

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

Tema: “DERECHO A LA LIBERTAD Y APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS DE ROBO Y HURTO”

Trabajo de Titulación, Modalidad Proyecto de Desarrollo, Previo a la Obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho. Mención Derecho Penal y Procesal Penal

Autora: Abogada Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza

Director: Doctor José Rubén Guevara Fuentes, Magíster

Ambato – Ecuador

2020

A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza Magister, Presidente y Miembro del Tribunal; e integrado por los señores: Abogado Guillermo Santiago Vayas Castro Magíster, Ph.D. Borman Renán Vargas Villacrés, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: “**DERECHO A LA LIBERTAD Y APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS DE ROBO Y HURTO**”, elaborado y presentado por el señorita Abogada Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho mención Derecho Penal y Procesal Penal; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: ANGEL PATRICIO
POAQUIZA POAQUIZA
Hora oficial Ecuador: 24/09/2020 22:22

.....
Dr. Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza, Mg.
Presidente y Miembro del Tribunal

 Firmado electrónicamente por:
**GUILLERMO
SANTIAGO VAYAS
CASTRO**

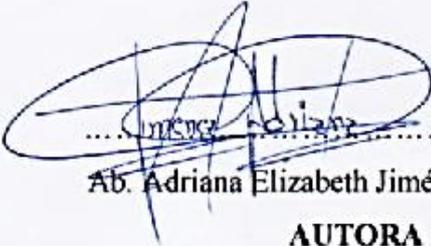
.....
Ab. Guillermo Santiago Vayas Castro, Mg.
Miembro del Tribunal

 Firmado electrónicamente por:
**BORMAN RENAN
VARGAS
VILLACRES**

.....
Phd. Borman Renán Vargas Villacrés, Mg.
Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: “DERECHO A LA LIBERTAD Y APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS DE ROBO Y HURTO”, le corresponde exclusivamente al Abogada Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza, autor bajo la Dirección del Doctor José Rubén Guevara Fuentes, Magister, Director del Trabajo de Titulación; y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.



.....
Ab. Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza
AUTORA
c.c. 180376578-1



.....
Dr. José Rubén Guevara Fuentes, Mg.
DIRECTOR
c.c. 180204978-1

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.



.....
Ab. Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza
AUTORA
c.c. 180376578-1

ÍNDICE GENERAL

PORTADA.....	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. ..	ii
Autoría del Trabajo de Titulación.....	iii
Derechos de Autor.....	iv
Índice General.....	v
Índice de Cuadros.....	viii
Índice de Gráficos.....	ix
Agradecimiento.....	x
Dedicatoria.....	xi
Resumen Ejecutivo.....	xii
Executive Summary.....	xiii
Introducción.....	1
CAPÍTULO I.....	3
EL PROBLEMA.....	3
1.1. Tema.....	3
1.2. Planteamiento del problema.....	3
1.2.1. Contextualización.....	3
1.2.2. Análisis crítico.....	5
1.2.3. Prognosis.....	6
1.2.4. Interrogantes.....	7
1.2.4.1. Formulación del problema.....	7
1.2.4.2. Interrogantes de la investigación.....	7
1.2.5. Delimitación del objetivo de la investigación.....	7
1.3. Justificación.....	7
1.4. Objetivos.....	9
1.4.1. Objetivo general:.....	9
1.4.2. Objetivos específicos:.....	9
CAPÍTULO II.....	10
MARCO TEÓRICO.....	10
2.1. Antecedentes de la investigación.....	10
2.2. Fundamentación legal.....	20

2.2.1. Tratados y convenios internacionales de derechos humanos	20
2.2.2. Constitución de la república del Ecuador	23
2.2.3. Código orgánico integral penal ecuatoriano	26
2.3. Derecho a la libertad.....	32
2.4. Presunción de inocencia	34
2.5. Debido proceso.....	36
2.6. Prisión preventiva.....	37
2.6.1. Uso excesivo de la prisión preventiva	40
2.6.2. La prisión preventiva desde la prevención de la tortura	41
2.7. El delito en el derecho penal	42
2.7.1. Delitos de robo y hurto	44
2.7.2. Robo.....	45
2.7.3. Hurto.	47
2.7.4. Diferencia entre robo y hurto.....	49
2.8. Principio de proporcionalidad	52
2.8.1. Principio de proporcionalidad en la prisión preventiva	53
2.8.2. La prisión preventiva como pena anticipada	56
CAPÍTULO III	60
METODOLOGÍA	60
3.1. Enfoque de la investigación.....	60
3.2. Modalidad básica de la investigación.....	60
3.2.1. Bibliográfico - documental	60
3.2.2. De campo	60
3.3. Nivel o tipo de investigación.....	61
3.3.1. Exploratorio	61
3.3.2. Descriptivo.....	61
3.3.3. Correlación	62
3.3.4. Modelatorio.....	62
3.4. Asociación de variables.....	62
CAPÍTULO IV	63
ANÁLISIS DE RESULTADOS	63
4.1. Análisis descriptivo e inferencial de los datos obtenidos.....	63
4.2. Cálculo de la muestra.	63

4.3. Interpretación de los datos obtenidos	66
CAPÍTULO V	75
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	75
5.1. Conclusiones.....	75
5.2. Recomendaciones	76
5.3. Desarrollo del producto	77
5.4. Objetivos.....	78
5.4.1. Objetivo general.....	78
5.4.2. Objetivos específicos	78
5.5. Justificación.....	78
5.6. Antecedentes de la prisión preventiva	79
5.7. Reforma al código orgánico integral del artículo 196.....	87
Bibliografía	91
Anexos.....	95

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro No. 1 Análisis del Tipo Penal del Delito de Robo	47
Cuadro No. 2 Análisis del Tipo Penal de Hurto.....	49
Cuadro No. 3 Unidades de Observación	63
Cuadro No. 4 Análisis de la Matriz Operativa del Proyecto.....	64
Cuadro No. 5 Interpretación de Datos Pregunta 1	66
Cuadro No. 6 Interpretación de Datos Pregunta 2	67
Cuadro No. 7 Interpretación de Datos Pregunta 3	68
Cuadro No. 8 Interpretación de Datos Pregunta 4	69
Cuadro No. 9 Interpretación de Datos Pregunta 5	70
Cuadro No. 10 Interpretación de Datos Pregunta 6	71
Cuadro No. 11 Interpretación de Datos Pregunta 7	72
Cuadro No. 12 Interpretación de Datos Pregunta 8	73
Cuadro No. 13 Interpretación de Datos Pregunta 9	74

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico No. 1 Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva	39
Gráfico No. 2 Interpretación de Datos Pregunta 1	66
Gráfico No. 3 Interpretación de Datos Pregunta 2	67
Gráfico No. 4 Interpretación de Datos Pregunta 3	68
Gráfico No. 5 Interpretación de Datos Pregunta 4	69
Gráfico No. 6 Interpretación de Datos Pregunta 5	70
Gráfico No. 7 Interpretación de Datos Pregunta 6	71
Gráfico No. 8 Interpretación de Datos Pregunta 7	72
Gráfico No. 9 Interpretación de Datos Pregunta 8	73
Gráfico No. 10 Interpretación de Datos Pregunta 9	74

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por ser bueno, misericordioso conmigo en especial por haberme sostenido en todo este tiempo por permitirme culminar este reto que me impuse con el propósito de seguir con mi superación personal y profesional, además por su amor, por mi hermosa familia, por todas sus bendiciones.

Mi gratitud recóndita a todos los docentes que fueron parte de mi formación académica. Los conocimientos adquiridos fueron de gran ayuda para mejorar y dar un servicio de calidad a todos quienes nos rodean ya sea como servidores públicos o en el libre ejercicio.

Agradecimiento muy especial a quien fue parte esencial en la elaboración de este proyecto de investigación a mi director y revisores, por ayudarme a alcanzar esta meta, mi maestría.

Agradecimiento a las autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, ya que gracias a su iniciativa se concretó el proyecto de formar a profesionales de cuarto nivel. Profesionales de esta segunda promoción en Derecho mención Derecho Penal y Procesal Penal de la cual me siento orgullosa de pertenecer.

Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza

DEDICATORIA

Quiero dedicar el presente trabajo a mi Dios que me anima en todo tiempo y me dice esfuérzate y se valiente que yo estoy contigo, por su comprensión y amor brindado durante todo este tiempo de aprendizaje.

A mi querida familia, quienes forman parte de este éxito, mismo que no lo considero personal, puesto que al recibir el apoyo de mi familia el éxito alcanzado recae sobre ellos también.

Una dedicatoria especial a mis padres Edwin Jiménez y Gladys Panimboza, a mi hermano, hermana seres que con sus palabras de apoyo siempre me incitaron a culminar este proyecto.

Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

TEMA:

DERECHO A LA LIBERTAD Y APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA
EN DELITOS DE ROBO Y HURTO.

AUTORA: Abogada Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza

DIRECTOR: Doctor José Rubén Guevara Fuentes, Magíster

FECHA: 27 de febrero de 2020.

RESUMEN EJECUTIVO

El acrecentamiento del número de privados de libertad en el Ecuador llama la atención de todas las instituciones del Estado. La seguridad estatal no se ve reflejada por que exista más gente encarcelada; lo contrario, en muchos países se ha arraigado un círculo perverso de inseguridad, donde la presión constituye precisamente uno de sus eslabones principales. El sistema acusatorio adversaria, los fiscales y los abogados defensores litigan frente a un juez imparcial. Pero las reformas a los sistemas de justicia se orientaron y tuvieron un enfoque fundamentalmente punitivo, contraviniendo la lógica, el sentido común y sobre todo las recomendaciones especializadas.

Hay que mencionar además que la legislación penal ecuatoriana, desde el 10 de agosto del 2014, fecha en la que entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal fomentó el abuso de la prisión preventiva. Los jueces en la actualidad dictan prisión preventiva a una persona sin elementos de juicio suficiente ya que no conocen el perfil de las personas procesadas, datos demográficos y del contexto familiar: si tienen cargas familiares, relaciones laborales, estudio, pareja, nivel de ingresos, discapacidad, pese al desconocimiento los jueces dictan la prisión preventiva.

PALABRAS CLAVE: Adversario, derechos fundamentales, legalidad, libertad, pena, prisión preventiva, voluntad, hecho ilícito, juez, juicio.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

THEME:

RIGHT TO FREEDOM AND THE APPLICATION OF PREVENTIVE PRISON IN
CRIMES OF THEFT AND HURT

AUTHOR: Abogada Adriana Elizabeth Jiménez Panimboza.

DIRECTED BY: Doctor José Rubén Guevara Fuentes, Magíster.

DATE: 27 de febrero de 2020.

EXECUTIVE SUMMARY

The increase in the number of persons deprived of liberty in Ecuador draws the attention of all State institutions. State security is not reflected by the fact that there are more people incarcerated; On the contrary, in many countries a perverse circle of insecurity has taken root, where prisons constitute precisely one of its main links. The adversarial accusatory system, prosecutors and defense lawyers litigate before an impartial judge. But reforms to justice systems were oriented and had a fundamentally punitive approach, contravening logic, common sense and, above all, specialized recommendations.

It should also be mentioned that Ecuadorian criminal legislation, as of August 10, 2014, the date on which the Organic Integral Criminal Code entered into force encouraged the abuse of pretrial detention. The judges currently issue preventive detention to a person without sufficient elements of trial since they do not know the profile of the persons processed, demographic data and family context: if they have family charges, labor relations, study, partner, income level, Disability, despite the lack of knowledge, judges issue preventive detention.

KEY WORDS: Adversary, fundamental rights, legality, freedom, penalty, preventive detention, will, wrongful act, judge, trial

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el análisis bibliográfico ejecutado a través de la doctrina de varios estudiosos del derecho, quienes coinciden en la aplicación de la prisión preventiva en delitos de robo y hurto incide en la vulneración del derecho a la libertad y libre movilidad que tiene todo ciudadano.

Por lo que refiere a la investigación realizada el propósito es estudiar la prisión preventiva en delitos de robo y hurto y analizar en que incide la vulneración del derecho a la libertad que tiene todo ciudadano, el fin es establecer la aglomeración en los centros de privación de la libertad de la ciudad de Ambato. De esta manera se convierte en un problema socio económico para cada gobierno de turno, que tiene que invertir grandes cantidades de dinero para la manutención de las personas privadas de la libertad.

El capítulo I: El problema, este capítulo analiza sobre la problemática que surge sobre la inadecuada aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva. A través de la contextualización de las variables del problema de investigación. Subsiguientemente con el análisis crítico que trata de los elementos constitutivos del problema sobre la inadecuada aplicación de la prisión preventiva. Surgiendo una serie de interrogantes sobre los aspectos importantes del problema de investigación.

El capítulo II: Marco Teórico, este apartado se sustenta a través de investigaciones previas sobre el objeto de estudio. Luego con la fundamentación tanto filosófica como legal, buscando una razón lógica y racional del problema investigado y establecer la normativa jurídica correspondiente que respalda este trabajo. También se ha analizado doctrina a través de una serie de conceptos que son muy importantes y que han sido recolectados durante toda la investigación.

El capítulo III: Metodología, para desarrollar este capítulo se tomó en cuenta el enfoque cualitativo, constituida a través de opiniones de varios entendidos en la rama del Derecho penal. Enfoque cualitativo que se complementará con una técnica de investigación cuantitativa. La técnica de investigación cuantitativa que se utilizó es la

encuesta, misma que se realizó a los Fiscales de la Provincia de Tungurahua, Jueces de la Unidad Penal con sede en Ambato, personas con conflicto con la ley que se encuentran en el Centro de Rehabilitación de Social, y Abogados inscritos en el foro de Abogados de la Provincia de Tungurahua.

El capítulo IV: Análisis de Resultados, en este capítulo se analizó el problema a través de la técnica de investigación de encuestas a los Fiscales de la Provincia de Tungurahua, Jueces de la Unidad Penal con sede en Ambato, personas con conflicto con la ley que se encuentran en el Centro de Rehabilitación de Social, y los Abogados inscritos en el foro de Abogados de la Provincia de Tungurahua.

El capítulo V: Producto final, en base a las conclusiones y recomendaciones, se ha obtenido como producto final UNA LEY REFORMATORIA en el artículo 196, a fin de reducir el hacinamiento carcelario.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. Tema

DERECHO A LA LIBERTAD Y APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS DE ROBO Y HURTO.

1.2. Planteamiento del problema

1.2.1. Contextualización

En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004, pág. 160) “Exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal a un individuo”. Además (Caso Tibi Vs. Ecuador , 2004, pág. 180) señala que “afecta con mayor frecuencia la presunción de inocencia es la prolongación excesiva de la detención preventiva. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esta situación, además de lesionar el derecho a la libertad personal, transgrede también el derecho a la presunción de inocencia, del cual goza toda persona”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicita que el Estado no condene claudicadamente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal a un individuo. Así mismo en el (Caso Tibi Vs. Ecuador , 2004, pág. 180) señala que aflige con mayor frecuencia la presunción de inocencia es la prolongación excesiva de la detención preventiva por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esta situación, además de lesionar el derecho a la libertad personal, quebranta también el derecho a la presunción de inocencia, del cual goza toda persona

Con respecto Cornejo (2015, págs. 40-183) manifiesta que la Constitución, los Tratados, la jurisprudencia nacional e internacional orientan al principio de presunción de inocencia, como un derecho inherente al ser humano. Siendo una regla procesal que implica el trato de inocente al imputado, incluso, pre procesal para no ser presentado públicamente como culpable. La libertad es el bien más importante del ser humano, teniendo como primicia que todos los seres humanos nacen libres e iguales en su dignidad y en derecho. Hay que mencionar además que en los centros carcelarios del país que se encuentran cumpliendo la medida cautelar prisión preventiva o pre-pena por en su mayoría por delito de robo y hurto que se encuentran afectando los derechos a la protección vida privada, imagen pública y presunción de inocencia.

La libertad es el bien más importante del ser humano, La Constitución, los Tratados, la jurisprudencia nacional e internacional orientan al principio de presunción de inocencia, como un derecho congénito al ser humano. Siendo una norma procesal que implica el trato inocente al imputado, incluso, pre procesal para no ser presentado públicamente como culpable. Teniendo como primicia que todos los seres humanos nacen libres e iguales en su dignidad y en derecho.

García Falconí (2017, pág. 20) indica que sólo se debe privar de la libertad a un ciudadano, cuando haya sentencia condenatoria ejecutoriada, producto de un juicio transparente, público, en el cual se hayan observado las garantías del debido proceso, ya que es un derecho más significativo del ser humano después de la vida. Asimismo, Vivanco (2013, págs. 5-51) menciona que el respeto al derecho a la libertad ha sido constantemente quebrantado dentro de actual sistema penal, por parte de quienes son los encargados de la administración de justicia y de quienes llevan en si la investigación de los delitos públicos de la acción. Hay que mencionar, además, que la administración de Justicia vigente es la principal responsable de la pérdida de confianza popular en el sistema de justicia poniendo en riesgo la seguridad jurídica y el Debido Proceso en el país.

Solo se debe privar de libertad a un ciudadano, cuando haya sentencia condenatoria ejecutoriada, producto de un juicio transparente, público y contradictorio, en el cual se hayan observado las garantías del debido proceso, ya que es un derecho más

significativo del ser humano después de la vida, el derecho a la libertad ha sido constantemente quebrantado dentro del actual sistema penal, por parte de quienes son los encargados de la administración de justicia y de quienes llevan en si la investigación de los delitos de la acción pública. Hay que mencionar, además, que la administración de Justicia vigente es la principal responsable de la pérdida de confianza popular en el sistema de justicia poniendo en riesgo la seguridad jurídica y el Debido Proceso en el país.

1.2.2. Análisis crítico.

La problemática planteada en la aplicación de la prisión preventiva en la ciudad de Ambato provincia de Tungurahua se han visto afectados por los órganos Jurisdiccionales al aplicar las leyes ecuatorianas, en especial el derecho constitucional de libertad al ser solicitado por el fiscal la medida cautelar de prisión preventiva al juez y este otorgarla como medio. El fiscal sin mayor esfuerzo solicita prisión y el juez da paso sin la fundamentación legal requerida, sin guardar coherencia en la solicitud, sin la motivación del auto y sin considerar la excepcionalidad y la proporcionalidad de la medida, es decir, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto (Krauth, La Prisión Preventiva en el Ecuador, 2018, pág. 5).

“Como regla general, los jueces solamente han expuesto la consecuencia jurídica (prisión preventiva), sin explicar cómo han llegado a su conclusión; es decir, sin pronunciarse sobre los antecedentes de los hechos o los supuestos de los hechos, ni sobre la relación entre antecedentes del hecho y el supuesto del hecho (deducción)” (Krauth, La Prisión Preventiva en el Ecuador, 2018, pág. 10).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2017, pág. 2), en su “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva”, asevera que la prisión preventiva se emplea casi siempre, y sin efectuar ningún tipo de estudio previo, en delitos menores para los Estados siendo estos los delitos de hurto y robo simple, donde siempre se concede la prisión preventiva pese a no existir mayor peligrosidad.

También, resulta oportuno indicar que las cárceles están llenas de personas que se encuentran privadas de la libertad sin haberse podido indicar los indicios suficientes de la posible responsabilidad en el acto que se les imputa; de igual manera se puede atribuir la poca interpretación que puede mantener el juzgador al momento de valorar el estatus social, trabajo y factores de dependencia que puede remplazar la prisión preventiva por otra medida cautelar que no afecte directamente la libertad en un posible estado de inocencia. Además, la excesiva aplicación de la prisión preventiva en el Ecuador afecta en la economía a nivel nacional y no permite la evolución del mismo.

Al mismo tiempo, “el uso no excepcional de esta medida contribuye a agravar otros problemas ya existentes en la región, como los altos niveles de hacinamiento penitenciario, lo que genera una situación de hecho en la que se ven vulnerados otros derechos fundamentales de los reclusos, como el derecho a la integridad personal, salud, insalubre”. (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2017, págs. 3-4).

