de delitos menores y obtener sentencias de una manera más rápida sin dejar de garantizar los derechos constitucionales de las partes como precepto constitucional vigente.

Sin embargo, durante más de cinco años de vigencia que tiene el COIP, se ha podido observar que las partes no actúan en igualdad de condiciones dentro del referido proceso, pues de un lado la Fiscalía cuenta con todo un aparataje administrativo e investigativo de apoyo que empieza su actuación desde la formulación de cargos; mientras que, por el lado del procesado, cuenta con su abogado defensor de confianza o si no tiene las condiciones económicas favorables para contratar uno, le es asignado un abogado público quien no tiene los mismos medios de apoyo que la parte acusadora para recabar elementos de prueba de descargo.

Más allá del apoyo jurídico asistencial que tenga el procesado –la cual es una evidente desventaja procesal en juicio- en este artículo se analiza si el procesado puede ejercer su defensa estando privado de la libertad durante el plazo de diez días que empieza el juicio o peor aún, si dentro del plazo de 7 días, puede recabar los elementos de convicción que necesite. Si toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos – como lo proclama el artículo 75 de la Constitución- , estableciendo que en ningún caso quedará en indefensión, ¿Se garantiza el derecho a la defensa del procesado en el procedimiento directo cuando se encuentra privado de su libertad? ¿Se garantiza al procesado el derecho a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa estando privado de su libertad? ¿Se garantiza que la prisión preventiva no es la regla general dentro de un proceso penal? ¿La privación de libertad es la única manera para garantizar la comparecencia del procesado? Todas estas interrogantes serán analizadas y contestadas a lo largo del desarrollo de este estudio.

² En adelante (COIP, 2014).

2. El procedimiento directo y sus generalidades

Con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia el 10 de agosto del 2014, se establecen tres tipos de procedimientos penales: el procedimiento ordinario, los procedimientos especiales y el procedimiento para el ejercicio privado de la acción. La aplicación de estos procedimientos especiales dependen de la afectación que tengan los bienes jurídicos protegidos y lesionados, la gravedad al cometer la infracción y sobretodo su objetivo es obtener una justicia eficiente y célere que logre la confianza ciudadana en el sistema judicial tutelando no sólo los derechos de los procesados sino también los de la víctima.

Dentro de los procedimientos especiales se encuentra el procedimiento directo, que debe cumplir con las ocho reglas que el artículo 640 del COIP establece. En primer lugar, este procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia que sigue las disposiciones comunes de todas las audiencias penales y bajo los mismos principios. Después de la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, máximo en diez días es señalada la fecha para llevar a cabo la audiencia de juicio directo donde se unifica la etapa investigativa o instrucción fiscal y la etapa de juicio, dentro de la cual se ratificará la inocencia del procesado o se declara su culpabilidad.

La norma fija y establece como tiempo adecuado y suficiente para llevar a cabo la investigación la cantidad de diez días para la práctica de solicitudes de pericias, identificación y entrevista a testigos e incluso para estudiar el caso y preparar una adecuada defensa técnica, pero no necesariamente se cumple este plazo y más aún éste se ve reducido al indicar en la norma el mismo texto establecido para otros procedimientos, pues el anuncio probatorio taxativamente se lo debe hacer hasta tres días antes de la audiencia. Esto conlleva a la reducción del tiempo a siete días para recabar las pruebas necesarias tanto para la Fiscalía como para la defensa, sin contar que el procesado puede realizar esta ardua tarea en libertad o privado de ella. Por esta razón, Grunauer (2016) indica que el procedimiento directo puede acarrear la vulneración de garantías del debido proceso, pues a razón de concentrar etapas, se sacrifica la posibilidad de una defensa técnica y material del procesado

Respecto a la defensa material, el autor Barton (2015) la describe como la autodefensa que hace el procesado al realizar la refutación a nivel jurídico penal, de ahí que la defensa material debe ser una unión perfecta entre los hechos fácticos y la norma ajustándolo de tal forma que el juez podrá convencerse de la inocencia del procesado. Y, con respecto a la

defensa técnica es exclusiva del defensor que usa todos los mecanismos legales para defender a su cliente.

Existe una salvedad que el artículo 640 en el numeral 7 establece y consiste en que si el procesado se encuentra en libertad y no acude a la audiencia de juicio, el operador de justicia cuenta con una herramienta para obligar a la comparecencia inmediata a través de la detención del procesado con el único fin que acuda ante el juez (COIP, 2014).

De esta manera, se garantiza la inmediación del procesado a juicio. Es en este punto que la autora de esta investigación necesita enfatizar que existen alternativas para obligar al procesado a acudir a juicio sin necesidad de privarlo de su libertad y concediéndole al igual que a la Fiscalía el tiempo que necesita para preparar su defensa, pues si bien este procedimiento aplica a delitos no tan graves y al ser flagrantes ya existe una fuerte presunción de la responsabilidad del procesado, éste no puede perder las garantías contenidas en el bloque constitucional y en tratados internacionales respecto al debido proceso y la presunción de inocencia.

Al respecto Jorge Zavala Baquerizo (2002), dice:

Entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de la Justicia; que le asegure la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamental de las resoluciones judiciales conforme a Derecho. (p. 25)

Otra característica y regla fundamental para que una infracción sea resuelta en juicio directo, es que procede solamente en delitos calificados como flagrantes cuya pena privativa de libertad no supere los cinco años o, en casos de delitos contra la propiedad, el monto de la cosa no debe superar los treinta salarios básicos unificados del trabajador en general y que también sean flagrantes.

Cabe aquí hacer mención a lo que establece el artículo 527 del COIP (2014) respecto a la flagrancia, pues, una infracción es flagrante cuando la persona comete el delito en presencia de una o más personas, o es descubierta inmediatamente después de cometido el hecho mientras exista una persecución ininterrumpida que no debe sobrepasar las 24 horas

entre la comisión del hecho y la aprehensión del sospechoso. Así también, es considerado un hecho flagrante cuando se halle evidencia de la infracción como armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos.

A más del poco tiempo que se concede al procesado para realizar su defensa técnica, se presenta otra contravención a lo que establece la norma constitucional ecuatoriana -que requiere un estudio independiente para sustentar su inconstitucionalidad- respecto a ignorar el principio de imparcialidad, puesto que el juez que conoce, sustancia y resuelve el caso es el mismo que resolvió la calificación de la flagrancia del caso. Sin embargo, de manera general será mencionado en este artículo.

