

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos"

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

AUTOR:

Miriam Raquel Galarza Mayorga

TUTOR:

Ab. Mg. Santiago León

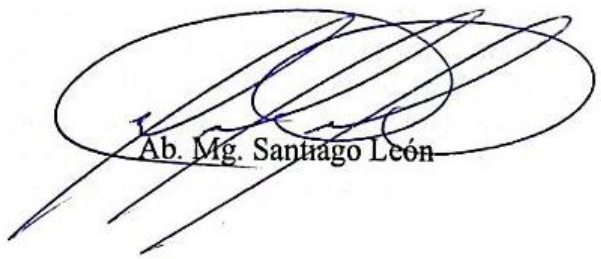
Ambato-Ecuador

2025

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Investigación sobre el tema: "LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN FRAUDULENTA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS" de la Srta. GALARZA MAYORGA MIRIAM RAQUEL. Egresada de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, indico que el presente trabajo de Titulación contempla los requisitos para ser sometido a la Evaluación del Tribunal de Grado, que el H. Consejo Directivo de la Facultad designe para su correspondiente estudio y calificación.

Ambato, 14 de enero de 2025

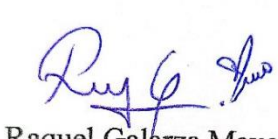


AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Se deja constancia de que el presente trabajo "LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN FRAUDULENTA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS" es responsabilidad de la autora como resultado de su investigación y revisión bibliográfica basada en los estudios realizados durante la carrera, cuyos criterios emitidos, conclusiones y recomendaciones son de su exclusiva autoría.

Ambato, 14 de enero de 2025

La autora.



Raquel Galarza Mayorga

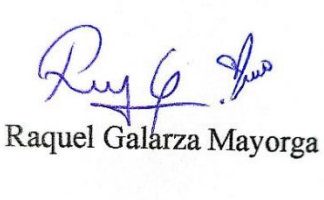
DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que convierta esta tesis, o una parte de ella, en un documento accesible para su lectura, consulta y procesos de investigación, ajustándose a las normativas establecidas por la Institución.

Cedo los Derechos en línea patrimoniales del presente Trabajo de Titulación sobre el tema "LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN FRAUDULENTA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS", mi tesis, con fines de difusión pública, además autorizo su reproducción conforme las regulaciones de la Universidad respetando mis derechos de autor siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica.

Ambato, 14 de enero de 2025

La autora.



Raquel Galarza Mayorga

APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Los Miembros del Tribunal de grado APRUEBAN el Trabajo de Investigación sobre el tema "LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN FRAUDULENTA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS" presentado por la Srta. MIRIAM RAQUEL GALARZA MAYORGA de conformidad con el Reglamento de Graduación para obtener el Título Terminal de Tercer Nivel de la Universidad Técnica de Ambato.

Ambato, ……..

Para constancia firman:

……

Presidente

…… ……

Miembro Miembro

DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico a mi madre, quien con su amor infinito y sacrificio ha estado siempre para mí y me ha inculcado los valores para ser una gran mujer, a mi padre quien me ha impulsado a creer en mí y ser valiente. Ambos han sido mi apoyo incondicional y mi ejemplo de superación, sencillez y amabilidad. Y a mi hermano y hermana, quienes son mi orgullo.

AGRADECIMIENTO

A mis docentes por impartirme su sabiduría y orientación, a todos quienes han creído en mí y me brindaron su apoyo, a mis abuelos quienes siempre me han apoyado en mis estudios. A mi Aba por no desampararme, darme día a día la vida y otorgarme fortaleza.

ÍNDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL TUTOR i
AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN ii
DERECHOS DE AUTOR iii
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO iv
DEDICATORIA v
AGRADECIMIENTO vi
ÍNDICE GENERAL vii
ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS ix
Resumen ejecutivo: x
Abstract: xi
CAPÍTULO 1 1
MARCO TEÓRICO 1
1.1. Antecedentes Investigativos 1
Antecedentes investigativos 1
Antecedentes legales 5
Antecedentes doctrinales 13
Antecedentes Teóricos 14
Teoría del Delito de la Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos 14
La acción 15
Ausencia de Acción 16
La omisión 17
Tipicidad 18
Verbo rector 18
Bien jurídico protegido 19
Error de tipo 20
Antijuridicidad 21
Causas de exclusión de la antijuridicidad 21
Culpabilidad 22
Causas de inculpabilidad 22
Modalidad del delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos 23
Riesgo Procesal 24
Notificación Roja de Interpol 26
Finalidad de la prisión preventiva 30
Procedencia: Idoneidad, motivación, proporcionalidad y necesidad de la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva 32
Objetivo General 39
Objetivos Específicos 39

CAPÍTULO II.- METODOLOGÍA 39
2.1 Materiales 39
2.2 Métodos 40
2.2.1 Enfoque de investigación 40
2.2.2 Modalidades de investigación 41
2.2.3 Tipo de investigación 41
CAPÍTULO III.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN 42
3.1 Análisis y discusión de los resultados 42
Análisis 42
Discusión 65
CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 70
4. 1 Conclusiones 70
4.2 Recomendaciones 71
REFERENCIAS 72
ANEXOS 77

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

Tabla 1. Teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos……..50

Resumen Ejecutivo:

La prisión preventiva constituye una medida cautelar que busca asegurar la comparecencia del acusado y el cumplimiento de la pena. En los delitos cibernéticos, como la Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos, su aplicación cobraría especial relevancia debido a la transnacionalidad de estos crímenes, lo que facilita la evasión de justicia por parte de los autores. Además, la prisión preventiva es una medida excepcional, por lo que para aplicarla debe comprobarse la estricta necesidad y demás requisitos legales para que no constituya una arbitrariedad. Por lo que, el objetivo de esta investigación es discutir la aplicación de la prisión preventiva en el delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos. Este estudio se enmarca en una investigación explicativa, cuya metodología empleada sigue un enfoque cualitativo, sustentado, en su mayoría, en un análisis bibliográfico-documental. De esta manera este trabajo se enmarca en la línea de investigación de políticas públicas, derecho y sociedad. Lo que permite tener como principal resultado que la aplicación de la prisión preventiva en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos dependerá de las particularidades del caso, considerando la transnacionalidad del delito y el cumplimiento de los requistos legales establecidos en artículo 534 del COIP. En las entrevistas realizadas a jueces del cantón Ambato, se obtuvo que la imposición de la prisión preventiva requiere de un análisis jurídico amplio. Esta medida no depende de la gravedad del delito, más bien dependerá de los requistos establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En el caso de la apropiación fraudulenta, un factor importante es el riesgo procesal que involucra este delito, por lo que para cumplir con la finalidad sería factible dictar una medida cautelar de prisión preventiva. Debido a que este delito puede adquirir un carácter transnacional, una herramienta que puede coadyubara al buen desarrollo del proceso es la Notificación Roja. De este modo se concluye que la prisión preventiva resulta esencial en el manejo del delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos. No obstante, su aplicación debe estar sujeta a rigurosos criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, cumpliendo con la normativa interna y los estándares internacionales de derechos humanos.

Palabras clave: prisión preventiva, medida cautelar, transnacionalidad, phishing, apropiación fraudulenta por medios electrónicos, procedencia, elementos de convicción, elementos constitutivos, riesgo procesal.

Abstract:

Preventive detention constitutes a precautionary measure aimed at ensuring the defendant's appearance and the enforcement of the sentence. In cybercrimes such as Electronic Fraudulent Appropriation, its application becomes particularly relevant due to the transnational nature of these crimes, which facilitates the evasion of justice by offenders. Furthermore, preventive detention is an exceptional measure; therefore, its application requires strict necessity and compliance with legal requirements to avoid arbitrariness. The objective of this research is to discuss the application of preventive detention in the crime of Electronic Fraudulent Appropriation. This study is framed within an explanatory investigation, employing a qualitative approach primarily supported by a bibliographic-documentary analysis. Consequently, this work falls under the research line of public policy, law, and society. The main finding is that the application of preventive detention in the crime of Electronic Fraudulent Appropriation depends on the particularities of the case, considering the transnational nature of the offense and compliance with the legal requirements established in Article 534 of the COIP. Interviews conducted with judges in the canton of Ambato revealed that the imposition of preventive detention requires a comprehensive legal analysis. This measure does not depend on the severity of the crime but rather on the requirements established in Ecuadorian law. In the case of fraudulent appropriation, a critical factor is the procedural risk involved in this crime. Therefore, to meet its purpose, it would be feasible to impose a precautionary measure of preventive detention. Since this crime may acquire a transnational nature, a tool that can aid in the proper development of the process is the Red Notice. Accordingly, it is concluded that preventive detention is essential in handling the crime of Electronic Fraudulent Appropriation. However, its application must adhere to rigorous criteria of proportionality, necessity, and suitability, in compliance with domestic regulations and international human rights standards.

Keywords: preventive detention, precautionary measure, transnationality, phishing, electronic fraudulent appropriation, admissibility, elements of conviction, constitutive elements, procedural risk.

CAPÍTULO 1

MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes Investigativos

Antecedentes investigativos

Llevar a cabo una investigación acerca de la medida cautelar de prisión preventiva y el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos implica que se realice una amplia búsqueda en el repositorio institucional de la biblioteca de la Universidad Técnica de Ambato que propicie llegar a un mejor entendimiento y que no existe semejanza del presente trabajo con otras investigaciones, sino que en cambio proporcionen apoyo para cumplir con los objetivos de esta investigación. Por lo que, no se adquirió ninguna coincidencia con el título "La prisión preventiva en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos".

De este modo, el presente trabajo constituye un tema relevante dentro del área del conocimiento jurídico en lo que respecta al derecho penal público. En este contexto, se han contemplado como fuentes bibliográficas diferentes estudios y publicaciones que guardan relación con las variables de estudio.

La prisión preventiva, desde diversas perspectivas sociales y jurídicas, ha sido considerada como una medida aplicada de manera arbitraria. Esta arbitrariedad surge no solo por posibles defectos en los sistemas jurídicos nacionales, sino también por la falta de alineación con los estándares internacionales, específicamente los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Aunque la prisión preventiva puede dictarse dentro del marco legal interno, puede ser igualmente arbitraria si no respeta los derechos fundamentales, al fallar en cumplir con principios de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad. Con respecto a esto Galarza Castro y Córdova Vinueza (2021) en su artículo "El modelo de MacCormick como esquema de motivación para la aplicación de los estándares de la CIDH en la fijación de la prisión preventiva", señalan que es crucial que los jueces motiven de manera clara y fundamentada sus decisiones. Cabe considerar, el control de convencionalidad que, en el marco de los estándares establecidos por la CIDH, implica una confrontación entre el derecho local y el internacional, garantizando la aplicación efectiva de los derechos humanos consagrados en los instrumentos

internacionales (pp. 10 - 12). Concluyendo que:

> Con relación a cuáles son los estándares de las sentencias de CIDH para la fijación de la prisión preventiva, para que el juez motive correctamente y de forma integral, se debe cumplir con los siguientes estándares: • Aplicación excepcional • Legitimidad • Características personales y gravedad del delito • Límite temporal • Indicios de culpabilidad (p. 13).

Evidentemente la utilización de la de prisión preventiva se configura como una medida que genera controversia debido a que esta implica la privación de la libertad a una persona que no ha sido sometida aún a un juicio. En ese sentido para Merchán Miñan y Duran Ocampo (2022) en su artículo "Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamentos y funciones" sostienen que:

> Cuando una persona es considerada sospechosa de cometer una ilegalidad e ingresa a un proceso penal, se debe tener en cuenta que la prisión preventiva tiene un carácter procesal y no penal. La prisión preventiva bajo ningún concepto puede asumir la finalidad preventiva reservada a la pena, ni impedir que se cumplan las de la prisión preventiva: garantizar la participación del sujeto en el proceso penal, minimizar que bajo ningún concepto interfiera con este proceso o se obstaculice el trabajo investigativo de preparación del caso (p. 5).

Florian (2019) en su libro "Elementos de derecho procesal penal" distingue una fase preparatoria dentro del proceso penal, la cual tiene fines generales y especiales. Como fin general se encuentra esclarecer los hechos y establecer si existe responsabilidad penal, identificando tanto al autor como a los partícipes. A la vez, contempla la posibilidad de aplicar provisionalmente medidas como penas accesorias o medidas de seguridad.

Por otro lado, un fin especial es recabar elementos probatorios que podrían desaparecer. Existiendo dos tipos de fines procesales, los generales, que se encaminan a esclarecer el delito y determinar la responsabilidad del transgresor que permita la aplicación justa de la ley; y los específicos, que se encargan de crear las condiciones para el cumplimiento de los fines generales. La adopción de la prisión preventiva forma parte de las medidas cautelares específicas que aseguran el cumplimiento de los fines generales del proceso (Florian, 2019, pp. 159, 332).

Aunque teóricamente se promueve la libertad del procesado hasta que haya una sentencia firme, la realidad muestra que en ciertos casos es necesaria la adopción de medidas para asegurar la comparecencia del acusado y evitar la fuga o reincidencia.

La normativa penal establece que debe existir un riesgo procesal significativo para que el juez dicte prisión preventiva. El artículo 522 del COIP prioriza medidas cautelares no privativas de libertad. Ante esta disposición, Krauth (2018) plantea la cuestión clave: ¿en qué momento estas medidas alternativas resultan insuficientes? La determinación de este concepto indeterminado de "insuficiencia" depende nuevamente de la magnitud del riesgo procesal. Para evaluar dicho riesgo, es necesario considerar la gravedad del delito imputado. Este autor sostiene que "el concepto del peligro procesal tiene dos componentes: la probabilidad de la "non-presencia" (peligro de fuga como riesgo procesal en el sentido estricto) y la gravedad del delito" (p. 56).

Ahora bien, la apropiación fraudulenta por medios electrónicos es un delito tipificado en el artículo 190 del COIP, el cual se constituye como un delito cibernético que presenta un alto índice de impunidad en Ecuador. Velaña Quishpe (2023) en su investigación "Los niveles de participación y la atribución de responsabilidad penal en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos" determina un dato preocupante que es que muchos de los delitos cometidos por medios electrónicos debido a que no son denunciados y descubiertos quedan impunes. Asimismo, este fenómeno se debe también a la falta de recursos, personal capacitado y herramientas tecnológicas adecuadas para la investigación. En los resultados de su trabajo indica que:

> Debe considerarse la complejidad del proceso investigativo y los obstáculos que se presentan durante la investigación, a fin de lograr resultados eficaces y el enjuiciamiento penal de los responsables que actúan a través de estos medios, incrementándose así la impunidad de los autores. En este escenario general, la identificación de los niveles de participación y la atribución de responsabilidad penal en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos (p. 63).

La apropiación fraudulenta por medios electrónicos es frecuentemente cometida mediante la modalidad conocida como phishing, un término ampliamente reconocido en el léxico cotidiano. Cabe resaltar que las nuevas tecnologías han creado nuevas oportunidades para los ciberdelincuentes, quienes las utilizan para cometer delitos con mayor facilidad y anonimato.

Con respecto a esto Sempértegui Torres (2022), en su trabajo de titulación "Delito de

apropiación fraudulenta por medios electrónicos bajo la modalidad de phishing dentro del marco jurídico ecuatoriano", resalta la importancia de reconocer el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, ya que permite determinar el injusto del delito (p. 12).

En el caso de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, el bien jurídico protegido es el derecho a la propiedad, sin embargo, pueden ser lesionados otros bienes jurídicos como la intimidad, la confidencialidad, la seguridad nacional, entre otros. En el phishing los ciberdelincuentes utilizan técnicas de ingeniería social para engañar a las víctimas y obtener información confidencial, como claves de acceso a cuentas bancarias o números de tarjetas de crédito. Siendo así que se ha convertido en la modalidad más común de apropiación fraudulenta por medios electrónicos (pp. 35, 36, 48).

El delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos es cada vez más común. A pesar de la prevalencia de este delito, existe una baja tasa de participación en juicios por este tipo penal. En este contexto, Aguirre Castillo (2022) en su artículo "El delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos y la responsabilidad de las personas jurídicas en el cantón Ibarra en el año 2021" concluye que en la Fiscalía de Ibarra se realizan pocas investigaciones por el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos. La mayoría de los casos no llegan a juicio debido a la falta de personal capacitado y pruebas suficientes. Los fiscales encuestados indican que en Ecuador no se cuentan con los recursos necesarios para identificar la responsabilidad y el modus operandi de las organizaciones delictivas involucradas en delitos cibernéticos (p. 11). Además, en este artículo sostiene que:

> Los delitos más comunes en Ibarra, según los propios fiscales están dados por la apropiación fraudulenta a través de medios electrónicos y dentro de este por desviación de fondos a través de transacciones electrónicos, que son la base de la escala de delincuencia informática más vista en los bancos. Estos son los portadores de la mayor inseguridad en las redes y en sus sistemas informáticos (p. 9).