1.2.3. Prognosis.

Si no se toma alternativas para evitar la afectación del derecho a la libertad al aplicar la prisión preventiva en delitos de robo y hurto por parte de los jueces se pondrá en riesgo la seguridad jurídica, aumentará la desconfianza popular en el sistema de justicia así también se continuará por parte de los jueces existiendo una inadecuada aplicación de la prisión preventiva ya que es de una manera de anticipar en dictar la pena ocasionando de esta manera la limitación de los derechos de las persona privadas de la libertad por prisión preventiva, también se ve afectado la área económica del país.

La prisión preventiva es una medida cautelar efectivamente costosa para el sistema de justicia. Si se utilizara extraordinariamente, se economizarían capitales importantes para invertir en otros asuntos públicos, entre ellos, las medidas cautelares no privativas de la libertad (Villadiego, Sistema Judicial, 2016, pág. 7). Así mismo, se estimula a los Estados a regular de manera adecuada el uso y aplicar las medidas cautelares diferentes de la prisión preventiva; garantizar la asignación de los recursos necesarios

para que sean operativas, y puedan ser utilizadas por el mayor número de personas posible; y aplicar dichas medidas de manera racional, atendiendo a su finalidad y eficacia de acuerdo con las características de cada caso (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2017, pág. 123)

1.2.4. Interrogantes

1.2.4.1. Formulación del problema.

¿Cómo se ve afectado el derecho constitucional de libertad al ser dictado la prisión preventiva por los jueces en delitos de robo y hurto?

1.2.4.2. Interrogantes de la investigación

- ¿Cómo analizar las causas que llevan a vulnerar el derecho constitucional de libertad?
- ¿Cuál es la adecuada aplicación de la prisión preventiva en delitos de robo y hurto?

1.2.5. Delimitación del objetivo de la investigación

CAMPO: Jurídico

ÁREA: Derecho penal

ASPECTO: Vulneración del derecho constitucional de libertad

DELIMITACIÓN ESPACIAL: Ordenamiento penal ecuatoriano.

DELIMITACIÓN TEMPORAL: La presente investigación se realizará en un periodo de abril a diciembre 2018.

1.3. Justificación

El derecho a la libertad es reconocido por la Constitución de la República en los artículos 66 numeral 29, por lo que es de suma importancia el reconocimiento del

derecho a la libertad de las personas desde su nacimiento y este solo se verá afectado de acuerdo con lo establecido en la ley.

El presente trabajo de investigación es de interés social, ya que el Estado al reconocer el derecho a la libertad como un derecho fundamental para los ecuatorianos y personas extranjeras que se encuentran en este país evitará que el estado ecuatoriano pague altos costos en reparar a las personas que han sido objeto de vulneración dentro de una investigación.

El tema a investigar es original puesto que existe poca información sobre la violación del derecho a la libertad en la medida cautelar, y lo que se ha dicho no es suficiente porque no existe información certera sobre el tema, además en la presente investigación se va a utilizar una técnica que no ha sido utilizada que representan la clave y guía para determinar resultados congruentes, claros, objetivos y significativos.

Es factible la investigación ya que se embarca en el análisis de la información de campo en el que se obtiene datos ciertos y verificables el mismo que se encontrar varias contradicciones que se observarán en la dimensión jurisprudencial de la justicia en el tema de la vulneración del derecho a la libertad en la aplicación de la prisión preventiva en delitos de robo y hurto.

Es pertinente ya que se encuentra la presente investigación de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Universidad Técnica de Ambato y además tiene como propósito, esclarecer la problemática de la aplicación de la prisión preventiva, más aún cuando hablamos del derecho a la libertad, en donde el objetivo principal es hacer efectivo el derecho que cada ciudadano tiene por el solo hecho de ser parte de nuestro Estado conforme lo manifiesta el Art. 1 de la Constitución de la República.

La finalidad de esta investigación es contribuir a los estudios del derecho a la búsqueda del conocimiento sobre la aplicación de la prisión preventiva como una medida de carácter excepcional de manera restringida el mismo que evitará que el derecho a la libertad y seguridad personal sean vulnerados.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general:

- Evitar que el derecho constitucional de libertad se vea afectado por la aplicación de la prisión preventiva en delitos de robo y hurto.

1.4.2. Objetivos específicos:

- Analizar las causas que afecta el derecho constitucional de libertad
- Estudiar la adecuada aplicación de la prisión preventiva en delitos de robo y hurto
- Plantear una alternativa de solución para evitar la vulnerar del derecho constitucional de libertad en la aplicación de la prisión preventiva en delitos de robo y hurto.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Después de haber desarrollado varios trabajos investigativos referentes al tema en investigación, es menester mencionar que existe una problemática la cual amerita un profundo estudio, plantear interrogantes y poder dar una opción coherente y por sobre todo apegada a derecho, por ello es necesario que ésta se apoye del razonamiento de los siguientes casos de investigación

Tesis: La aplicación indiscriminada de la Prisión Preventiva en Materia Penal vulnera el Principio Constitucional de la Presunción de Inocencia

Autor: Villegas Yanza Evelyn Aracely.

Año: 2014

Universidad y facultad: Universidad Central del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y sociales

Objetivos:

Objetivo General:

“Evidenciar la vulneración del derecho fundamental a la libertad y del principio constitucional de presunción de inocencia de los ciudadanos ecuatorianos en los procesos penales de juzgamiento al aplicárseles de forma indiscriminada la figura de la prisión preventiva con el fin de obtener los argumentos jurídicos que propicien una reforma de esta normativa penal”. (Villegas, 2014, pág. 9)

Objetivos específicos:

1. “Demostrar la incapacidad de los administradores de justicia en materia penal de ser garantistas de los derechos de las personas que desdibuja sustancialmente los postulados del Estado constitucional de derechos y justicia” (Villegas, 2014, pág. 9).

2. “Determinar responsabilidades de las autoridades competentes que han inobservado los mandatos constitucionales y que han violado los derechos fundamentales de las personas a la hora de aplicar la prisión preventiva, para propiciar las respectivas sanciones” (Villegas, 2014, pág. 9).
3. “Exponer los argumentos jurídicos que permitirán estructurar un proyecto de ley que reforme la figura de la prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal” (Villegas, 2014, pág. 9).
- 4.-“Definir con claridad los verdaderos presupuestos que debe contener la figura de la prisión preventiva a la hora de ser utilizada como medida cautelar” (Villegas, 2014, pág. 9).
- 5.- “Identificar si las vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas y de los principios constitucionales en materia penal se han producido por falta de especialidad de los administradores de justicia o por corrupción” (Villegas, 2014, pág. 9).

Conclusiones:

- 1.- “Tanto la doctrina como la ley establecen el uso excepcional de la prisión preventiva, esto en virtud de resguardar al derecho a la libertad y el principio de presunción de inocencia. Sin embargo, y pese a la excepcionalidad de esta medida cautelar, se la ha estado aplicando de forma única y prioritaria por lo que vulnera los derechos y principios antes referidos. La prisión preventiva debe ser aplicada siempre y cuando se compruebe la existencia de los presupuestos determinados por el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal” (Villegas, 2014, pág. 85)”.
- 2.- “Existen varios factores que impiden la aplicación de las medidas cautelares alternativas a las prisión preventiva, como por ejemplo el temor de los jueces a ser sometidos a un proceso interno por dejar en libertad a un procesado, la desconfianza del juez hacia el imputado de que comparezca a proceso pues en lugar de presumir su inocencia, presume su culpabilidad, el desconocimiento de los procesados de las diversas alternativas cautelares, que si bien es cierto, los abogados que los defienden deben solicitarlas y defenderlas de forma que puedan ser aplicadas pero que sin embargo no sucede así” (Villegas, 2014, pág.

85).

3.- “Existe una falta de preparación tanto para los abogados como para los operadores procesales, en cuanto a la mejor forma de aplicar las medidas cautelares alternativas a la prisión privativa, lo que también dificulta su implementación” (Villegas, 2014, pág. 85)

4.- “El Ecuador no ha invertido en sistemas de vigilancia electrónica que pueden resultar como una herramienta de imprescindible valor para el sistema procesal penal, principalmente para la aplicación no solo de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, en los estamentos establecidos en el artículo 537 del Código Orgánico Integral Penal, sino en todas las medidas cautelares e inclusive en sanciones, lo que permitiría la continuidad laboral del imputado, la unidad familiar, e incluso una razón para rehabilitarse y no ingresar a los centros de rehabilitación social a especializarse como actualmente sucede con el sistema de rehabilitación social con que cuenta nuestro país” (Villegas, 2014, pág. 85).

5.- “Con la aplicación injustificada y poco razonada de la prisión preventiva, se atenta a los derechos y recomendaciones internacionales, en las que se establece que la prisión preventiva debe ser utilizada de forma excepcional, que en el caso de ser aplicada debe en lo posible cumplirse en un área distinta e individual del resto de los internos, con acceso a una alimentación sana, evitando ser sometidos a tratos crueles e inhumanos, derechos a que no pueden, ni podrán tener acceso los procesados mientras exista el hacinamiento carcelario” (Villegas, 2014, pág. 86)

Tema: La indebida aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar de última ratio dentro del derecho procesal penal ecuatoriano, en relación a los principios constitucionales.

Autor: Yépez Manosalvas Richard Michael.

Año: 2016

Universidad Central del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.

Objetivos:

Objetivo General:

“Analizar la aplicación de manera directa e inmediata de los principios constitucionales establecidos en el ordenamiento jurídico observando el debido proceso y de esta manera emplear la jurisprudencia internacional y las recomendaciones de los diferentes organismos internacionales de Derechos Humanos para evitar la indebida aplicación de la prisión preventiva” (Yépez, 2016, pág. 13).

Objetivo General

1. “Analizar desde el punto de vista jurídico la necesidad de la existencia de la prisión preventiva como una medida que asegure la comparecencia del procesado a juicio, en base a la Constitución de la República, tratados y convenios internacionales, así como de la doctrina existente” (Yépez, 2016, pág. 13).
2. “Analizar las sanciones que se les impone a los funcionarios públicos por inadecuada Administración de Justicia” (Yépez, 2016, pág. 13).
3. “Demostrar que algunos jueces no aplican de forma directa e inmediata los principios consagrados en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos” (Yépez, 2016, pág. 13).
4. “Demostrar las falencias que tiene el Código Orgánico Integral Penal respecto de la Reparación Integral por la Inadecuada Administración de Justicia” (Yépez, 2016, pág. 13).

Conclusiones

1. “Pese a que vivimos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, tal como lo dice nuestra Constitución de la República en su artículo 1, se puede concluir que siguen existiendo violaciones graves a los derechos reconocidos en el cuerpo legal antes invocado y en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, las desmedidas aplicaciones de la prisión preventiva ocasionan la inobservancia de la jurisprudencia

internacional que existe respecto del tema de investigación” (Yépez, 2016, pág. 109).

2. “La vigencia de la Constitución de la República trajo grandes cambios en lo que tiene que ver con la estructura orgánica del Estado, lo que no trajo es una verdadera reparación integral de las personas que sufrieron los estragos de la prisión preventiva” (Yépez, 2016, pág. 109).

3. “Al realizar mis prácticas pre profesionales pude observar que la mayoría, de Jueces de Garantías Penales, tenían estigmatizado una parte de su juicio, que quiero decir con esto; si el procesado tenía antecedentes penales, los señores jueces ya se formaban un juicio valor, una presunción de responsabilidad y al momento de resolver sobre la adopción de medidas cautelares uno de los argumento para dictar prisión preventiva era los antecedentes penales del procesado, cuando todos sabemos que tanto la Constitución de la República en su artículo 11 numeral 2 inciso segundo, así como los diferentes tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, prohíben que se discrimine a cualquier persona por sus antecedentes penales. Al decir la mayoría de jueces, no estoy diciendo la totalidad, que quede bien claro” (Yépez, 2016, pág. 109).

4. “Se concluye que el uso indebido de la prisión preventiva es a causa de que no existen sanciones a los operadores de justicia en nuestra legislación, por un lado decimos que somos garantistas al sancionar a los servidores públicos que ocasionan la caducidad de la prisión preventiva por la alarma social que ocasiona la liberación de un supuesto “criminal”, pero por otro lado; por qué no sancionar con la misma sanción valga la redundancia, a aquel servidor que dictó y solicitó prisión preventiva respectivamente, en contra de una persona que al cabo de la culminación del proceso resultó ser inocente” (Yépez, 2016, pág. 109).

5. “En la legislación ecuatoriana se contempla la reparación integral de la víctima de cualquiera de las infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal, pero con asombro observamos que ningún articulado de dicho Código trata sobre la reparación integral por inadecuada Administración de Justicia, tema que si existía en el derogado Código de Procedimiento Penal” (Yépez, 2016, pág. 109).

6. “Lamentablemente la cultura ecuatoriana al igual que los operadores de

justicia, toman al Derecho Penal en su forma máxima, como lo dijo Ferrajoli a “costas de la incertidumbre de que algún inocente resulte castigado, ningún culpable resultará impune”, ideales netamente inquisitivos, que en el Estado de desarrollo de los Derechos Humanos no pueden ser aceptados de ninguna forma. (Ferajoli, 1995, pág. 550).

Tema: La violación de la presunción de inocencia en las personas privadas de la libertad y el derecho constitucional al buen vivir

Autor: Dr. Robert Enrique Flores Pillajo

Año: 2016

Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES”, Facultad de Jurisprudencia.

Objetivos:

Objetivos Objetivo General:

“Elaborar un anteproyecto de reforma constitucional vía enmienda referente a la prisión preventiva para garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y el buen vivir” (Flores, 2016, pág. 9)

Objetivos Específicos:

1. “Fundamentar jurídica y doctrinariamente la prisión preventiva, la historia del procedimiento penal en el Ecuador, la libertad personal y la presunción de inocencia el derecho al buen vivir” (Flores, 2016, pág. 9).
2. “Determinar que la prisión preventiva es una sanción anticipada que viola el derecho constitucional a la presunción de inocencia y atenta el derecho al buen vivir” (Flores, 2016, pág. 9).
3. “Establecer los elementos para la elaboración de la reforma constitucional vía enmienda Constitucional referente a la prisión preventiva” (Flores, 2016, pág. 9).

Conclusiones

1. “En el procedimiento penal ecuatoriano a lo largo de su historia ha venido

transformando la figura de la prisión preventiva, ya que no ha dado los resultados esperados y se ha violentado el derecho a la presunción de inocencia” (Flores, 2016, pág. 88).

2. “En el Ecuador se ha abusado de la utilización de la prisión preventiva y aquello a determinado que la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sancione al Estado del Ecuatoriano por violación a la libertad personal” (Flores, 2016, pág. 88).

3 “El fin último del buen vivir es la libertad” afirma Franco Viteri y esa es una realidad que debe ajustarse a nuestra realidad Constitucional” (Flores, 2016, pág. 88)..

4.- “Debe eliminarse la figura de la prisión preventiva y dar paso a las medidas alternativas a la prisión preventiva a fin de respetar el Derecho al Buen Vivir” (Flores, 2016, pág. 88).

5.- “Los ciudadanos ecuatorianos merecen un debido proceso respetando sus derechos constitucionales a la presunción de inocencia.” (Flores, 2016, pág. 88).

Artículos

Tema: El error judicial en el uso de la prisión preventiva: Personas en prisión que nunca llegan a ser condenadas.

Autor: Nuria Sánchez, Jorge Sobral y Dolores Seijo

Año: 2017

Revista: IBEROAMERICANA DE PSICOLOGÍA Y SALUD/ ISSN: 1989-9246 (electrónica versión)

Objetivos:

1.- “El objetivo de esta medida es evitar que el inculpado realice comportamientos que impidan hacer justicia” (Nuria Sánchez, 2017, pág. 36).

2.- “El objetivo de estos contrastes era la comparación de la variable “tipo de resolución” (inocente/ condenado) con el resto de variables criterio (sexo, edad, nacionalidad, antecedentes penales, psicopatología). Cuando la comparación estaba mediada por variables cuantitativas como el número de antecedentes penales o el

tiempo de prisión preventiva, se calculó la prueba U de Mann-Whitney para muestras independientes, al no cumplir el supuesto de homogeneidad para la aplicación de pruebas paramétricas” (Nuria Sánchez, 2017, pág. 39).

Conclusión:

“Esta investigación ha permitido concluir que la mayoría de personas que han vivido una situación de prisión preventiva errónea son hombres con más de 26 años. La nacionalidad de estos individuos se distribuye en proporciones semejantes entre extranjeros y españoles. Esto también es así en el resto de presos preventivos que finalmente son condenados” (Nuria Sánchez, 2017, pág. 41)

Pero contrasta con la población reclusa española global, que presenta un 68.4% de nacionales y un 31.6% de personas extranjeras (Ministerio del Interior, 2014). Parece, pues, que estamos ante un claro fenómeno de sobre representación de la población extranjera en los destinatarios de la institución jurídica de la prisión preventiva, siendo ello independiente de que el proceso termine en condena o absolución. Se ha argumentado que este segmento de la población estaría sometido a un escrutinio más intenso por parte de los investigadores, al tiempo que sus frecuentes situaciones de marginalidad y desarraigo facilitarían su involucración en actividades delictivas (Chen y Zhong, 2013). El 10.1% de la población española es de origen extranjero, mientras que los extranjeros suponen el 36% de la población reclusa española (Instituto Nacional de Estadística, 2015).

“Además, se ha puesto de manifiesto que las sentencias aportan poca información acerca de la psicopatología previa de los acusados, su discapacidad mental o su situación económica, y por ello no hemos podido realizar análisis comparativos con los penados en estas categorías. Resulta llamativo comparar el intervalo de tiempo en el que puede estar comprendida la prisión preventiva de los casos analizados respecto a otros estudios anteriores. Como decíamos previamente, los presos preventivos posteriormente liberados han sufrido una privación de libertad que oscila entre 1 y 1454 días, una horquilla más amplia que la que se observa en los penados (3 – 785 días)”

(Nuria Sánchez, 2017, pág. 41).

Contrastados estos datos con los de épocas anteriores (López, Rosas, Torres, y Vico, 1996), se ha producido un incremento de una magnitud grande ($OR = 3.27$) en el límite superior de la duración de la prisión preventiva, pues anteriormente el límite superior se situaba en 240 días. El análisis de la tipología delictiva ha revelado que los delitos por los que los recurrentes han sido investigados son muy variados, destacando los delitos contra la salud pública, los homicidios, las agresiones y los delitos contra los derechos de los trabajadores. En esta variable hemos hallado diferencias notablemente significativas respecto a los presos preventivos finalmente condenados.

“El resto de características demográficas y psicosociales parecen distribuirse de forma similar en ambas poblaciones. Por lo tanto, estos resultados son diferentes en nuestra muestra de los que mostraron Devine y Caughlin en el Meta análisis que realizaron en 2014. Así, hemos encontrado que los delitos significativamente más investigados en inocentes han sido los homicidios, las agresiones sexuales, los delitos contra la salud pública y los delitos contra la Administración pública. Es decir, delitos altamente estigmatizantes y con fuertes repercusiones mediáticas. Estos resultados muestran que en los delitos más graves (con penas superiores a cinco años de cárcel según la legislación penal española) es más probable que encontremos personas inocentes en prisión provisional, y, además, durante largos períodos de tiempo. Por ello, la mala utilización de la prisión preventiva puede acarrear efectos de gran gravedad y debiera ser utilizado de un modo sumamente prudente” (Nuria Sánchez, 2017, págs. 38-39).

En coherencia con nuestros resultados, investigaciones previas también indican que los homicidios y las agresiones sexuales son los delitos que generan más errores por parte de la Administración. Por ejemplo, en Estados Unidos, el Proyecto Inocencia (Innocence Project, 2007) realizó un informe con los detalles de los primeros doscientos casos presos finalmente absueltos en los que participó. En él, comunica que el 88% de las condenas erróneas se produjeron en abusos o agresiones sexuales, y el 28% en asesinatos. Se ha sugerido que la principal fuente de error en estos delitos suelen ser las identificaciones erróneas.