Existe una salvedad para la aplicación de este procedimiento y es respecto a los delitos que pueden someterse a esta excepción, como los delitos contra la eficiente administración pública, delitos contra la inviolabilidad de la vida e integridad y libertad personal con resultado de muerte. Hasta el 30 de septiembre del 2015 se excluían los delitos sexuales, violencia intrafamiliar y lesiones; sin embargo, a partir de la mencionada fecha, a través de la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico integral Penal (2015), la Asamblea Nacional dispuso que sean resueltos bajo esta modalidad.

Cabe mencionar que los delitos sexuales y violencia intrafamiliar requieren mayor tiempo, mayor cantidad de recursos y una atención especializada para que no queden en la impunidad, lo cual con esta celeridad no es posible cumplir, pero es sujeto de un estudio pormenorizado independiente.

Al respecto, Duce (2014) manifiesta que en América Latina existe una tendencia proteccionista a la víctima y de sus derechos a toda costa, más allá incluso de los derechos de la persona procesada, cometiendo un grave error al proteger excesiva y exuberantemente al ofendido, vulnerando en ciertas situaciones los derechos del procesado e incluso llegando a su indefensión. Manifiesta que ante estas circunstancias es donde el debido proceso emerge y busca un proceso judicial equitativo y justo para las partes procesales.

3. La celeridad implementada en el procedimiento directo

La justicia se ha visto envuelta en una crisis que a lo largo de la historia ha incidido en los ámbitos del derecho, incluyendo al penal, donde se ha visto la necesidad de aplicar cambios que ayuden a reducir y desaparecer las constantes violaciones a los derechos humanos que se producen día a día a través de los instrumentos procesales, a pesar que la

Constitución y los tratados internacionales exigen el respeto a estos derechos. Como punto de partida esencial, en los últimos tiempos la mayor parte de los países occidentales ha abogado por la promulgación de nuevos textos constitucionales o la reforma de los ya existentes, pero con un denominador común: la incardinación en las constituciones de las garantías penales y procesales penales.

Silvia Barona Vilar (2010) sostiene que:

Ello ha desencadenado, en consecuencia, una importante proliferación legislativa en las dos últimas décadas del siglo pasado dirigida a la estructuración, conformación y regulación de nuevos procesos penales así como a la reformulación de los mismos, tanto en América Latina, como en la mayor parte de los países europeos. (p. 70)

En esa línea general, es que en el 2014 se reforma la ley penal ecuatoriana incorporando cambios radicales en la normativa regulando nuevas conductas y estableciendo nuevos procedimientos en el código adjetivo como la justicia expedita. Por otro lado, dentro de los principios que rigen el ejercicio de los derechos en la Constitución ecuatoriana, se encuentra el determinado en el artículo 11, numeral 2, en su último inciso obliga al Estado a adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, lo cual, va íntimamente relacionado con el precepto constitucional que establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Pues, el Ecuador como Estado constitucional de derechos garantiza y promueve esta igualdad formal y material, la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita y sobretodo resalta que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia (Cornejo, 2015). Es así que a pesar de implementar una justicia expedita con el procedimiento directo, no puede dejar de lado los derechos consagrados a todo ciudadano en la Constitución ecuatoriana.

Asimismo, esta justicia expedita incorpora la celeridad como principio procesal en el COIP sin dejar de lado el derecho al plazo razonable en el proceso penal que la Constitución y tratados internacionales garantizan. El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos refiere expresamente sobre el derecho que tiene la persona de ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y

obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, Y, en el artículo 8.2, el citado convenio refiere a la garantía que goza la persona inculpada de un delito de contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa (Pacto de San José, 1969).

Al respecto señala Bandres Sánchez-Cruzat (2010) que el debido proceso indica el derecho de los justiciables de acceder a una tutela judicial efectiva, a través del desarrollo de un procedimiento reglado, en el cual se observen una serie de principios y garantías, cuya finalidad última es alcanzar justicia. A su vez, este derecho lleva implícito una serie de “derechos filiales” reconocidos como fundamentales y que incluye el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, publicidad, celeridad y presunción de inocencia. O bien, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, se puede establecer que: “El derecho al plazo razonable es propiamente una manifestación implícita del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana” (Corte CIDH, 1997).

Pero cómo medir el plazo razonable o el tiempo necesario y justo para resolver un proceso, pues este plazo no es limitado a un factor cronológico que puede ser medido en una unidad de tiempo sino más bien es una pauta interpretativa abierta que permite evaluar dicha razonabilidad, caso por caso, en función al análisis global del proceso penal, de su contexto y características propias, así como de una serie de elementos establecidos por la jurisprudencia internacional (Viteri, 2015). Incluso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2001) en sus fallos indica que “lo importante no es la celeridad en sí misma, sino la correcta administración de justicia” (p. 180).

Conociendo estos preceptos, ¿el plazo de diez días, señalado dentro del procedimiento directo, para dictar sentencia es un plazo razonable para administrar correctamente justicia en el Ecuador? Esta interrogante es necesario dilucidar para determinar si el propósito de la implementación de una justicia expedita se contrapone o no con los derechos de las personas que están siendo juzgadas en estos procesos rápidos y cuestionablemente expeditos. A continuación se presenta un cuadro comparativo de los plazos señalados tanto en el procedimiento directo versus el procedimiento ordinario:

³ En adelante Corte CIDH.

Tabla 1

Plazos señalados en la ley entre procedimiento directo y ordinario en delitos flagrantes

	Procedimiento directo	Procedimiento ordinario
Etapas	1	3
Tiempo de instrucción fiscal	10 días máximo (Si hay reformulación, 10 días más)	30 días (Si hay reformulación, 30 días más)
Tiempo para anunciar pruebas	3 días antes de la audiencia (7 días máximo)	Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio Convocatoria (5 días) Realización (15 días)
Tiempo de audiencia de juicio	10 días máximo y 15 días más si es suspendida la audiencia	Sin plazo

La presente tabla presenta una comparación jurídica entre los plazos de duración entre los procedimientos directo y ordinario

La Corte CIDH (2004) en conjunto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha determinado en su jurisprudencia criterios que deben ser considerados para determinar la razonabilidad del plazo en un proceso como: 1) La complejidad del asunto, 2) La actividad procesal del interesado, 3) La conducta de las autoridades judiciales y 4) La afectación generada en la situación jurídica del interesado. Respecto a la complejidad del asunto, está determinada por una serie de factores de iure y de facto del caso concreto, así como el esclarecimiento de los hechos, el análisis jurídico de los hechos, la prueba de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, entre otros (p. 39). Con relación a la actividad procesal del interesado, va en armonía con la conducta procesal de las partes respecto a lo procedente en las normas o con el objeto de obstruir el decurso de la administración de justicia (Viteri, 2015).