Pavón Coral (2022) en su trabajo investigativo "Apropiaciones fraudulentas de información confidencial a través del uso de medios electrónicos en el distrito metropolitano de Quito durante el período 2020-2021" también reconoce al phishing como una modalidad, conocida a nivel mundial, del delito objeto de esta investigación. A la vez, sostiene que, a nivel nacional, las denuncias por apropiación fraudulenta por medios electrónicos experimentaron un crecimiento del 73.8% en el 2021, posicionando a este delito como el segundo más frecuente

en la categoría cibernética (p. 9 – 10).

Para obtener una visión más clara del impacto generado por el confinamiento debido a la pandemia de COVID-19, se compararon las cifras de crecimiento anual de las denuncias de apropiación fraudulenta por medios electrónicos, registradas a nivel nacional y en el Distrito Metropolitano de Quito, durante el período de 2017 a 2021, obteniendo lo siguiente:

> Se denota que, en el período de los años 2020 y 2021, este último, tuvo el pico más alto del comparativo, demostrando así que el confinamiento a causa de la pandemia COVID-19, si fue un factor que provocó un incremento sustancial en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos a nivel nacional (Pavón Coral, 2022, p. 17).

Esta tendencia de incremento del phishing se observa en todo el mundo, con Ecuador como uno de los países más afectados. De hecho, Rosero Tejada (2021) en su estudio "El Phishing como riesgo informático, técnicas y prevención en los canales electrónicos: Un mapeo sistemático" revela un panorama preocupante, dado que el phishing ha experimentado un crecimiento significativo en los últimos años, concluyendo que:

> El phishing tiene una frecuencia alta de alrededor de más del 40% anual y un impacto con un valor de 4 que lo establece como un riesgo alto, ya que con los datos del usuario se pueden cometer muchos actos ilícitos desde acceso a cuentas bancarias hasta robo de información sensible.
>
> Según las estadísticas del phishing, en el periodo 2014-2020 en el país, no solo que ha crecido a un ritmo alto anualmente, sino que es el principal y más frecuente delito informático en el Ecuador. Así mismo, se evidencia la poca prevención para mitigar su expansión (p. 17).

Antecedentes legales

Para hablar de prisión preventiva y su aplicación en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos es fundamental plantear los antecedentes legales del bloque de constitucionalidad que sustentan está investigación. Puesto que la ley es la principal fuente del Derecho Penal, a continuación, se detallará los antecedentes legales pertinentes al tema de este trabajo.

La norma constitucional siendo aquella que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en su parte dogmática estatuye las garantías básicas que deben respetarse en todo proceso penal. De esta manera la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que:

> 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 (Art. 77, numeral 1).
>
> 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 (Art. 77, numeral 9).

Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador (2008) menciona que: "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" (Art. 77, numeral 11).

Por otro lado, como norma infraconstitucional, el Código Orgánico Integral (COIP) estatuye las normas con relación a la prisión preventiva y el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos. En primer lugar, el Código Orgánico Integral Penal (2014) expone la finalidad de la aplicación de las medidas cautelares:

> 1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
> 2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
> 3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
> 4. Garantizar la reparación integral a las víctimas (Art. 519).

Las medidas cautelares se ordenan dentro de la fase de instrucción fiscal, las cuales deben ser solicitadas de forma fundamentada por el fiscal en la audiencia de formulación de cargos. En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal (2014) determina las reglas generales de las

medidas cautelares, dos de las cuales se detallan a continuación:

> 3. La o el o el 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, excepto en caso de detención con fines de investigación, con fines investigativos o con el fin de garantizar su comparecencia a la audiencia de formulación de cargos o revisión de medidas cautelares que no requerirá audiencia.
> 4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada (Art. 520).

De la misma manera, acerca de la finalidad y requisitos de la medida cautelar de la prisión preventiva el Código Orgánico Integral Penal (2014) sostiene que:

> La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterio de última ratio, y podrá ser impuesta sólo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz.
>
> Únicamente con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran 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, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar 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 la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.
> 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año (Art. 534).

Este cuerpo normativo también dispone los casos de revocatoria de la prisión preventiva, así

como también establece acerca de la sustitución de esta medida lo siguiente:

> La prisión preventiva se revocará en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.
> 2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia.
> 3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva.
> 4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 535).
>
> La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución "en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, ni" en los delitos de peculado, sobreprecios en contratación pública o actos de corrupción en el sector privado.
>
> Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.
>
> Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 536).

Finalmente, el COIP tipifica el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos de la siguiente manera:

> La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 190).

Ahora bien, también resulta importante resaltar varios instrumentos internacionales pertinentes que tratan temas como la prisión preventiva, ciberdelitos, derechos en el proceso penal, entre otros. Uno de los tratados más importantes en cuanto a la lucha contra los delitos informáticos es el Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, el cual regula la cooperación

internacional para la investigación y enjuiciamiento de delitos cibernéticos.

Considerando que el COIP no define qué se entiende por "sistema informático", resulta pertinente señalar que el Convenio sobre la ciberdelincuencia (2001) define este término como "todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, en ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de datos" (Art. 1). Por otro lado, este instrumento no determina como tal el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos, sin embargo, determina el "acceso ilícito" indicando que:

> Los Estados firmantes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, el acceso doloso y sin autorización a todo o parte de un sistema informático. Los Estados podrán exigir que la infracción sea cometida con vulneración de medidas de seguridad, con la intención de obtener los datos informáticos o con otra intención delictiva, o también podrán requerir que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático (Convenio sobre la ciberdelincuencia, 2001, Art. 2).

Este artículo señala que los Estados firmantes o que hayan ratificado este instrumento deben adoptar medidas para la tipificación de un delito informático de las características descritas en este apartado, en el caso de la República del Ecuador se prevé como ciberdelito la apropiación fraudulenta por medios electrónicos que guarda similitudes con lo que dispone el Convenio de Budapest.

Este convenio también trata sobre la cooperación internacional para investigar y procesar delitos cibernéticos. De este modo, contiene aserciones acerca de la extradición en su artículo 24, de las que cabe destacar el numeral 1, literal a. que menciona que: "El presente artículo se aplicará a la extradición por alguna de las infracciones definidas en los artículos 2 a 11 del presente Convenio, siempre que éstas resulten punibles por la legislación de los dos Estados implicados y tengan prevista una pena privativa de libertad de una duración mínima de un año" (Convenio sobre la ciberdelincuencia, 2001, Art. 24).

Y el numeral 5 sostiene que:

> La extradición quedará sometida a las condiciones establecidas en el derecho interno del Estado requerido o en los tratados de extradición vigentes, quedando asimismo sometidos a estos instrumentos jurídicos los motivos por los que el país requerido puede

denegar la extradición (Convenio sobre la ciberdelincuencia, 2001, Art. 24).

Finalmente, el Convenio de Budapest establece la necesidad de que los países dispongan de un punto de contacto operativo las 24 horas para ayudar en la recopilación de pruebas y la cooperación transnacional en casos de delitos cibernéticos. Es así como fija la Red 24/7 señalando que:

> Los Estados designarán un punto de contacto localizable las 24 horas del día, y los siete días de la semana, con el fin de asegurar la asistencia inmediata en la investigación de infracciones penales llevadas a cabo a través de sistemas y datos informáticos o en la recogida de pruebas electrónicas de una infracción penal. Esta asistencia comprenderá, si lo permite el derecho y la práctica interna, facilitar la aplicación directa de las siguientes medidas: 25 a. aportación de consejos técnicos; b. conservación de datos según lo dispuesto en los artículos 29 y 30; y c. recogida de pruebas, aportación de información de carácter jurídico y localización de sospechosos (Convenio sobre la ciberdelincuencia, 2001, Art. 24, numeral 1).

Otro instrumento de derecho internacional relevante es la Convención de Palermo que aborda delitos transnacionales, incluyendo aquellos perpetrados mediante medios electrónicos, también es conocida como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) que determina que para que un delito sea considerado de carácter transnacional debe concurrir alguno de los ítems expuestos a continuación:

> a) Se comete en más de un Estado;
> b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
> c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
> d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado (Art. 3, numeral 2).

Por otro lado, aunque la Constitución de la República manifiesta que ningún ciudadano ecuatoriano puede ser extraditado a otro país bajo ninguna circunstancia. Esto significa que, Ecuador no entregará a sus ciudadanos para ser juzgados en el extranjero. Esta disposición los protege de ser sometidos a jurisdicciones extranjeras, donde podrían no gozar de las mismas garantías de derechos que ofrece el Estado ecuatoriano.

Aparentemente se establece una prohibición absoluta, sin embargo, en la práctica pueden existir excepciones derivadas de tratados internacionales. Este es el caso de Ecuador que es parte de la Convención de Palermo, tratado que se revisa para este trabajo. De esta manera en el artículo 16 de esta convención se determina que la extradición se aplica a los delitos descritos en este instrumento, así como también se aplica a personas objeto de una solicitud de extradición de los Estados Parte cuando el delito que se pretende atribuirles sea punible conforme a las leyes internas de ambos países.

Es importante destacar que la extradición de acuerdo con Calvachi Rojas (2020) tiene como objetivo asegurar la entrega de la persona solicitada con el propósito de que pueda ser sometida a juicio o cumplir la condena que se le haya impuesto. En este contexto, Ecuador tiene una ley vigente que trata el proceso de extradición es la Ley de Extradición publicada el 30 de agosto de 2000.

La Ley de Extradición (2000) establece que:

> Se podrá conceder la extradición, con los límites señalados en la Constitución Política de la República, por aquellos delitos para los que las leyes ecuatorianas y las del Estado requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a un año de privación de libertad por delitos también tipificados en la legislación ecuatoriana; sin embargo, la concesión de extradición podrá incluir otros delitos referidos en la solicitud aun cuando tengan una penalidad inferior (Art. 2).

Existen dos clases de extradición, una activa y una pasiva, la primera es cuando el Ecuador es el Estado que solicita y la pasiva es cuando Ecuador es el Estado requerido. Actualmente en el país ese encuentra vigente la extradición activa, de la cual esta ley indica lo siguiente:

> Los jueces y tribunales se hallan obligados a solicitar la extradición del prófugo que se encuentre en territorio de otro Estado, contra quien hayan dictado o dicten auto de prisión preventiva en cualquier etapa del juicio penal, o sentencia penal condenatoria que imponga pena privativa de libertad. Por la supremacía de la ley sobre el reglamento, se declara que, en el primer caso, para proceder a la extradición, basta el auto de prisión preventiva, sin que se requiera auto de apertura del plenario o de llamamiento a juicio (Ley de extradición, art. 30).

Esto significa que en cualquier proceso judicial en el que exista una orden de prisión preventiva o una sentencia en contra de una persona que esté en condición de prófugo, así como una Notificación Roja emitida en su contra, el juez competente deberá solicitar la extradición ante la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. A modo de referencia, se deberá indicar el país y la ubicación del prófugo.

Además, de acuerdo con el Artículo 7 de la Ley de Extradición, la solicitud debe incluir una sentencia condenatoria o auto de prisión preventiva, junto con una descripción de los hechos que detalle el lugar, fecha, naturaleza y circunstancias del delito imputado. Asimismo, deben proporcionarse los datos de identidad, nacionalidad, residencia, fotografía y huellas dactilares de la persona requerida. Según los diferentes Tratados de Extradición aplicables, también es necesario presentar los elementos de convicción que justifiquen la solicitud de extradición (Calvachi Rojas, 2020).

Es esencial revisar lo que plantean los tratados y convenios internacionales acerca de los derechos y principios a favor de las personas procesadas. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) establece que nadie puede ser detenido o encarcelado de manera arbitraria, ni privado de su libertad, excepto por motivos establecidos legalmente y conforme al procedimiento esta determine (Art. 9).

Asimismo, la prisión preventiva no debe considerarse como la norma general para los procesados; sin embargo, su libertad puede estar condicionada a la imposición de garantías que aseguren su presencia en el juicio, en cualquier fase del proceso, o eventualmente para el cumplimiento de la sentencia. Por último, cualquier persona acusada de un delito tiene el derecho a que se presuma su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad de acuerdo con la ley (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, Art. 14).

Otro tratado internacional como el revisado previamente que supone límites a la prisión preventiva y estatuye derechos para los individuos acusados es el Pacto de San José, también conocido como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) que en su artículo 7 plantea los mismos derechos citados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), añadiendo en el numeral 3 de su artículo 7 que ninguna persona pueda ser sometida al encarcelamiento o detención arbitrarias. A la vez, en el artículo 8 enuncia las garantías judiciales que mantienen concordancia con el PIDCP y la CRE (Arts. 7, 8).

Por último, es crucial resaltar otro instrumento internacional que es relevante para discutir

cómo las garantías procesales internacionales pueden influir en la aplicación de la prisión preventiva en casos de ciberdelitos o apropiación fraudulenta por medios electrónicos.

El Estatuto de Roma (2002) concordantemente con el Pacto de San José estatuye que "Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él" (Art. 55, literal d). También en su artículo 66 determina el principio de presunción de inocencia en el que adicional a lo ya mencionado acerca de este principio manifiesta que le corresponde al Fiscal demostrar la culpabilidad de la persona procesada y convencer a la Corte Penal Internacional para que la misma dicte sentencia condenatoria.

Antecedentes doctrinales

Como ya se determinó en el segundo inciso del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, una de las finalidades de la prisión preventiva es el cumplimiento de la pena, la misma que debe estar previamente establecida. En el caso del delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos la pena se encuentra establecida en el artículo 190 del COIP. En consideración de este criterio, es importante hacer una breve aproximación de la finalidad de la pena, para comprender de mejor manera la trascendencia de la prisión preventiva para que esta se llegue a cumplir.

Acerca de la finalidad de la pena Zaffaroni (1998) en su obra "Tratado de Derecho Penal" determinó que "la seguridad de la coexistencia de los habitantes de la Nación es el fundamento de la pena." (p. 80). En ese sentido, la pena tiene cierta naturaleza incuestionable de un mal, debido a que limita algo, pero de esta misma naturaleza se erige como ineludible. Por lo tanto, esta limitación nace a partir de la necesidad de brindar seguridad jurídica a través del uso del derecho penal y por este por medio de la pena. Indicó también que "la pena "justa" no es otra que la que procura la resocialización del condenado sin afectar el sentimiento medio de seguridad jurídica de la población" (80-81).

De igual manera, Zaffaroni (1998) indica que:

> El derecho penal tiene, como carácter diferenciador, el de cumplir la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la coerción penal; y esta, por su parte, se distingue de las restantes coerciones jurídicas porque tiene un carácter específicamente preventivo y no reparador (p. 57).

Previo a que el juez competente dicte la medida cautelar de prisión preventiva debe llevar a cabo un análisis profundo acerca de los requisitos de aplicación de esta medida, la idoneidad, necesidad, eficacia, así como la observancia del bloque de constitucionalidad y el respeto de la norma suprema, cuya decisión deberá contener la debida motivación.

Entre los ítems a analizar y fundamentar se encuentra la proporcionalidad. Respecto a este principio los especialistas en derecho penal Cancio Meliá y Pérez Manzano (2019) en su trabajo "Principios del Derecho Penal" afirman lo siguiente:

> Conforme al principio de proporcionalidad, de valor constitucional y que afecta a toda intervención limitadora de derechos por parte del Estado, ésta solo puede quedar justificada si resulta – idónea, es decir, si la amenaza de pena puede contribuir a la protección del bien jurídico en cuestión; – necesaria, esto es, si el recurso a la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido; – proporcional (en sentido estricto), es decir, en la medida en que de una comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada (p. 81).

Ahora bien, acerca de la excepcionalidad de la prisión preventiva La Rosa (2006) considera que es procedente la coerción personal, refiriéndose a medidas cautelares, siempre y cuando coexistan suficientes elementos que demuestren como imprescindible que al imputado se le debe imponer una condena para tutelar los bienes jurídicos vulnerados, indicando la máxima necesidad de imponer esta medida, siendo por tanto insustituible por alguna otra menos severa, pero menos eficaz para el caso concreto, para evitar o contrarrestar el peligro grave y muy probable de que la persona procesada abuse de su libertad (p. 310).

Antecedentes Teóricos

DELITO DE APROPIACIÓN FRAUDULENTA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Teoría del Delito de la Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos

Para llevar a cabo un análisis de la teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, se debe comenzar por considerar la definición de delito. En ese sentido, Muñoz Conde y García Arán (2010) lo definen como "la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible" (p. 205). Esta definición es completa conteniendo las

categorías dogmáticas o elementos del delito que se deben observar para que una conducta sea considerada como delito.

Cabe revisar la concepción de una autora que destaca la existencia de los ciberdelitos, Jijena Leiva (1994) define el delito informático como "toda acción típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación se usa la tecnología computacional o se afecta la información contenida en los sistemas de tratamiento automatizado de la misma" (p. 508).

En consideración de ambos enfoques doctrinarios expuestos, los delitos informáticos o ciberdelitos, como los demás delitos convencionales, tienen que cumplir con los elementos del delito. Los cuales son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (dentro de esta categoría con la imputabilidad).

Respecto a esto, Sempertegui Torres (2022) destaca que la distinción de los delitos informáticos de los habitualmente conocidos, reside en las diversas modalidades delictivas o medios de los mismos, entre estos se encuentran los recursos electrónicos, recursos cibernéticos y computadores; no obstante, es imprescindible considerar todo lo expuesto con anterioridad, dado que conforman las características y componentes, los cuales no son independientes, que constituyen la concepción del delito (p. 5).