(Villadiego, La Multitemática y Diversa, 2016, pág. 6) explican y por otra parte, la presión extrema a la que son sometidos la policía, los fiscales y los jueces en estos casos, puede influir en la toma de decisiones precipitadas y/o mal fundamentadas. Por último, debemos señalar que la mayor parte de los estudios que hablan de la juventud como población sensible a las condenas erróneas, se refieren a menores de edad. La presente investigación solo ha estudiado las absoluciones de personas adultas, y esto puede haber disminuido el efecto de vulnerabilidad. Para superar los problemas metodológicos de otros enfoques, en este estudio hemos realizado un análisis de sentencias con una validez ecológica suficiente como para poder generalizar los resultados obtenidos. Aun así, esta investigación presenta ciertas limitaciones. En ocasiones, la falta de datos ha reducido la capacidad predictiva de los datos. (Nuria, Jorge, & Dolores, 2017, pág. 40) el estado civil del acusado, o incluso las características personales o ideológicas de Jueces y Magistrados (Comisión Interamericana de Humanos, 2013). Es imprescindible profundizar en los múltiples aspectos vinculados con las buenas o malas prácticas implicadas en el uso de una institución jurídica tan relevante como es la prisión preventiva.

Tema: Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión reventiva en Chile

Autor: Ramón Beltrán Calfurrapa

Año: 2012

Revista: Política criminal / ISSN 0718-339

Tema Objetivos:

“Buscar la verdad, cuando se es consciente de la falibilidad de los procedimientos usados para ello, se traduce de inmediato en el objetivo de minimizar el riesgo de error” (Beltrán, 2012, pág. 458).

Conclusión

1. “En nuestro país no existe normativamente hablando un baremo distinto a la duda razonable a fin de acreditar el componente fáctico que rodea el elemento material de la prisión preventiva” (Beltrán, 2012, pág. 475).
2. “Tampoco se evidencia un esfuerzo de la doctrina nacional en tratar de superar a la íntima convicción en la apreciación del referido elemento” (Beltrán, 2012, pág. 475).

3. “Sin embargo, considerando que en el caso particular no es posible aplicar ni la prueba prevalente por su carácter mínimo ni la duda razonable por su carácter máximo se hace necesario trazar pautas de razonabilidad sobre las cuales erigir un estándar intermedio que supere las deficiencias hasta hoy constatadas” (Beltrán, 2012, pág. 458).

4. “De este modo, se propone para la determinación de los hechos en la prisión preventiva – en lo referente a la refrendación de su elemento material– un esquema tentativo de estandarización que superaría los problemas constatados. Así, por un lado, se propone que la refutación fáctica, recayendo en la parte persecutora, posibilite la salvaguarda de derechos tan importantes como la presunción de inocencia; y, por otro, que la confirmación mayor de existencia y participación, a fin de superar la simple prevalencia, suponga un plus adicional de corroboración tanto respecto de los antecedentes actuales como de los predecibles” (Beltrán, 2012, pág. 458).

2.2. Fundamentación legal.

2.2.1. Tratados y convenios internacionales de derechos humanos

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 424 establece que los tratados Internacionales de Derechos Humanos, firmados y ratificados por el Ecuador prevalecerán sobre cualquier otra norma, siempre que las mismas reconozcan derechos más favorables, al hablar del derecho a la libertad y su restricción a la misma señalaré los siguientes:

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por las leyes preexistentes. (...) “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el Juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, art. 25).

La prisión preventiva como característica de excepcionalidad se encuentra descrita en el (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, Art. 9.3) en el que expresa que la prisión preventiva de las personas que tengan 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. Norma que es inmediatamente aplicable en el país, sin necesidad de reglamentación previa, por mandato constitucional de la Constitución de Ecuador (CRP 2008, Art. 18) dispone que los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales serán directa e inmediatamente aplicables por parte y ante cualquier Juez, Tribunal o Autoridad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH 1984, Art. 7) menciona sobre el Derecho a la Libertad Personal que de manera textual indica:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...” (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Registro Oficial 801, 06 de agosto, 1984).

Sobre el tema mencionaremos que: “La observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad” (Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, pág. 168). “Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional; y que en todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudiesen justificarla. Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva” (Jorege y Dante Peirano Basso República Oriental del Uruguay, 2009).

Quizás el principal impacto de la normativa supranacional sea el de dejar sentado, expresamente, cómo se debe hacer para establecer la “no inocencia”: habrá que probar la culpabilidad más allá de cualquier duda razonable, “conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (Cafferata, 2016, pág. 70), para interpretar la postulado, no puede decirse que la situación de cualquier persona en la sociedad sea una situación de “inocencia”. Los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes. Es que la “inocencia” es un concepto referencial, que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable. La situación normal de los ciudadanos es de “libertad”; la libertad es su ámbito básico, sin referencia alguna al derecho o al proceso penal. Pero cuando una persona ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales, allí sí tiene sentido decir que es “inocente”, porque eso significa que, hasta el momento de la sentencia condenatoria, no se le podrán aplicar consecuencias penales. En realidad, es más correcto afirmar que, cuando una persona ingresa al foco de atención de las normas procesales, conserva su situación básica de libertad, salvo algunas restricciones.

Coincidiendo con el autor en el párrafo anterior se puede corroborar que dentro de la normativa constitucional y supraconstitucional, todas las personas que se encuentran sometidas al procesamiento penal mantienen un estatus de inocente y no debe de ser privado de su derecho a la libertad, por tanto, se ha dejado en claro que una detención durante la persecución penal no debe conllevar a una pena anticipada, conforme lo determina varios fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ya que la privación del derecho a la libertad debe ser de ultima ratio.

Todos los Tratados y Convenios de carácter internacional en forma unánime concluyen un profundo respeto por la dignidad del ser humano, al indicar que todos los seres humanos son libres e iguales, cabe mencionar además que cuando hablamos del derecho a la libertad tenemos necesariamente que tratar sus limitaciones, ya se ha dejado en claro que ninguna persona puede ser privada de su derecho a la libertad, sino solamente en los casos y de acuerdo a la normativa vigente en los estados. De la misma forma, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos establecen la restricción al derecho de la libertad, si bien es cierto dicho derecho nace junto al ser

humano el mismo puede ser limitado cuando las personas contravienen o violenta un bien jurídico protegido de un tercero (víctima), es por ello que se señala que todas las normas jurídicas tienen que preexistir. Tomando en consideración lo indicado el derecho a la libertad se limita a través de una medida cautelar denominada prisión preventiva la misma que es de carácter excepcional cuya función es garantizar la presencia de las personas a un juicio, lo cual es recogido por la Constitución de la República del Ecuador.

2.2.2. Constitución de la república del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador es reconocida como norma constitucional suprema en el estado, es decir jerárquicamente se encuentra sobre cualquier otra norma jurídica, los actos de poder público deben de ser concordante con las disposiciones constitucionales ya que sino la tuvieran carecerán de eficacia jurídica, este principio se refiere a que todos los poderes y autoridades públicas deben someterse a la Constitución de la República del Ecuador, ya que estas conceden valor jurídico a las disposiciones normativas, dicho de otra manera legitima las actuaciones del poder público siendo esta una característica primordial de un Estado Constitucional de Derechos.

La (Corte Contitucional del Ecuador , 2014) ha manifestado que la justicia ordinaria debe también ser responsable en el cumplimiento y garantía de los derechos contenidos en la Constitución, más aún respecto de los principios y derechos en los que se enmarca el debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica, la Constitución de la Republica de Ecuador (CRE, 2008, art. 426) indica que las “juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las disposiciones normativas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las soliciten expresamente”.

(Wray, 1998, pág. 46) señala que los juezas y jueces en la sustanciación de los procesos deben aplicar las disposiciones normativas que conforman el bloque de constitucionalidad respeto a la supremacía constitucional. Sin embargo, cuando una

jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderán la tramitación de la causa y remitirán en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

La Constitución de la República de Ecuador (CRE, 2008, art 76) manifiesta que “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías (...). 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Dentro de lo que señala el art. 76 de la Constitución de la República de Ecuador reconoce derechos dentro de un debido proceso por el cual, de manera Constitucional, en todo tramite de carácter administrativo o jurisdiccional se debe garantizar el cumplimiento de todos los derechos establecidos en la norma jurídica. El numeral 2 del artículo antes mencionado recoge preceptos instaurados en los Convenios y Tratados Internacionales analizados en párrafos anteriores en el cual determina uno de los principios fundamentales en el desarrollo del proceso sea este administrativo o judicial, En el mismo se señala sobre la presunción de inocencia, para la investigación en estudio se puede determinar concomitantemente lo que determina el COIP al ser la normativa jurídica que regenta el derecho penal en el Ecuador, determinado que toda persona goza de presunción de inocencia la misma que debe ser desvirtuada por parte del ente acusador, mientras no se demuestre su culpabilidad mediante sentencia

ejecutoriada dictada por la autoridad competente, la misma que debe cumplir con los estándares de motivación determinados en el literal 1, numeral 7 del artículo analizado, es decir, clara, completa, legítima y lógica.

Además la Constitución de la República de Ecuador (CRE, 2008, art 77) indica que “todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (...)11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada”.

A mi criterio y dentro de la presente investigación se pudo verificar que el artículo 77 de la constitución del Ecuador en lo que concierne en sus numerales 1 y 11 nos habla en la aplicación de medidas cautelares diferentes a la privación del derecho ambulatorio determinado que los jueces y juezas deben por mandato constitucional optar por medidas no privativas a la libertad, si se ha mencionado que la norma suprema jerárquicamente superior es la Constitución la misma tiene un carácter imperante, cuando se habla de medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva se determina que la misma tiene un carácter de excepcionalidad y no puede ser considerado como la regla general, sin embargo en el trascurso de esta investigación pude verificar que la prisión preventiva no es una regla excepcional en los delitos de hurto y robo, por todo lo contrario he llegado a la conclusión que el pedido de una medida cautelar casi siempre va ser la prisión preventiva.

2.2.3. Código orgánico integral penal ecuatoriano

Durante el paso de los últimos años en el Ecuador ha surgido una serie de cambios dentro del ordenamiento jurídico, teniendo como punto de partida la Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante Asamblea Constituyente e instaurada a partir del año 2008, con ello ha acarreado una reforma a las leyes instauradas dentro de las normas infra constitucionales como lo es el Código Orgánico Integral Penal, la misma que entró en vigencia a partir del 14 de agosto del año 2014, la cual contiene tanto su aspecto sustantivo como adjetivo al igual que la ejecutiva en una sola norma.

Como se deja indicado la tras la vigencia del Código Orgánico Integral Penal se fomentó un catálogo de tipos penales, dentro de la tipificación de los llamados tipos penales se encuentra la sanción respectiva (pena), sin embargo, como voy analizar a continuación dichas sanciones son desproporcionadas en base al daño del bien jurídicamente protegido en los casos de robo y hurto, lo cual ha concadenado un uso excesivo de la figura jurídica de Prisión preventiva en el Ecuador.

Al respecto de las medidas cautelares de orden personal como se las conoce las mismas se hallan enmarcadas a partir de del Art. 519 hasta el Art. 521 del Código Orgánica Integral Penal, la misma que señala la finalidad, así como ciertas reglas generales para su aplicación, sin embargo, la prisión preventiva como una de las medidas cautelares establecidas en el art. 522 del Código Orgánico Integral Penal en su numeral 6, refiere requisitos específicos los cuales se hallan determinado en el Art 534 de la norma antes citada, las cuales harían pensar que con aquellas reglas se estaría dosificando la aplicación de la prisión preventiva, lamentablemente de varios estudios realizados en los centros carcelarios del país por parte de Instituciones de Derechos humanos, así como de los inmersos en el sector justicia se verificaría que la prisión preventiva dejo de ser de ultima ratio (ultima razón o último argumento), para convertirse de una manera negativa en una regla general y no en una regla de excepcionalidad como lo señala los Tratados Internacionales de Derechos Humanos así como la propia Continuación del Ecuador.

Como se deja indicado en líneas anteriores dentro el uso de las medidas cautelares se

limitan a que “la privación de la libertad no será regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso...” (Const., 2008, art. 77, núm., 1), de la misma forma el COIP señala en su Art 534, que la finalidad de la prisión preventiva es “para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 534) dejando muy en claro la norma constitucional y legal, que, la única finalidad que persigue la restricción del derecho a la libertad como medida cautelar es la presencia del sujeto activo de la infracción (acusado o procesado) dentro del procesamiento penal y el cumplimiento de una eventual pena, dando cumplimiento con ello el principio de inmediación.

Dentro del Código Orgánico Integral Penal detalla dentro de la finalidad de la prisión preventiva 1. La comparecencia de la persona procesada al proceso (principio de inmediación); y, 2. El cumplimiento de la pena, por lo cual existen cuatro requisitos necesarios establecidos en el Art 534 del Código Orgánico Integral Pena, los mismos que se detallan a continuación para su mejor análisis y desarrollo:

Artículo 534.- Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.*
- 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.*
- 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.*
- 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 534)*

Dentro del presente estudio ya se ha dejado de manifiesto cual es la finalidad de la medida cautelar de prisión preventiva, ahora bien, a fin de continuar con el análisis

respectivo se desarrollará cada uno de los requisitos indispensables por el cual La Fiscalía General del Estado, quien es el encargado de la investigación pre-procesal y procesal penal de los delitos de acción pública de conformidad con lo que establece el Art. 195 de la Constitución, concordante con lo tipificado en el Art. 282 COFJ; y, 444 del COIP, puede solicitar de manera fundamentada el pedido de prisión preventiva, así como el Juez garantista de derechos constitucionales una vez formulada la solicitud fiscal, el mismo, debe verificar que se cumplan todos y cada uno de los requisitos señalados anteriormente de manera concurrente y simultánea, ya que la falta de uno de los cuatro requisitos estipulados en la ley, es causa suficiente para que el juzgador no otorgue la medida cautelar privativa al derecho de la libertad.

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

El primer requisito establece que la persona procesada se encuentre frente a un delito de acción pública, se debe tomar en consideración que el COIP dentro del Art. 410 señala que: el ejercicio de la acción penal es pública y privada, es decir que a la luz de la normativa jurídica penal vigente en el Ecuador, la medida cautelar de prisión preventiva solo será dictada en los delitos que afecten el interés social, cuya investigación requiere de la participación de la Fiscalía General del Estado, dejando a un lado la medida cautelar de prisión preventiva en los delitos cuyo ejercicio se lo realiza por parte de la persona afectada (víctima), mediante la respectiva querrela.

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

Como segundo requisito se tendrá que verificar por parte del Fiscal dos aspectos fundamentales “Elementos de convicción claros y precisos”, cabe indicar que el principio de objetividad determinado en el Art. 5 núm. 21 del COIP, indica que la investigación fiscal se adecuara a un criterio de objetividad, es decir, el Fiscal encargado de la investigación adecuará sus actuaciones en buscar elementos de cargo en los cuales se funde o agraven la situación de la persona procesada y de la misma forma recabará elementos que eximan, atenúen o extingan la acción penal pública.

Tanto más que dentro del requisito indica que la persona procesada sea autor o cómplice de la infracción y que la misma guarde una relación con la infracción que se investiga, sin embargo, esto es contradictorio ya que la persona pese haberse formulado cargos en su contra, la misma mantiene su estatus de inocencia al amparo de lo que determina el Art. 76 núm. 2 de la Constitución del Ecuador y de la misma forma según lo señala el art 5 núm. 4 del COIP, cabe indicar que dentro del juicio el mismo puede terminar con una sentencia ratificatoria del estado de inocencia de la persona procesada, por lo cual este requisito debe ser evaluado por el juzgado de una manera adecuada a fin de justificar el empleo de la prisión preventiva.

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

Este tercer requisito es un punto de debate dentro de la presente investigación, toda vez que como se ha mencionado anteriormente, la Fiscalía es quien de forma fundamentada debe solicitar al Juez la aplicación o no de la medida cautelar de prisión preventiva, conforme lo ha señalado varios fallos de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, al establecer que es la Fiscalía es el ente encargado de indicar porque considera que otras medidas cautelares no privativas a la libertad son insuficientes para que la persona procesada no comparezca a juicio y el cumplimiento de una eventual pena, sin embargo los juzgadores establecen que es la defensa técnica es quien debe justificar los arraigos suficientes con la finalidad de que dicte una medida cautelar diferente a la prisión preventiva, totalmente fuera de la realidad de los preceptos jurídicos, el llamado arraigo social es un supuesto de hecho que no constituye un concepto jurídico, con el cual se discrimina a quienes trabajan en la informalidad, sin amparo legal, solo basta en verificar los datos del INEC en relación al empleo informal a marzo del 2019 cuyo porcentaje es el de 46.7 % ; con relación al arraigo domiciliario que se habla dentro de las audiencias es considerablemente difícil que una persona que vive de la informalidad, cuente con contratos de arrendamiento de su lugar de domicilio, como podemos constatar dentro de procesamiento judicial la práctica se basa en ideas ajenas a la realidad de los ecuatorianos, con lo cual se verificaría que las personas procesadas que son invisibles para la sociedad, son muy visibles para la

administración de justicia y propensas a la criminalización de la pobreza.

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

El Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador dentro del numeral 11 señala lo siguiente: “La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.” (Const., 2008, art. 77, núm., 11). Al momento de establecer casos, debe considerarse a los delitos contemplados en el COIP, el requisito establecido en el numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal analizado es muy claro en señalar que únicamente procede la solicitud de la medida cautelara de prisión preventiva en los delitos de acción pública cuya pena superior es de un año, pero como se ha dejado indicado dentro del presente estudio, dentro del catálogo de delitos que establece el Código Orgánico Integral Penal tras su vigencia existe tipos penales cuyas penas son totalmente desproporcionadas violentándose lo que señala el Art 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador en la cual determina que debe existir una proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones de carácter penal, dentro de este nivel de desproporcionalidad podemos encontrar los delitos de Hurto establecido en el Art 196 inciso primero, el cual determina una pena de seis meses a dos años de privación del derecho a la libertad, tan desproporcionado resulta que dentro del texto señala que el hurto será considerado como tal siempre que el valor de lo sustraído supere el 50% de SBU, así como el delito de robo establecido en el Art 189 en el cual ni siquiera se limita el valor del bien sustraído, cosa contraria se puede verificar en los delitos de corrupción en los cuales se puede verificar montos elevados de dólares y que en estos casos se aplica de forma prioritaria medidas cautelares no privativas del derecho a la libertad.