La conducta de las autoridades judiciales evalúa la conducta procesal de las autoridades judiciales o fiscales que intervienen en el proceso, con sus tiempos y movimientos (Corte CIDH, 2007). En un proceso se pueden ver reflejadas la falta de diligencia y profesionalismo de las autoridades que tienen a su cargo un proceso, a través de repetitivos cambios de juez, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia, todo esto en general ocasiona responsabilidad estatal al momento de

analizar la razonabilidad del plazo del proceso penal (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1991).

Finalmente, como último criterio, se encuentra la afectación que produce el plazo en la situación jurídica del interesado. La Corte CIDH refiere en este punto el tomar en cuenta la afectación que se genera por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la personas involucradas en el mismo (sus deberes y derechos), debiendo considerar, entre otros elementos, la materia objeto de controversia (Corte CIDH, 2008). El interesado en este aspecto puede ser el procesado que se ve directamente afectado por el plazo en que discurre el proceso, y el tiempo limitado que tiene para hacer efectivos sus derechos.

Específicamente en el último criterio que señala la Corte CIDH es necesario valorar la importancia de la prueba para los procedimientos directos y de qué manera está ligado el plazo con el desarrollo de ella. En el cuadro señalado se puede observar que los tiempos dispuestos para los dos tipos de procedimientos tienen una gran diferencia que puede incidir tanto en la investigación de la fiscalía como en la defensa del procesado. Pues el plazo señalado para realizar la audiencia de juicio directo concentra el tiempo para la investigación y el juicio, será entonces suficiente este tiempo para recabar todo el acervo probatorio tanto para una acusación como para una defensa?

La defensa es una garantía constitucional que, básicamente es una reacción frente a una actuación en contra de la persona que se defiende. Tiene por objeto asegurar que la persona logre defenderse, esto es, formular sus alegaciones y el tiempo necesario para preparar y desarrollar las pruebas. No es constitucional no dar tiempo a que una parte pueda intervenir en el procedimiento, alegar y probar. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, numeral 2, literal c), refiere respecto a la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa como garantía judicial, así como el artículo 14.3.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No hay que olvidar que el tiempo adecuado para la preparación de la defensa es una con destinatarios múltiples: el juez, el legislador y la autoridad administrativa (Zavala, 2016). Por otra parte, es una garantía autónoma, pues se trata de defenderse de un cargo que requiere del tiempo necesario para efectuar la recolección de las pruebas, previo diálogo con su abogado, elaboración de los alegatos con consulta a las fuentes necesarias, otras labores que sólo son posibles de realizar con eficacia contando con los medios y el tiempo adecuado.

Bajo el criterio del Doctor Jorge Blum, en el Código Orgánico Integral Penal se han incorporado nuevos “procedimientos especiales”, en función de la gravedad de los bienes jurídicos lesionados penalmente y se han creado juicios “directos” y “expeditos”, con la finalidad de lograr procesos penales eficientes; por ello se entiende, que la creación tiene como objetivo la pronta respuesta de la justicia, para brindar seguridad ciudadana y propiciar la tutela de la víctima, ya que la prolongación de los tiempos en los procesos, siempre generó preocupación social y sobre todo impunidad e indefensión (2015). Sin embargo, es necesario analizar si los procesos penales sometidos a juicio directo han sido eficientes, así como se han tutelado los derechos de las víctimas, se han tutelado los derechos de los procesados, se ha combatido realmente la impunidad o se ha incrementado la indefensión.

Para terminar este apartado, sería adecuado señalar el criterio del renombrado jurista Alfonso Zambrano Pasquel respecto a la inviolabilidad del derecho a la defensa, por el cual manifiesta que está íntimamente ligado con la concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. Consecuentemente, se hablarían de dos derechos: Por un lado, a contar con el tiempo adecuado para preparar la defensa, y por el otro, a contar con los medios, igualmente adecuados, para tal efecto. Esto implica diversos aspectos, como por ejemplo, acceder a documentos y elementos de convicción con una antelación suficiente para preparar la defensa, ser informado con anticipación de las actuaciones judiciales y poder participar en ellas, etc. Desde esta perspectiva, el respeto a este derecho tiene una importante incidencia en los ordenamientos jurídicos de cada país, en especial sobre las normas que regulan los procesos penales, puesto que su contenido debe respetar los estándares que a nivel internacional se consideren como los apropiados, en cuanto a tiempo y medios, para garantizar una adecuada defensa. Un aspecto de especial importancia en relación a este tema lo constituye la garantía de poder acceder al expediente judicial (2011).

Con los criterios de los juristas ya mencionados, se puede afirmar que el plazo de diez días no resulta razonable en razón del tiempo necesario para llevar a cabo tanto la investigación como el juicio de una persona ni para conseguir los medios adecuados para realizar una defensa. Sumarle a esta situación el hecho de encontrarse sujeto a una medida cautelar privativa de libertad que limite la actuación del procesado para conseguir o acceder a las pruebas necesarias para su defensa es lo que se analizará en el siguiente capítulo por ser de suma trascendencia en el proceso penal, pues es fundamental entender la importancia de la práctica y valoración de la prueba en el proceso penal, pues de ella depende la determinación

de culpabilidad o la inocencia del procesado, razón por la cual entendemos a la etapa de prueba como la actividad central del proceso pena (Sandoval, 2012).

4. La prisión preventiva como único medio para la inmediación del procesado

La prisión preventiva ha sido y es la medida cautelar con mayor uso dentro de los procesos penales en el mundo, sin embargo en los últimos tiempos existe una tendencia humanista que intenta eliminar la práctica común de dictar esta medida en virtud de la afectación de los derechos de los procesados que refleja la restricción de ellos. Al imponer una medida privativa de libertad sin fórmula de juicio, ya existe una condena anticipada ignorando así el derecho a la presunción de inocencia que goza una persona imputada, por lo cual la prisión preventiva debe tener un carácter de excepcional y proporcional a la infracción cometida.

La decisión de dictar esta medida no sólo conlleva analizar la posibilidad que avance el caso en juicio y se obtenga una sentencia, sino también cuál es el peligro que representa la persona en libertad y si ella será capaz de obstruir la justicia. Incluso la Corte CIDH, en el caso Suárez versus Ecuador, resaltó “la obligación estatal de no restringir la libertad más allá de lo estrictamente necesario, ya que la desproporcionalidad temporal de la prisión preventiva constituye la anticipación de la pena a la sentencia” (Corte CIDH, 1997).