Para Muñoz Conde y García Arán (2010), como el punto de partida de la reacción jurídico-penal, la conducta humana, se materializa en el mundo físico tanto en acciones positivas como en omisiones. Sobre esta base se elabora la conceptualización de delito añadiendo los elementos constitutivos fundamentales que lo caracterizan. Pues bien, la conducta humana únicamente adquiere trascendencia jurídico-penal cuando encaje con el tipo penal correspondiente, en otras palabras, la acción u omisión debe ser penalmente relevante. A la vez, se debe tomar en cuenta que únicamente aquello que se puede categorizar como acción u omisión es susceptible de tipificación (p. 214).

Por ello, previo a estudiar estas categorías dogmáticas es importante considerar los conceptos de acción y de omisión.

La acción

La acción "es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad" (Muñoz Conde y

García Arán, 2010, p. 215). La acción, al ser dirigida a la obtención de un fin, se perpetra en dos fases: la interna y la externa. La fase interna corresponde a la ocurrida en la esfera del pensamiento, en la que el autor se propone alcanzar una finalidad, producir algo, de modo que se fija la finalidad y cómo la va a conseguir, cómo la ejecutará.

También se consideran los efectos concomitantes de los medios pensados para llevar a cabo la acción, es decir, lo que implica y lo que podría pasar simultáneamente al cometer lo planeado en la forma en que se lo realizará. Y la fase externa es llevar a cabo la acción en el mundo exterior, una vez, seleccionado el fin, los medios y considerados los efectos concomitantes.

Cuando se la acción se haya materializado, la valoración penal recae sobre cualquiera de estas fases, puesto que al referirse al esquema finalista no se valora solamente el fin de la acción, sino también los medios elegidos y el resultado final o los efectos concomitantes. Por ello la importancia de la tipicidad que define las conductas penalmente relevantes (Muñoz Conde y García Arán, 2010, pp. 215-216).

Ausencia de Acción

Para estos autores, la ausencia de acción corresponde a las causas de exclusión de la conducta contenidas en el artículo 24 del COIP. Estas son, fuerza irresistible, movimientos reflejo y estados de inconsciencia:

1. Fuerza irresistible: La fuerza irresistible se define como una condición de fuerza que proviene del exterior y ejerce una influencia material sobre el agente. Desde una perspectiva cuantitativa, esta fuerza debe ser absoluta, de modo que no deje ninguna alternativa al individuo que la experimenta. Si la fuerza no es absoluta, la persona afectada puede resistirla o, al menos, tiene la posibilidad de hacerlo, lo que no excluye la acción.

Además, esta fuerza debe originarse en el exterior, ya sea por parte de un tercero o a través de fuerzas naturales. En la práctica, a excepción de casos muy específicos, la fuerza irresistible no tiene gran relevancia en los delitos de acción, aunque sí es significativa en los delitos de omisión (Muñoz Conde y García Arán, 2010, pp. 219-220).

2. Movimientos reflejo: Los movimientos reflejos, como las convulsiones epilépticas, no se consideran acción, ya que en estos casos el movimiento no es controlado por la voluntad. En contraste, los actos en cortocircuito, así como las reacciones impulsivas o explosivas, implican

la participación de la voluntad, aunque sea de manera momentánea, y por ello no excluyen la acción. Un ejemplo de esto sería el atracador que, nervioso, aprieta el gatillo de manera instintiva al percibir un gesto ambiguo de huida o defensa por parte del cajero del banco (Muñoz Conde y García Arán, 2010, pp. 222-221).

3. Estados de inconsciencia: La acción también está ausente en estados de inconsciencia, como el sonambulismo, el sueño o la embriaguez profunda. En estas situaciones, los actos realizados no son controlados por la voluntad, por lo que no pueden considerarse acciones con relevancia penal. Existe un debate sobre si la hipnosis puede inducir uno de estos estados; la opinión mayoritaria tiende a rechazar esta posibilidad, aunque teóricamente no se descarta que un hipnotizador pueda ejercer un control total sobre el hipnotizado, especialmente si este último tiene una constitución débil, lo que podría acercarse a una situación de fuerza irresistible.

No obstante, aunque en los estados de inconsciencia no hay acción, la conducta puede tener relevancia penal si la persona se ha colocado voluntariamente en esa condición para cometer un delito o si llega a dicho estado por negligencia (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 221).

La omisión

El comportamiento humano no se limita únicamente al ejercicio activo de un objetivo, sino que también incluye un componente pasivo que se manifiesta a través de la omisión. Este aspecto pasivo de la acción humana puede tener relevancia penal. Existen no solo normas que prohíben ciertas conductas, sino también, aunque en menor medida, normas que imponen la realización de acciones cuya falta puede generar efectos perjudiciales para la sociedad. La violación de estas normas imperativas es lo que define la naturaleza de los delitos por omisión (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 237).

La omisión, por sí misma, no existe. Esta se define como la falta de una acción que podría haberse llevado a cabo y, por lo tanto, siempre se relaciona con una acción específica, cuya no ejecución es su esencia. No hay una omisión aislada; siempre se trata de la omisión de una acción concreta. Esto implica que la persona responsable de la omisión debe tener la capacidad de llevar a cabo la acción; si no existe tal posibilidad, por cualquier motivo, no se puede considerar que haya una omisión (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 238).

Una vez expuestos estos conceptos, es pertinente desarrollar los diferentes elementos constitutivos de la teoría del delito enfocada en el delito informático contenido en el COIP

como apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Estos elementos como ya se plantearon son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Tipicidad

Para comenzar, Muñoz Conde y García Arán (2010) definen la tipicidad como "la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal" (p. 204). La tipicidad es la descripción en un cuerpo normativo de las conductas penalmente relevantes y la pena que se les atribuye, de modo que esta categoría dogmática es la implicación del principio de legalidad "nullum crimen, nulla poena sine lege previae", dado que únicamente a través de esta tipificación dada por una ley previa y vigente se cumple con este principio, debido a que no será sancionada ninguna otra conducta que no se describa en la ley como un delito.

Verbo rector

Pues bien, la tipicidad al ser el punto de partida, describe la conducta penalmente relevante, que no es otra cosa que la acción u omisión humana detallada en la norma penal. Dentro de este elemento se encuentra el verbo rector, el cual de acuerdo con Reyes Vásquez (2019) este "constituye el núcleo de la acción penalmente relevante ya que mediante su interpretación se puede dar la justicia dentro de una legislación en concreta" (p. 25). En el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos existen varios verbos rectores que se detallan a continuación.

El artículo 190 del COIP establece como primer verbo rector la utilización fraudulenta de un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones, lo que implica que esta utilización debe ser fraudulenta, en otras palabras, que el uso de los sistemas informáticos para cometer este delito debe ser llevado a cabo con dolo, con engaño, con malicia, etc.

De esta manera se configura este primer filtro siempre y cuando se constituya también el segundo verbo rector que es el manipular o modificar el funcionamiento de los sistemas descritos. En consecuencia, al plantear estos verbos rectores dentro de este tipo penal, se asegura el cumplimiento de la tipicidad subjetiva que abarca el dolo con el que se lleva a cabo la acción, al establecer en esta norma "que utilice fraudulentamente" como verbo rector. Siendo por tanto la tipicidad objetiva de este delito el contenido de este artículo.

Bien jurídico protegido

No existe como tal un bien jurídico cibernético protegido, esta clase de delitos son cometidos a través de medios y modalidades que llegan a afectar bienes jurídicos protegidos por la ley. Para lo cual se debe identificar y diferenciar el fin del medio.

El medio utilizado para llevar a cabo este ilícito es el uso fraudulento de sistemas informáticos y redes electrónicas. Esto incluye la manipulación, alteraciones o modificación del funcionamiento de programas y equipos terminales de telecomunicaciones para facilitar la apropiación indebida.

El artículo 190 menciona explícitamente que se emplean tecnologías para alterar el funcionamiento normal de los sistemas con el fin de lograr la transferencia no consentida de bienes o derechos, lo que evidencia un uso intencionado y malicioso de las herramientas digitales disponibles. En otras palabras, el medio de este delito es informático o cibernético.

Por otro lado, el fin del delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos es la obtención ilícita de un beneficio patrimonial. Esto se traduce en la intención del autor de apropiarse de un bien ajeno o de transferir bienes, valores o derechos sin el consentimiento de su titular, lo que implica una clara intención de enriquecerse a expensas de otra persona. Este objetivo se manifiesta en la búsqueda de lucro personal o para beneficio de un tercero, lo cual es un elemento clave en la tipificación de este delito. Es aquí que se encuentra el bien jurídico protegido vulnerado.

Para analizar el elemento de tipicidad es fundamental identificar el bien jurídico protegido que se afecta en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Con respecto a esto, Sempertegui Torres (2022) sostiene que esta trascendencia reside en que al identificar el bien vulnerado se puede establecer el injusto del delito, distinguir los tipos penales, estableciendo como bien jurídico a todo objeto inmaterial o material, intereses, relaciones y derechos que tienen relevancia para la sociedad, razón por la cual, necesitan de protección legal. Sin embargo, se considera un bien jurídico todo aquello que se encuentre protegido por las normas vigentes del ordenamiento jurídico, y de ser necesario, a dicha conducta se determine una sanción por su vulneración (pp. 12-13).

Arias Torres (1997) manifiesta que el bien jurídico protegido en el delito informático no es más que una forma o método de ejecución de conductas delictivas que afectan a bienes jurídicos que ya gozan de una protección específica en el Derecho Penal. Sin embargo, dentro del delito

de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos se establecen como bienes jurídicos protegidos el patrimonio en el caso de fraudes informáticos; la reserva y confidencialidad en el caso de delitos que afecten a la esfera de la intimidad; la fe pública en el caso de las falsificaciones. Algunos autores argumentan que el bien jurídico protegido puede ser tanto el orden económico como la intimidad de las personas. De manera general, el bien jurídico protegido en este contexto de delitos cibernéticos es el patrimonio (pp. 53-58).

En ese mismo sentido, el Código Orgánico Integral Penal no determina una sección específica para los delitos cibernéticos o informáticos, sino que han sido ubicados en diferentes capítulos y títulos de acuerdo a la naturaleza de los derechos vulnerados. Ubicando así al delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos en la sección novena del capítulo segundo, cuya sección abarca los delitos contra el derecho a la propiedad. Por lo tanto, el bien jurídico protegido en este tipo penal es la propiedad.

De la misma manera, Sempértegui Torres (2022) indica que:

> El bien jurídico protegido es la propiedad, no obstante, en otros países de la región, este delito se encuentra en el apartado de delitos económicos, esto en cuanto, a que su comisión, genera tanto un perjuicio individual como colectivo, pues, puede llegar a lesionar a los agentes comerciales, inclusive al orden económico del Estado (p. 32).

Error de tipo

Por otro lado, en la apropiación fraudulenta por medios electrónicos no cabe los errores de tipo vencible ni invencible. Para comprender esto, Muñoz Conde y García Arán (2010) determinan que el autor del ilícito debe comprender los elementos objetivos que conforman el tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o equivocación respecto a la existencia de alguno de estos elementos afecta la tipicidad, ya que elimina el dolo, motivo por el cual se denomina error de tipo (p. 275).

El error de tipo se refiere a una confusión o malentendido sobre los elementos constitutivos del tipo penal. Este error puede ser vencible, cuando el autor podría haber evitado el error con una diligencia razonable, o invencible, cuando no podría haberlo evitado a pesar de su diligencia.

No obstante, en el caso de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, no cabe la posibilidad de alegar error de tipo. Dado que, la teoría finalista sostiene que para que exista tipicidad, debe haber una acción voluntaria orientada hacia un fin específico. En este delito, el

autor actúa con conocimiento y voluntad al utilizar medios electrónicos para cometer fraude. Dado que la acción está intencionada y dirigida hacia un resultado ilícito, no se puede alegar que existió un error sobre los elementos del tipo penal.

La apropiación fraudulenta por medios electrónicos involucra un uso consciente y deliberado de sistemas informáticos para obtener beneficios ilícitos. Esto para Alvarez (2017) significa que el autor tiene plena conciencia de que su conducta es ilegal y perjudica a otra persona. Por lo tanto, no puede alegar ignorancia sobre la ilicitud de su acción (p. 1634).

Los elementos subjetivos como el dolo son esenciales para la tipicidad, Jiménez de Asua (1950) determinó que el dolo implica que el autor tiene la intención de realizar la conducta delictiva y es consciente de sus consecuencias. En este contexto, cualquier intento de alegar error en relación con los elementos del tipo sería incompatible con la existencia del dolo puesto que como se explicó en párrafos anteriores dentro del primer verbo rector "utilización fraudulenta" ya se abarca el dolo.

Antijuridicidad

Acerca de la antijuridicidad Muñoz Conde y García Arán (2010) señalan que "es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico" (p. 300). Al ser la apropiación fraudulenta por medios electrónicos contraria al ordenamiento jurídico puesto que su cometimiento implica una sanción, se habla de una antijuridicidad formal, lo que a su vez supone una violación de un bien jurídico protegido por la ley como es la propiedad o el patrimonio, se habla también de una antijuridicidad material.

Causas de exclusión de la antijuridicidad

Como un elemento negativo del delito se encuentran las causas de exclusión de antijuridicidad prescritas en desde el artículo 30 al 33 del COIP que son la legítima defensa, el estado de necesidad y cuando se actúa justificado en el cumplimiento de un deber legal o en una orden expresa y legítima de una autoridad competente. Para establecer alguna causa de exclusión de antijuridicidad en la apropiación fraudulenta por medios electrónicos se debe llevar a cabo un amplísimo análisis del caso en concreto para justificar la existencia de este elemento negativo del delito.

De tal manera que si bien, el hecho de cometer este delito implica el conocimiento de su ilicitud y del dolo, en casos aislados podría ser en cumplimiento de una orden, pero está no sería legítima, lo cual significa que no llegaría a ser una causa de exclusión de antijuridicidad.

Como sostienen Muñoz Conde y García Arán (2010), las causas de exclusión de la antijuricidad sólo excluyen ésta cuando se dan completos todos sus elementos, objetivos y subjetivos" (p. 317). El hecho de que la orden de por sí no es legítima no existe justificación alguna, puesto que en este escenario no se cumpliría con lo determinado en los artículos 30.1 y 30.2 del COIP.

Culpabilidad

Es importante indicar que "mientras que la antijuridicidad es la desaprobación del acto; la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo" (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 202). Conjuntamente con la capacidad de imputabilidad o culpabilidad también se constituye el conocimiento de la antijuridicidad como un elemento de esta categoría dogmática.

Cuando se llega a este filtro se considera que existe dolo, responsabilidad y voluntad. Para que un acto sea considerado culpable, a la persona que lo comete se le puede reprochar este acto típico y antijurídico. En otras palabras, un imputable es capaz de comprender la ilicitud de su conducta, si no lo comprende será inimputable. La imputabilidad se puede decir que es el presupuesto psicológico de la culpabilidad.

Causas de inculpabilidad

Ahora bien, con respecto a las causas de inculpabilidad establecidas en el los artículos 35 al 38 del Código Orgánico Integral Penal, una que cabría en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos podría ser cuando esta conducta se cometa por una persona menor de edad, para lo cual se observará lo que Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) determina para estos casos. Si se quisiera alegar alguna otra causa de inculpabilidad se tendría que hacer un análisis y una argumentación exhaustiva, la cual no llevaría a justificar del todo este elemento negativo del delito.

Inclusive, si se hablara de un error de prohibición (que se encuentra entre la antijuridicidad y la culpabilidad), el cual se halla descrito en el artículo 35.1 del COIP; existiendo el error de prohibición invencible y el error de prohibición vencible, cuya diferencia con el error de tipo

radica en que el de tipo se refiere a los hechos, y el de prohibición tiene que ver con la ilicitud de la conducta.

En el error invencible, el autor no tiene conocimiento de la existencia de una norma que prohíbe su comportamiento; en el error vencible, aunque el autor es consciente de que su conducta está generalmente prohibida, erróneamente cree que en esa situación particular existe una causa de justificación que le permite actuar, o piensa que está dentro de los límites de dicha justificación o que se cumplen los requisitos necesarios para aplicarla (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 383). Este error de prohibición debe ser ampliamente sustentado.

Modalidad del delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos

Conforme con Sempértegui Torres (2022), usualmente el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos se perpetra a través de una modalidad conocida como "phishing", de la cual el objetivo principal es conseguir de la víctima números de cuentas bancarias o claves para posteriormente, obtener fraudulentamente un beneficio económico ilícito por medio del engaño. El cibercriminal que utiliza esta técnica se denomina phisher, quien crea comunicaciones que aparentan ser legítimas, comúnmente a través de correos electrónicos u otros medios, con el fin de suplantar la identidad de una persona, institución o agente de confianza para el usuario. El objetivo principal es que la víctima entregue información sensible (pp. 35-36).

Rosero Tejada (2021) indica que el phishing es una forma de ataque que se basa en la ingeniería social, cuyo objetivo es explotar las vulnerabilidades presentes en los procesos del sistema, las cuales son provocadas por los propios usuarios (p. 7).