Como se ha señalado en los párrafos anterior existen varios fallos de la Corte provincial de justicia de Tungurahua los cuales analizan la existencia de los requisitos establecidos en el Art. 534 del COIP así tenemos el siguiente fallo y el cual señala de manera textual:

Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, Sala de lo Penal (2017) “Acorde a lo señalado, es obligación, por lo tanto, del titular de la acción pública, esto es Fiscalía, dentro del sistema penal acusatorio, solicitar de manera fundamentada, la adopción de la medida de la prisión preventiva... El tercer requisito de la norma antes invocada, establece que es necesario tener “Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena”. Fiscalía argumenta que los interesados debían justificar las mismas, cuando es su obligación el hacerlo, partiendo de la obligación constante en el Art. 195 de la Constitución de la República; es decir, que Fiscalía debía establecer en la causa, que las medidas cautelares no privativas de la libertad, eran insuficientes, y por ende, necesaria la orden de prisión preventiva. En estas circunstancias, Fiscalía no ha dado a conocer los indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad, sean insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar la presencia de los procesados en el juicio o el cumplimiento de la pena, incumplándose de esta manera, con el tercer requisito del Art. 534 del COIP, para ordenar la prisión preventiva de los procesados(...), en la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, el titular de la acción penal interviniente en la misma, dice: “Por lo tanto como medida cautelar va a solicitar fiscalía señor juez lo señalado el Art. 522 numeral 6 esto es la prisión preventiva, toda vez que con los elementos que acabo de poner en su conocimiento señor juez se demuestra que existe elementos de convicción sobre la existencia de un delito de acción pública, elementos de convicción de los investigados pueden ser autores o cómplices, además señor Juez debo indicar que a fiscalía no se le ha presentado ningún documento con el cual se pueda considerar un arraigo social o laboral o de ninguna otra naturaleza la pena por el tipo penal señor juez, fiscalía está formulando cargos, supera el año privativa de libertad, por lo tanto señor juez al tratarse de un delito contra la eficiencia en el administración pública, conforme lo regla el Art. 192 numeral 2 solicito a usted se sirvan notificar a los procesados con el inicio de la instrucción fiscal la misma que tendrá una duración de 30

días. Muchas gracias señor Juez... ”. Sin que se aprecie, por lo tanto, la debida fundamentación a lo solicitado y mucho menos se justifica el por qué las medidas cautelares no privativas de libertad, son insuficientes para asegurar la comparecencia de los procesados a juicio. - Al no encontrarse reunidos todos los requisitos contemplados en el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal y tomando en cuenta que la prisión preventiva no es una regla general, conforme lo determina el Art. 77 No. 1 de la Constitución, no cabía dictar prisión preventiva en el presente caso, como lo hizo el señor Juez A Quo; más aún cuando la prisión preventiva por mandato constitucional es la excepción y no la regla como se deja anotado, toda vez que la misma se confronta con la tutela del principio de inocencia que cubre al procesado, y por ende no puede ser tomada como anticipo de pena.- OCTAVO.- DECISION.- Atentas dichas consideraciones y sin que sea necesaria ninguna otra, este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 654.6 del Código Orgánico Integral Penal, en directa relación con la doctrina, precedentes jurisprudenciales, tratados internacionales, normas constitucionales y legales invocadas, RESUELVE, aceptar el recurso de apelación interpuesto por (...), y se deja sin efecto la prisión preventiva dictada en su contra, disponiéndose en su lugar, que los procesados, se presenten dos veces por semana, los día lunes y viernes, ante el fiscal de la causa; así como la prohibición de salida del país, conforme lo establecido en los numerales 1 y 2 del Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal.- Gírense las boletas de excarcelación” (18282-2017-01250)

Ya me he permitido en indicar que debe existir una coexistencia de todos los requisitos establecidos en la norma penal para dictar una orden de prisión preventiva, la falta de uno de aquellos requisitos obstaculiza al juzgador poder dictar una orden que prive del derecho ambulatorio a una persona y que es considerada de ultima ratio.

2.3. Derecho a la libertad

La libertad es la voluntad libre del hombre que puede o no cumplir las normas o leyes del país, la libertad es un status pero como estado en el orden social o político es

dinámico es decir puede entrar en un proceso de cambio puede variar de acuerdo a los intereses del hombre, como sus ideologías, y sus luchas, la lucha es contra el impulso, iniciativa creadora, su equilibrio es normado por el derecho, quien regula de una u otra forma los términos de esa oposición, este derecho es reconocido como un poder de doble dimensión ya que el individuo sujeto de derechos puede obrar con voluntad y tener reconocimientos jurídicos de sus actos.

El derecho es un instrumento creado por el hombre, que al igual que otros, forma parte del mundo cultural cuya finalidad es la realización de ciertos valores que le dan sentido a su vida. El hombre es un ser que realiza valores, los cuales son producto espontáneo y libre de nuestra conciencia. En relación a los principios, son los valores se vienen constituyendo y construyendo sobre el carácter más genérico que tendría sobre éstos, en otras palabras, los valores constituirían un tipo de norma más general que los principios a diferencia de los principios, algunos les niegan aptitud normogénica porque no estarían concebidos ni estructurados para ese fin; no obstante, los valores que poseen polaridad, son el imán que orienta la finalidad de las normas. Sin embargo, cuando están positivados ingresan al campo de las normas, con el rango y la fuerza vinculante de éstas (Lautauro, 2009, pág. 279).

A más de ello, se considera a la libertad como el pilar fundamental de la democracia, además es uno de los derechos civiles más importantes e inherente del ser humano, de no existir las facultades concedidas en beneficio de las personas no podrán practicarse derechos, como el derecho al estudio, tránsito, movilidad, derecho a la libertad religiosa, para que un acto humano sea considerado libre debe existir la voluntad de realizar tal o cual acto.

La (Declaración Universal de los Derechos, 1948, Art.13) reconoce el derecho a la libre circulación al proclamar que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado” y que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”. Para el (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , 1966, Art. 12.3) recoge que este derecho “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o

la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”

Al hablar del derecho de la libertad se debe tomar en consideración el derecho de libre circulación también conocido como el derecho la movilidad humana se debe mencionar que es una concepción de los derechos humanos legalmente reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, este derecho no es otra cosa que toda persona tiene libertad para transitar dentro y fuera del país que sea de su elección el mismo que no es objeto de restricciones, a no ser que estas se encuentren en la ley.

El derecho a la libre movilidad no es absoluto, los países pueden limitar la movilidad de un individuo dentro de su propio territorio o pueblo prohibiendo el desplazamiento de estos en forma ilegal como es en el Ecuador cuando los jueces dictan la medida cautelar de prisión preventiva sin respetar que esta medida cautelar es de ultima ratio, toda vez que con esta medida cautelar se afecta la libertad de una persona, comúnmente dentro de un proceso penal en los que la ley faculta a las autoridades a transigir o interrumpir el derecho a la libertad que se encontraba gozando un individuo. Todas las personas pueden desplazarse sin más limitaciones que las impuesta por la ley, con el único propósito de proteger los valores y derechos de los demás, la libertad personal permite que los individuos no sean privados le la libertad arbitrariamente ni ser sometidos a restricciones por la norma jurídica.

2.4. Presunción de inocencia

Para iniciar con la temática es preciso conocer las definiciones, de la palabra presunción para Zavala (1994, pág. 97), es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal cómo se suceden las cosas o los hechos. Por otra parte el término inocencia, para Soberanes (2008, pág. 2) consiste en: “El derecho a recibir la consideración y el trato de "no autor o no partícipe" en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los

efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia”.

Para Zan (2004, pág. 205) la Inocencia es un Derecho natural con el hombre mismo, existente antes de toda forma de autoridad y de Estado, que puede ser cuestionada cuando la sociedad ha llegado a un nivel de organización tal que cuenta con sistemas de enjuiciamiento y de sanciones, con mecanismos jurídicos legales capaces legítimamente a declarar a un ciudadano responsable penalmente, imponiéndoles como consecuencia un reproche, manifestación de una intervención estatal en su órbita individual. Así también González (2007, pág. 40) aporta respecto del axioma comentado que el procesado, no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de culpabilidad del procesado.

En relación al tema Ferrajoli (2010, p. 550) indica que “el principio de inocencia durante Edad Media existe desde el Derecho Romano, en su carácter de *in dubio pro reo*, Es un principio que dejó de ser relevante debido a las prácticas inquisitivas prevalecientes, en que la duda sobre la inocencia significaba culpabilidad”. Así mismo hay que mencionar Maier (2004, pág. 424), se refiere al antecedente moderno más remoto se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa de 1789, que da fundamento a la necesidad de un juicio previo para cualquier persona. También la Declaración de Derechos Humano (DDH, art.9) señala: que “todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”. (Ferrajoli, 1995, pág. 550). Desde finales del siglo XIX el principio fue duramente atacado debido a la involución autoritaria de la cultura penalista.

A su vez Anneo (2017, págs. 492-493), indica el positivismo criminológico llegó a definir como absurda esta garantía de la seguridad individual, al menos en ciertos casos (confesión, delito en flagrante, delincuentes habituales, reincidentes o por tendencia; para ellos, la hipótesis sólo sería admisible si se trata de un delincuente ocasional que ha rechazado la imputación, y, aun en ese caso, durante cierto periodo del procedimiento, porque el encarcelamiento preventivo, fundado en la sospecha evidente

o en la probabilidad de que la imputación sea cierta, la remisión a juicio del acusado, la sentencia no firme, y hasta la misma imputación fundada que abre una persecución penal, revelan que al imputado no se lo presume inocente sino, antes bien, culpable.

El pensamiento liberal, aprecia el elemento fundante del proceso penal y le otorga un contenido material indiscutible, que influye sobre las principales instituciones procesales como son la prueba, la sentencia, la situación del imputado, las medidas de coerción. En lo que toca a Ferrajoli (1995, pág. 120), la Teoría Jurídica del Garantismo Penal refiere que, si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.

Como he dejado señalado en el tema anterior el derecho a la libertad es propio del ser humano, es por ello que como señalan los doctrinarios del derecho penal que han sido mencionados en los párrafos anteriores la mayoría concuerdan en que el principio de inocencia es fuente fundamental en el desenvolvimiento del procesamiento penal de las personas sujetas a la misma, sin embargo como señala Ferrajoli en la antigüedad la presunción de inocencia se practicaba en un verdadero sistema inquisitivo en la cual en un modo negativo toda persona era considerada culpable hasta que se demuestre su inocencia, la legislación moderna vigente, a través de un ordenamiento jurídico jerárquico superior como es la Constitución de la República del Ecuador dentro de la cual en su artículo 76 numeral 2 y como norma subordinada el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 5 numeral 4, señalan que toda persona mantiene su estatus de inocencia durante todo el desarrollo del proceso penal, hasta que juez mediante sentencia ejecutoriada declare la culpabilidad.

2.5. Debido proceso

El debido proceso es el derecho fundamental que tienen todas las personas (naturales y jurídicas) a participar en procedimientos dirigidos por unos sujetos con unas determinadas condiciones y cuyo desarrollo en su forma, en su decisión y en la contradicción de los intervinientes deberá sujetarse a los lineamientos establecidos en

las normas jurídicas. Es un derecho fundamental que reclama de procedimientos pluralistas y ampliamente participativos, en los que se asegure la igualdad y un debate que permita la defensa de todos sus participantes. Dichos procedimientos, en los que sólo podrá decidirse de fondo de conformidad con el derecho sustancial preexistente, deberán ser desarrollados de conformidad con las formas preestablecidas en el ordenamiento y estar dirigidos por terceros supra ordenados, exclusivos, naturales, imparciales e independientes. (Aguilera, 2005, pág. 5).

2.6. Prisión preventiva

Código Orgánico Integral penal (COIP, 2020, Art. 520), determina las reglas generales de las medidas cautelares y de protección en la que manifiesta que la o el juzgador podrán ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Las medidas cautelares y de protección podrán ordenarse en delitos. En caso de contravenciones se aplicarán únicamente medidas de protección. 2. En delitos, la o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal, una o varias medidas cautelares. En contravenciones, las medidas de protección podrá disponerlas de oficio o a petición de parte. 3. La o el o el (sic) juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria. De ser el caso, se considerará las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto. 4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada. 5. Deberán cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código. 6. La interposición de recursos no suspenderá la ejecución de las medidas cautelares o medidas de protección. 7. En caso de incumplimiento de la medida cautelar por parte de la persona procesada, la o el fiscal solicitará su sustitución por otra medida más eficaz. 8. La o el juzgador vigilará el cumplimiento de las medidas cautelares y de protección con intervención de la Policía Nacional.

Como nos podemos dar cuenta, las reglas establecidas en el artículo antes detallado no se refieren a la procedencia de la prisión preventiva, sino solamente a la procedencia de la solicitud. Lo mismo que se enmarca en una diferencia importante misma que es

la fuente de muchos errores cometidos en las audiencias de flagrancia. Con frecuencia, las partes confunden la procedencia de la solicitud con la procedencia de la medida cautelar. Por lo tanto, primero el juzgador puede ordenar medidas cautelares (y por ende la prisión preventiva) exclusivamente cuando se trate de un delito de acción pública. Segundo requisito formal se encuentra estipulado en el Código Orgánico Integral penal (COIP, 2020, Art. 520, N°2) Según este, hay dos circunstancias anteriores para cualquier medida cautelar: 1) Que haya una solicitud y 2) Que la solicitud sea fundamentada: “La o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal.”

En primer lugar, Mancheno (2006, pág. 43) en su trabajo de investigación titulado, el uso de la prisión preventiva por los administradores de justicia en el Ecuador. Utilizo el método hipotético deductivo, ya que con él cuenta para que sea una práctica científica, concluye qué para el sistema judicial ecuatoriano, el único método seguro y probado, con el que cuenta para garantizar la comparecencia del procesado al proceso de manera directa y activa y evitar la posibilidad de que eluda el cumplimiento de la sentencia, es la medida cautelar personal de la prisión preventiva. Además, señala que los señores fiscales han minimizado el principio jurídico de la mínima intervención penal, solicitando en la mayoría de las causas la prisión preventiva del procesado atendiendo a la finalidad de garantizar la comparecencia del procesado, sin los fundamentos suficientes, claros y precisos que demuestren las razones de la necesidad de privar de la libertad al procesado, bastando en muchos casos la información entregada por la Policía en los partes de detención.

A su vez, Alexy (2008, pág. 45), medida cautelar impulsa nuevas herramientas útiles y eficaces en el ámbito penal al Juez de Garantías Penales, los métodos que utilizo son el descriptivo y analítico de investigación, sumando elementos cualitativos y cuantitativos en lo humanístico y lo social. Llego a la conclusión que la prisión preventiva violenta el derecho a la presunción de inocencia de los ecuatorianos en conflicto con la ley penal, además, se vulnera el derecho al buen vivir en los ciudadanos que se encuentran reclusos en calidad de prisión preventiva. Así como, la libertad de los seres humanos debe ser garantizada por la justicia ecuatoriana; hasta que no se determina sentencia en firme responsabilizando a un ciudadano por un delito

en un juicio penal.

Así como, Cárdenas (2014, pág. 14) realiza su aporte en su trabajo denominado, la indebida aplicación de caducidad de la prisión preventiva según la ley penal ecuatoriana el fin de impedir la caducidad de la prisión preventiva, provocada por la persona procesada y sancionar las trabas procesales la metodología utilizada. La metodología que utiliza es la técnica de campo, observación y la tónica de gabinete. Llega a la conclusión que cada vez es mayor la necesidad de instituir la prisión preventiva como medida excepcional, no como regla y que ésta no debe ir más allá del plazo razonable. Además. la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena.

Hay que mencionar además que según estudios recientes realizados por la Defensoría Pública del Ecuador se ha llegado a determinar que el 5 por ciento de los 379 casos tomados como media, en todas las provincias del Ecuador en forma aleatoria no se dictó prisión preventiva, sino medidas alternativas a la privación de la libertad, como se puede verificar en la gráfica la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva dentro del territorio ecuatoriano se ha convertido en la regla general. (Krauth, La Prisión Preventiva del Ecuador, 2018, págs. 117-118).

Gráfico No. 1 Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva



Fuente: Investigador

Elaborado: Adriana Jiménez

2.6.1. Uso excesivo de la prisión preventiva

La (Comisión Interamericana de Humanos, 2013, pág. 14), en su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, ha concluido que uno de los principales problemas relacionados con el respeto y garantías de los derechos de las personas privadas de libertad es el uso excesivo de la prisión preventiva.

En dicho informe, la CIDH estableció en un estudio sobre 15 países de América Latina, que el promedio de personas procesadas contrariamente a quienes ya tienen una sentencia era de 46,38 % y 53,62 %, respectivamente. El informe del mismo organismo titulado Medidas para reducir la prisión preventiva, publicado en el año 2017, reconoce un avance en la problemática, e indica que el porcentaje de personas procesadas en la región se ha reducido a un 36,3%; no obstante, se ha evidenciado un incremento de esta población en países como Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú (Comisión Interamericana de Humanos, 2013, pág. 22).

Como se puede apreciar del informe elaborado por la CIDH, así como de las estadísticas señaladas dentro de la misma se verifica un uso excesivo y desproporcionado de la prisión preventiva incluso dentro del Ecuador. Esto es un punto de partida para observar que la realidad de la política criminal es grave, pues el excesivo uso de la prisión preventiva violenta derechos fundamentales de la persona como es el derecho a la libertad, así como la presunción de inocencia. El uso inmoderado de la medida cautelar de la prisión preventiva, dentro de la persecución penal se puede establecer la idea dentro de la sociedad que la misma se emplea como una pena anticipada lo cual corresponde al erizamiento en una práctica cultural como una aparente respuesta por parte del estado hacia la sociedad. Es necesario confirmar si dentro del estado existe una verdadera política criminal a fin de comprender el razonamiento político criminal con el cual se justifique que una persona que no está condenada, es decir, en el cual no existe una sentencia judicial de responsabilidad, esta misma persona se encuentra ya encarcerada preventivamente siendo sujeto de estigmatización en calidad de criminal por la sociedad.

La práctica judicial moderna ha visto de forma normal el uso de manera excesiva de la prisión preventiva, acogéndola como una regla general el uso de la misma, es insólito pesar que profesionales del derecho consideren un idea errónea del ius puniendi el cual no solo debe establecer penas sino además comunicar confianza y seguridad en la sociedad, debiendo destacar que según la criminología positiva hay que tranquilizar a la sociedad encerrando al enemigo, pero como podemos determinar esta práctica nunca ha dado resultado ya que el índice de criminalidad nunca ha disminuido pese al elevado número de personas que se encuentran bajo la modalidad de prisión preventiva o sentenciadas.

Así, con Aponte (2006) consideramos que “el sistema penal ha dejado de ser en nuestros días un medio protector de la libertad y se ha transformado en un medio utilitario e instrumental en función del interés político dominante”.

Hay que acotar además que desde vigencia el código orgánico Integral penal del año 2014 también conocido como acusatorio entro la tasa de encarcelamiento es cinco veces más elevada que lo que se da en América pues existe 38602 persona existente a enero del 2019 en Ecuador, 13076 personas está bajo prisión preventiva existiendo por tanto un excesivo uso de la prisión preventiva, que establece uno de los indicadores más evidentes de los fracasos del sistema administrativo de justicia siendo este una problemática para la sociedad constitucional de derechos y justicia social quien está obligada a respetar la presunción de inocencia y su derecho la libertad.

2.6.2. La prisión preventiva desde la prevención de la tortura

Al respecto, la CIDH ha manifestado su preocupación referente a los grados de hacinamiento como una de las consecuencias principales de los altos índices de población penitenciaria sin una sentencia, resultado del uso excesivo de la prisión preventiva.

Tal como lo recalca la Comisión Interamericana de Humanos (CIDH, 2013, pág. 109), el hacinamiento incrementa los niveles de violencia entre las personas privadas de libertad debido a sus efectos, que parten desde limitaciones simples, como el uso de

un espacio físico adecuado donde tengan un mínimo de privacidad, falta de camas y colchones donde pernoctar, dificultad en acceso a servicios básicos, restricción a la realización de distintas actividades productivas, favorecimiento de la corrupción, creación de un ambiente favorable para la propagación de enfermedades, entre otros. Además de lo mencionado, cabe indicar que otra grave consecuencia del hacinamiento es la imposibilidad de separar o clasificar a las personas privadas de libertad por categorías: procesadas y sentenciadas, o como lo indica la legislación ecuatoriana, según el nivel de seguridad.

Es importante denotar que el uso no excepcional y prolongado de la prisión preventiva tiene un impacto en el incremento de la población carcelaria. En determinados casos, quienes se encuentren bajo esta medida cautelar, constituyen el porcentaje mayoritario. Como se vio anteriormente, desde la perspectiva de la Defensoría Pública del Ecuador el cúmulo de ciertas circunstancias que, por sí solas, no constituyen tortura u otros malos tratos, pero en su conjunto y en un determinado espacio de tiempo podrían perfectamente encajar en la comisión de estos delitos.