Así también, en el caso Bayarri versus Argentina, la Corte CIDH estableció: la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse sólo excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal (Corte CIDH, 2008).

Esta medida cautelar debe regirse bajo el principio de excepcionalidad que es uno de los principios más importantes al considerar un encarcelamiento preventivo, pues no es aplicado en la práctica para garantizar la presunción de inocencia de los procesados, sino como un principio general. Este principio se fundamenta en que solo cuando exista un alto riesgo procesal, debe ordenar el juez la privación de la libertad, pues debe evitar a todo lugar que la prisión preventiva sea una sanción y peor aún el cumplimiento anticipado de una pena.

El principio de excepcionalidad de la prisión preventiva se debe entender el mismo como un postulado orientado a proscribir la aplicación general de dicho instituto. Así, bajo este principio la prisión preventiva se constituye en una excepción a la regla general que es la libertad. Pero más allá de ese razonamiento lógico, en realidad tal principio viene a ser una garantía para el individuo y un postulado a aplicar en las sociedades y Estados modernos que velen por el respeto de los derechos humanos (Granados, 2016, p. 1).

La excepcionalidad de la prisión preventiva está decretada en la Constitución del Ecuador en su artículo 77 donde expresa que la privación de libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena y faculta al juez a ordenar cualquier otra medida cautelar distinta a la prisión, dando esa categoría de optativa a la prisión. El juez de garantías está en la obligación analizar más allá de la pena prevista para el delito o el tipo de delito que se atribuye a la persona al momento de decidir imponer una medida cautelar, este es el criterio racional al cual está sujeto. Incluso en el numeral 11 del artículo ibídem proscribe ordenar la prisión preventiva de forma prioritaria, en su lugar ordena que dicte medidas cautelares alternativas dependiendo siempre de las circunstancias, la personalidad del infractor y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada pues al Estado le representa, en muchos casos, más dinero mantener a una persona en la cárcel, que el valor monetario que representa la infracción. Incluso las cárceles del Ecuador están saturadas de personas en un número mayor al permitido por la falta de aplicación y control de medidas alternativas a la prisión preventiva. Lastimosamente en la actualidad, la aplicación de esta medida se ha tornado consuetudinaria por parte de los operadores de justicia, pues estos se encuentran direccionados en aplicar esta medida desde el momento en que avocan conocimiento de un hecho penal.

Por último, los sistemas de justicia penal de nuestra región no tienen la capacidad de hacer un aprendizaje acerca de cuáles medidas son capaces de evitar qué tipos de riesgos, ni de identificar las características específicas de los casos que las hacen más o menos efectivas. Por todas estas razones es posible afirmar que el único método seguro y probado con que el sistema cuenta con el fin de garantizar que el imputado no huya del juicio, que atente contra las víctimas o testigos o realice otras conductas que se considera necesario evitar, consiste en mantenerlo en prisión durante la duración del juicio. Esta carencia del sistema refuerza la percepción pública de impunidad frente a los casos en que una persona es puesta en libertad a

la espera del juicio, la que a su vez constituye el basamento político de todos los intentos legislativos por volver a sistemas de inexcusabilidad u otras formas de reforzamiento del uso de la prisión preventiva. (Riego, 2016, p. 6)

Hay criterios contrapuestos entre doctrinarios, como la de Asencio Mellado (1990), que opina “la prisión preventiva, si bien teóricamente supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no lo es menos que deviene necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal” (p. 136).

Así también, Urquiza (2000) afirma que: No existe la incompatibilidad entre el principio de inocencia y medios de coerción personal, es decir, la coerción procesal tiene su fundamento no en la consideración del sujeto como responsable del hecho criminal antes de una sentencia condenatoria firme, sino en la necesidad de garantizar el logro de los fines del proceso. (p. 114)

Con la reforma penal del 2014, el COIP no modificó en aspectos relevantes lo relativo a la prisión preventiva pues no aportó con un texto más claro respecto a la excepcionalidad de esta medida cautelar. Sujeta la imposición de esta medida cautelar privativa de libertad a cuatro requisitos establecidos en el artículo 534: 1) Que existan elementos de convicción suficientes que refieran la presunta existencia de un delito, 2) Que existan elementos de convicción suficientes que refieran la presunta responsabilidad del procesado, 3) Indicios de los cuales se presuma que medidas alternativas no serían suficientes para obligar al procesado a comparecer a juicio, 4) Que se trate de una infracción con una pena privativa de libertad superior a un año (Asamblea Nacional, 2014). Es menester indicar, que la responsabilidad recae sobre el juez de garantías penales quien finalmente analiza cada uno de los requisitos citados y dictamina la privación de libertad motivando su decisión supuestamente en base a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad (conocido como test de proporcionalidad), la cual muchas veces sólo se basa en la no presentación de documentación que justifique un arraigo social o nexo comunitario y se vuelve un procedimiento mecánico.

Como indican Bernal y Montealegre, no basta con demostrar o presentar evidencia de la cual pueda inferirse que el imputado puede obstaculizar la justicia, evadir su acción o representar un peligro para la comunidad o para la víctima. Es imperativo, además, que la medida de aseguramiento sea necesaria. Lo anterior supone que al momento de solicitar y autorizar o imponer la medida se demuestre que no existe medio alternativo menos lesivo

para proteger los intereses constitucionales que comportan los fines de las medidas de aseguramiento. En consecuencia, es forzoso que el ente investigador opte primero por medidas que no afecten de manera intensa la libertad personal. Sólo si resulta imposible tal opción, la medida de aseguramiento de privación de la libertad resulta necesaria. (2013, p. 542)

Asimismo el procesalista Llobet Rodríguez, indica que los fines de la detención no pueden ser calificados a partir de presunciones, sino que deben tener fundamento en la existencia de la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, se sustraiga de la acción de la justicia, evite ser juzgado, o se sustraiga a la pena que se le podría imponer, pueda obstaculizar la investigación a través de la alteración de los medios de prueba o pueda y no pondrá en peligro a la comunidad o a las víctimas, resulta ilegítima la reiterar conductas delictivas. De allí que si el imputado ofrece garantías suficientes de que no se sustraerá a la acción de la justicia, no obstaculizará la investigación imposición de una medida de aseguramiento. (2004, p. 150)

El artículo 522 del COIP establece medidas cautelares alternativas que el juez de garantías puede imponer en base al análisis de la causa; y, la prisión preventiva -como dice la doctrina, la Constitución e incluso tratados internacionales ratificados por el Ecuador- debe tener un carácter de excepcional. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 9, numeral 3, expresa:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966)

Asimismo, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos en el Caso 11.245 Informe N° 12/96, caso Jorge A. Giménez versus Argentina, establece que: “La prisión preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencias” (Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, 1996).