Una vez que los usuarios incautos acceden a estos sitios falsos, son inducidos a ingresar sus datos confidenciales, lo que brinda a los delincuentes la oportunidad de llevar a cabo estafas y fraudes con la información obtenida. La estrategia más común para ejecutar este engaño es el envío de spam, o correo no deseado, invitando al usuario a visitar la página falsa. A menudo, estos correos se disfrazan como si provinieran de departamentos de recursos humanos, tecnología o áreas comerciales vinculadas a transacciones financieras.

Menos frecuentemente, el fraude puede propagarse a través de faxes o mensajes SMS enviados a teléfonos móviles. En algunos casos, los mensajes prometen grandes premios o descuentos en productos. Es importante señalar que estos mensajes suelen ser genéricos y se envían

masivamente para alcanzar a un gran número de usuarios, confiando en que incluso un pequeño porcentaje caerá en la trampa y proporcionará su información en el sitio falso (Sempértegui Torres, 2022, p. 36).

Riesgo Procesal

Para Krauth (2018), el riesgo procesal se erige como un requisito no descrito expresamente, no obstante, es aplicable y debe ser considerado en cualquier medida cautelar. Este supuesto material se desprende por medio del uso de la lógica. Puesto que, si no hay el riesgo de que el imputado no acuda al proceso, no habría la necesidad de aplicar alguna medida cautelar. Como lo señala el COIP en el artículo 522 del COIP que las medidas cautelares se usan para asegurar la comparecencia del procesado y en el artículo 534 indica este mismo fin para la prisión preventiva.

Se puede definir el fundamento material de la medida cautelar dado que el sistema del COIP puede abordar el riesgo procesal mediante medidas cautelares que no impliquen privación de libertad, por ende, la aceptación de la prisión preventiva exige la existencia de un riesgo procesal significativo. Este riesgo que involucra a la persona bajo proceso, debe ser lo suficientemente grave como para que las medidas cautelares no privativas no sean adecuadas para combatirlo. Solo en tales circunstancias es necesaria la aplicación de la prisión preventiva, tal como se establece en el artículo 534, numeral 3, del COIP (Krauth, 2018, p. 42).

Sempértegui Torres (2022) destaca un punto sumamente importante a considerar para tratar el riesgo procesal en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Algunas características del delito informático son la rapidez con la que se cometen estos delitos, la distancia entre el lugar donde se lleva a cabo la acción ilícita y el lugar donde se produce el resultado, así como la dificultad para identificar a los autores, son factores clave. Los autores tienen la capacidad de eliminar evidencias o modificar programas y datos sin dejar rastro, lo que les permite actuar con impunidad. Además, una característica significativa de estos delitos es su flexibilidad en términos de tiempo y espacio, puesto que no requieren un lugar físico específico para llevarse a cabo, lo que complica la verificación de los hechos ilícitos (p. 7).

Por último, estos delitos suelen ocasionar pérdidas económicas irreparables, afectando tanto a instituciones financieras como a sus usuarios que utilizan plataformas digitales. Este aspecto es crucial, ya que quienes cometen estos delitos suelen poseer un amplio conocimiento en informática y, en algunos casos, están en posiciones que les permiten acceder a información

sensible, causando así un daño económico considerable. Como resultado de lo anterior, es común que estas conductas no sean investigadas o, en el peor de los casos, no se informen a las autoridades competentes, lo que se debe al alto índice de impunidad existente debido a la falta de normativa que sancione estas actividades (Sempértegui Torres, 2022, p. 8).

El riesgo procesal asociado al delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos es significativo, especialmente dado que se trata de un delito cibernético que presenta características particulares. Este tipo de delito se caracteriza por su rapidez en la ejecución y la capacidad de los delincuentes para operar a distancia, lo que dificulta la detección y captura de quienes lo perpetran. Los autores suelen tener habilidades técnicas avanzadas que les permiten eliminar evidencias digitales o alterar datos, asegurando así su impunidad.

La severidad del riesgo procesal en estos casos radica en varios factores como la transnacionalidad del delito. Los autores pueden desplazarse o encontrarse entre jurisdicciones, lo que complica la acción de las autoridades para garantizar su comparecencia ante la justicia. Esto incrementa el riesgo de fuga, puesto que, los delincuentes pueden escapar a países donde la legislación es menos estricta.

Otro factor es la dificultad probatoria, la apropiación fraudulenta por medios electrónicos a menudo se lleva a cabo mediante técnicas como el phishing, donde se engaña a las víctimas para obtener información confidencial. La complejidad técnica de estos delitos puede dificultar la recolección de indicios suficientes para sustentar una acusación sólida. Asimismo, existe una alta tasa de impunidad en delitos cibernéticos debido a la falta de normativa específica y a la insuficiencia de recursos para investigar adecuadamente estos casos.

La evaluación del peligro procesal debe centrarse en las circunstancias específicas, dejando de lado las consideraciones subjetivas. En el contexto de la aplicación de medidas cautelares, se trata de riesgos y eventos futuros que, por su naturaleza, no pueden ser comprobados totalmente. Lo único que es posible verificar es el hecho que origina el riesgo procesal. El punto de partida para analizar el peligro procesal se basa en los indicios, tal como lo establece la ley, es decir, en hechos que son verificables (Krauth, 2018, 57).

Ejemplos de estos indicios incluyen el retiro de grandes sumas de dinero, la compra de un pasaje de avión o la venta de un vehículo. La fundamentación presentada por la Fiscalía para respaldar su solicitud se apoya en estos indicios. En el contexto del numeral 2 del artículo 520 del COIP, la Fiscalía tiene la obligación de aportar indicios concretos que demuestren si existe

o no un riesgo procesal (Krauth, 2018, 57-58).

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Romero Feris vs. Argentina (2019a) determina que el riesgo procesal no se debe presumir, más bien tiene que llevarse a cabo una comprobación de este riesgo dependiendo del caso en concreto, basándose en circunstancias ciertas y objetivas de cada caso (párr. 99). La CDH considerando los desarrollos que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto de la manera en la que se acreditan los elementos que conforman los fines legítimos de las medidas cautelares sostiene que, no es posible evaluar el riesgo de fuga solo tomando en cuenta la severidad de la pena que se podría imponer, sino que este debe valorarse tomando en cuenta otros factores imprescindibles por los que se puede comprobar que existe un peligro de fuga (párr. 105).

Factores que se relacionan con la ocupación, el hogar, vínculos familiares, bienes y toda clase de relación con el país en se lleva a cabo el proceso. La corte afirma también que el riesgo procesal de que el procesado tenga intenciones de obstaculizar el adecuado desarrollo de los procedimientos debe respaldarse con evidencias objetivas, ejemplificando, el peligro de que se ponga presión sobre los testigos o que la persona procesada pertenezca a una pandilla u organización criminal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019a, párr. 105).

Notificación Roja de Interpol

La notificación roja se basa en una solicitud enviada a las fuerzas del orden a nivel global con el objetivo de localizar y detener temporalmente a una persona mientras se espera su extradición o un procedimiento judicial. Este mecanismo se basa en una orden de detención o una disposición judicial emitida por las autoridades del país que realiza la solicitud. Cada país miembro utiliza su legislación nacional para decidir si es posible llevar a cabo la detención de la persona en cuestión. En ese sentido, Ecuador se adhirió a la INTERPOL la fecha del 19 de septiembre de 1962, siendo esta organización un pilar fundamental en la lucha contra el crimen trasnacional en el país (Interpol, 2024).

Las notificaciones rojas no son órdenes de arresto internacionales, sino alertas que indican que una persona es buscada por un país miembro debido a la existencia de una orden de detención o una sentencia judicial válida (Boleo Global, 2023). Este mecanismo es fundamental para la cooperación policial internacional, ya que permite que las fuerzas del orden en diferentes naciones trabajen juntas para localizar y detener a fugitivos.

La INTERPOL (2011) en su Reglamento sobre el Tratamiento de Datos establece la normativa que detalla las reglas acerca de las notificaciones rojas. De esta manera señala que, las notificaciones rojas serán emitidas a solicitud de una Oficina Central Nacional o de una entidad internacional con autoridad en investigación y enjuiciamiento penal, con el propósito de localizar a una persona requerida y proceder con su detención o restricción de movimientos, en función de su extradición, entrega o la aplicación de otras medidas jurídicas equivalentes (art. 82).

Esta normativa determina las condiciones para publicar una notificación roja, lo que incluye los criterios y datos mínimos que se deben suscitar. En los criterios mínimos se encuentran condiciones cumulativas, entre ellas que el acto en cuestión tiene que ser un delito grave de derecho común. Si bien, en este reglamento no se define específicamente que es un "delito grave de derecho común", si establece las categorías de delitos por los que no se podrá publicar una notificación roja, las cuales se hallan especificadas en la lista de los delitos específicos por los que no se pueden publicar notificaciones rojas publicada por la Interpol. En ese sentido, el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos no se encuentra en ninguna de las categorías referidas, lo que significa que si se permite publicar una notificación roja por este ciberdelito.

Asimismo, al hablar de un "delito grave de derecho común" no se trata únicamente de delitos con las penas más severas. Con respecto a esto, según Gerson Vidal (2023), en muchas jurisdicciones, un delito grave puede resultar en una condena de prisión superior a un año, mientras que los delitos menores suelen ser castigados con menos de un año de prisión o con sanciones menos severas. Considerando este punto de vista en específico, la apropiación fraudulenta se puede identificar como un delito grave porque tiene una pena de uno a tres años de prisión.

Cabe destacar que los delitos graves se definen generalmente como aquellos que implican un daño significativo a las personas o a la sociedad. El delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede ser clasificado como un "delito grave de derecho común" dado que este involucra el uso de tecnología para defraudar a otros, lo que se considera una violación seria de las normas legales y sociales. La apropiación fraudulenta entonces puede encajar como un delito grave, puesto que afecta no solo a individuos, sino también a la confianza en los sistemas económicos y tecnológicos.

Como se planteó en los antecedentes existen varias convenciones y tratados internacionales que abordan el tema de los ciberdelitos, como la Convención de Budapest sobre Ciberdelincuencia que establece un marco para la cooperación internacional en la lucha contra los delitos cometidos a través de internet, lo que incluye la apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Esta convención reconoce que los delitos informáticos pueden tener un impacto significativo en la seguridad pública y la economía, lo que justifica su clasificación como delitos graves.

Que el acto por el que se solicite la publicación de una notificación roja sea un delito grave de derecho común es la primera condición cumulativa con respecto de los criterios mínimos. El cual se cumple en el delito de apropiación fraudulenta. La otra condición que establece la Interpol tiene que ver con el límite de pena:

- Si se busca a la persona para un proceso penal, el hecho por el que se la busca debe constituir un delito punible con una pena de privación de libertad máxima de al menos dos años, o con una pena más grave;
- -Si se busca a la persona para el cumplimiento de una condena penal, la pena impuesta debe ser al menos de seis meses de privación de libertad, o bien le queda por cumplir una parte de la pena al menos de seis meses de privación de libertad (INTERPOL, 2011, art. 83).

Si se considera el primer escenario en el que se busca a un fugitivo para el proceso, la apropiación fraudulenta cabe dentro del límite de pena dado que su pena máxima es de tres años; si se contempla el segundo escenario para el cumplimiento de la condena, este delito se encuadra a esta normativa suscitando así la segunda condición cumulativa para la publicación de una notificación roja de Interpol.

En cuanto a la tercera condición, la solicitud debe implicar que esta sea de interés para la cooperación con la policía internacional. La cual se consuma en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos al ser este un ciberdelito que en tratados y convenios internacionales varios países miembros se han comprometido a combatir.

Aunque es cierto que en la primera parte del artículo 83 del Reglamento de INTERPOL sobre el Tratamiento de Datos se estatuyen estas tres condiciones cumulativas, en el literal b) de este mismo artículo se norma que incluso cuando no se cumplan los criterios indicados en estas condiciones cumulativas, la Secretaría General podrá optar por publicar una notificación roja

si, tras consultar con la Oficina Central Nacional o la entidad internacional autorizada solicitante, determina que dicha publicación tendría una relevancia especial para la cooperación policial internacional. De la misma manera, en el literal c) se prescribe que, si esta solicitud hace referencia a múltiples delitos, la notificación podrá publicarse para todos los que se enmarquen a esta norma, siempre y cuando al menos uno de los delitos cumpla los criterios mínimos explicados con anterioridad.

Otra condición específica para la publicación de una notificación roja es que se proporcionen los datos de identificación y datos jurídicos de la persona a buscar por la policía internacional. De esta manera, únicamente se podrá publicar una notificación roja cuando se faciliten los datos suficientes de identificación, los cuales se considerarán como tales los que comprendan alguna de las siguientes combinaciones de datos:

i. Apellidos, nombre, sexo, fecha de nacimiento (al menos el año), y uno de los siguientes elementos de identificación: - la descripción física, o - el perfil de ADN, o - las huellas dactilares, o - los datos contenidos en documentos de identidad (por ejemplo, el pasaporte o la tarjeta nacional de identidad);
ii. Una fotografía de buena calidad con algunos datos complementarios (p. ej. otros nombres, el nombre del padre o de la madre, una descripción física más completa, el perfil de ADN, las huellas dactilares, etc.) (INTERPOL, 2011, art. 83).

A la vez, se publicará una notificación roja al facilitarse los suficientes datos jurídicos, los cuales se consideran así:

i. la exposición de los hechos, que debe incluir una descripción clara y sucinta de las actividades delictivas de la persona buscada, incluidos la fecha y el lugar de la presunta actuación delictiva;
ii. la calificación del delito o los delitos;
iii. las referencias de las disposiciones de la legislación penal que reprimen el delito (siempre que sea posible, y de conformidad con las leyes nacionales o la reglamentación de la entidad internacional autorizada, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional autorizada solicitantes deberán facilitar el texto de las disposiciones de la legislación penal aplicables);
iv. la pena máxima aplicable, pena impuesta o resto de pena pendiente de cumplir;

> v. la referencia de una orden de detención válida o de una resolución judicial equivalente (siempre que sea posible, y de conformidad con las leyes nacionales o de las reglas de funcionamiento de la entidad internacional autorizada, la Oficina Central Nacional o la entidad internacional autorizada solicitante deberá facilitar una copia de la orden de detención o de la resolución judicial) (INTERPOL, 2011, art. 83).

Al solicitar la publicación de una notificación roja la entidad internacional solicitante o la Oficina Central Internacional deben ofrecer ciertas garantías detalladas en el artículo 84 del reglamento. Entre las cuales se detalla la de que la petición de notificación roja se realice en colaboración con las autoridades competentes encargadas de las extradiciones, y se han proporcionado garantías de que se solicitará la extradición una vez que se produzca la detención de la persona buscada, de acuerdo con la legislación nacional o los tratados bilaterales o multilaterales pertinentes. Es relevante también el artículo 86 que establece que la Secretaría General antes de publicar una notificación roja debe llevar a cabo un examen jurídico de conformidad con la normativa de Interpol.

MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA

Finalidad de la prisión preventiva

Como ya se planteó en los antecedentes legales de este trabajo, el COIP estatuye que el fiscal deberá solicitar de forma fundamentada la aplicación de la prisión preventiva al juez competente meramente con dos finalidades: la primera, la de garantizar que el procesado acuda al proceso, y la segunda, la del cumplimiento de la pena. Son estas dos finalidades las específicas de esta medida cautelar que señala este cuerpo normativo.

Adicional a esto, en el artículo 519 indica las finalidades de las medidas cautelares en general, aunque como ya se determinó, la prisión preventiva dado su carácter excepcional, en teoría, no puede ser ordenada por los fines contemplados en los numerales 1), 3) y 4) de este artículo. Únicamente puede ser aplicada por los fines ratificados en el segundo inciso de este artículo, entonces los fines legítimos de la prisión preventiva son la comparecencia del procesado al proceso, la reparación integral y el cumplimiento de la pena.

Ahora bien, la Corte Nacional en su Resolución No. 14-2021 sostiene que la medida cautelar de prisión preventiva es de carácter excepcional, personal, provisional, no punitiva, subsidiaria, motivada, proporcionada y revocable, que tiene efecto directo en la libertad personal, siendo

esta la más severa en afectar a este derecho. Cuyo fin inmediato de la prisión preventiva es el de garantizar que el proceso penal tenga éxito.

En otras palabras, enfocándose en evitar riesgos vigorosos que lo lleven a experimentar un peligro real, siendo, además, necesaria con la condición de que las medidas alternativas no sean suficientemente eficaces y útiles para alcanzar este propósito. Por lo tanto, esta medida cautelar tiene exclusivamente una finalidad procesal.

Al respecto, la Corte Constitucional (2021) en la Sentencia 8-20- CN/21 manifiesta que:

> La Constitución contempla a la prisión preventiva como una medida excepcional que tiene como finalidades exclusivas (i) garantizar la comparecencia de la persona procesada, (ii) garantizar el derecho de las víctimas a "una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones" y (iii) "asegurar el cumplimiento de la pena (párr. 40).