En este contexto, si bien la medida cautelar de prisión preventiva pese a no constituye una forma de malos tratos o de tortura, las consecuencias de su uso excesivo derivan en situaciones de sobrepoblación y hacinamiento, lo que a su vez deteriora la calidad de vida dentro de los centros de privación de libertad, menoscabando las condiciones de internamiento en aspectos como alimentación adecuada, agua potable, realización de actividades recreacionales y laborales, asistencia legal, servicios de salud, entre otros; todo lo cual, claramente puede enmarcarse dentro de la comisión de actos de tortura u otros malos tratos.

2.7. El delito en el derecho penal

Para entender el derecho penal iniciare manifestando la distinción entre Derecho Penal de Acto y Derecho Penal de Autor no solo es una cuestión sistemática sino también fundamentalmente política e ideológica. Solo el Derecho Penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. El Derecho Penal de autor se basa en determinar cualidades de las personas de la que esta, la mayoría de las

veces, no es responsable en lo absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así, por ejemplo, es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un homicida o de un ladrón. Por eso el derecho Penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo. (Benavides, 2014, pág. 10)

No existe uniformidad en cuanto a definir el delito, es así que existen diversos tratadistas penalistas en el mundo han intentado dar una definición de delito que se ajuste a las necesidades conceptuales que justifiquen su tipificación, en este sentido existen concepciones formalistas como la de Cuello Calón, citado por (Etcheberry, 1999, pág. 164) para quien delito constituye: "...la acción prohibida por la ley bajo amenaza de una pena". Este concepto es eminentemente de carácter formal, y no basta para involucrar todos los elementos de naturaleza social que sirven para aproximar conceptualmente el delito. Concepciones de índole extrajurídica como las definiciones filosóficas que vinculan al delito con la moral, la justicia, el derecho natural, justicia, entre otros, de esta forma, son detalladas por el mismo (Etcheberry, 1999, pág. 160).

La ciencia jurídica es la llamada a trabajar sobre una definición de delito que involucre a esta figura jurídica penal como un concepto integral, valedero en la esfera social; al inicio de este análisis ya dijimos que Cuello hace una aproximación formalista a la definición de delito, involucrando únicamente la acción que tiene una amenaza de sanción en la ley, lo cual es válido para las ciencias penales como punto de partida para un estudio más integral y sistémico del delito; (Etcheberry, 1999, pág. 164) explica que Von Liszt es el primero en sistematizar jurídicamente el delito, de tal manera que se cumpla con la exigencia problemática de distinguirlo con los demás actos no punibles; los juristas (Puig, 2003, pág. 8).

Coinciden en este sentido con Etcheberry y aducen que Von Liszt se remite a un solo elemento de análisis dentro del concepto material del delito, válido en la construcción teórica de las ciencias penales, "la peligrosidad social", elemento acompañante de la acción, al mismo tiempo (Etcheberry, 1999, pág. 164) cita la siguiente definición de delito, dada por Von: "...delito es el acto humano culpable, antijurídico y sancionado

con una pena...”, aclarando que el elemento típico separado de la antijuridicidad, será incorporado más tarde por Beling, así para este jurista, el delincuente no viola la ley, sino que por el contrario, su conducta se adecua al cumplimiento de la norma penal, merecedora de sanción; (Etcheberry, 1999, pág. 165) cita a Beling y dice que delito es: “...una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones objetivas de punibilidad...”

Para Bacigalupo (1996, pág. 68 y 69), enuncia que delito constituye una: ...infracción de un deber ético social o, desde un punto de vista contrario, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (...), es decir, se trata de la infracción de una de un deber ético social o de la lesión (o puesta en peligro) de un interés social Tres años más tarde el mismo autor complementará su teoría, aduciendo que, para llegar al estudio de la definición del delito se debe partir desde el análisis del mismo dentro del sistema de la teoría del delito, a fin de esbozar un concepto que logre esa vinculación entre la norma penal y el caso concreto, a fin de solucionarlo; en este sentido, (Bacigalupo, 1996, pág. 203).

2.7.1. Delitos de robo y hurto

Para analizar la regulación jurídica de los delitos de robo y hurto en el Ecuador debemos partir de las garantías constitucionales que otorga el Estado para proteger la ciudadanía. El literal b), numeral 3, del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza a las personas una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, al igual que el derecho a la propiedad en todas sus formas (CRE, 2008 Art. 66. Num.3-26).

El Estado Ecuatoriano como se plantea anteriormente, a través de la Constitución y sus normas garantiza la protección de la ciudadanía, el COIP establece un nuevo catálogo de tipos penales y los clasifica, para de esta forma poder aplicar la norma a quienes cometan actos que dañen y pongan en peligro a los ciudadanos del país y sus bienes. En la SECCIÓN NOVENA del COIP se establece los delitos contra el derecho a la propiedad, estableciendo en su artículo 189 la tipificación del delito de robo y en el artículo 196 el delito de hurto, los que estudiaremos a continuación a la luz de las

normas vigentes.

2.7.2. Robo

Delito para Cabanelas (2005, pág. 22) define de la siguiente manera: “Etimológicamente la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa” además Saucedo (2013, pág. 193). Señala que “La palabra delito deriva del verbo latino delito o delictum, supino del verbo delinquo, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar, abandono de la ley”.

La Real Academia Española (2009), define jurídicamente, al robo como “el delito que se comete apoderándose con ánimo de lucro de una cosa o mueble ajeno, empleándose violencia o intimidación sobre las personas, o fuerza en las cosas”. Según Vaquero (2013, pág. 34), el robo es, “la acción y efecto de robar llegó al castellano del latín vulgar raubare y éste del germánico raubôn (saquear, arrebatar), que deriva del alemán antiguo roubôn; de donde proceden las actuales voces rauben, en alemán, y reave, en inglés”.

Respecto al tema Telenchana (2016, pág. 28) define al robo como “un delito contra los derechos a la propiedad se caracteriza por el apoderamiento de una cosa mueble de ajena pertenencia con el ánimo de enriquecerse, de lucrar, utilizando como medio para la comisión del acto delictivo el uso de la violencia o la intimidación de la víctima o la fuerza sobre los bienes para lograr su propósito”.

El delito de robo es uno de los delitos más cometidos en todo el mundo los mismos que se realizan por necesidad y otras veces movidos por la codicia y la envidia que lleva a apropiarse de algo que no es suyo siendo esta una forma de enriquecimiento ilícito. Si en embargo la Constitución del Ecuador protege la propiedad de las personas como un derecho real, para que se considere robo debe de estar protegido de cierta manera ya que en este delito se emplea la fuerza para apropiarse de un bien, en otros términos, el robo consiste en un hecho punible que se el apoderamiento de bienes

ajenos.

El bien jurídico de la propiedad en el delito de robo es la posesión del bien inmueble y la propiedad, es decir se protege la propiedad como la posesión o como la simple tenencia del bien inmueble. El delito de robo se consume cuando el delincuente dispone de la cosa como si fura su dueño o bien desde que el sujeto activo toca la cosa. Dentro de la sociedad moderna, el delito de robo es considerado como un fenómeno social, del cual no solo se debe visualizar el aspecto jurídico, sino buscar de una manera política como prevenir este fenómeno social, el cual está íntimamente ligado a los sectores pobres de la población.

Para analizar el delito de robo se tomará en cuenta lo establecido en el Artículo 189 del COIP que regula lo siguiente:

Robo. - La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Cuando el robo se produce únicamente con fuerza en las cosas, será sancionado con pena privativa a la libertad de tres a cinco años. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 189)

De acuerdo a lo tipificado en el inciso primero del artículo precedente respecto al robo se puede verificar que establece varios verbos rectores como son amenazar, violentar, sustraer y apoderar, realizando un estudio comparado estaríamos estableciendo un tipo de robo agravado, toda vez que el mismo señala que no solo debe existir el ánimo del sujeto activo de la infracción de sustraerse o apoderarse de bien mueble ajeno, sino, el mismo debe estar complementado por agresiones verbales y físicas o psicológicas en contra del sujeto pasivo de la infracción con lo cual se produciría una mayor afectación al bien jurídica mente protegido.

En lo que se refiere el artículo precedente señala la violencia o la intimidación en las

personas, para hablar de violencia debe establecer lo suficiente para poder doblegar la voluntad del sujeto pasivo de la infracción y entregar el bien mueble de la cual es titular, debiendo destacar que este tipo de violencia puede ser generada por uso de armas o medios aún más peligrosos, a fin de causar mayor temor sobre la persona titular del bien jurídicamente protegido.

Con respecto al uso de las fuerzas en las cosas empleado en el delito de robo se define como la acción que realiza una persona, con el fin de despojar a su verdadero poseedor, con el cual se apodera de los bienes muebles ajenos, utilizando dicha fuerza para acceder a los bienes o en el momento de dejar el lugar en el cual se encontraban los bienes muebles.

Cuadro No. 1 Análisis del Tipo Penal del Delito de Robo

Sujeto Activo	Cualquier persona
Sujeto Pasivo	Cualquier persona que se violenta su derecho a la propiedad
Verbo Rector	amenazar, violentar, sustraer y apoderar
Bien Jurídico Protegido	Derecho a la propiedad en concordancia con el art 66 Núm., 26 CRE; y 189 COIP.
Sanción – Pena	5 a 7 años - 3 a 5

Fuente: Investigador

Elaborado: Adriana Jiménez

2.7.3. Hurto.

Con respecto a la palabra hurto procede del latín furtum y significa acción de hurtar, que se define como tomar o retener bienes ajenos contra la voluntad de su dueño, sin intimidación en las personas ni fuerza en las cosas (Barja, 2017, pág. 14). Ahora veamos que desde el derecho romano el hurto aparece como una figura autónoma, y en la Ley de las XII tablas al hurto se le dio dos distinciones: el hurto manifiesto o flagrante (furtum manifestum) y el hurto oculto o no manifiesto (furtum nec manifestum), el primero se castigaba declarando esclavo al hombre libre y si era un esclavo se lanzaba desde una roca y el caso del hurto oculto se le imponía una multa por el doble del valor de lo sustraído, o sea desde esa época existía una sanción

pecuniaria para este delito.

Existen numerosas clasificaciones desde el punto de vista doctrinal para este delito, entre ellos el hurto calamitoso que es el que se realiza bajo condiciones de calamidad, hurto con escalamiento, el hurto de vehículos, hurto de uso vinculado al uso de un bien sin autorización de su dueño para usarlo temporalmente y luego ser devuelto y el hurto doméstico. Este delito se caracteriza por no utilizar la fuerza sobre las cosas, la violencia, la amenaza o la intimidación en las personas que resultan víctimas de él, este delito tiene como verbo rector el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble de ajena pertenencia que puede ser en todo o en parte, para su tipificación e imposición de la sanción se basa en el valor económico del bien objeto de hurto. Ejemplo de hurto, la típica sustracción del bolsillo en un bus sin que usted se dé cuenta de su teléfono celular o billetera.

En la comisión de este delito se destaca la destreza, la astucia del delincuente, en su comisión se transgrede la posesión, la propiedad, la tenencia de las cosas muebles en todo o en parte sea cual sea su origen, basta con que el apoderamiento del bien sea ilegal, para perfeccionarse el hecho delictivo y sea protegida la víctima por la ley penal. Es propio del hurto, como del resto de los delitos contra los derechos a la propiedad el ánimo de lucro, la intención de enriquecerse con el apoderamiento. Por lo que, en resumen, el infractor de la ley se apodera de bienes muebles de otra persona contra su voluntad y con ánimo de lucro. Para que se perfeccione el hurto, es necesario que el delincuente tome las cosas muebles de otra persona sin su voluntad y con ánimo de lucro. El hurto es un delito doloso pues es manifiesta la intención de perjudicar a la persona para lograr un beneficio, un enriquecimiento de una manera fraudulenta.

El hurto en su comisión puede tener una mayor o menor peligrosidad en dependencia de la naturaleza del bien hurtado y de las circunstancias bajo las que ocurre el hecho.

Por ejemplo: El robo de un celular en un bus, no tiene la misma peligrosidad que el hurto de armas, municiones, etc.

En relación al tipo penal del hurto en el Ecuador es un delito con un alto índice de

incidencia dentro de la sociedad, de esta forma se continuará a realizar un análisis con respecto al tipo penal de hurto tipificado en el Artículo 196 del Código Orgánico Integral Penal el cual señala:

“Hurto. - La persona que, sin ejercer violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas, se apodere ilegítimamente de cosa mueble ajena, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 32).

Lo dicho anteriormente en tipo penal de hurto consiste en el apoderamiento de una manera ilegítima de bienes muebles ajenos. de ahí que el delito de hurto es considerado menos agrave en consideración a los diversos tipos penales que violentan el derecho a la propiedad, por lo cual este delito debe tener un tratamiento menos riguroso aun cuando se han hurtado bienes de mayor valor, a fin de dar cumplimiento al bloque de constitucionalidad en relación al principio de la mínima intervención penal.

Cuadro No. 2 Análisis del Tipo Penal de Hurto.

Sujeto Activo	Cualquier persona
Sujeto Pasivo	Cualquier persona que se viole su derecho a la propiedad
Verbo Rector	Apoderar
Bien Jurídico Protegido	Derecho a la propiedad en concordancia con el art 66 Núm., 26 CRE; y 196 inc1 COIP.
Sanción – Pena	6 meses a 2 años

2.7.4. Diferencia entre robo y hurto

Vaquero (2013, pág. 34) en su artículo Diferencias entre el hurto y el robo define al robo como: El robo la acción y efecto de robar llegó al castellano del latín vulgar raubare y éste del germánico raubôn (saquear, arrebatar) que deriva del alemán antiguo roubôn; de donde proceden las actuales voces rauben, en alemán, y reave, en inglés. La RAE también lo define, jurídicamente, como el delito que se comete apoderándose

con ánimo de lucro de una cosa mueble ajena, empleándose violencia o intimidación sobre las personas, o fuerza en las cosas.

El robo, tipificado dentro de los delitos contra los derechos a la propiedad se caracteriza por el apoderamiento de una cosa mueble de ajena pertenencia con el ánimo de enriquecerse, de lucrar, utilizando como medio para la comisión del acto delictivo el uso de la violencia o la intimidación de la víctima o la fuerza sobre los bienes para lograr su propósito, por ejemplo, la rotura de una puerta, ventana, cerradura, para entrar al lugar donde se encuentra los bienes que serán objeto de robo.

La violencia como elemento de este delito puede emplearse antes de la comisión del acto con el fin de que se facilite el mismo, durante el hecho y después de consumado el mismo. Todas con el fin de vencer la fuerza, la resistencia que ejerce la víctima para evitar la sustracción de los bienes, de ahí el alto riesgo y alta peligrosidad de estos hechos delictivos.

La amenaza o intimidación en las personas es otro de los elementos típicos del robo, no necesariamente tiene que ser una amenaza oral, basta con acciones para infundir un gran temor, coacción en las víctimas y de esta forma llevar al ladrón a cumplir sus objetivos. La fuerza en este delito no es más que el quebrantamiento, la rotura, rompimiento, deterioro, daño o cualquier otra forma que usando la fuerza permita acceder a cualquier bien que guarde el objeto del delito.

Existen medios para cometer el robo que en ocasiones no necesariamente se emplea la fuerza o la intimidación y es en el caso que se utilice una llave falsa o la original para acceder al lugar donde se cometerá el hecho, pero el mero acto de abrir la puerta ya es una vía para romper la barrera y entrar y por tanto se procede a igualar esta acción a la fuerza.

La palabra rapiña está vinculada desde la antigüedad al delito que nos ocupa, toda vez que en el acto delictivo el ladrón puede sustraer, apoderarse de bienes de muy escaso valor, al igual que puede robar bienes de un valor inestimado como joyas, obras de arte, etc., pero su modus operandi basado en la fuerza, violencia y/o intimidación es la

característica propia de este peligroso delito.

En el delito de robo se aplican sanciones penales severas por las consecuencias que puede acarrear, pues existen una serie de supuestos que según la legislación de cada país van constituyendo agravantes en su comisión y están en estrecha relación con delitos que causan graves o fatales daños a la víctima, como los que se tipifican dentro de los delitos contra la vida. Debemos señalar que en este delito también se tiene en cuenta el valor de lo sustraído siendo el mismo un elemento a tener en cuenta para la valoración de hecho.

Estos delitos han causado confusiones en la ciudadanía pues muchas personas no entienden las diferencias que existen entre uno y otro, para ganar en mayor cultura y comprensión del tema resumiremos en base a los análisis realizados en el acápite anterior las diferencias existentes entre ellos: Como hemos explicado ambos delitos pertenecen a la familia de los delitos contra los derechos a la propiedad y tanto en uno como en otro hay un apoderamiento de un bien que pertenece a otra persona, o sea de ajena pertenencia, además hay ánimo de lucro, de enriquecimiento.

En el robo el apoderamiento del bien se ejecuta usando la violencia, amenaza, intimidación o fuerza en las cosas, pudiendo causar daños tanto sobre la víctimas como de sus propiedades para acceder al sitio donde están los bienes que pretende sustraer. Para el delito de robo se aplican penas severas pues el genera acciones violentas, peligrosas, riesgosas, cuyas consecuencias son muy dañinas y en ocasiones suelen ser fatales. Mientras que en el hurto el apoderamiento o sustracción del bien se ejerce sin violencia, fuerza o intimidación alguna, solo con un actuar fraudulento, es el mero hecho de apoderarse de algo sin consentimiento de su dueño o poseedor.

Las sanciones para el delito de hurto son menos severas pues su actuar es menos peligroso y no pone en riesgo la vida e integridad de la víctima. Para culminar el análisis de las diferencias tendremos en cuenta la cita utilizada por el jurista (Obregón, 2015, pág. 31) cuando planteaba: La principal distinción entre ambas conductas reside en ese empleo de violencia y/o intimidación, sobre la base común de un apoderamiento y sustracción.

En ambas modalidades de robo se trata de neutralizar la libertad de disposición de la víctima, que se ve privada de ella, bien sea por no poder formar con plena voluntad su decisión sobre la "entrega" del bien en cuestión: sustracción violenta que excluye la misma voluntad o volición del agente, o bajo la presión de una amenaza de un mal inminente que excluye la plena voluntariedad. Aparte, los delitos de hurto y estafa se basan en una víctima que ignora, o bien el apoderamiento por el autor, la situación fáctica que también hace desaparecer la misma voluntad o volición, o bien el sentido con el que transmite la posesión del bien, la situación jurídica que excluya la plena voluntariedad, respectivamente.

2.8. Principio de proporcionalidad

El siguiente punto Fuentes (2008) manifiesta que “ la proporcionalidad es un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi, este principio tiene su razón de ser en los derechos fundamentales “cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la proporcionalidad de las leyes ligándolo con el principio de Estado de Derecho”.

Es decir, el principio de proporcionalidad, nos permite examinar la problemática desde dónde surgen las directrices axiológicas supremas de nuestro ordenamiento jurídico, para exigir que, entre el delito y la correspondiente pena, rijan una determinada relación de proporcionalidad, y de ser así, determinar cómo es posible que se pueda fundamentar su presencia y operatividad dentro del sistema penal.

La pena es necesario para garantizar una readaptación, resocialización, rehabilitación siempre y cuando se lo aplique de manera proporcional al ilícito cometido, ya que la mayoría de los delincuentes necesitan diferentes tratamientos y políticas carcelarias, para lograr su reinserción en la sociedad, en donde surge un carácter instrumental del

derecho penal y de la justicia criminal, en la que se debe analizar al delincuente previo a la comisión del acto, así como también determinar el criterio de la sociedad que da pautas para la imposición de la sanción, poniendo límites al mundo en algunas ocasiones sin valorar preceptos o tipologías tanto criminológicas como victimológicas.

2.8.1. Principio de proporcionalidad en la prisión preventiva

En relación con el tema la proporcionalidad es el equilibrio que debe haber entre el daño que causa una medida y su ganancia, la ganancia en este caso sería la comparecencia del acusado al proceso, el daño que provoca la prisión preventiva es la privación del derecho a la libertad. De igual forma la corte europea ha establecido que el riesgo de fuga no puede ser establecido como base en la severidad de la eventual sentencia, sino que debe considerarse en conjunto con otras series de factores relevantes (Case Of Piruzyan V.Ameni, 2012). Párrafo 95 y 96.