Es entendible el proceder de los operadores de justicia de ordenar la privación de libertad como único recurso en virtud de la presión social que ejerce la ciudadanía al observar

que son liberadas las personas que cometen infracciones sin sanción alguna y de los entes de control que intervienen en el proceso de captura; sin embargo, la percepción de esta situación cambiaría si existiera algún mecanismo de acción que resulte de apoyo al sistema judicial para que refuerce el control y cumplimiento de medidas alternativas para tener una mayor seguridad en que serán respetadas y no recaiga toda la responsabilidad sobre el juez que dicta la medida. En este punto también es importante establecer en la norma la participación del Fiscal al momento de solicitar la prisión preventiva, ya que, muchas veces los jueces se ven presionados de dictar esta medida al ser solicitada por el ente investigador, es decir, la fiscalía debe tener una importante participación en este aspecto, de tal manera que también tenga la capacidad de entender la parte excepcional que determina la Constitución para solicitar y ordenar esta medida.

Además proveer de una herramienta como el test de proporcionalidad a los jueces que resuelven dictar o no una medida cautelar proporcionará un criterio estandarizado y unificado para resolver tanto la afectación de una víctima en contraposición con la situación del procesado sin vulnerar los derechos de ninguna de las partes.

Este test de proporcionalidad debe regirse por los tres criterios básicos: necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Dentro de estos criterios se pueden desarrollar varios aspectos que conduzcan a una decisión final, por ejemplo, dentro del criterio de necesidad puede realizarse la pregunta ¿Es necesario dictar la prisión preventiva para que comparezca a juicio el procesado y cumpla una posible pena? En este aspecto sería procedente analizar la viabilidad de medidas alternativas que garanticen la comparecencia a juicio y/o el cumplimiento de una pena, medidas que pueden ser igual de efectivas que la prisión preventiva, como: la prohibición de salir del país, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad, el arresto domiciliario o el dispositivo de vigilancia electrónica. Medidas que cumplen con el mismo fin y acarrear consecuencias menos lesivas para el procesado.

Respecto a la idoneidad, puede analizar el juzgador si existen mecanismos alternativos de solución de conflictos aplicables al caso o si es procedente la aplicación de una suspensión de pena, en conjunto con un análisis prolijo de la conducta previa del procesado como reincidencia en el mismo delito. De esta manera puede determinar si es idóneo privar de la libertad a una persona que por un delito menor puede solucionar el conflicto de otra manera.

Y, finalmente, en cuanto a la proporcionalidad el juzgador debe ponderar derechos de la víctima y del procesado de tal manera que determine cuál tiene un peso mayor al momento de evaluar la procedibilidad de la prisión preventiva. Todo esto con el afán de afectar en

menor medida los derechos fundamentales de las dos partes.

5. La prisión preventiva en derecho comparado

A nivel latinoamericano, la prisión preventiva es un problema central en los sistemas judiciales pues es la medida con mayor efecto destructivo para los derechos humanos en el mundo. Podesta y Villadiego (2016) indican que: “Es una necesidad impostergable buscar un mejor método para que la prisión preventiva sea aplicada únicamente para garantizar la realización exitosa del juicio, y que cumpla con los parámetros de: excepcionalidad, provisionalidad, idoneidad, proporcionalidad y plazo razonable” (p. 19).

En la práctica, en el contexto latinoamericano las medidas a la prisión preventiva son resueltas sobre la base de información bien limitada, la que en general no permite hacer una evaluación seria acerca de la capacidad real que cada una de las formas de control alternativo tiene para evitar los riesgos que le dan fundamento. Por otra parte, la decisión de otorgar medidas alternativas, está bastante cruzada por objetivos distintos de los cautelares, como son, por ejemplo, consideraciones de justicia material o de proporcionalidad, que llevan justificadamente a los jueces a evitar el uso de la prisión pero que no necesariamente debieran vincularse a sistemas de control que tienen objetivos cautelares específicos.

Por otro lado, el cumplimiento de las medidas de restricción que se imponen en cada caso no es controlado de manera sistemática, sino, en el mejor de los casos, de modo anecdótico, cuando las violaciones se hacen evidentes como producto de un reclamo de la víctima o de una detención policial posterior (Podesta y Villadiego, 2016).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, observó que diversos Estados –tales como Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Jamaica, México, Panamá, Perú, y República Dominicana– han realizado acciones dirigidas a utilizar medidas alternativas para reducir el uso de la prisión preventiva (2017, p. 20). En términos generales, los tipos de medidas cuya implementación involucró mayores esfuerzos por parte de los Estados durante los últimos años, consisten en las siguientes: a) mecanismos electrónicos de seguimiento, b) procesos de justicia restaurativa en materia penal, y c) programas de tratamiento de drogas bajo supervisión judicial (p. 21).

Específicamente, en el Ecuador, a pesar que el COIP implementó el dispositivo electrónico como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, en la práctica el uso de esta medida alternativa se ve limitada al stock disponible de estos aparatos para su disposición o bien la efectividad de ellos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado en su Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas (2017), la aprobación de la Ley No. 1760 en Colombia que establece mayor cantidad de requisitos para dictar la prisión preventiva en ese país. En la mencionada ley se obliga al juez a demostrar que la prisión preventiva es la única medida de aseguramiento útil para los fines perseguidos y de valorar si la persona procesada es un peligro para la comunidad (Congreso de la República de Colombia, 2015).

Es más, la Corte Constitucional de Colombia en jurisprudencia ha establecido que atendiendo al principio de “gradualidad de las medidas de aseguramiento”, deberán preferirse aquellas menos restrictivas de derechos atendiendo a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, tal como indica un estudio sobre la detención preventiva en Colombia realizado por el autor Antonio Pinzón, además de establecer como requisitos generales para imponer medida de aseguramiento el que, a partir de los elementos materiales probatorios y evidencia física recolectados y obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que la persona sea autora o participe de la conducta que se le imputa y que, además, se cumpla alguno de los siguientes requisitos: que la medida sea necesaria para evitar que la persona obstruya el ejercicio de la justicia, que sea peligrosa para la comunidad o para la víctima o que sea probable que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia, que la calificación jurídica de la conducta imputada no puede ser el único criterio para determinar la presencia de alguno de los requisitos genéricos para la imposición de la medida de aseguramiento (2016, p. 59).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho mención en su informe (2017) respecto a los servicios previos al juicio que constituyen aquellas medidas que permiten verificar riesgos procesales y supervisar medidas cautelares, indicando que dichos mecanismos resultan una buena práctica que permite a las autoridades involucradas en el proceso decisorio sobre la determinación de la prisión preventiva, contar con la adecuada información probatoria acerca de los riesgos procesales y presupuestos legales que serán evaluados, remarcando que las leyes de México y del estado de Alaska (Estados Unidos)

contemplan estos mecanismos (p. 44).