La Corte Constitucional en esta sentencia determina una finalidad adicional de la prisión preventiva que el artículo 534 del COIP no menciona. Sin embargo, este ente jurisdiccional es el máximo órgano de interpretación constitucional. Esto significa que esta interpretación puede ser utilizada como base legal en la toma de decisiones, al ser este criterio de carácter vinculante para todas las autoridades y ciudadanos, incluidos los jueces.

De esta manera, si la Corte Constitucional ha aclarado que una de las finalidades de la prisión preventiva es garantizar el derecho de las víctimas a una justicia eficiente y sin dilaciones, ese criterio se convierte en parte del marco interpretativo de la norma. En este caso, el criterio de la C. C. busca proteger los derechos de las víctimas a un proceso judicial ágil y eficiente, lo que es coherente con los principios establecidos en la Constitución, el COIP y los tratados internacionales de derechos humanos.

Con respecto a la finalidad de la prisión preventiva la CIDH en la Sentencia Romero Feris vs Argentina del 15 de octubre de 2019, haciendo primero mención del art 7.5 del Pacto de San José que trata acerca del derecho a la libertad personal que en su parte final indica que la libertad de una persona detenida o retenida puede estar condicionada a garantías que respalden su asistencia al juicio.

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019a) alega que "el sentido de esta norma indica que las medidas privativas de la libertad en el marco de procedimientos

penales son convencionales, siempre que tengan un propósito cautelar, es decir, que sean un medio para la neutralización de riesgos procesales, en particular, la norma se refiere a la finalidad relacionada con la comparecencia al proceso" (párr. 100). En esta misma sentencia la CIDH señala que la prisión preventiva es una medida de carácter cautelar y no una medida con carácter punitivo.

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019a) también indica que:

> Únicamente deben ser consideradas como finalidades legítimas de la prisión preventiva, aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro de fuga del procesado, directamente establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana, y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento (párr. 102).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022) en el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México en la sentencia del 7 de noviembre señala que "la privación de libertad de un imputado o de una persona procesada por un delito no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena" (párr. 104).

Por otro lado, la CIDH en el Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú en la sentencia de 14 de octubre de 2019 determina requisitos para que una medida privativa de libertad no sea arbitraria los cuales son: 1) que el fin de la medida privativa de libertad mantiene compatibilidad con la Convención; 2) que esta medida adoptada sea idónea para alcanzar la finalidad perseguida; 3) que sean necesarias, en otras palabras que sea en absoluto indispensable para conseguir este fin deseado y que no haya otra medida menos gravosa; 4) que sea proporcional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019b, párr. 204).

La CIDH sostiene además que, para privar de la libertad al imputado únicamente se lo puede hacer con una finalidad legítima. La que es garantizar que el procesado no impida ni obstaculice el desarrollo del procedimiento ni eluda la acción de la justicia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019b, párr. 201).

Procedencia: Idoneidad, motivación, proporcionalidad y necesidad de la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva

La procedencia de la prisión preventiva involucra que se cumplan las condiciones legales y

procesales establecidas para que esta medida cautelar sea válida y justificada. Esto incluye entre otros el riesgo procesal, que es la posibilidad de que el imputado evada la justicia u obstruya la investigación; la proporcionalidad, que la medida sea adecuada en relación con la gravedad del delito; la motivación, la necesidad, y que no existen medidas menos gravosas que puedan garantizar los fines del proceso en el caso en concreto.

Para comenzar, al imponer una medida cautelar el juzgador debe explicar que esta sea la adecuada para conseguir la finalidad deseada. A la vez, este principio se conoce como como principio de utilidad. Generalmente, la justificación de la medida tiene que ofrecer la posibilidad de adecuar la limitación del derecho fundamental de la libertad y la finalidad de la misma medida lo que radica también en obtener elementos de convicción relevantes y los efectos del delito específico, lo que corresponde a la etapa de instrucción fiscal (Krauth, 2018, p. 47-48). En otras palabras, la idoneidad involucra que se cumpla con la finalidad legítima de la medida cautelar.

La Corte Nacional (2021) en su Resolución No. 14-2021 en el considerando indica que la idoneidad supone también un límite al uso excesivo de la prisión preventiva, siempre que, una vez que se cumpla la finalidad por la que se impuso, si el escenario que en un principio motivó su imposición cambia, esta tiene que ser sustituida por una medida alternativa menos vigorosa, inclusive revocarla de presentarse la oportunidad.

En el caso de la prisión preventiva, el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 536 erige una limitación al indicar que no se aplica esta sustitución en las infracciones con una sanción privativa de libertad mayor a cinco años. Sin embargo, esto no afecta al delito objeto de este estudio, que es la apropiación fraudulenta por medios electrónicos cuya sanción máxima es tres años de prisión. Por lo que, se logra la idoneidad descrita en toda su extensión.

Pues bien, para Krauth (2018) el artículo 520 del COIP establece las "reglas generales de las medidas cautelares". Sin embargo, dichas reglas no se refieren específicamente a la procedencia de la prisión preventiva, sino más bien a la procedencia de la solicitud de esta medida (p. 28). Como ya se detalló el fiscal debe presentar una solicitud fundamentada ante el juez para pedir la aplicación de esta medida.

Fundamentar implica exponer todos los hechos del caso que justifican la licitud de la medida cautelar solicitada. Una solicitud debidamente fundamentada debe ser concluyente, es decir, la Fiscalía debe cubrir todos los requisitos materiales que justifiquen la medida cautelar. El fiscal

tiene que presentar los hechos que puedan encuadrarse en los supuestos legales de la prisión preventiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 534 del COIP.

Acerca de la motivación de la prisión preventiva el COIP en el inciso séptimo del artículo 534 señala que cuando el juzgador ordene prisión preventiva en su resolución debe obligatoriamente motivar su decisión y explicar cuáles son las razones por las que las demás medidas cautelares resultan insuficientes. Al emitir esta resolución debe contener:

> a. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.
> b. Que los elementos aportados por Fiscalía permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado.
> c. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 534).

Cabe destacar que la Constitución de la República del Ecuador (2008) dentro de las garantías del derecho al debido proceso dispone que, las resoluciones que emita el poder público tendrán que contener motivación. Se considera que no exista motivación en el caso de que no se señalen los principios jurídicos o las normas en las que se fundamenta la resolución y que haya una explicación de la aplicarlos a los fundamentos de hecho (artículo 76, numeral 7, literal l).

La motivación es la justificación de los razonamientos por los cuales el juzgador llega a una decisión, la cual se compone de los fundamentos de hecho y fundamentos de derecho considerados para la resolución emitida, pero no implica la sola exposición de estos sino también una relación lógica que fundamenten la decisión del juez. En ese sentido la motivación según Espinosa (2018) es “el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho con contenido crítico, valorativo y lógico en que el juez apoya su decisión” (p. 46).

La Corte Nacional (2021) en su Resolución No. 14-2021, en el considerando veinte señala que cuando la prisión preventiva resulte el medio más útil para que de manera razonada contrarrestar el riesgo procesal que se procura evitar. Para la motivación de una resolución se

tiene que identificar claramente una adecuación entre la finalidad de la medida y la limitación del derecho a la libertad; lo que significa que los elementos presentados por Fiscalía deben llevar al juez a concluir que únicamente la prisión logra evitar el riesgo procesal.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019a) en el caso Romero Feris vs. Argentina prescribe que una medida cautelar restrictiva de la libertad no será arbitraria cuando: i. se establezcan fundamentos materiales que demuestren la existencia de un acto ilícito y la relación de la persona procesada con dicho acto; ii. dichas medidas deben superar los cuatro componentes del "test de proporcionalidad", es decir, tener un propósito legítimo (acorde con la Convención Americana), ser adecuadas para lograr el objetivo, necesarias y estrictamente proporcionales; y iii. la resolución que las imponga debe estar debidamente motivada, permitiendo así evaluar si cumple con las condiciones mencionadas.

La Corte ha considerado que cualquier limitación a la libertad que contenga una motivación insuficiente, en contra del artículo 8 que no permita analizar si se adecúa a las condiciones establecidas será arbitraria. De esta manera, para que se respete la presunción de inocencia, prescrita en el numeral 2, cuando se ordene alguna medida cautelar restrictiva de la libertad, el Estado debe fundamentar y acreditar, de forma motivada y clara, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Convención, adecuándose al caso en concreto (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019a, párr. 110).

Asimismo, cuando se presente ante el juez alguna solicitud de liberación del procesado, este tendría que motivar así sea mínimamente cuales serían las razones por las que la prisión preventiva debería continuar, sin exceder el límite razonable (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019ª, párr. 111). Estos criterios de la CIDH mantienen concordancia con el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México.

Cabe mencionar que la motivación de las decisiones debe ser completa, con la exposición de los fundamentos de hecho y criterios de derecho que se ajusten a estos fundamentos, que exista lógica. Al referirse a que está motivación debe ser clara también se refiere a que sea entendible, esto significa que incluso una persona que no sea un profesional del derecho pueda entenderla.

La motivación, además, no es simplemente un recurso explicativo. Fundamentar una decisión es distinto de simplemente explicarla. Mientras que fundamentar exige justificar los motivos que llevan a una conclusión, analizando tanto los presupuestos fácticos como normativos, explicar solo requiere una indicación de los motivos o antecedentes que originan una acción.

Esto significa señalar el proceso lógico que ha permitido al juez o tribunal llegar a su decisión, sin una implicación intelectual profunda. Sólo habrá motivación si en la resolución se mencionan los principios y las normas jurídicas en las que se basa y explica detalladamente la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho (Krauth, 2018, pp. 31-33).

Por otro lado, el COIP dispone en el artículo 520.4 que al ser aplicada una medida cautelar el juzgador debe considerar los criterios de proporcionalidad de esta medida, lo que aplica también para la prisión preventiva, que mantiene concordancia con el artículo 534 de este mismo cuerpo legal, en el que indica que en la resolución el juez deberá motivar su decisión lo que incluye el cumplimiento del principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad significa que debe existir equilibrio entre el beneficio de la aplicación de la medida (que el procesado acuda al proceso, asistencia para la administración de la justicia) y el daño que causa la medida (en este caso la privación de libertad). Es por esto que, al momento de considerar aplicar la prisión preventiva se tiene que tener en cuenta, ponderando, el efecto de esta medida cautelar (ejemplificando, afectación de relaciones sociales y familiares, o en el trabajo, además, a causa de las deficiencias en la administración de las cárceles, esto también puede implicar un daño a la integridad física) (Krauth, 2018, p. 42). Dependiendo del caso en concreto se debe ponderar estas cuestiones en observancia de los criterios de proporcionalidad.

Krauth (2018) rigiéndose al tener literal de la ley se puede identificar el presupuesto material de la prisión preventiva. Considerando que el COIP determina un sistema de medidas cautelares no privativas de libertad para combatir el riesgo procesal como lo promueve el artículo 522. Lo que significa que la procedencia de la prisión preventiva involucra un riesgo procesal de cierta intensidad (p. 42).

El riesgo procesal que conlleva el individuo procesado tiene que ser tan intenso, que las otras medidas cautelares no privativas resultaran insuficientes para enfrentarlo. Solo con este presupuesto, se considera necesaria la aplicación de la prisión preventiva en cumplimiento del numeral 3 del artículo 534 del COIP. La palabra "necesaria" abarca el principio universal de proporcionalidad, por aquello que el juzgador al motivar su decisión tiene que considerar los criterios de proporcionalidad y necesidad de la medida solicitada, en relación con el numeral 4 del artículo 520 del COIP (Krauth, 2028, p.42).

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019a) en el caso Romero Feris

vs. Argentina determinó que para que no se considere arbitraria una medida cautelar restrictiva de la libertad debe cumplir con ciertos requisitos, entre ellos con los cuatro criterios del test de proporcionalidad. El juzgador podrá imponer esta medida cautelar únicamente cuando concurran estos cuatro elementos:

1) La finalidad de la medida restrictiva de la libertad debe ser compatible con la Convención;
2) La medida sea idónea para alcanzar el fin perseguido;
3) La medida sea necesaria, en otras palabras, que sea indispensable para cumplir con el fin deseado, de modo que no haya una medida menos severa con relación al derecho afectado para conseguir el fin propuesto; y,
4) La medida sea estrictamente proporcional, lo que significa que la afectación del derecho a la libertad no resulte desmedido o exagerado frente a las ventajas que se pueden obtener a través de esta restricción y el alcance de la finalidad deseada (párr. 98).

Como se ha detallado en el apartado anterior, la finalidad de la medida cautelar debe ser legítima en pro de que la persona procesada no obstaculizará el desarrollo del procedimiento y tampoco evadirá la acción de la justicia. Cabe destacar que la CIDH señala que la prisión preventiva no posee un carácter punitivo más bien esta tiene un fin cautelar (Corte Interamericana, 2019a, párr. 97).

Por último, otro criterio fundamental para la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva es la necesidad. El COIP establece específicamente en su artículo 534.3 este supuesto material de esta medida. Krauth (2018) destaca algo importante a considerar respecto de este numeral en específico, indicando que se menciona explícitamente el principio de necesidad en la parte final de este artículo, cuya estructura debe entenderse de esta manera:

El juzgador tiene que aclarar la razón por la que es necesaria la prisión preventiva, una vez que determine que las medidas no restrictivas de la libertad resultan insuficientes, lo que significa que estos dos subcriterios deben coexistir, porque pese a que las medidas alternativas se consideren insuficientes (ante los hechos expuestos concretamente), la prisión preventiva aun así podría ser innecesaria, por lo que debe ser explicada (pp. 45-46).

El principio de necesidad implica que la intervención del Estado solo se justifica cuando no hay otros medios disponibles que puedan lograr el mismo resultado. Por lo tanto, cuando a un juez le es solicitado dictar o autorizar una medida, debe requerir al investigador que presente las alternativas disponibles y que demuestre que no hay otra opción viable, excepto la que

implica la restricción de un derecho fundamental.

De acuerdo con la jurisprudencia internacional, una medida no se considerará necesaria si se puede obtener el mismo resultado o uno mejor mediante una intervención menos gravosa. Adicionalmente a esto, al realizar la ponderación sobre la magnitud de las medidas solicitadas por la Fiscalía, el juez debe tener en cuenta, de manera específica, los efectos colaterales que podrían surgir al alcanzar el resultado deseado. En otras palabras, el juez debe evaluar constantemente cómo la medida solicitada afectará la situación familiar, laboral o social del imputado (Krauth, 2018, p. 50).

Por su parte, la Corte Constitucional (2021) en la Sentencia 8-20- CN/21 citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que el principio de necesidad establece que la prisión preventiva solamente debe imponerse cuando sea estrictamente necesaria para asegurar el desarrollo efectivo de la investigación y el avance del proceso. Esto implica que la evaluación debe centrarse en factores relacionados con la obstrucción y la evasión. Por lo tanto, es fundamental determinar si existen condiciones que justifiquen la aplicación de esta medida; de lo contrario, su imposición podría considerarse arbitraria (párr. 20).

Asimismo, la Corte Constitucional (2018) en la Sentencia No. 001-18-PJO-CC determina que el derecho a la libertad no es un derecho de ejercicio absoluto, por ende, es susceptible de limitaciones (párr. 31).

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019a) en el caso Romero Feris vs. Argentina, Respecto de la necesidad, explica que dado que la privación de la libertad representa una limitación a la autonomía personal, es necesario que la autoridad judicial imponga tales medidas únicamente cuando determine que los otros mecanismos establecidos por la ley, que conllevan un menor grado de intervención en los derechos individuales, resultan insuficientes para alcanzar el fin procesal (párr. 106).

Objetivo General

Discutir la aplicación de la prisión preventiva en el delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos.

Objetivos Específicos

1. Reconocer los requisitos legales y criterios que justifican la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva.
2. Analizar la teoría del delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos.
3. Explicar la Notificación Roja de Interpol en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos.

CAPÍTULO II.- METODOLOGÍA

2.1 Materiales

La presente investigación se ajusta a un tipo de investigación bibliográfica documental, por ende, se ha realizado un compendio de investigaciones relacionadas con el tema objeto de este estudio. Se empleó la revisión sistemática de documentos como artículos científicos de preferencia indexados obtenidos de la base de datos. Adicionalmente, se consideró fuentes doctrinarias.

De la misma manera, se ha recopilado información de libros y tesis de grado y postgrado asociados al tema de investigación, los cuales han sido seleccionados de bases de datos científicas y del acervo bibliográfico de la facultad. Por otro lado, se ha elaborado una extensa revisión de boletines de la Fiscalía General del Estado y de boletines de prensa nacional e internacional, entre otros. A la vez, se ha considerado normativa nacional como la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal, entre otros; Instrumentos y Pactos Internacionales y demás normativa aplicable para la presente investigación. Adicionalmente a ello, se recopiló información de jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Nacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otra jurisprudencia relevante para el tema de estudio.

2.2 Métodos

2.2.1 Enfoque de investigación

Cualitativo

La investigación se desarrolló con un enfoque cualitativo que permitió analizar profundamente los requisitos legales y demás criterios relacionados con la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva en el contexto de un delito cibernético como es la apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Este enfoque resultó esencial para comprender las perspectivas de actores clave en el ámbito jurídico, como lo son los jueces, quienes aportaron información relevante sobre la aplicación de esta medida cautelar y sus conocimientos acerca de la apropiación fraudulenta.