No obstante, el principio de proporcionalidad debe ser comprendido como una metodología de interpretación jurídico constitucional del conjunto de normas que hacen parte del derecho penal y los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente. Es decir, la proporcionalidad es un criterio para establecer el marco constitucional de la legislación penal en conjunto. En la labor de la ponderación, el juez considera todos los principios elevados a rango constitucional. Estos son, sobre todo, los principios y decisiones de valor que han hallado expresión en la Constitución (Kant, 2012, pág. 337). En síntesis, es importante la fundamentación del juez que realiza en su juicio.

El principio de proporcionalidad es considerado como “límite de todas las limitaciones de los derechos fundamentales”. De manera analógica al concepto las medidas cautelares funcionan en la práctica como el presupuesto clave en la regulación de la prisión preventiva en todo Estado de derecho y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal el derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz. O, de igual manera, opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a

la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma.

Tres reglas generales, “principios parciales” o “subprincipios”, de acuerdo con la doctrina internacional, pueden aplicarse para la concreción del principio de proporcionalidad en cada caso particular: son ellos los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Todos ellos operan en la práctica, con el propósito de valorar la legalidad y la legitimidad de las intromisiones estatales en los derechos fundamentales (Fabio Morón Díaz, 2000)

Según ALEXY, existe una implicancia mutua entre el principio de proporcionalidad y el carácter de principio de una norma. Ello quiere decir que el primero, constituido por tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), se sigue lógicamente del segundo. Como se recordará, los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 2008, pág. 110)

a.- La idoneidad o juicio de adecuación

Para comprobar la utilidad o idoneidad de una medida restrictiva de un derecho habrá de verificarse inicialmente si es apta para la consecución del fin perseguido. En efecto lo primero que hay que comprobar es que, si la medida enjuiciada supera el oportuno juicio de adecuación, es decir si la relación medio – fin resulta adecuada o idónea, es preciso que la restricción que sufre el derecho resulte útil para justificar el fin perseguido. O dicho en negativo que la medida restrictiva no sea desde todo punto de vista y en principio absolutamente inútil para alcanzar el fin.

El subprincipio de idoneidad establece que, si un medio no es adecuado para promover la satisfacción de ningún principio, y al mismo tiempo afecta a un principio, entonces la optimización con relación a las posibilidades fácticas de este principio exige que se considere prohibida la adopción de dicho medio (Alexy, 2008, pág. 95)

b- La necesidad.

Una vez constatada la existencia de una adecuada relación medio-fin el análisis debe recaer sobre la necesidad de la medida enjuiciada, se debe realizar un análisis si la intervención pública es indispensable por no existir un instrumento más moderado para su consecución, esto significa que no se imponga un sacrificio innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa que puede satisfacer el objetivo. Por tanto, de entre la posible alternativa deberá elegirse siempre la menos gravosa o restrictiva de los derechos fundamentales, para ello habrá que confrontar los diversos medios idóneos y aptos para la consecución del fin y determinara aquella que resulte menos onerosa siempre que existan otras alternativas que garanticen de modo satisfactorio el objeto que justifique el límite, por consiguiente, han de rechazarse las gravosas y elegir el medio más beneficioso.

El subprincipio de necesidad establece que, si existen dos medios disponibles, igualmente efectivos, para promover un determinado principio, pero uno de ellos afecta de un modo menos intenso que el otro a un segundo principio, entonces al considerarse que este segundo principio impone el mandato de optimizar las posibilidades fácticas, se debe elegir el medio que importe un menor grado de afectación (Alexy, 2008, pág. 114).

c.- La proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, una vez que se ha analizado los subprincipios de idoneidad y necesidad debe verificarse la existencia de un estándar igualitario entre cuales son las ventajas y desventajas que se pueden generar al limitarse un derecho para protección de otro bien jurídicamente protegido, las ventajas dadas de la restricción de un derecho deben ser siempre superiores sobre los bienes jurídicos que entren en conflicto debiendo tomar en consideración las circunstancias en cada caso en definitiva ello implica que todos los medios ejidos deben mantener una relación lógica y razonable con el resultado perseguido.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización de

las posibilidades jurídicas y, según ALEXY, es equivalente a la ponderación que se efectúa cuando se aplica la ley de colisión, pues dicha optimización depende de los principios opuestos. (Alexy, 2008, pág. 67).

2.8.2. La prisión preventiva como pena anticipada

La vigente Constitución del Ecuador, así como el Código Orgánico Integral Penal, señala el carácter excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva la cual solo será requerida por la Fiscalía General del Estado y otorgada por el Juez de instancia únicamente cuando no exista otra medida de carácter cautelar que pueda asegurar los fines del proceso y la presencia del procesado ante la autoridad jurisdiccional que conoce de su caso. Debiéndose entender a la misma como una medida cautelar de carácter excepcional y no de regla general. Se puede verificar que la doctrina considera a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter personal, que restringe la libertad ambulatoria del sujeto sometido al procesamiento penal, sin embargo, algunas reflexiones de estudiosos del derecho penal asemejan la prisión preventiva como una pena anticipada.

La vigencia de la nueva normativa penal en el Ecuador, da eficacia a una real aplicación de un debido proceso, con ello ha propiciado el establecimiento de varios derechos consagrados en los convenios y tratados internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, todas las reformas judiciales buscan el correcto uso y aplicación de la prisión preventiva, a fin de evitar que el poder punitivo del estado realice un uso excesivo de esta figura jurídica, o lo que es peor que esta medida cautelar sea utilizada como una pena anticipada.

Dentro del presente trabajo investigativo se ha reiterado por parte de esta autora que la finalidad de la prisión preventiva es la exitosa realización de un proceso judicial, en términos prácticos significa que el proceso penal debe ejecutarse de una manera viable con la presencia del procesado dentro de las diferentes etapas del proceso, a recibir una sentencia ratificatoria de inocencia o de culpabilidad garantizando el cumplimiento de una pena de la persona sentenciada.

Por todo lo contrario el tratadista Rodríguez (1984, pág. 1056-1057 sostiene “una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la Sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia. No es en modo alguno una especie de pena anticipada”.

A mi criterio lo señalado por el tratadista Rodríguez en la práctica procesal ecuatoriana es muy diferente, estamos conscientes que el Código Orgánico Integral Penal, establece una serie de procedimientos especiales los cuales se establecen en el Art. 634 de la norma invocada uno de esos procedimientos se determina en el numeral 2, al establecer un procedimiento directo, cuyas reglas de aplicación se las tipifica en el Art. 640 ibídem en la cual determina lo siguiente en sus numerales 1 y 2:

“Artículo 640.- Procedimiento directo. - El procedimiento directo deberá sustanciarse de conformidad con las disposiciones que correspondan del presente Código y las siguientes reglas:

- 1. Este procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia, la cual se regirá con las reglas generales previstas en este Código.*
- 2. Procederá en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 640).*

En el presente trabajo investigativo se ha hecho alusión a dos tipos penales establecidos en el COIP y que afectan el derecho a la propiedad como es el hurto y el robo simple como se determina en ciertas legislaciones es decir la que se ejecuta únicamente con fuerza en las cosas, cuya pena privativa al derecho de la libertad en el primer caso es hasta dos años y en el segundo caso es hasta 5 años, como ya se ha dejado en claro en la práctica jurídica, resulta sencillo para el Titular de la investigación como lo es Fiscalía solicitar la prisión preventiva, convirtiéndose desde ese momento en una medida cautelar que no busca el fin por el cual fue instituida,

transformándose en una medida de coerción que se aplica al proceso penal.

Uno de los juristas modernos que apoya esta tesis es Zaffaroni quien manifiesta que la prisión preventiva es una institución que el estado utiliza para establecer coerción, como tal tiene una índole política, se debe determinar con claridad un peligro inminente de la utilización de la prisión preventiva en el proceso penal moderno, puesto que al ser una medida cautelar excepcional esta se separa de las otras medidas de carácter cautelar, toda vez que la misma priva un derecho fundamental de las personas como es la libertad, puesto que la medida cautelar propone una pena anticipada por el supuesto cometimiento de un acto contrario a la ley, se ha mencionado la palabra supuesto toda vez que sería aplicar una pena anticipada a una persona que hasta el momento está siendo investigada y mantiene su presunción de inocencia y que la misma va a ser declarado culpable, en el momento de la respectiva audiencia de juicio.

Como sea podido verificar por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe emitido en el año 2013, la mayor parte de países en América Latina incluido el Ecuador, existe un uso excesivo de la medida cautelar de prisión preventiva, por el cual se debe entender que el mismo no es aplicado como una medida de excepcionalidad (*ultima ratio*) y por el contrario los estados se encuentran aplicando esta medida preventiva de manera inadecuada e indiscriminada, obteniendo de la misma una pena anticipada. Cabe indicar que el propio Código Orgánico Integral Penal instaure medidas alternativas a la prisión preventiva y las cuales se determinan en el Art. 522 del COIP.

Se debe acotar que el juzgador dentro de las audiencias en las cuales debe tomar la decisión de emitir una medida cautelar en el Ecuador, no debería tomar en consideración los elementos establecidos en la norma penal, mucho menos tomar en consideración la pena establecida en el tipo penal, ya que la mayor parte de tipos penales la sanción siempre es superior a un año requisito con el cual el juzgador asume que existe un eminente peligro de fuga, ya que la persona procesada supone el juzgador existe un eminente peligro de fuga, agravando la situación no solo del procesado sino del Ecuador al existir un incremento en la aplicación prisión preventiva, por el cual se

violan principios constitucionales, como lo es la presunción de inocencia que ha sido tomada en muchas partes de esta investigación, puesto que de las investigaciones y del propio juzgamiento se puede concluir en que el imputado demuestre su inocencia, poniendo en tela de duda el actuar del sistema de justicia, creando una inseguridad en el aparataje judicial y permitiendo que una persona inocente se mantenga privada de su derecho a la libertad, consecuentemente la medida de prisión preventiva nuevamente se consideraría como una pena anticipada.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque de la investigación

La investigación en su trabajo acoge el enfoque: crítico – propositivo de carácter cualitativo y cuantitativo; cuantitativo porque se recabará la información que será sometida a análisis estadístico, cualitativo porque estos resultados estadísticos pasarán a la criticidad con soporte del marco teórico.

3.2. Modalidad básica de la investigación

3.2.1. Bibliográfico - documental

El trabajo de grado tendrá información secundaria del tema de investigación obtenidos a través de libros, textos, módulos, periódicos, revistas jurídicas, así como de documentos válidos y confiables a manera de información privada.

El trabajo de investigación a más de contar con información bibliográfica y documental, se basará en información digital obtenida a través de las páginas de internet.

3.2.2. De campo

El investigador acudirá a recabar información al lugar donde se genera los hechos para así poder actuar en el contenido y así pretender cambiar una realidad; además se realizará encuestas a las unidades de observación consideradas en el presente trabajo de grado.

3.3. Nivel o tipo de investigación

3.3.1. Exploratorio

Esta investigación se fundamentará en la técnica de los estudios exploratorios se realizan cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que tan sólo hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio, o bien, si deseamos indagar sobre temas y áreas desde nuevas perspectivas. (Collado, 2014. pg. 91)

La observación será directa, puesto que el investigador se pondrá en contacto con los fiscales de la provincia de Tungurahua, Jueces de la Unidad Penal con Sede en el cantón Ambato, Centro de Rehabilitación de social de personas con conflicto de la ley y Abogados inscritos en el foro de Abogados de la Provincia de Tungurahua; será una observación participante, ya que el investigador compartirá al recoger la investigación.

Se tratará de aplicar una observación estructurada en lo que se refiere a la metodología, con el fin de registrar en forma ordenada las situaciones que son motivo de estudio. Se realizará una observación individual, debido a la intervención de un solo investigador para recopilar la información respectiva. Por el lugar, se utilizará la observación de campo, puesto que el trabajo investigativo se cumplirá en el ambiente seleccionado.

3.3.2. Descriptivo

Estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar cómo se relacionan éstas. (Collado, 2014. pg. 92)

3.3.3. Correlación

El grado de asociación entre dos o más variables, en los estudios correlacionales primero se mide cada una de éstas, y después se cuantifican, analizan y establecen las vinculaciones. Tales correlaciones se sustentan en hipótesis sometidas a prueba el fin para establecer la relación entre la motivación y la productividad. (Collado, 2014. pg. 93)

3.3.4. Modelatorio

Se trabajará con normas inmersas en el área como son: Constitución de la República, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Código Orgánico Integral Penal, reglamento de Sustanciación de procesos en la Constitución, Código Orgánico de la Función Judicial.

3.4. Asociación de variables

La investigación se llevará a nivel de asociación de variables, porque permite estructurar predicciones a través de la medición de relaciones entre variables. Además, se puede medir el grado de relación entre variables y a partir de ello determinar tendencias o modelos de comportamiento mayoritario.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. Análisis descriptivo e inferencial de los datos obtenidos.

La población para la presente investigación corresponde a la situación actual en la que se desenvuelve la sociedad y encuestaremos a los siguientes grupos de personas

Las unidades de observación determinadas en la delimitación son:

Cuadro No. 3 Unidades de Observación

ITEMS	UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN
1	Fiscales de la Provincia de Tungurahua	22
2	Jueces de la Unidad Penal con sede en Ambato	8
3	Centro de Rehabilitación de Social de personas con conflicto de la ley	500
4	Inscritos en el foro de Abogados de la Provincia de Tungurahua.	2226
TOTAL		2756

Fuente: Investigador

Elaborado: Adriana Jiménez

Para obtener la muestra del universo planteado, se aplicó la siguiente fórmula:

4.2. Cálculo de la muestra.

$$N = \frac{Na^2 z^2}{(N-1)E^2 + a^2 z^2}$$

$$N = \frac{2756 * 0.5^2 * 1.96^2}{(2756 - 1)0.1^2 + 0.5^2 * 1.96^2}$$

Dónde:

n = Tamaño de la muestra.

N = Tamaño de la población.

E= Límite aceptable de error muestra que, generalmente cuando no se tiene su valor, suele utilizarse un valor que varía entre el 1% (0,05) y 10% (0,10), queda a criterio del encuestador, suele utilizarse una constante de 0,10.

Z= Valor de tabla 90% siendo igual al 1.96

a = A la varianza criterio del encuestador 0.5

La fórmula del tamaño de la muestra se obtiene de la fórmula para calcular la estimación del intervalo de confianza para la media, la cual es:

$$N = \frac{Na^2 z^2}{(N - 1)E^2 + a^2 z^2}$$

$$N = \frac{2756 * 0.5^2 * 1.96^2}{(2756 - 1)0.1^2 + 0.5^2 * 1.96^2}$$

$$n = \frac{2646.86}{(2755 * 0.01) + (0.25 * 3.84)} = \frac{2646.86}{28.5104} = 92.84$$

$$n = 93$$

n= 93 (Tamaño de la Muestra)

Cuadro No. 4 Análisis de la Matriz Operativa del Proyecto

N°	OBJETIVOS	ACTIVIDADES	TIEMPO
1	Recabar las perspectivas cualitativas en función del juicio de expertos con relación a los ejes	Plantearse los objetivos que se desea alcanzar con el desarrollo de la encuesta.	2 meses
2		Establecer los ejes problemáticos de la	1 mes

	problemáticos de la	investigación	
3	investigación.	Desarrollar las preguntas pertinentes en cuanto a la prisión preventiva	1 mes
4		Desarrollar preguntas que permiten aclarar la relación entre la aplicación de la prisión preventiva y el principio de proporcionalidad.	1 mes
5		Desarrollar una matriz con el contenido de la información	1 mes
6		Desarrollar las encuestas	1 mes
7		Interpretar los resultados cuantitativos de las encuestas desarrolladas.	1 mes

Fuente: Investigador

Elaborado: Adriana Jiménez

4.3. Interpretación de los datos obtenidos

PREGUNTA 1: ¿Conoce usted sobre el derecho constitucional de libertad que goza cada individuo?

Cuadro No. 5 Interpretación de Datos Pregunta 1

CATEGORIA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	93	100%
No	00	0%
TOTAL	93	100%

Fuente: Investigador

Elaborado: Adriana Jiménez

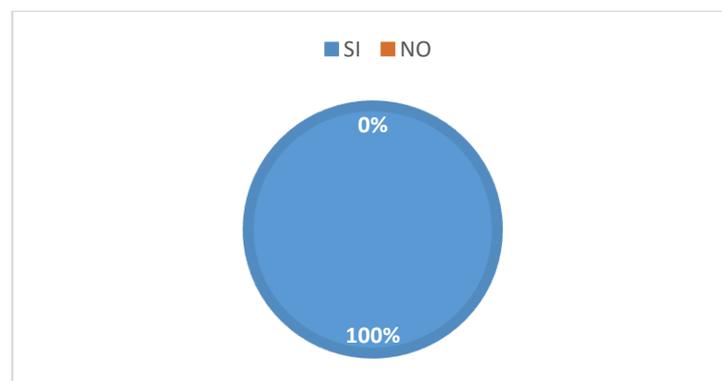


Gráfico No. 2 Interpretación de Datos Pregunta 1

Fuente: Investigador

Elaborado: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se preguntó a los encuestados si conocen sobre el derecho constitucional de libertad que goza cada individuo, ante lo cual un 100% consideró que si conocen sobre el derecho constitucional de libertad que goza cada individuo; mientras que el 0% opinó lo antípoda. Conforme a este resultado obtenido se observa que el total del porcentaje de las personas encuestadas conocen sobre el derecho constitucional de libertad que goza cada individuo.

PREGUNTA No. 2: ¿Considera usted que el principio constitucional de inocencia se ve afectado en la aplicación la prisión preventiva por los jueces?

Cuadro No. 6 Interpretación de Datos Pregunta 2

CATEGORIA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	40	43%
No	53	57%
TOTAL	93	100%

Fuentes: Investigador

Elaborado por: Adriana Jiménez

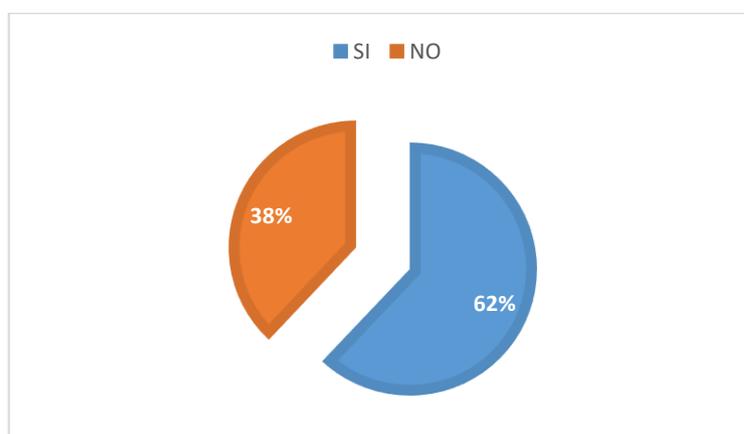


Gráfico No. 3 Interpretación de Datos Pregunta 2

Fuente: Investigador

Elaborado: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se preguntó a los encuestados si considera que el principio constitucional de inocencia se ve afectado en la aplicación la prisión preventiva por los jueces, ante lo cual un 20% consideró que si conocen sobre el derecho constitucional de libertad que goza cada individuo; mientras que el 80% no considera que el principio constitucional de inocencia se ve afectado en la aplicación la prisión preventiva por los jueces. Conforme a este resultado obtenido se observa que la mayoría del porcentaje de las personas encuestadas no considera que el principio constitucional de inocencia se ve afectado en la aplicación la prisión preventiva por los jueces.

PREGUNTA No. 3: ¿Usted considera que se ve violentado el derecho de “no privación de la libertad” de un ciudadano al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva por parte del juez?