Es así que la ley SB 91 en Alaska encarga al Departamento Penitenciario la creación de un programa de servicios que evalúan riesgos procesales y supervisan medidas cautelares, mediante el desarrollo de una metodología estandarizada de evaluación de riesgos y la emisión de reglamentos para su implementación. Dicho mecanismo tiene como objeto realizar evaluaciones de riesgo de las personas imputadas para asistir a la autoridad judicial en la determinación de libertad con anterioridad al juicio, así como supervisar a las personas respecto de las cuales se haya determinado la aplicación de una medida cautelar distinta a la prisión preventiva. En particular, antes de la primera comparecencia de la persona ante autoridad judicial, los funcionarios de este programa deberán realizar una evaluación del riesgo y preparar un informe para la autoridad judicial con recomendaciones relacionadas principalmente con la idoneidad de la liberación, y las condiciones de liberación menos restrictivas para garantizar la comparecencia ante el tribunal (The Alaska State Legislature, 2016).

Por otro lado en México, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé que la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de suspensión condicional del proceso, proporcione este tipo de servicios; y en este sentido, brinde a las partes la información necesaria sobre la necesidad de imposición de medidas cautelares, a fin de que a su vez, las mismas puedan hacer la solicitud correspondiente a la autoridad judicial (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2014).

6. Análisis de caso

Causa: 09281-2018-01533

Procesado: Leonardo Heriberto García Preciado

Judicatura: Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes de Guayaquil

Reseña del parte de aprehensión:

El señor Leonardo Heriberto García Preciado fue aprehendido el 29 de marzo de 2018, aproximadamente a las 05h45, en Pascuales, Cooperativa Unidos Venceremos Mz. 0097 solar 20 de la ciudad de Guayaquil, en virtud de una orden de allanamiento emitida por la juez Herlinda Urquiza Izquierdo, Juez de la Unidad Judicial Penal con competencia en delitos flagrantes con sede en la parroquia Febres Cordero, por cuanto dicho lugar es usado como bodega para objetos robados como teléfonos celulares, computadoras portátiles,

accesorios de vestir, entre otras cosas. Al momento de ingresar al lugar y realizar un registro, en un área destinada para dormitorio, encima de una mesa pequeña encontró la policía un teléfono celular marca Iphone modelo 6S plus, con IMEI No. 353302073130596 reportado como robado según denuncia No. 090101817081851 de fecha 6 de agosto de 2018, sin encontrar más evidencia en el lugar es aprehendido el señor García Preciado.

Análisis de la resolución:

En audiencia de flagrancia, el fiscal de turno formuló cargos al señor García Preciado por el delito de receptación tipificado en el artículo 202 primer inciso del Código Orgánico Integral Penal solicitando como medida cautelar la señalada en el artículo 522 numeral 6 del COIP, esto es, la prisión preventiva. Para la autoridad cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 534 del COIP para dictar la prisión preventiva en contra del procesado como: 1) Elementos de convicción sobre la existencia del delito, por cuanto el celular encontrado en poder del procesado estaba legalmente reportado como robado ante la Fiscalía General del Estado mediante denuncia escrita; 2) Elementos de convicción sobre la responsabilidad del procesado que conduzca a determinar que es autor o cómplice de la infracción. Al estar en su poder el objeto sustraído lo hace partícipe de la infracción; 3) Indicios que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes para asegurar la comparecencia a juicio. A pesar que la defensa presentó la historia laboral de los últimos cuatro años en la misma compañía Electrocables S.A. de manera ininterrumpida, debidamente certificada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, no fue suficiente para demostrar un arraigo laboral del procesado; y, 4) La infracción es sancionada con una pena superior a un año de prisión. La pena para el delito de receptación es de seis meses a dos años.

Con todos estos antecedentes el juez de turno dictó la prisión preventiva en contra del procesado omitiendo un análisis esencial respecto a la situación del procesado y de la víctima. ¿Era necesaria la prisión preventiva para asegurar la comparecencia del procesado a juicio y para que cumpla una posible pena? ¿Era idónea la medida cautelar de prisión preventiva en contra del procesado? ¿Era proporcional la medida cautelar respecto al hecho imputado? Ante estos cuestionamientos cabe analizar que el procesado en la audiencia de legalidad de la aprehensión y formulación de cargos contaba con documentación suficiente para justificar un domicilio donde fue encontrado pernoctando al momento de su aprehensión y un trabajo fijo por los últimos cuatro años con un sueldo fijo de \$1200 más comisiones (sueldo variable). Además en copias simples presentó documentación que justificaba una compraventa informal a través de un portal de internet “OLX” donde adquirió el teléfono en

cuestión, elemento que fue descartado por el fiscal de turno por no contar con las formalidades de ley.

Estos documentos y requisitos que la ley prescribe debieron ser analizados por el juzgador y determinar si esta persona debía cumplir la medida de prisión preventiva cuando cuenta con un domicilio y un trabajo fijos donde puede ser ubicado en caso que no se presente a su audiencia de juicio. El procesado no presentaba antecedentes judiciales que denoten una conducta previa delictiva y recurrente. Además el perjuicio que se podía ocasionar en el procesado al peligrar su puesto de trabajo fijo no justifica el daño ocasionado en la víctima que podría aceptar un acuerdo conciliatorio o ubicar al delincuente que ingresó a su domicilio y sustrajo su teléfono facilitando la investigación del caso. Este análisis o test prolijo no fue realizado ni por el fiscal que solicitó la medida cautelar ni por el juez de turno que resolvió en la causa.