El enfoque cualitativo permitió analizar los datos recolectados a partir de una perspectiva crítica, integrando los fundamentos teóricos con los criterios empíricos proporcionados por los entrevistados. Este proceso ayudó a identificar el alto riesgo procesal característico de los delitos informáticos, así como la relevancia de herramientas internacionales como la Notificación Roja de Interpol. Este enfoque fue clave para desarrollar una visión integral y detallada del tema, permitiendo conectar las teorías del derecho penal con la práctica judicial en el manejo de delitos cibernéticos.

Técnica

La técnica empleada en este trabajo de investigación fue la entrevista, la que de acuerdo con Hernández Sampieri y Mendoza Torres (2018), sirve para la recolección de datos. Las entrevistas realizadas proporcionarán datos ricos en detalles, permitiendo explorar las percepciones, experiencias y razonamientos detrás de las decisiones judiciales en torno a la prisión preventiva en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Asimismo, posibilitó ampliar la comprensión de los requisitos y análisis que llevan a cabo estos profesionales antes de dictar una medida cautelar de prisión preventiva. El método empleado conjuntamente con esta técnica permitió no únicamente analizar las respuestas de los entrevistados, sino también contextualizarlas dentro del desarrollo teórico elaborado en este trabajo.

2.2.2 Modalidades de investigación

Investigación bibliográfica

La investigación desarrollada fue bibliográfico documental, conforme con Revilla Figueroa, Sánchez-Huarcaya, Degola, Poma, Mendívil Trelles de Peña y Tafur Puente (2020), la investigación bibliográfica se usa primordialmente en los estudios de enfoque cualitativo. Aquello involucró acceder a información disponible en fuentes visuales o escritas elaborados por individuos, instituciones o investigadores para diversas finalidades. De este modo, la base fue el análisis de contenido, de las normas del ordenamiento jurídico, instrumentos internacionales, jurisprudencia, libros e investigaciones relacionadas al tema, lo que, a su vez, permitió desarrollar un análisis profundo de los requisitos de la prisión preventiva, la naturaleza, base legal y la teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos.

2.2.3 Tipo de investigación

Investigación descriptiva

El nivel de esta investigación fue descriptivo, con respecto a esto, Ramos Galarza (2020) sostiene que, en este tipo de investigación, se busca proporcionar una descripción detallada y determinar las características de los fenómenos del estudio. Al ser este estudio de carácter cualitativo, se alcanzó una comprensión más profunda de la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva a través del contacto directo con actores fundamentales en el uso de esta medida cautelar como son los jueces.

En este contexto, este estudio se enfoca en describir y analizar los requisitos que justifican la imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva, que dependerá del caso en concreto y sus características. De igual manera, al ser descriptiva se detallaron los elementos que conforman la teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos y se expone el análisis propio de este delito informático. De esta manera, se analiza y detalla las características, contextos y criterios asociados con la aplicación de esta medida cautelar en el ámbito penal ecuatoriano. La naturaleza descriptiva de la investigación permitió explorar en profundidad los elementos teóricos y prácticos relacionados con la tipificación del delito y los desafíos derivados de su carácter transnacional.

CAPÍTULO III.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1 Análisis y discusión de los resultados

Análisis

En este capítulo se desarrollará el análisis y discusión de resultados con miras a satisfacer la metodología utilizada, los objetivos específicos propuestos en la presente investigación planteados a raíz de la investigación de antecedentes y la factibilidad de llevar a cabo este trabajo.

Una vez aplicadas las entrevistas a 10 jueces de Ambato, entre juzgadores de Garantías Penales, de la Corte Provincial Penal, y con conocimiento en materia penal, se lleva a cabo el análisis correspondiente detallando los resultados obtenidos junto con el análisis e interpretación respectivos conforme las preguntas formuladas en las entrevistas. Se plantearon siete preguntas abiertas, las cuales permiten ampliar los criterios y temas tratados acerca de la medida cautelar de prisión preventiva y el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos contenidos en el desarrollo teórico de este trabajo.

Requisitos legales y criterios que justifican la imposición de la prisión preventiva.

A los entrevistados se les consultó acerca de los criterios que consideran relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva. El análisis de las entrevistas realizadas a los jueces de Ambato muestra que existe un consenso en torno a los criterios esenciales para la aplicación de la prisión preventiva.

En primer lugar, todos los entrevistados coincidieron en que la medida debe ser considerada como una herramienta excepcional, sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad. Por su parte la Doctora Pilar Lozada Segura, Jueza Provincial Penal señaló que la prisión preventiva se justifica únicamente cuando se han agotado otras medidas cautelares menos gravosas y estas han demostrado ser insuficientes para garantizar los fines del proceso penal, como asegurar la comparecencia del imputado o evitar la obstrucción de la justicia.

Otro aspecto clave destacado fue el papel de los elementos de convicción en la solicitud de prisión preventiva. Varios jueces recalcaron que el fiscal debe presentar pruebas claras que vinculen al procesado con el delito, como lo sostuvo el Doctor Carlos Efraín Portero, Juez de la Unidad Judicial de Tránsito de Ambato, siguiendo lo dispuesto en el artículo 534 del COIP,

el cual establece que es imprescindible demostrar la existencia de riesgos procesales.

Uno de los entrevistados comentó que, en su experiencia, la debilidad en los elementos de convicción puede derivar en la denegación de esta medida cautelar, aun cuando el delito sea de gravedad. En este contexto, el Doctor Geovanny Borja, Juez de Garantías Penales de Ambato, expresó que no basta con que existan indicios graves de que existe un delito y de que hay un responsable a quien se presume ser el partícipe de esa infracción, sino que se debe demostrar por el titular de la acción penal que hay un riesgo procesal. Frente a los riesgos el proceso penal debe cautelarse los fines legítimos de la medida cautelar, solamente ahí surgen entonces otros principios como el de necesidad a efectos de posibilitar, entender o comprender si la medida reviste de proporcionalidad.

Igualmente, el Doctor Christian Rodríguez, Juez de Garantías Penales de Ambato comentó que la Corte Interamericana de Hechos Humanos lo ha mencionado innúmeras veces que no es por el delito o la gravedad del delito que se dicta la prisión preventiva, sino más bien es por la necesidad, la necesidad de cautelo, que se evite el frustramiento procesal, y hay que apartarse de la pena privativa del delito en específico. Siempre va a ser de manera general que se haga un análisis, siempre va a ser de manera específica que se haga un análisis de estos parámetros, si cumplen las finalidades, los principios, la legalidad, la proporcionalidad, la necesidad, entre otros.

Otra pregunta fue por la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva, este principio rector, fue otro criterio frecuentemente mencionado. Los jueces enfatizaron que la gravedad del delito y la pena esperada deben guardar relación con la severidad de la medida cautelar aplicada. Por ejemplo, en delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos, cuya pena máxima es de tres años, la prisión preventiva solo se considera procedente si existe un riesgo procesal significativo, como el peligro de fuga.

El Doctor José Luis López Erazo, Juez Provincial Penal determina que además de los requisitos del artículo 534, el establecer la existencia de los denominados riesgos procesales, es que la persona no va a interferir en el proceso de investigación y tampoco no va a evadir a la administración judicial. Y sobre esa base de la existencia de los riesgos procesales, poder establecer con debida certeza la proporcionalidad de la medida al hecho, aplicando la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad entre el derecho a la libertad ambulatoria con el bien jurídico que se va tutelar o con la presentación a la administración de justicia.

La tercera pregunta establecida fue sobre cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes. Sobre aquello, el Doctor Jorge Arcos, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia indicó que las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes cuando no garantizan la inmediación del procesado a juicio, cuando hay riesgo, dependiendo del delito que se persiga, que el procesado en libertad pueda destruir evidencias, pueda obstaculizar la investigación y, finalmente, considerar que hay riesgo para la víctima si es que el procesado está libre.

En ese mismo sentido, el Doctor Christian Rodríguez sostiene que quien fundamenta su petición de presión preventiva, también tienen que, en primer lugar, determinar o hacer un análisis de por qué es insuficiente la presión preventiva. Entonces qué es insuficiente, en función de que las personas procesadas guardan un riesgo, por ejemplo, de una revictimización para la víctima, que la persona procesada tenga un desarraigo total dentro de este proceso, la persona procesada tal vez pertenezca a un grupo que se encuentra en movilidad, no tiene siquiera registro en el cantón. ¿Qué pasa si a la persona procesada se le dicta una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva? Va a haber riesgo de fuga.

Y si es que hay riesgo de fuga, también va a haber riesgo de que el proceso se frustre. O va a haber un riesgo de que la persona procesada intervenga de manera indebida en el proceso. Por ejemplo, atacando o interviniendo de manera negativa con la víctima o con la prueba que se pretende adoptar por parte de la fiscalía. De ello va a determinar si es insuficiente por estos motivos.

La premisa mayor es la fundamentación y la presentación de elementos en los cuales se determina que las medidas alternativas son insuficientes. Por ejemplo, que la presentación periódica es insuficiente, que se pondría en riesgo al proceso, que la prohibición de salida del país es insuficiente, que la imposición del dispositivo electrónico es insuficiente, que la prohibición de salida del país y el domiciliario también fuesen insuficientes.

También hay que determinar si la persona procesada cuenta con incentivos suficientes para poder enfrentar un proceso penal sin la medida cautelar excepcional. En otras palabras, que tenga suficientes incentivos para poder enfrentar el proceso penal sin que se dicte una medida cautelar como la prisión preventiva, por ejemplo, tiene trabajo, domicilio, familia, que es mucho más gravoso el fugarse que quedarse. Por lo que resultaría mejor quedarse enfrentando el proceso penal con una medida cautelar diferente, distinta a la prisión preventiva.

Además, el Doctor Jorge Arcos, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, mencionó que los autores de este tipo de delitos suelen pertenecer a redes organizadas, lo que incrementa el peligro de obstrucción de la justicia. Señaló que, en muchos casos, las medidas cautelares alternativas son insuficientes para mitigar estos riesgos, especialmente cuando el imputado tiene acceso a recursos tecnológicos que pueden ser utilizados para evadir la acción penal.

Algunos jueces señalaron que en casos donde el imputado tiene arraigo familiar y laboral, es menos probable que exista riesgo de fuga, lo que podría justificar la aplicación de medidas menos restrictivas. Sin embargo, enfatizaron que el análisis debe ser casuístico, tomando en cuenta las particularidades de cada caso, en línea con las normas internacionales sobre derechos humanos, como el Pacto de San José.

En cuanto a la proporcionalidad temporal, se discutió la importancia de garantizar que la prisión preventiva no se prolongue más allá de lo estrictamente necesario para el avance del proceso.

Los juzgadores coincidieron en que, aunque la prisión preventiva debe ser una medida de última ratio, su aplicación es indispensable en ciertos casos de delitos transnacionales, como los relacionados con apropiación fraudulenta por medios electrónicos, donde el imputado puede evadir fácilmente la justicia al operar desde diferentes jurisdicciones.

La teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos

El delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos debe analizarse bajo las categorías dogmáticas de la teoría del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Este delito se configura cuando una persona, mediante el uso de medios electrónicos, obtiene un beneficio económico ilícito a costa de otra, afectando el bien jurídico protegido de la propiedad.

Cabe destacar que hay que centrarse en la comprensión de la naturaleza jurídica de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos y cómo los jueces de Ambato interpretan este delito. Es así como, las entrevistas revelaron aspectos clave sobre la transnacionalidad, el riesgo procesal, y las características propias del delito.

A los entrevistados se les consultó sobre si consideran que la apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional. En este sentido, el Doctor Geovanny Borja, Juez de Garantías Penales de Ambato, manifestó que, debido al uso de

tecnologías de la información, este delito trasciende fronteras, permitiendo a los autores operar desde diferentes países y afectar a víctimas en diversas jurisdicciones. Esta transnacionalidad complica la obtención de pruebas y la cooperación internacional, lo que refuerza la necesidad de medidas como la prisión preventiva en ciertos casos.

También destacó que, uno de los desafíos más grandes en estos casos es la identificación de los autores, ya que a menudo se valen de herramientas tecnológicas para ocultar su identidad y borrar evidencias. Se ha observado entonces que estos sujetos rompen fronteras y se convierten en delitos de delincuencia transnacional e internacional. Citando un claro ejemplo están las apropiaciones a través de la imagen del Banco del Pichincha, que es el que más sufre este tipo de ciberdelitos y se ha evidenciado que estos grandes ataques suelen ocurrir desde México o en otros momentos inclusive ocurrieron como en el año anterior desde África. Entonces, partiendo de aquello, queda en evidencia que estos tipos penales rompen fronteras y tienen esa característica.

En este contexto, el Doctor Patricio García, Juez Provincial sostiene que todos los delitos de este tipo informáticos tienen un carácter transnacional. Se observa cómo los hackers operan desde diferentes países, y la mayoría lo hace de esa forma porque busca impunidad. De tal manera que a su criterio más del 90% de estos tipos de delitos se perpetran desde el exterior.

La Doctora Pilar Lozada Segura, Jueza Provincial Penal, destacó que el carácter transnacional de este delito no solo afecta el ámbito judicial, sino también la confianza en los sistemas económicos y tecnológicos. Según su análisis, esto lo convierte en un delito grave que requiere de una coordinación internacional efectiva para garantizar la administración de justicia.

Asimismo, resaltó que la apropiación fraudulenta por medios electrónicos es una evolución de los delitos tradicionales de fraude y estafa, donde el elemento distintivo radica en el uso de tecnologías de la información para perpetrar el delito. Según su criterio, este elemento tecnológico no solo modifica el modus operandi del delito, sino que también incrementa su impacto al facilitar que los perpetradores operen desde jurisdicciones diferentes a las de sus víctimas, confiriendo así un carácter transnacional al delito.

El juez Christian Rodríguez además señala que le corresponde a Fiscalía también un gran rol en determinar, individualizar a la persona que estaría atacando de esta manera o habría cometido un acto penalmente relevante a través de estos sistemas informáticos vulnerando derechos, en este caso, la propiedad.

Otro punto relevante abordado fue el riesgo procesal en los casos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos.

El Doctor Christian Rodríguez, Juez de Garantías Penales de Ambato, subrayó que este delito presenta un alto riesgo de fuga, debido a la facilidad con la que los autores pueden borrar evidencia o trasladarse a otros países. Esta cualidad no solo complejiza el proceso de recolección de pruebas, sino que también aumenta el riesgo de fuga, dado que los autores suelen utilizar métodos sofisticados para evadir la justicia. Esta perspectiva refuerza la importancia de herramientas como la prisión preventiva para garantizar la comparecencia de los imputados.

Concluyó que la aplicación de la prisión preventiva en este tipo de delitos debe estar directamente vinculada a la evaluación del riesgo procesal y a la posibilidad de que el imputado interfiera con la investigación. En su opinión, la transnacionalidad del delito, la complejiza el proceso de recolección de pruebas y la facilidad de evadir la justicia son factores determinantes para justificar medidas cautelares más restrictivas, como la prisión preventiva para garantizar la comparecencia de los imputados, siempre que se respeten los principios de proporcionalidad y necesidad.

Sobre el riesgo procesal, el Doctor Jorge Arcos, enfatizó que la posibilidad de obstrucción de la justicia es particularmente alta en estos casos debido al control que los imputados tienen sobre las pruebas. Por ejemplo, la manipulación de datos electrónicos puede destruir evidencias cruciales para el caso, lo que subraya la necesidad de medidas cautelares como la prisión preventiva para evitar que los imputados interfieran en el proceso investigativo.

El Juez Provincial Patricio García manifestó que el riesgo procesal es que los delitos queden en impunidad. Puesto que en estos casos lo más probable es que no se llegue a la persona responsable. Y sí se da con la persona responsable, es sumamente adecuado y proporcional inclusive dictar una prisión preventiva. Tanto más que todas estas personas que cometen estos delitos lo hacen en clandestinidad resultando casi imposible que ellos comparezcan al proceso.

El doctor Jorge Tustón Freire, Juez de la Unidad Judicial de Tránsito de Ambato, manifiesta que, en la actualidad, en la ciudad de Quito hay un solo fiscal que se encarga de este tipo de delitos electrónicos. Habiendo 24 provincias y en cada provincia existen varios cantones, sería imposible que un solo fiscal atienda todos estos delitos por medios electrónicos. Existe mucho riesgo en el Ecuador dado que, este es un delito actual que, la Constitución y leyes ecuatorianas no están todavía preparadas para este tipo de delitos electrónicos.

El juzgador debe tener la convicción de que este delito se cometió. Pero si no se cuentan con los medios necesarios para investigar este tipo de delitos, va a haber un riesgo procesal.

Por otro lado, el Doctor José Luis López Erazo, Juez Provincial Penal, enfatizó la necesidad de interpretar este delito no solo desde su tipificación penal, sino también considerando las características tecnológicas que lo diferencian de los delitos tradicionales. Señaló que la aplicación de la teoría del delito debe adaptarse para abordar los desafíos que plantea la cibercriminalidad, como la dificultad para rastrear a los perpetradores y la rapidez con la que pueden cometerse los actos ilícitos.