Cuadro No. 7 Interpretación de Datos Pregunta 3

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	67	72.%
No	26	28%
TOTAL	93	100%

Fuente: Investigador

Autor: Adriana Jiménez

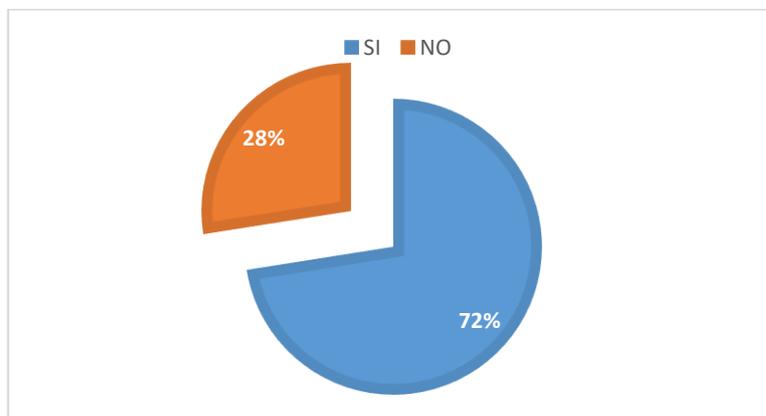


Gráfico No. 4 Interpretación de Datos Pregunta 3

Fuente: Investigador

Autor: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se preguntó a los encuestados si considera que se ve violentado el derecho de “no privación de la libertad” de un ciudadano al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva por parte del juez, ante lo cual un 72% considera que se ve violentado el derecho de “no privación de la libertad” de un ciudadano al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva por parte del juez; mientras que el 28% no considera que se ve violentado el derecho de “no privación de la libertad” de un ciudadano al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva por parte del juez. Conforme a este resultado obtenido se observa que la mayoría del porcentaje de las personas encuestadas considera que se ve violentado el derecho de “no privación de la libertad” de un ciudadano al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva por parte del juez.

PREGUNTA N° 4: ¿Considera usted que el Juzgador impone la medida cautelar de prisión preventiva en la mayoría de los casos de delito de robo y hurto?

Cuadro No. 8 Interpretación de Datos Pregunta 4

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	81	87.%
No	13	13%
TOTAL	93	100%

Fuente: Investigador
Autor: Adriana Jiménez

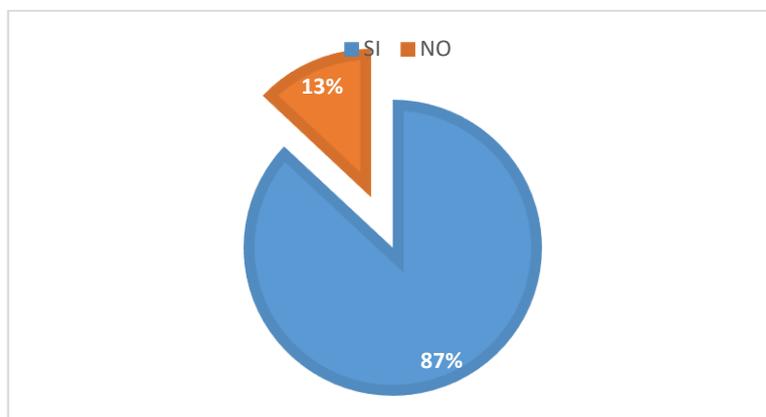


Gráfico No. 5 Interpretación de Datos Pregunta 4

Fuente: Investigador
Autor: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se preguntó a los encuestados si considera que el Juzgador impone la medida cautelar de prisión preventiva en la mayoría de los casos de delito de robo y hurto, ante lo cual un 87% considera usted que el Juzgador impone la medida cautelar de prisión preventiva en la mayoría de los casos de delito de robo y hurto; mientras que el 13% no Considera que el Juzgador impone la medida cautelar de prisión preventiva en la mayoría de los casos de delito de robo y hurto. Conforme a este resultado obtenido se observa que la mayoría del porcentaje de las personas encuestadas Considera usted el Juzgador impone la medida cautelar de prisión preventiva en la mayoría de los casos de delito de robo y hurto

PREGUNTA No. 5: ¿Considera usted que el estado ecuatoriano debe de tomar medidas preventivas para evitar hacinamiento carcelario

Cuadro No. 9 Interpretación de Datos Pregunta 5

CATEGORIA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	93	100%
No	00	00%
TOTAL	93	100%

Fuente: Investigador

Autor: Adriana Jiménez



Gráfico No. 6 Interpretación de Datos Pregunta 5

Fuente: Investigador

Autor: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se preguntó a los encuestados si consideran el estado ecuatoriano debe de tomar medidas preventivas para evitar hacinamiento carcelario, ante lo cual un 100% consideran que el estado ecuatoriano debe de tomar medidas preventivas para evitar hacinamiento carcelario; mientras que el 0% no considera usted que el estado ecuatoriano debe de tomar medidas preventivas para evitar hacinamiento carcelario. Conforme a este resultado obtenido se observa que el total de las personas encuestadas considera que el estado ecuatoriano debe de tomar medidas preventivas para evitar hacinamiento carcelario.

PREGUNTA No. 6: ¿Considera usted que el juzgador debe tomar en cuenta para dictar la prisión preventiva en un delito de robo o hurto a más de los requisitos de ley deberá tomar en cuenta el valor de la cosa al momento de apoderarse o sustraerse?

Cuadro No. 10 Interpretación de Datos Pregunta 6

CATEGORIA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	79	85%
No	14	15%
TOTAL	93	100%

Fuente: Investigador
 Autor: Adriana Jiménez

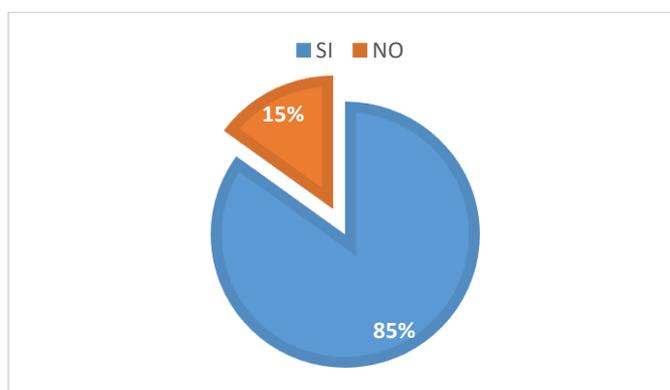


Gráfico No. 7 Interpretación de Datos Pregunta 6

Fuente: Investigador
 Autor: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se preguntó a los encuestados si consideran que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a tres salarios básicos unificado del trabajador, ante lo cual un 85% consideran que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a tres salarios básicos unificado del trabajador; mientras que el 15% no consideran que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a tres salarios básicos unificado del trabajador. Conforme a este resultado obtenido se observa que la mayoría del porcentaje de las personas encuestadas consideran que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a tres salarios básicos unificado del trabajador.

PREGUNTA No. 7 ¿Considera usted que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a dos salarios básicos unificado del trabajador?:

Cuadro No. 11 Interpretación de Datos Pregunta 7

CATEGORIA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	68	73%
No	25	27%
TOTAL	93	100%

Fuente: Investigador

Autor: Adriana Jiménez

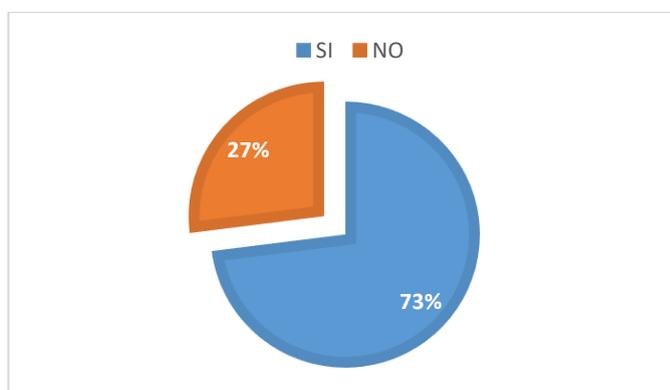


Gráfico No. 8 Interpretación de Datos Pregunta 7

Fuente: Investigador

Autor: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se preguntó a los encuestados si consideran que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a dos salarios básicos unificado del trabajador, ante lo cual un 73% consideran que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a dos salarios básicos unificado del trabajador; mientras que el 27% no considera que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a dos salarios básicos unificado del trabajador. Conforme a este resultado obtenido se observa que la mayoría del consideran que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a dos salarios básicos unificado del trabajador.

PREGUNTA 8 No. ¿Considera usted que se debería aplicar la prisión preventiva en el delio de robo simple cunado la cosa apoderada tenga el valor mayor aun salario básico unificado del trabajador?

Cuadro No. 12 Interpretación de Datos Pregunta 8

CATEGORIA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	77	83%
No	16	17%
TOTAL	93	100%

Fuente: Investigador
 Autor: Adriana Jiménez

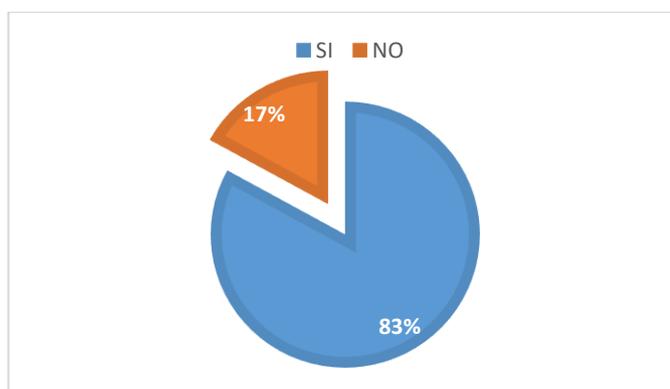


Gráfico No. 9 Interpretación de Datos Pregunta 8

Fuente: Investigador
 Autor: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Las persona encuestadas si consideran se debería aplicar la prisión preventiva en el delio de robo simple cunado la cosa apoderada tenga el valor mayor aun salario básico unificado del trabajador, ante lo cual un 87.5% creen que si se debería aplicar la prisión preventiva en el delio de robo simple cunado la cosa apoderada tenga el valor mayor aun salario básico unificado del trabajador; mientras que el 17% no considera que se debería aplicar la prisión preventiva en el delio de robo simple cunado la cosa apoderada tenga el valor mayor aun salario básico unificado del trabajador. Conforme a este resultado la mayoría de los encuestados consideran se debería aplicar la prisión preventiva en el delio de robo simple cunado la cosa apoderada tenga el valor mayor aun salario básico unificado del trabajador

PREGUNTA No. 9 ¿Considera usted que al no aplicar la prisión preventiva en delitos de robo simple y hurto (delito de bagatela) disminuirá el hacinamiento carcelario?

Cuadro No. 13 Interpretación de Datos Pregunta 9

CATEGORIA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	82	88%
No	11	12%
TOTAL	93	100%

Fuente: Investigador
Autor: Adriana Jiménez

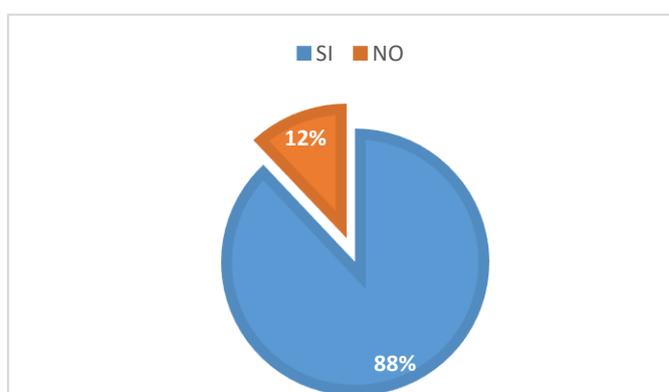


Gráfico No. 10 Interpretación de Datos Pregunta 9

Fuente: Investigador
Autor: Adriana Jiménez

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Las persona encuestadas si consideran que al no aplicar la prisión preventiva en delitos de robo simple y hurto (delito de bagatela) disminuirá el hacinamiento carcelario, ante lo cual un 88% creen que si consideran que al no aplicar la prisión preventiva en delitos de robo simple y hurto (delito de bagatela) disminuirá el hacinamiento carcelario; mientras que el 12% no consideran que al no aplicar la prisión preventiva en delitos de robo simple y hurto (delito de bagatela) disminuirá el hacinamiento carcelario. Conforme a este resultado la mayoría de los encuestados consideran que al no aplicar la prisión preventiva en delitos de robo simple y hurto (delito de bagatela) disminuirá el hacinamiento carcelario.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- La Constitución de la República del Ecuador dispone que la libertad constituye una regla general, mientras que la prisión preventiva es excepcional, previo cumplimiento de los requisitos previstos dentro de la normativa, y cuando se hayan agotado las otras medidas cautelares, siempre que estas resultaren insuficientes para garantizar la comparecencia del procesado a juicio. Conforme a su modelo garantista de derechos, la Constitución ecuatoriana dispone como principio la mínima intervención penal, de modo que el Estado debe abstenerse de solicitar como regla general la prisión preventiva, sino que será el fiscal quien la solicite en los casos en los cuales se cumpla con los requisitos dispuestos en la normativa, demostrando esta necesidad, mientras que el juzgador deberá resolverla de manera motivada.
- El derecho a la libertad es un derecho fundamental que comienza después de la Segunda Guerra Mundial. Es derecho se encuentra vinculado al acceso a la justicia, que le permite buscar la verdad por medios jurisdiccionales, que reconoce a la víctima, la familia y la sociedad la titularidad de la acción; es un derecho fundamental que exige un reconocimiento público de los hechos, como parte del proceso de reparación, que siempre debe tener su base en la verdad.
- El Código Orgánico Integral Penal prescribe que la prisión preventiva es de ultima ratio, en razón de que la misma solo puede ser aplicada frente a la ineficiencia de las otras medidas cautelares para garantizar con la presencia del procesado a juicio, debiendo además cumplirse con una serie de requisitos, siendo el primero que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito, siendo estos aquellos indicios materiales probatorios que se han encontrado en el transcurso de la investigación. El segundo elemento dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal para solicitar la prisión

preventiva es que existan elementos de convicción claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice de la infracción, de modo que los mismos deben permitir establecer el nexo causal con el procesado. Como tercer requisito se solicita que haya indicios que demuestren que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes para asegurar la presencia del procesado y finalmente se exige, que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año, siendo este último requisito incompatible con la naturaleza jurídica de la prisión preventiva.

- Siendo la prisión preventiva la más severa de las medidas cautelares, por restringir la libertad personal, es lógico que dentro del ordenamiento jurídico, y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se exija que el Estado respete la proporcionalidad de esta medida para que pueda ser aplicada, lo que obliga a las autoridades estatales a que dispongan de medidas normativas eficientes para que se cumpla con este propósito, pero además a vigilar porque las autoridades jurisdiccionales cumplan con este propósito.
- El hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí una forma de trato cruel, inhumano o degradante según el derecho internacional de los derechos humanos toda vez que es atentatoria al derecho a la integridad personal.

5.2. Recomendaciones

A la Asamblea Nacional, con el objeto de que realice las reformas necesarias al Código Orgánico Integral Penal que permitan que se modifique el delito de hurto tipificado en el artículo 196 literal 1, en cuanto no se aplique la prisión preventiva en vista que no se refleja la verdadera naturaleza jurídica de esta medida cautelar

A la Función Judicial, a fin de que capaciten a los jueces de garantías penales en relación a la forma en la cual deberán resolver acerca de la solicitud de medidas cautelares de la prisión preventiva realizada por el fiscal considerando que se ha convertido en la regla general, que se aplica en todos los casos, sin que el juzgador

realice un verdadero análisis de cada caso, con lo cual se afectan los derechos a la libertad de los administrados, tanto que se debe aplicar el criterio constitucional de excepcionalidad en lo que respecta a la medida cautelar de la prisión preventiva considerando las demás medidas no privativas de libertad contempladas en el COIP (2014).

A la Fiscalía General del Estado, a fin de que instruya y capacite a los fiscales a nivel nacional, de modo que los mismos sepan cuando deben solicitar la prisión preventiva, ya que de estas autoridades de manera frecuente inobservan los requisitos y la naturaleza de esta medida cautelar y la aplican en todos los casos como una regla general, lo cual genera afectación de derechos y hacinamiento carcelario en los centros de privación provisional de la libertad.

- A los abogados en libre ejercicio que actúen como acusadores particulares, a fin de que soliciten la prisión preventiva solo en los casos en los cuales la normativa ha dispuesto expresamente, es decir, cuando existiere un riesgo de que el procesado no comparezca a juicio, ya que de lo contrario, esta medida cautelar se vuelve en una especie de pena anticipada, distorsionándose así su verdadera finalidad.
- A la Defensoría Pública, a fin de que capacite a todos los defensores en materia de medidas cautelares personales, haciendo énfasis en la prisión preventiva, de tal manera que puedan conocer los casos en los cuales la misma puede ser solicitada, ya que, de lo contrario, deberán solicitar al juez que se impongan otro tipo de medidas menos severas, ya que así se garantizará el principio de proporcionalidad y los derechos del procesado.

5.3. Desarrollo del producto

Reforma del artículo 196 inciso primero, Código Orgánico Integral Penal que trata de delito de hurto y robo a fin de que no se aplique la prisión preventiva con el objeto de reducir el hacinamiento carcelario.

5.4. Objetivos

5.4.1. Objetivo general

- Reforma del artículo 196 inciso primero.

5.4.2. Objetivos específicos

- Garantizar en forma efectiva la aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo simple.
- Evitar que la prisión preventiva se dicte por parte del juez en la mayoría de los delitos de robo y hurto.
- Evitar que se vulnere el derecho de libertad en el procesado por delito hurto y robo simple.

5.5. Justificación

En la actualidad es evidente que en la práctica jurídica ecuatoriana, se ha desnaturalizado la medida cautelar de la prisión preventiva, en razón de que la misma se utiliza como una regla general en todos los delitos de robo simple y hurto, lo cual va en contra de naturaleza jurídica, pues al ser una medida cautelar personal, y en razón de que la misma afecta el derecho a la libertad de la persona, solo debe solicitarse de manera excepcional, cuando las otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del procesado a juicio.

Además de la práctica jurídica, existen también errores dentro de la legislación penal ecuatoriana, ya que dentro del Código Orgánico Integral Penal se dispone que la prisión preventiva se da en la mayoría de los delitos de hurto y robo simple esto causa hacinamiento carcelario que provoca enfermedades, violencia, inseguridad, falta de acceso a los servicios básicos y falta de seguridad para las personas privadas de la libertad.

5.6. Antecedentes de la prisión preventiva

La Constitución Política del Ecuador de 1979, publicada en el Registro Oficial 800, el 27 de marzo de 1979, misma que sufrió varias enmiendas promulgadas en los años de: 1982, 1992 y 1996, es la base mediante la cual se publica en el Registro Oficial del 10 de junio de 1983 el Código de Procedimiento Penal que, en su Art. 177, respecto de la prisión preventiva señala: “El Juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales:

- 1.- Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y,
- 2.- Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.

En el auto se precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión”. (La Cámara Nacional de Representantes, 1983).

En la normativa referida en los artículos 179 y 180; establecía que: “Art. 179.- Si de los antecedentes procesales se establece que el delito objeto del proceso es de aquellos que son sancionados con una pena que no exceda de un año de prisión y que el acusado no ha sufrido condena anterior, el Juez se abstendrá de dictar el auto de prisión preventiva, independientemente de la pena que puede imponer en la sentencia. Art. 180.- No se librará auto de prisión preventiva, o se revocará el que se hubiese dictado, en los procesos que tengan por objeto delitos sancionados con prisión, cuando el sindicado o el procesado rindiere caución a satisfacción del Juez competente, caución que podrá consistir en fianza, prenda o hipoteca”. (La Cámara Nacional de Representantes, 1983).