Además, la Corte Constitucional (2019) realizó un pronunciamiento respecto a la constitucionalidad del delito de receptación tal como está tipificado en el artículo 202 del COIP, pues aclara que:

Si la persona que realiza una de las acciones del tipo penal y desconoce que con su accionar, por ejemplo, está guardando un bien robado o, a pesar de saber que lo está guardando, ignora su origen ilícito, la conducta no puede sancionarse penalmente. Debe demostrarse el acto y la culpabilidad. (p. 4)

Cabe mencionar que en audiencia de juicio directo, el fiscal que llevó a cabo el juicio no formuló acusación en contra del procesado por el delito imputado al no contar con elementos suficientes que lo induzcan a determinar que se cometió una infracción, sin embargo, ya se le había ordenado al procesado la prisión preventiva, que hasta llegar a la decisión del fiscal de no formular cargos en su contra, tuvo que esperar 10 días en prisión para obtener su libertad, medida que se pudo evitar si el fiscal y juez hubiesen aplicado de manera correcta la expresión de excepcionalidad de la prisión preventiva. De esta manera se refleja la desproporcionalidad de la prisión preventiva al privar de su libertad, de su trabajo, de su dignidad entre otros derechos vulnerados al no realizar exhaustivamente un examen previo a dictar una medida radical como la prisión preventiva. Este y muchos casos más sufren de los mismos vicios y terminan en esta situación e incluso en condenas injustificadas. Por esta razón, es urgente y necesario proporcionar a los operadores de justicia de

herramientas que permitan discernir un mejor criterio al momento de aplicar medidas cautelares personales que atenten contra la libertad y dignidad de la persona.

7. Conclusiones:

El procedimiento directo es un procedimiento nuevo que presenta una rapidez en su desarrollo con el fin de resolver una situación no tan grave en corto tiempo. Bajo esta premisa en una sola audiencia se concentran las tres etapas procesales penales como son la investigación, el anuncio probatorio y el juicio. Sin embargo, a pesar que es un procedimiento rápido, la ley no lo exime de garantizar los derechos y garantías constitucionales a las partes, es decir, en este procedimiento al igual que otros se deben garantizar los derechos constitucionales de las partes, pero según la presente investigación se ha podido determinar que en este procedimiento especial muchas veces eso no ocurre, específicamente en la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar para asegurar la presencia del procesado en el juicio.

Dentro de las garantías constitucionales que se otorgan a las partes está el debido proceso que incluye el derecho a la defensa, y es en este aspecto que la autora de la investigación ha identificado y resalta una vulneración constitucional en el momento que se priva de la libertad a una persona procesada sometiéndola así a un corto plazo para recaudar pruebas, no contar con los mismos medios eficaces para realizar su investigación y no se encuentra en igualdad de condiciones con la parte acusadora, la Fiscalía, quien tiene a su mando varias instituciones que brindan el apoyo y soporte de la investigación, en cambio el procesado solo cuenta con la defensa de su abogado, ya que, al estar privado de su libertad se encuentra limitado de ejercer a plenitud su derecho a la defensa, pues no tiene el tiempo suficiente para recabar pruebas a su favor por cuanto no cuenta con un sistema de apoyo investigativo que lo tiene la fiscalía lo que lo pone en una situación de desigualdad procesal.

Se ha analizado la aplicación de la prisión preventiva en casos de procedimientos directos y se determina que es una costumbre arraigada tanto en la Fiscalía que la solicita como en los jueces penales que la imponen, incumpliendo así lo que la Convención Americana de Derechos Humanos así como la Corte Interamericana de Derechos humanos ha dispuesto en múltiples fallos jurisprudenciales que dictan la excepcionalidad de la prisión preventiva y que la regla a cumplir debe ser la libertad del procesado y no ser privado de su libertad más allá de lo estrictamente necesario. A esto se puede agregar que la referida Corte

fue muy sabia al determinar la excepción en la prisión preventiva, pues casos como el que se ha puesto como ejemplo en esta investigación, deben ser considerados al momento de ordenar dicha medida cautelar, pues así se puede evitar la violación de varios derechos constitucionales entre ellos uno de los más importantes que es el derecho a la libertad, evitar que los encargados de administrar justicia incrementen de manera progresiva la costumbre de aplicar la medida de prisión preventiva en todo tipo de casos y en especial en los que se adecua el procedimiento directo, medida que debe ser acogida en este procedimiento única y exclusivamente en casos extremos, es decir, la regla siempre debe ser la libertad y como última opción la prisión.

En este artículo se han analizado los fines de la prisión preventiva que son: asegurar la comparecencia a juicio del procesado y el cumplimiento de una posible pena. Sin embargo, el criterio de los jueces debe ir más allá de lo que establece la norma, pues decidir sobre la libertad de una persona en base a presunciones de hecho que se presentan al momento de una flagrancia, debe conducir a un criterio global respecto a la necesidad de la privación de libertad del procesado, a la idoneidad de aplicar esta medida radical y la proporcionalidad de una pena anticipada como es privarlo de la libertad con un posible resultado en juicio. Esto significa el análisis de varios factores como la efectividad de otras medidas cautelares reales, la posible aplicación en juicio de mecanismos alternativos de conflictos o si bien es sujeto de la imposición de una pena, la posibilidad de suspenderla bajo ciertas condiciones, todo esto con el afán de no dejar en impunidad el hecho cometido pero siendo proporcional con el castigo en base a la gravedad de los hechos, la afectación de la víctima y el tipo de delito cometido. A esto le llama la doctrina “Test de proporcionalidad” que ya es aplicado en otros países en materia constitucional y no es absurdo aplicarlo en el Ecuador y en materia penal que involucra muchos derechos fundamentales inherentes a la persona como tal.

Como conclusión final, esta autora puede decir que la aplicación de la prisión preventiva en los procedimientos directos es inconstitucional al incumplir lo que la Constitución del Ecuador y tratados internacionales establecen, omitiendo la excepcionalidad de esta medida y vulnerando la igualdad que debe prevalecer entre las partes en un juicio. La expresión de excepcionalidad actualmente en el Ecuador no es correctamente aplicada porque ha quedado simplemente expresada en la norma, pero no existen los mecanismos jurídicos para interpretarla y aplicarla de una manera correcta, a tal punto que se puede deducir inclusive que existe cierta ignorancia por parte de los operadores de justicia respecto a esta

terminología que podría en su mayoría garantizar la aplicación del derecho a la defensa y debido proceso de los procesados en un procedimiento directo, es hora de que se establezcan procedimientos de aplicación a este precepto que impida que muchos ciudadanos se encuentren privados de obtener del organismo judicial lo que tanto se clama, justicia.

8. Propuesta:

Dentro de las conclusiones esta autora ha expuesto la violación flagrante de derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República del Ecuador que ocurre cuando es dictada la prisión preventiva en los procedimientos directos. Dentro del corto plazo con que cuentan los sujetos procesales para practicar pericias, recaudar pruebas y preparar una adecuada defensa, se observa la vulneración de derechos como el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita, así como el derecho al debido proceso que conlleva a garantizar una adecuada defensa, contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerla, incluso encontrándose privado de la libertad. En virtud de esta aseveración se plantea la propuesta de señalar en la ley que en los casos de procedimientos directos, el juez debe dictar medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, de manera preferente, en base al criterio de excepcionalidad establecido en la Carta Magna así como en tratados internacionales ratificados por el Ecuador.