Subrayó que el análisis de la culpabilidad en estos casos debe considerar no solo la intención delictiva, sino también el conocimiento técnico del imputado sobre los sistemas que utiliza para cometer el delito. Según su perspectiva, este conocimiento técnico puede ser un factor agravante, ya que demuestra una intención deliberada de explotar vulnerabilidades tecnológicas para cometer el acto ilícito.

Con relación a este último criterio la Doctora Pilar Lozada, Jueza Provincial Penal indica que el riesgo procesal sería que no se tenga vinculación con el proceso de parte del sujeto activo, que no se logre la inmediación que es propia del sistema y que lastimosamente en esas circunstancias las víctimas no reciban la reparación integral que constitucionalmente es impuesta.

Evidentemente, en estas circunstancias debería preferirse en estos casos la aplicación de la prisión preventiva antes que otras medidas por las circunstancias mismas de comisión y por la facilidad de que en cualquier lugar se puede tener acceso a la red, acceso a una computadora con internet y demás. La posibilidad es que desde cualquier lugar del mundo esa persona siga cometiendo una infracción. Entonces, la única manera de asegurar en esas circunstancias podría ser la prisión preventiva.

Ahora bien, el Doctor Luis Alfredo Gómez Baño, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Ambato determinó que, tratándose de riesgo procesal, debe ser considerada por el juzgador, en razón de que se pueden perder las pruebas, puede haber obstáculos en cuanto a la presentación y puede haber obstáculos en cuanto a la localización misma de donde se cometen los delitos.

Finalmente, es importante destacar la conexión entre la apropiación fraudulenta por medios electrónicos y la normativa internacional, como la Convención de Budapest sobre Ciberdelincuencia, la cual establece principios básicos para combatir estos delitos.

Según la Doctora Pilar Lozada, esta convención es una herramienta fundamental para promover la cooperación internacional y garantizar que los imputados no eludan la justicia aprovechándose de la fragmentación jurisdiccional. La teoría del delito aplicada a la apropiación fraudulenta por medios electrónicos requiere un enfoque integral que contemple no solo los elementos típicos del delito, sino también las particularidades tecnológicas y transnacionales que lo caracterizan.

Los jueces entrevistados destacaron que estos aspectos plantean desafíos únicos para la administración de justicia, pero también ofrecen oportunidades para fortalecer la cooperación internacional y el uso de medidas cautelares eficaces como la prisión preventiva.

En ese sentido, como se planteó en el segundo objetivo específico de este trabajo, a continuación, se encuentra una tabla de la teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos seguida de un análisis conciso basado en la investigación elaborada.

Tabla 1

Teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos

TEORÍA DEL DELITO DE LA APROPIACIÓN FRAUDULENTA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS		
El delito informático es "toda acción típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación se usa la tecnología computacional o se afecta la información contenida en los sistemas de tratamiento automatizado de la misma" (Jijena Leiva, 1994, p. 508). - Art. 18, COIP		
Apropiación fraudulenta por medios electrónicos. -La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 190).		
CONDUCTA	Es el punto de partida de la reacción jurídico-penal, se materializa en el mundo físico tanto en acciones positivas como en omisiones (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p.214). Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables (Arts. 22, 23, COIP). La acción "es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente	**Causas de exclusión de la conducta:** Estas son, "fuerza física irresistible, movimientos reflejo y estados de plena inconsciencia" (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 24). *1. Fuerza irresistible:* Condición de fuerza que proviene del exterior y ejerce una influencia material sobre el agente, la cual debe ser absoluta, de modo que no deje ninguna alternativa al individuo que la experimenta. Originada en el exterior, ya sea por parte de un tercero o a través

	relevante y la voluntad implica siempre una finalidad" (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 215). La omisión es la falta de una acción que podría haberse llevado a cabo y, por lo tanto, siempre se relaciona con una acción específica (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 238).	de fuerzas naturales (Muñoz Conde y García Arán, 2010, pp. 219-220). *2. Movimientos reflejo:* Como las convulsiones epilépticas, no se consideran acción, ya que en estos casos el movimiento no es controlado por la voluntad. En contraste, los actos en cortocircuito, así como las reacciones impulsivas o explosivas, implican la participación de la voluntad, aunque sea de manera momentánea, y por ello no excluyen la acción (Muñoz Conde y García Arán, 2010, pp. 222-221). *3. Estados de inconsciencia:* Como el sonambulismo, el sueño o la embriaguez profunda. La conducta puede tener relevancia penal si la persona se ha colocado voluntariamente en esa condición para cometer un delito o si llega a dicho estado por negligencia (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 221).
TIPICIDAD	Es "la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal" (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 204).	**Error de tipo:** "Error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo

	Es la descripción en un cuerpo normativo de las conductas penalmente relevantes y la pena que se les atribuye. El artículo 190 del COIP al establecer "utilice fraudulentamente" dentro de este tipo penal, se asegura el cumplimiento de la *tipicidad subjetiva* que abarca el dolo con el que se lleva a cabo la acción. Siendo por tanto la tipicidad objetiva de este delito el contenido de este artículo. - Arts. 25-28, COIP	penal" (Código Orgánico Integral Penal, Art. 28.1). *Error de tipo vencible:* cuando el autor podría haber evitado el error con una diligencia razonable. *Error de tipo invencible:* cuando no podría haberlo evitado a pesar de su diligencia (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 275).
ANTIJURIDICIDAD	"Es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico" (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 300). "Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código" (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 29)	**Causas de exclusión de la antijuridicidad:** La legítima defensa, el estado de necesidad y cuando se actúa justificado en el cumplimiento de un deber legal o en una orden expresa y legítima de una autoridad competente. *Cumplimiento del deber legal del servidor de la Policía Nacional, Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria*:

Requisitos:

1. Se efectúe en acciones de servicio o en consecuencia de estos;
2. Para cumplir su misión legal o constitucional, cumpliendo con el uso legítimo de la fuerza;
3. Que haya peligro o amenaza o inminentes de lesiones graves o muerte, sea para sí mismos o terceros (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 30.1).

Cumplimiento del deber legal de servidores de las entidades complementarias de seguridad ciudadana:

Requisitos:

1. En acciones de servicio o en consecuencia de estas;
2. Respuesta frente a una agresión ilegítima y actual;
3. Necesidad racional para defender su vida o la de terceros;
4. Ausencia de suficiente provocación por parte de quien realiza la acción para defender un derecho (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 30.2).

		Estado de necesidad: Requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 32). *Legítima defensa:* Requisitos: "1. Agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa. 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho" (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 33).
CULPABILIDAD	"Es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo" (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 202). "Para que una persona sea	**Causas de inculpabilidad:** "No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental" (Código Orgánico Integral Penal, 2014,

	considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta" (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 34). Un imputable es capaz de comprender la ilicitud de su conducta, si no lo comprende será inimputable.	Art. 35). *Error de prohibición* "Cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta" (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 35.1). En el *error invencible*, el autor no tiene conocimiento de la existencia de una norma que prohíbe su comportamiento (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 383). *Trastorno mental:* Si la persona cuando comete el delito no puede comprender la ilicitud de su conducta debido a que padece un trastorno mental, no será penalmente responsable. Para estos casos el juez debe dictar una medida de seguridad. Si la persona se encuentra disminuida en su capacidad de comprensión al momento de cometer la infracción su responsabilidad penal será disminuida en un tercio de la pena mínima determinada (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 36).

Embriaguez o intoxicación:

Si al momento de llevar a cabo la conducta típica y antijurídica la persona se encuentra bajo los efectos de sustancias psicotrópicas, estupefacientes, o que las contengan, o del alcohol será sancionada de acuerdo a las reglas:

1. De derivarse de caso fortuito y priva del conocimiento al autor, no existe responsabilidad.
2. De derivarse de caso fortuito y no es completa, en el que se encuentra disminuido considerablemente el conocimiento, la responsabilidad es disminuida con el mínimo de la pena, reducida en un tercio.
3. Si no deriva de caso fortuito, ni atenúa, ni excluye, ni agrava la responsabilidad.
4. Si es premeditada, siempre será agravante (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 37).

Cuando esta conducta se cometa por una persona menor de edad, se observará lo que Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia determina para estos casos.

VERBO RECTOR	NEXO CAUSAL
Este "constituye el núcleo de la acción penalmente relevante ya que mediante su interpretación se puede dar la justicia dentro de una legislación en concreta" (Reyes Vásquez, 2019, p. 25).	Un presupuesto imprescindible para la determinar la responsabilidad penal es la verificación del nexo causal entre una conducta y un resultado (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 227).
Es el verbo que define la acción principal que se considera delictiva dentro de una tipificación penal. - Art. 190, COIP - Utilizar fraudulentamente - Alterando - Manipulando - Modificando	Relación de causa y efecto que debe existir entre la conducta de la persona y el resultado producido. Posibilita establecer si la acción u omisión del imputado fue la causa directa del resultado típico previsto en la norma. La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 455). En la apropiación fraudulenta por medios electrónicos el nexo causal se subsume con la voluntad del autor de producir el resultado, en este caso, la apropiación fraudulenta de un bien ajeno o la transferencia no consentida de bienes, derechos o valores.

Elaboración: Raquel Galarza Mayorga

Análisis de la teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos

Ahora bien, la apropiación fraudulenta por medios electrónicos se configura mediante una acción positiva como conducta principal. La acción positiva implica que el sujeto activo realiza de manera voluntaria el acto material que genera el resultado típico descrito en la norma penal. Lo que significa que el artículo 190 del COIP al establecer que este delito consiste en que una persona utilice de manera fraudulenta un sistema informático o de telecomunicaciones y redes electrónicas, lo que plantea la voluntad de cometer este delito en este primer verbo rector "utilice fraudulentamente", que esta conducta se lleva a cabo con dolo.

Esta primera parte constituye la tipicidad subjetiva al establecer la voluntad del sujeto activo de la infracción. Siendo el resultado típico o fin de este delito la apropiación indebida de un bien ajeno mediante engaño o fraude.

Luego dentro de este mismo artículo se determinan tres verbos rectores: alterando, modificando o manipulando el funcionamiento de los sistemas descritos en esta norma. Entonces, la tipicidad objetiva es el contenido del artículo que describe la acción positiva, el resultado típico y la sanción. Lo que plasma una conducta penalmente relevante que lesiona un bien jurídico protegido por la ley, de manera general, que es la propiedad o el patrimonio, cuyo medio empleado para perpetrar este ilícito es el uso fraudulento de sistemas informáticos y redes electrónicas, describiendo así la apropiación fraudulenta por medios electrónicos como un delito.

El elemento negativo de la conducta o del acto como autores con Muñoz Conde y García Arán lo consideran, es la ausencia de la acción o las causas de exclusión de la conducta como lo prescribe el COIP. Estas son tres: la fuerza física irresistible, movimientos reflejo y estados de plena inconsciencia. Las cuales como se observa en la Tabla 1 son contrarios a la voluntad de la persona como sujeto activo de la apropiación fraudulenta, salvo quizá en un caso en el que la persona que cometa esta infracción se ponga conscientemente o por negligencia en algún estado de inconciencia, lo que no exime de ser una conducta penalmente relevante.

Incluso de ser el caso, sería improbable que una persona en este estado pueda realizar la conducta descrita en el artículo 190 del COIP por su complejidad, que requeriría un estado de conciencia y concentración. Por lo que, en este delito en específico no cabría ninguna de las causas de exclusión de la conducta descritas en el artículo 24 ibidem.

Por otro lado, el elemento negativo de la tipicidad es el error de tipo invencible plasmado en el artículo 28.1 del COIP, este error consiste en el desconocimiento por ignorancia invencible de los elementos objetivos del tipo penal. En otras palabras, acerca de las circunstancias que configuran el delito, de tal modo que para que exista algún error de tipo invencible en la apropiación fraudulenta, no debería haber dolo.

Sin embargo, en la configuración de su misma tipificación ya se establece dentro de los verbos rectores y la conducta que este se comete con plena voluntad y conocimiento de las circunstancias o elementos objetivos de este tipo penal, por lo que no cabría error de tipo ni vencible ni invencible en este delito. Debido a que el sujeto activo lleva a cabo de manera consciente y deliberada una acción intencionada de utilizar fraudulentamente medios electrónicos para apropiarse de bienes ajenos.

El siguiente filtro o categoría dogmática es la antijuridicidad establecida en el artículo 29 del COIP, la cual se contempla en la antijuridicidad material cuando el art. 190 supone la violación del bien jurídico protegido, bienes ajenos, derechos o valores, que como ya se ha tratado en este trabajo es la propiedad; por otro lado, la antijuridicidad formal al determinar que la apropiación fraudulenta por medios electrónicos es contraria al ordenamiento jurídico al imponer una pena privativa de libertad de uno a tres años.

El elemento negativo de esta categoría dogmática son las causas de exclusión de la antijuridicidad prescritas en los artículos 30, 30.1, 30.2, 32 y 33 del COIP como se plasma en la Tabla 1, las cuales son la legítima defensa, el estado de necesidad y cuando se actúa justificado en el cumplimiento de un deber legal o en una orden expresa y legítima de una autoridad competente. En primer lugar, ni el estado de necesidad ni la legítima defensa se podrían alegar en la apropiación fraudulenta debido a la configuración de este tipo penal, puesto que estos involucran que exista un peligro actual e inminente o que el derecho protegido lo esté y que el objetivo sea protegerlos de manera proporcional, un escenario que no se presenta en la apropiación fraudulenta por medios electrónicos.

En segundo lugar, a priori se podría pensar que, pese a que el cometimiento de este delito supone el conocimiento de la ilicitud y el dolo, se podría llevar a cabo mediante el cumplimiento de una orden, en otras palabras, que quien perpetre la conducta penal relevante lo haga por orden de otra persona. Sin embargo, esta orden no sería legítima ni en cumplimiento de alguna misión constitucional. Siendo así que no se podría alegar como causa de exclusión

de antijuridicidad el cumplimiento de un deber legal, además, cualquiera de las causas de exclusión debe cumplir con todos sus requisitos en conjunto, solo así excluirán la antijuridicidad. De modo que alegar cualquiera de estas causas de exclusión de antijuridicidad en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos resultaría inviable.

El último elemento constitutivo es la culpabilidad que implica el reproche que se le puede hacer al sujeto activo del delito para hacerlo responsable. Lo que, a su vez, significa que el autor debe ser imputable penalmente. Por lo general, quien comete el delito de apropiación fraudulenta es capaz de comprender la ilicitud de su conducta, por lo que es imputable. Asimismo, el elemento negativo de la culpabilidad son las causas de inculpabilidad prescritas en los artículos 35, 35.1, 36, 37 y 38 del COIP como se desglosó en la tabla.

En cuanto a la intoxicación o la embriaguez, similar a la situación que se plasmó en párrafos anteriores en las causas de exclusión de la conducta en el estado de inconciencia, es improbable que en esta situación el sujeto pueda llevar a cabo esta infracción en específico porque requiere de cierta diligencia, pero de darse el caso no excluye la culpabilidad y se aplicarán las reglas del artículo 37.

Con respecto a las personas menores de edad, si se puede dar el caso que cometan el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos, para lo cual serán sometidos a las reglas determinadas el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Del mismo modo, el trastorno mental contemplado en el artículo 36 del COIP tendría que ser ampliamente analizado y comprobado, puesto que este debería bloquear la capacidad de comprensión de la ilicitud de la conducta para excluir la responsabilidad penal del autor.

Dentro de las causas de inculpabilidad, se encuentra el error de prohibición que, a diferencia del error de tipo, tiene relación con el desconocimiento sobre la ilicitud del acto. Pero, solo el error de prohibición invencible exima la culpa, cuando el sujeto no tenía forma de saber que su conducta era ilegal. Al hablar de ciberdelitos como la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, implica que quien lo comete cuenta con conocimientos y habilidades específicas para realizarlo, al ejecutarlo violan sistemas y seguridad, lo que ya es ilícito; el objetivo, los medios y el fin son dolosos, por lo que no se podría contemplar un error de prohibición porque como ya se ha planteado ampliamente en este análisis, este tipo penal ya involucra el dolo y la apropiación fraudulenta de bienes ajenos.

Finalmente, el nexo causal en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos consiste en la relación entre la conducta del autor y el resultado típico establecido en el artículo 190 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Cuyo vínculo es esencial para atribuir penalmente la responsabilidad al imputado del resultado demostrar que su conducta fue decisiva para la producción de la apropiación fraudulenta del bien ajeno.

La conducta del autor debe ser directamente responsable de este resultado, ya sea mediante la creación de plataformas falsas, phishing, o cualquier otro método cibernético fraudulento. Para establecer el nexo causal se evalúa si la acción del sujeto activo fue imprescindible para que el resultado se produjera.

Ejemplificando, en un caso de phishing, la acción fraudulenta puede consistir en la creación de una página web falsa simulando ser una institución bancaria y envía correos electrónicos simultáneos solicitando a usuarios que actualicen sus datos personales. Las víctimas ingresan sus datos y permiten que el autor sustraiga dinero de sus cuentas. Está acción de crear la página web falsa y enviar los correos electrónicos debe estar directamente relacionada con la transferencia de datos para poder apropiarse del patrimonio de las víctimas. Sin esta acción específica, el daño patrimonial no habría ocurrido.