Además, establecía en su Art. 253, *ibídem* que siempre que se dictaba auto de apertura del plenario, con lo cual comenzaba la etapa del juicio, el juez tenía que dictar la prisión preventiva del sindicado, de hecho, si al tiempo de dictar dicho auto el sindicado estaba prófugo el plenario no podía llevarse a cabo, tenía que suspenderse hasta que éste era aprehendido o se presentaba voluntariamente. (La Cámara Nacional de Representantes, 1983).

En la Constitución Política de la República del Ecuador de 1996, publicada según Registro Oficial 969 de 18 de junio de 1996, en el Artículo 22, numeral 19, literal g) Se presume inocente a toda persona mientras no se haya declarado su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada; y literal h), ibídem, consagraba: Nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la Ley [...] (La Asamblea Nacional Constituyente, 1996).

Mediante informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador que elaboró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la visita que se realizó entre el 07 y 11 de noviembre de 1994, fue aprobado por ella el 18 de octubre de 1996 y transmitido al Ecuador el 27 de noviembre de 1996. En el capítulo séptimo sobre la libertad personal, el informe menciona:

“El problema más grave que la Comisión ha identificado con respecto al derecho a la libertad, es la aplicación arbitraria e ilegal de la detención preventiva.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996).

En el Art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos una persona detenida de acuerdo con la ley tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció al Ecuador las siguientes recomendaciones: “El Estado debe tomar las medidas necesarias para garantizar que la detención preventiva sea aplicada como una medida excepcional, justificada sólo cuando se cumplan los parámetros legales aplicados en cada caso individual; y donde esos criterios no se cumplan, deben adoptarse medidas para garantizar la liberación inmediata del detenido. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que las personas que salgan justificadamente en situación de detención preventiva sean sometidas a un juicio con una sentencia final sin una demora indebida, o a que sean puestas en libertad sin perjuicio de la continuación del procedimiento” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996).

A partir del golpe de estado a la presidencia del Abogado Abdala Bucaram, las circunstancias políticas que enfrentó el país a comienzos del año 1997, determinaron la necesidad de creación de un nuevo modelo jurídico y el 05 de junio de 1998 la Asamblea Nacional Constituyente al finalizar sus tareas a ella encomendadas: y en concordancia con la normativa constitucional de 1996, la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998, en el Artículo 24 numeral 6, indica: “Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley [...]” (Asamblea Nacional Constituyente, 1998)

De igual forma en el texto constitucional, se impuso a quienes ejercen poder público la obligación de motivar sus resoluciones, expresándose en el Art. 24, numeral 13 que no había tal motivación si en la resolución no se enunciaba las normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si no se explicaba la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. (Asamblea Nacional Constituyente, 1998)

De las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cuerpo colegiado de asambleístas constituyentes, tomando en consideración la crisis del sector penitenciario y judicial, establecieron en el Art. 24, numeral 8, que se refería al debido proceso, la siguiente regla:

“La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1998). Posteriormente con una nueva normativa constitucional se realizaron cambios importantes en materia procesal penal el 13 de enero del año 2000, se publicó un nuevo Código de Procedimiento Penal que derogó al anterior.

Código que entró en vigor 18 meses después de su publicación, en el segundo semestre del año 2001. Esta normativa penal, en materia de medidas cautelares, contempla la prisión preventiva. El Art. 167 señala: “Cuando el juez o tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el

cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. (Congreso Nacional del Ecuador, 2000)”

El Art. 169 *ibidem* establecía: “La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. En ambos casos, el plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa” (Congreso Nacional del Ecuador, 2000).

Previo a la expedición del nuevo texto constitucional del año 2008, mediante Ley No. 91, publicada en Registro Oficial Suplemento 194 de 19 de octubre del 2007, el Congreso Nacional para frenar la salida de procesados por caducidad de prisión preventiva, generada en incidentes de la parte interesada en recuperar su libertad, introdujo una reforma al Art. 169 del Código de Procedimiento Penal añadiendo a éste lo siguiente:

“Si no pudiere realizarse la audiencia de juzgamiento por inasistencia de los imputados, de los testigos considerados indispensables para la resolución del caso, de los peritos, de los intérpretes o de los abogados defensores de los acusados, es decir por causas no imputables a la administración de justicia, dicha inasistencia suspenderá ipso jure el decurso de los plazos determinados en este artículo hasta la fecha en que efectivamente se realice la audiencia de juzgamiento. Lo anterior sin perjuicio de la necesaria constancia procesal respecto de la suspensión de cada expediente por parte del respectivo secretario. No se considerará, por consiguiente, que ha excedido el plazo de caducidad de la prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva” (Congreso Nacional del Ecuador,

2007).

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial del 20 de octubre del 2008, mantiene la figura de la caducidad de la prisión preventiva establecida en la constitución precedente. En concreto el Art. 77, numeral 9, establece: “En todo proceso en que se haya privado de libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La Constitución vigente, a más de reiterar la disposición ya anotada, introduce en el mismo Art. 77 dos disposiciones relevantes en el tema en cuestión, la primera de ellas resalta el carácter excepcional de la privación de la libertad y determina que ésta tendrá por finalidad únicamente dos supuestos: garantizar la comparecencia al proceso o asegurar el cumplimiento de la pena. Además, se introduce una disposición que determina la obligación del juez de aplicar prioritariamente sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad. El tenor de las disposiciones comentadas es el siguiente: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

a) La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

b) “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la

persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.” El texto constitucional también expresamente establece como principio la mínima intervención penal” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

c) En 24 de marzo del 2009, mediante Registro Oficial 555, se publica una reforma al Código de Procedimiento Penal que tiene entre otras las siguientes implicaciones: Art. 39.- A continuación del artículo 167 agréguese el siguiente artículo innumerado: “Art...- La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.

Si el juez de garantías penales resuelve no ordenar la prisión preventiva, y se estableciera que la libertad del procesado puede poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica del ofendido, testigos o de otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de amparo previstas en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal.

Si se trata de delitos sexuales o de lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas de amparo adoptadas por la Fiscalía, el juez de garantías penales prohibirá que el procesado tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o algún miembro de su familia.

Toda medida de prisión preventiva se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria, en la misma que el juez de garantías penales resolverá sobre el requerimiento fiscal de esta medida cautelar, y sobre las solicitudes de sustitución u ofrecimiento de caución que se formulen al respecto.

En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción, o el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, en la forma y términos previstos en este Código” (Asamblea Nacional, 2009).

2.- En esta reforma además se añadió a los tres requisitos que constaban en el Art. 167 para que se dicte una prisión preventiva, los siguientes:

1.- Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; e,

2.- Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la comparecencia del procesado al juicio.

3.- En esta reforma se legisló también en relación con el procedimiento por el cual el juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad. En este contexto la ley expresamente señala que se buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio. 4.- De la providencia en la cual se ordene o niegue la prisión preventiva pueden apelar tanto el procesado como el fiscal, pero la concesión del recurso no tendrá efecto suspensivo y la Sala a quien le corresponda conocer la apelación deberá pronunciarse en mérito de lo actuado en un plazo de cinco días” (Asamblea Nacional, 2009).

En la consulta popular efectuada el día 07 de mayo del 2011, se incluyó dos preguntas en relación con la prisión preventiva:

“Pregunta 1 ¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República, incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando esta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el Anexo 1?” (Consejo Nacional Electoral, 2011, pág. 2)

“Anexo 1 Incorpórese a continuación del primer inciso al numeral 9 del artículo 77, uno que dirá: "La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos

orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han ocurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley” (Consejo Nacional Electoral, 2011, pág. 2).

“Pregunta 2 ¿Está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la privación de la libertad se apliquen bajo las condiciones y requisitos establecidos en la ley, enmendando la Constitución de acuerdo al anexo 2?” (Consejo Nacional Electoral, 2011, pág. 2)

“Anexo 2 El artículo 77 numeral 1 dirá: La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. El artículo 77 numeral 11 dirá:

La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley” (Consejo Nacional Electoral, 2011, pág. 2)

En el actual Código Orgánico Integral Penal, en vigencia desde el 10 de febrero de 2014, integran la parte sustantiva, adjetiva y de ejecución en un solo cuerpo legal, en razón de la prisión preventiva no establece una definición de esta, el Art. 522, numeral 6 ibídem, indica que la prisión preventiva es una medida cautelar para asegurar la presencia de la persona procesada a juicio; mientras que en Art. 534 señala tanto la finalidad como los requisitos por los cuales el fiscal debe solicitarla y el juzgador ordenarla. En el artículo 535 Revocatoria; Artículo 536.- Sustitución; Artículo 537.-

Casos especiales para sustituir la prisión preventiva; Artículo 538.- Suspensión; Artículo 539.- Improcedencia; Artículo 540.- Resolución de prisión preventiva y Artículo 541.- Caducidad. (Asamblea Nacional, 2014)

La Constitución al ser garantista de derechos y justicia, en el Ecuador existe una protección jurídica del derecho a la libertad, cuya pérdida se podría ordenar únicamente bajo la orden de la autoridad competente, mismo espíritu que mantiene la en los tratados y convenios internacionales adoptados por el Estado ecuatoriano, en donde se prescribe que la privación de la libertad será de naturaleza excepcional, en cumplimiento de los requisitos legalmente previstos dentro de la normativa.

5.7. REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL DEL ARTÍCULO 196 LA ASAMBLEA NACIONAL EL PLENO

CONSIDERANDO:

Que el artículo 3 de la Constitución de la República prescribe que “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Que el artículo 11, numeral 1 de la Constitución de la República prescribe que: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Que el artículo 11, numeral 3 de la Constitución de la República prescribe que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Que el artículo 11, numeral 9 de la Constitución de la República prescribe que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Que el artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República prescribe que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará [...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Que el artículo 77, numeral 1 de la Constitución de la República prescribe que: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Que el artículo 9, numerales 3, 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dispone que: “3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la

brevidad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1966).

Que el artículo 6 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad prescribe que: “6. La prisión preventiva como último recurso. 6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. 6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. 6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990).

Que, el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 5 determina los siguientes principios procesales en sus numerales: “4) toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario; 19) la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley.” (Asamblea Nacional, 2014)

Que el artículo 520 del Código Orgánico Integral Penal, numeral 4, prescribe que: “La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas: 4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada” (Asamblea Nacional, 2014).

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, previstos en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 9 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Legislativa, expide la siguiente:

Reforma al Código Orgánico Integral Penal con el objeto de evitar hacinamiento carcelario.

Artículo 1.-En el artículo 206 elimínese el siguiente texto “el cincuenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general.” y sustitúyase por “dos salarios básicos unificado del trabajador en general.

Artículo 2.- En el artículo 196 inciso primero en su parte final agréguese “se configura el delito, siempre que el valor de lo hurtado, exceda de dos salarios básicos unificados del trabajador en general.”

Disposición final: La presente ley entrará en vigencia sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Bibliografía

- Aguilera, S. (2005). *Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Magisterio y Actores de la Comunidad Educativa*. Colombia: Universidad Libre, Seccional Cali, Línea y Grupo de Investigación Derecho-Educación.
- Alexy, R. (2008). *El Principio De Proporcionalidad y La Interpretación Constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ambos, K., Malarino, E., & Woischnik, J. (2005). *Temas Actuales Del Derecho Penal Internacional Contribuciones De América Latina, Alemania y España*. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer.
- Anneo, L. (2017). *Peligrosidad Criminal*. España: Neurociencia.
- Aponte, A. (2006). *Guerra y Derecho Penal del Enemigo*. Bogota : Ibañez.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014*. Quito.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis S.A.
- Barja, R. (2017). *Derecho Penal Romano*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Beltrán, R. (2012). Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile . *Política Criminal* .
- Benavides, M. (29 de Diciembre de 2014). *derechoecuador.com*. Obtenido de derechoecuador.com.
- Cabanelas, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. Texas: Heliasta.
- Cafferata, F. (2016). *Consejos de la magistratura*. Buenos Aires.
- Caicedo, D., & Porras, A. (2010). *Igualdad y No Discriminación el Reto de la Diversidad*. Quito-Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos.
- Cárdenas, J. (septiembre de 2014). <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3485>. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3485>.
- Carrera, F. (2004). *Programa de Derecho Criminal Parte General Volumen I*. Bogotá: Temis.
- Carrión, J. (Septiembre de 2017). <https://www.derechoecuador.com/delito-y-la-pena>. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/delito-y-la-pena>.
- Case Of Piruzyan V.Ameni, 33376/07 (Tercera Seccion de la Corte 26 de Junio de 2012).
- Caso Tibi Vs. Ecuador , 114 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de

- Septiembre de 2004).
- Código Orgánico Integral Penal. (10 de Agosto de 2014).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Informe Sobre Medidas Dirigidas*. Doc. 105: ISBN 978-0-8270-6662-5.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (30 de Diciembre de 2013). *Informe Sobre el Uso de la Privación Preventiva*. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. España. doi:46/13
- Constitución de la República de Ecuador . (2008).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, Registro Oficial 801, 06 de agosto, 1984. (s.f.). Costa Rica.
- Cornejo, J. (18 de Noviembre de 2015). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador , 1338-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de Octubre de 2014).
- Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre. (2 de Mayo de 1948).
- Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12.554 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 25 de julio de 2008).
- Etcheberry, A. (1999). *Derecho Penal Parte General*. En A. Etcheberry, *Derecho Penal Parte General* (pág. 164). Santiago: Jurídica de Chile.
- Fabio Morón Díaz, c-1410 (Corte Constitucional Colombiana 2000).
- Falconí, D. J. (17 de Abril de 2017). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador.com.
- Ferajoli, L. (1995). *Derecho y Razon*. Madrid: Trotta.
- Flores, R. (2016). La violación de la presunción de inocencia en las personas privadas de la libertad y el derecho constitucional al buen vivir. *La violación de la presunción de inocencia en las personas privadas de la libertad y el derecho constitucional al buen vivir*. Ambato, Tungurahua, Ecuador.
- Forman, P. (1989). Causalidad y Teoría Cuántica. En P. Forman, *Cultura En Weimar, Causalidad y Teoría Cuántica*. Madrid : Alianza .
- Fuentes, H. (2 de 2008). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>.
- González, P. (2007). *La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio* . Bogotá: Doctrina y Ley ITI.

- Gracias, E. (1984). *La Interpretacion de la Constitucion*. Madrid: Leyes.
- Jorege y Dante Peirano Basso República Oriental del Uruguay, 12.553 (Comision Interamericana de Derechos Humanos 6 de Agosto de 2009).
- Kant, I. (2012). Contetaciona la Pregunta: ¿ Qué es La Ilustración? En I. Kant, *Libertad*. Santander: Edinumen.
- Krauth, S. (mayo de 2018). *La Prisión Preventiva del Ecuador*. Quito: ISBN: 978-9942-9905-2-5.
- Krauth, S. (2018). La Prisión Preventiva en el Ecuador. En S. Krauth, *La Prisión Preventiva en el Ecuador* (pág. 5). Quito- Ecuador: ISBN.
- Lautauro, R. (2009). Defensa Judicial de los Derechos Humanos en estado de Excepción . En R. Lautauro, *Defensa Judicial de los Derechos Humanos en estado de Excepción* . Santiago : Estudios Constitucionales.
- Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Lori Berenson Mejía (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de Mayo de 2004).
- Lori Berenson vs. Perú,, Lori Berenson vs. (3 de abril de 2004).
- Luigi, F. (1995). *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Luigi, F. (s.f.). *Derecho y razón*.
- Mancheno, A. (2006). *Principio De Oportunidad, Ministerio Público y Política*. Santiago: Ceja.
- Mendieta, D., & Tobón, M. L. (2018). La Dignidad Humana y el Estado Social y Democrático. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 284.
- Nuria Sánchez, J. S. (1 de enero de 2017). El error judicial en el uso de la prisión preventiva: Personas en prisión que nunca llegan a ser condenadas. *REVISTA IBEROAMERICANA DE PSICOLOGÍA Y SALUD*.
- Nuria, S., Jorge, S., & Dolores, S. (2017). El error judicial en el uso de la prisión preventiva: Personas. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud* , 39.
- Obregón, A. (2015). *Elementos Básicos de Teoria*. Madrid: Tecnos.
- Organización de Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* . Bogotá: Organización de Estados Americanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de Diciembre de 1966).
- Puig, S. M. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal* . Buenos Aires: Euro

editores S.R.L.

- Saucedo, A. (2013). *Diccionario Jurídica Consultor Magno*. Buenos Aires: Cadiex international S.A.
- Soberanes, J. (2008). Los ámbitos de aplicación del principio de presunción de inocencia. *Scielo*, 2.
- Telenchana, G. (2016). *Los delitos contra el derecho a la propiedad: Análisis sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el hurto y robo en el Código Orgánico Integral Penal*. Ambato.
- Vaquero, C. (2013). *Diferencias Entre Hurto y Robo*. Madrid.
- Villadiego, C. (1 de julio de 2016). La Multitemática y Diversa. *De Justicia*.
- Villadiego, C. (2016). *Sistema Judicial*. Colombia: zapier.
- Villegas, E. (08 de Mayo de 2014). La aplicación indiscriminada de la Prisión Preventiva en Materia Penal vulnera el Principio Constitucional de la Presunción de Inocencia . *La aplicación indiscriminada de la Prisión Preventiva en Materia Penal vulnera el Principio Constitucional de la Presunción de Inocencia* . Quito, Pichincha , Ecuador .
- Vivanco, Y. M. (2013). Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. En Y. M. Vivanco, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública* (pág. 45). lima: IDEHPUCP.
- Wray, A. (1998). *La Observancia de la Convención Sobre los Derechos del Niño en la La Observancia de la Convención Sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia*. Quito: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Yépez, R. (27 de Enero de 2016). A INDEBIDA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR DE ULTIMA RATIO DENTRO DEL DERECHO PROCESAL PENAL ECUATORIANO, EN RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. *A INDEBIDA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR DE ULTIMA*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Zan, J. (2004). *La Etica, Los Derechos y La Justicia*. Argentina: Argenjus.
- Zavala, S. (1994). *Las Presunciones En eL Drecho Civil*. Lima: Universidad Catolica de Peru.

Anexos

UNIVERSIDAD TECNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIA SOCIALES MAESTRÍA EN DERECHO

PLAN DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Instrucciones Generales

- Lea con atención y responda señalando con una “X” dentro de los paréntesis correspondientes.

CUESTIONARIO

PREGUNTA No. 1

¿Conoce usted sobre el derecho constitucional de libertad que goza cada individuo?

Si () No ()

PREGUNTA No. 2:

¿Considera usted que el principio constitucional de inocencia se ve afectado en la aplicación la medida cautelar de prisión preventiva por los jueces?

Si () No ()

PREGUNTA No. 3:

¿Usted considera que se ve violentado el derecho de “no privación de la libertad” de un ciudadano al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva por parte del juez?

Si () No ()

PREGUNTA No. 4:

¿Considera usted que el Juzgador impone la medida cautelar de prisión preventiva en la mayoría de los casos de delito de robo y hurto?

Si () No ()

PREGUNTA No. 5:

¿Considera usted que el estado ecuatoriano debe de tomar medidas preventivas para evitar hacinamiento carcelario?

Si () No ()

PREGUNTA N° 6:

¿Considera usted que el juzgador debe tomar en cuenta para dictar la prisión preventiva en un delito de robo o hurto a más de los requisitos de ley deberá tomar en cuenta el valor de la cosa al momento de apoderarse o sustraerse?

Si () No ()

PREGUNTA No. 7:

¿Considera usted que se debe aplicar la prisión preventiva en delito de hurto cuando la cosa sustraída tenga el valor mayor a tres salarios básicos unificado del trabajador?

Si () No ()

PREGUNTA No. 8:

¿Considera usted que se debería aplicar la prisión preventiva en el delio de robo simple cunado la cosa apoderada tenga el valor mayor aun salario básico unificado del trabajador?

Si () No ()

PREGUNTA No. 9:

¿Considera usted que al no aplicar la prisión preventiva en delitos de robo simple y hurto (delito de bájetela) disminuirá el hacinamiento carcelario?

Si () No ()

ÁRBOL DEL PROBLEMA