Realizando este cambio normativo se garantiza el efectivo derecho a la defensa con el que cuentan los sujetos procesales, especialmente la parte procesada, la cual gozando de una medida alternativa a la prisión preventiva tendrá la capacidad de preparar una defensa técnica adecuada para su caso. Otra ventaja de la propuesta planteada es la disminución de personas reclusas en los centros de privación del país reduciendo el hacinamiento y la baja calidad de vida que gozan las personas en dichos lugares. Por otro lado, es evidente que la principal desventaja de este cambio sería el peligro de fuga de las personas procesadas, pues a pesar que existen mecanismos que no priven de su libertad al sujeto, no es 100% efectivo en este menester. De manera que, la implementación de un cambio como el planteado requeriría mayor inversión en dispositivos de vigilancia, en centros de control y monitoreo así como de capacitación a los intervinientes en este proceso, desde jueces hasta las personas que se encargarán del seguimiento a las personas liberadas.

Cuando se realizó el análisis de la prisión preventiva en legislación comparada, se presentaron varios modelos implementados en otros países respecto a la aplicación de esta

medida; sin embargo, es de gran relevancia citar el caso del país hermano Colombia que ha trascendido en este aspecto al aprobar la Ley No. 1760 con la cual impone mayor cantidad de requisitos a los juzgadores para dictar la prisión preventiva en ese país. Mediante esa Ley el juez se ve obligado a demostrar que la prisión preventiva es la única medida de aseguramiento útil para los fines perseguidos. Lo que significa que si no logra demostrar esta situación, no es viable la prisión preventiva para el aseguramiento de la inmediación del procesado a juicio y mucho menos del cumplimiento de una pena.

Esta regulación es un buen ejemplo que podría ser aplicado a nivel legislativo en el Ecuador en conjunto con la imposición de medidas alternativas a la prisión preventiva, tal como en el caso colombiano, de manera que el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal contemplaría los cuatro requisitos que por ley el juzgador debe validar para dictar la prisión preventiva en contra de una persona procesada por un ilícito:

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

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

3. Indicios de los cuales se desprenda que la prisión preventiva es la única medida de aseguramiento útil para asegurar la comparecencia a juicio del procesado y el posible cumplimiento de una pena y que no proceda en el caso la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos. *(Reformado por esta autora)*

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

Cabe recalcar que a través de la modificación de estos requisitos se obligaría al juez a evaluar la petición de prisión preventiva que haga la Fiscalía y determine si efectivamente dicha medida cautelar es la única para el propósito propuesto en la Ley e incorpora una presión al juzgador a analizar la debida aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos validando sobre todo si aplica al caso en cuestión o debe obviarse por situaciones de existir agravantes o reincidencia.

Bibliografía

Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.

Publicado en el Registro Oficial No. 449, de fecha 20 de octubre del 2008.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Recuperado de: <http://www.ohchr.org>.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Publicado en el Registro Oficial No. 180, de fecha 10 de febrero del 2014.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). *Ley Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal*. Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 598, de fecha 30 de septiembre del 2015.

Asencio, J. (1990). *La prisión provisional*. Madrid: Editorial Cannes.

Bandres, J. (1992). *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*. Pamplona: Editorial Arazandi.

Barona, S. (2010). *La Justicia Penal y la Celeridad: luces y sombras*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Barton, S. (2015). *Introducción a la defensa penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal: Estructura y garantías procesales*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

Blum, J. (2015). *El Procedimiento Directo en el Proceso penal*. Quito: Editorial Salem.

Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. (1996). *Informe N° 12/96. Caso Jorge A. Giménez vs. Argentina*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Recuperado de: <http://www.oas.org>.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José)*. Recuperado de: <https://www.oas.org/>.

Congreso de la República de Colombia. (2015). *Ley No. 1760*, por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, de fecha 6 de julio del 2015.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2014). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Publicado en el Diario Oficial de fecha 5 de marzo del 2014. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx>.

Cornejo, J. (2015). *La actualización doctrinaria de la legislación penal*. Recuperado de: <http://www.derechoecuador.com>.

Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Caso No. 14-15-CN (delito de receptación)*, sentencia de 14 de mayo de 2019. Recuperado de: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Caso Suarez Rosero vs Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Duce, M. (2014). *El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*. Recuperado de: <http://www.politicacriminal.cl>.

Granados, J. (2016, 10 de octubre). El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación práctica en Colombia. *Revista Derecho penal*. Recuperado de: <http://legal.legis.com.co>

- Grunauer, E. (2016). *El cumplimiento de los parámetros del debido proceso en el procedimiento directo del Código Orgánico Integral penal* (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
- Llobet, J. (2004). *Justicia penal en el Estado arbitrario (la reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo)*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Pinzón, A. (2016). Detención Preventiva y Debido Proceso en Colombia: Un Estudio Crítico. *Revista Derecho Penal*, 57(1), pp. 5-48.
- Podesta, T. y Villadiego, C. (2016). Servicios de antelación al juicio. Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región. *Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*, 7(14), 19-25. Recuperado de: <http://www.sistemasjudiciales.org>.
- Riego, C. (2016). Una nueva agenda para la prisión preventiva. *Sistemas judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*, 7(14), 6-11. Recuperado de: <http://www.sistemasjudiciales.org>.
- Sandoval, S. (2012). *Fundamentos de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- The Alaska State Legislature. (2016). *Ley SB 91: Omnibus Criminal Law and Procedure; Corrections*. Recuperado de: <http://www.legis.state.ak.us/>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1991). *Caso Clooth vs. Bélgica*, sentencia de 12 de diciembre de 1991. Recuperado de: <https://www.idhc.org/>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2001). *Caso Trickovic vs. Slovenia*, sentencia de 12 de junio de 2001. Recuperado de: <https://www.idhc.org/>
- Urquiso, J. (2000). *El principio de legalidad*. Lima: Ediciones BLG.
- Viteri, D. (2015). *El derecho al plazo razonable en el proceso penal: el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional peruano*. Recuperado de: <http://www2.congreso.gob.pe>
- Zavala, J. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Editorial Edino.

Zavala, J. (2016). *La Prueba*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.

Zambrano, A. (2011). *Doctrina penal, constitucional y práctica penal*. Lima: Edilex S.A.