La Notificación Roja de Interpol en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos.

La Notificación Roja de Interpol es una herramienta esencial para la cooperación policial internacional en delitos transnacionales, como la apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Este mecanismo no constituye una orden de arresto internacional, sino una solicitud dirigida a las autoridades de los países miembros para localizar y detener provisionalmente a una persona requerida por la justicia.

La sexta pregunta realizada a los juzgadores de Ambato fue si consideran que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales. En este contexto, todos los jueces entrevistados destacaron su importancia en casos donde los autores de delitos cibernéticos evaden la justicia al operar desde diferentes jurisdicciones.

El Doctor Christian Rodríguez, Juez de Garantías Penales de Ambato, resaltó que la Notificación Roja es fundamental para enfrentar la transnacionalidad de los delitos cibernéticos. Explicó que, debido a la naturaleza digital de estos delitos, los imputados pueden

movilizarse fácilmente entre países o borrar pruebas digitales, lo que dificulta la acción judicial sin la colaboración internacional. Según el juez, la efectividad de la Notificación Roja radica en su capacidad para detener a los sospechosos y garantizar su comparecencia ante la justicia ecuatoriana.

Precisamente para evitar el frustramiento procesal. Si es que ya se llega a determinar una responsabilidad o existen presunciones respecto a una participación de personas que están en el extranjero, se tienen que realizar todas las acciones necesarias para que el proceso penal finalice. Debido a que hay muchos casos en los cuales, de manera excepcional, no se puede juzgar a las personas en ausencia.

Si es que se llegara a determinar, por ejemplo, una acción preventiva y ya llegó a la evaluación, ya se llama a juicio, pero la persona presentada no se encuentra en el país, y ya se ha dictado una medida cautelar de acción preventiva, se puede exponer a la Interpol para que se difunda una Notificación Roja.

Para lo cual, la Interpol realizará un análisis jurídico, por supuesto, de que si es que procede o no procede, la difusión roja, a efectos de poder realizar las ubicaciones, capturas, y después los procesos para poder traerlos a juicio al país. O en otros casos, por ejemplo, que se haya dictado medida cautelar, que se haya ido a juicio, y declaren culpable al imputado, lo condenen, y se ejecute la sentencia. También resultará necesario utilizar la notificación roja de Interpol, para poder ubicarlo, capturarlo y que responda ante la justicia.

Varios jueces concuerdan en que la normativa ecuatoriana debe adaptarse para aprovechar mejor esta herramienta. Argumentando que, aunque el marco legal ecuatoriano permite la emisión de solicitudes de Notificación Roja, los procesos internos son a veces lentos y carecen de una adecuada coordinación entre la justicia nacional y la Interpol. Además, destacaron que los requisitos para solicitar una Notificación Roja.

Un aspecto clave señalado por varios jueces fue la necesidad de garantizar que las solicitudes de Notificación Roja cumplan con los estándares internacionales establecidos en el Reglamento sobre el Tratamiento de Datos de Interpol. Este reglamento exige que los datos proporcionados en la solicitud sean claros y suficientes, incluyendo información sobre la identidad del sospechoso y los hechos delictivos.

El Doctor Geovanny Borja, Juez de Garantías Penales, enfatizó que el éxito de la Notificación Roja depende en gran medida de la calidad de la información suministrada por las autoridades ecuatorianas. Este juzgador quien posee casi más de 12 años de trayectoria, fue la primera persona que impartió la utilización de esta herramienta de difusión roja como un instrumento procesal para proceder a capturar a aquellas personas que tenían sentencia ejecutoriada que exige la Interpol. Estableciendo que, la notificación roja es una herramienta útil.

Lo que compete es generar por parte del Estado ecuatoriano mayores requerimientos de cooperación eficaz con los estados similares o estados partes donde ya se detecta que se encuentra la persona requerida. Debido a que, una vez que se informa al juez de control que esta persona ha sido localizada en determinado territorio, se generan obstáculos por parte de los estados en donde se ubican estas personas y se tiende a la violación. Entonces esta difusión por Interpol sí resulta eficaz, pero el problema es que no en todos los tipos penales es aceptable la notificación roja, y no en todos los países es aceptada la extradición.

De manera general, todos los entrevistados coincidieron en que la Notificación Roja es particularmente eficaz en delitos como la apropiación fraudulenta por medios electrónicos debido a su capacidad para movilizar recursos policiales internacionales. Sin embargo, también advirtieron que su implementación debe ser cuidadosa, para evitar violaciones de derechos humanos, como detenciones arbitrarias o el uso indebido de esta herramienta con fines políticos.

La última pregunta realizada a los diez jueces de Ambato fue si consideran que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos. En cuanto a esta pregunta, el Doctor Jorge Arcos, Juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, mencionó que, aunque la legislación nacional permite aplicar la prisión preventiva en estos casos, su aplicación está condicionada por la necesidad de garantizar el debido proceso y la proporcionalidad. Resaltó que la prisión preventiva debe ser usada únicamente como último recurso, en línea con los estándares internacionales establecidos en instrumentos como el Pacto de San José y el Estatuto de Roma.

Por su lado el Doctor Jorge Tustón Freire, Juez de la Unidad Judicial de Tránsito de Ambato sostiene que, la normativa ecuatoriana está desactualizada en lo que corresponde a delitos cibernéticos. Tendría que haber una reforma a la Constitución y una posterior a reforma al Código Orgánico Integral Penal. Asimismo, el Doctor Julio Masabanda, Juez de la Unidad

Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, estableció que ya se está trabajando el uso adecuado de las medidas cautelares frente a delitos informáticos. De hecho, ya existen incluso normas determinadas en la ley.

Para aquello, los operadores del derecho, deben entender que el derecho en todo el mundo, no solo en nuestro país, los delitos van mutando, van cambiando los tipos de delitos. Hoy se cuenta con la nueva tecnología, la que genera nuevos delitos. Entonces hay que regularizar esos delitos. Por lo que los organismos que regularizan esa clase de delitos, proponiendo las leyes, reformando o generándolas, serán los encargados de llevar a cabo esta |tarea dependiendo de los delitos que se van a actualizar. En definitiva, hasta donde se ha legislado la normativa ecuatoriana permite el uso adecuado de la prisión preventiva en los delitos cibernéticos.

Sobre este mismo criterio, el Doctor José Luis López, considera que sí debe existir una actualización en la legislación ecuatoriana dada la naturaleza y la característica transnacional del delito. Por otro lado, en el delito transnacional, lo primero va a ser identificar al sujeto activo de la infracción, y ahí hay puede haber un problema, porque se puedo utilizar inteligencia artificial, robots, entre otros, rebotar de todo el mundo y no se va poder establecer al sujeto activo de la infracción.

Mientras no se determine el sujeto activo a la infracción, no puede partir un proceso penal. Al no arrancar el proceso penal y al no saber a quién se le va a imputar, el proceso solamente se quedará en investigación, por lo tanto, no se puede ordenar una medida cautelar. En cambio, si ya identifico al presunto infractor, se podrá establecer alguna.

Desde luego que va a existir un riesgo procesal en la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, sobre todo de interferencia en la investigación. Entonces resultaría necesaria la prisión preventiva, porque al final el derecho es una construcción social y va a evolucionar y los delitos son nuevos.

Por último, se identificó un consenso sobre la importancia de fortalecer la cooperación internacional en el manejo de delitos cibernéticos, especialmente a través de mecanismos como la Notificación Roja. Los jueces coincidieron en que este instrumento no solo facilita la localización y detención de los sospechosos, sino que también refuerza la credibilidad del sistema judicial ecuatoriano al mostrar un compromiso con la justicia en el ámbito internacional.

Discusión

Los jueces entrevistados coincidieron en que la medida cautelar de prisión preventiva debe ser considerada como una herramienta excepcional, sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad. Esta medida se justifica únicamente cuando se han agotado otras medidas cautelares alternativas y estas han demostrado ser insuficientes para garantizar los fines del proceso penal, como asegurar la comparecencia del imputado o evitar la obstrucción de la justicia.

En este trabajo de investigación se ha determinado que resulta trascendente que, para la aplicación de la prisión preventiva en el delito de apropiación fraudulenta o cualquier delito, es importante cumplir con los requisitos legales y criterios establecidos por la Corte Nacional, Corte Constitucional y Corte Interamericana, así como de un extenso análisis y la motivación suficiente. Por lo que, en obediencia al ordenamiento jurídico ecuatoriano, debe ser ampliamente analizada la finalidad, así como la procedencia, la cual se ha planteado que se puede entender o subdividir en: idoneidad, motivación, proporcionalidad y necesidad de la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva.

Por su parte, Krauth (2018) establece una relación entre necesidad y proporcionalidad, planteando un solo principio de proporcionalidad. Del cual nacen tres sus subprincipios la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad (p. 46). Este autor considera que el principio de proporcionalidad en general, abarca los demás principios como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad. sin embargo, como ya se ha destacado anteriormente todos estos principios conforman la procedencia la prisión preventiva, en otras palabras, si no concurrieran absolutamente todos los criterios de motivación, proporcionalidad, idoneidad, necesidad (lo que va de la mano con alegar ampliamente porque las demás medidas son insuficientes), y cumplir con el fin legítimo de la medida, no se podrá aplicar esta medida cautelar de última ratio.

Cabe destacar que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la prisión preventiva tiene un carácter procesal, no punitivo, es decir que su aplicación tiene como finalidad el correcto desarrollo del proceso penal, sobre todo en la fase de instrucción haciendo posible que el procesado comparezca, y, en futuro, el cumplimiento de la pena. Puesto que al comienzo de la instrucción se solicita esta medida cautelar, la cual puede coadyuvar a la obtención de los suficientes elementos de convicción, así como elementos de cargo, elementos de descargo para

llevar a cabo una acusación contra el procesado y en la etapa de juicio estos elementos de convicción puedan convertirse en prueba para que se dicte una pena y así evitar la impunidad.

En ese sentido, para Merchán-Miñan y Duran-Ocampo (2022), cuando un individuo es un presunto sospechoso de cometer un delito y pasa a formar parte de un proceso penal, se debe considerar que la prisión preventiva posee un carácter procesal y no penal. En otras palabras, la prisión preventiva nunca asumirá la finalidad propia de la pena, ni esta podrá impedir que se cumpla la finalidad de la prisión preventiva (p. 5).

Con respecto al riesgo procesal, los jueces coinciden que este es latente en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos, como la pérdida de elementos de convicción o prueba hasta la fuga del o los imputados. La normativa penal establece que debe existir un riesgo procesal significativo para que el juez dicte prisión preventiva. De hecho, el artículo 522 del COIP prioriza medidas cautelares no privativas de libertad. Ante esto, Krauth (2018) plantea que las medidas alternativas resultan insuficientes dependiendo de la magnitud del riesgo procesal (p. 56).

La apropiación fraudulenta por medios electrónicos se configura mediante una acción positiva como conducta principal, cuya tipicidad subjetiva se establece en el utilizar fraudulentamente un sistema informático en el artículo 190 del Código Orgánico Integral Penal, puesto que implica la intención de llevar a cabo la acción, incluyendo expresamente en la norma el dolo. Por lo que, en este delito informático no se podría alegar algún error de tipo. Asimismo, la antijuridicidad del injusto se compone con la violación, generalmente, del derecho a la propiedad.

A la vez, sería inviable alegar las causas de exclusión de antijuridicidad. Sin embargo, en el delito de apropiación fraudulenta si es posible que existan causas de inculpabilidad como lo configura el COIP. Como por ejemplo la minoría de edad, pero estas causas no excluirían la responsabilidad en su totalidad, por lo tanto, deberían ser probadas y bien alegadas. Por otro lado, no sería del todo factible comprobar un error de prohibición.

La teoría del delito de la apropiación fraudulenta por medios electrónicos presenta estas particularidades debido a su naturaleza, como los profesionales del derecho entrevistados que actualmente ostentan el cargo de jueces coincidieron en que este delito puede adquirir un carácter transnacional. Lo que significa que el perpetrador o los perpetradores pueden cometerlo, incluso si no se encuentran en el territorio nacional debido a los avances

tecnológicos de la época e incluso que existan efectos en más de un lugar específico. El hecho de ser un ciberdelito implica un alto riesgo procesal, desde la pérdida de elementos de convicción o prueba a la fuga del imputado.

Por su parte, Muñoz Conde y García Arán (2010) dan una definición del delito, de la cual parte toda esta teoría en el esquema finalista de Welzel, indicando que el delito es "la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible" (p. 205). Esta definición contiene las categorías dogmáticas o elementos del delito que se deben observar para que una conducta sea considerada como delito.

Cabe traer a colación la definición de Jijena Leiva (1994) quien agrega a este concepto la naturaleza de los ciberdelitos que es, para que estos sean consumados se utiliza la tecnología computacional o se modifica la información contenida en los sistemas de redes e informáticos (p. 508). Sin embargo, mantiene la misma base de la definición general para todos los delitos cuyos elementos son: la tipicidad (previo a la cual se analiza la conducta), la antijuridicidad y la culpabilidad.

Y como se ha planteado en los resultados, analizar la teoría del delito en la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, no requiere de mayor ciencia que llevar a cabo aquello con diligencia y conocimiento. De tal modo que, ya en una instrucción la teoría del delito sería superada y analizada a fondo.

De acuerdo con Velaña-Quishpe (2023) en los resultados de su trabajo determinó que en los delitos informáticos debe ser tomada en consideración la complejidad del proceso de investigación, así como los obstáculos que puedan presentarse, con el objetivo de que surjan resultados eficaces y que se realice el enjuiciamiento de los imputados. Es fundamental la identificación de los niveles de participación y la atribución de responsabilidad penal, en otras palabras, la culpabilidad, en este delito en específico (p. 63). Es así como, al ya haber pasado los demás filtros o categorías del delito (tipicidad y antijuridicidad), resulta de suma importancia establecer la culpabilidad, en tal sentido, el nexo causal debe ser determinado fehacientemente.

Por último, la Notificación Roja de interpol es fundamental para enfrentar la transnacionalidad de los delitos cibernéticos, como en el caso del delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Los jueces entrevistados coincidieron en que, por naturaleza digital de estos delitos, los imputados pueden movilizarse fácilmente entre países o borrar pruebas digitales, lo

que dificulta la acción judicial sin la colaboración internacional. Si se logró determinar una responsabilidad de personas que se encuentran en el extranjero, se deben ejecutar todas las acciones necesarias para que el proceso penal finalice. Por lo que será necesario utilizar la notificación roja de Interpol.

Esta solicitud se basa en una orden de detención o una disposición judicial emitida por las autoridades del país que realiza la solicitud. La INTERPOL (2011) en su Reglamento sobre el Tratamiento de Datos establece las condiciones para publicar una notificación roja, lo que incluye los criterios y datos mínimos que se deben suscitar. En los criterios mínimos se encuentran condiciones cumulativas, entre ellas que el acto en cuestión tiene que ser un delito grave de derecho común.

Si bien, en este reglamento no se define específicamente que es un "delito grave de derecho común", si establece las categorías de delitos por los que no se podrá publicar una notificación roja, las cuales se hallan especificadas en la lista de los delitos específicos por los que no se pueden publicar notificaciones rojas publicada por la Interpol en las condiciones para la publicación de notificaciones rojas. En ese sentido, el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos no se encuentra en ninguna de las categorías referidas, lo que significa que si se permite publicar una notificación roja por este ciberdelito.

Asimismo, al hablar de un "delito grave de derecho común" no se trata únicamente de delitos con las penas más severas. Puesto que como Gerson Vidal (2023) indica, un delito grave puede resultar en una condena de prisión superior a un año, mientras que los delitos menores suelen ser castigados con menos de un año de prisión o con sanciones menos severas. Considerando este punto de vista en específico, la apropiación fraudulenta se puede identificar como un delito grave porque tiene una pena de uno a tres años de prisión. Además, como se ha determinado en esta investigación en cuanto a la medida cautelar de prisión, esta no se dicta en función de la gravedad del delito.

Asimismo, como se planteó en los antecedentes existen varias convenciones y tratados internacionales que abordan el tema de los ciberdelitos, como la Convención de Budapest sobre Ciberdelincuencia que establece un marco para la cooperación internacional en la lucha contra los delitos cometidos a través de internet, lo que incluye la apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Esta convención reconoce que los delitos informáticos pueden tener un impacto significativo en la seguridad pública y la economía, lo que justifica su clasificación como

delitos graves.

Otra condición que establece la INTERPOL (2011) tiene que ver con el límite de pena que establece el artículo 83. En esta disposición, la persona a la que se busca para acudir al proceso penal debe ser imputada por un delito con una pena privativa de libertad máxima de al menos dos años. Si se le busca para cumplir con la pena, esta debe ser de al menos seis meses de prisión. En cualquiera de los dos escenarios conforme con el artículo 190 del COIP, este requisito también se cumple. Suscitando así la segunda condición cumulativa para la publicación de una notificación roja de Interpol.

En cuanto a la tercera condición, la solicitud debe implicar que sea de interés para la cooperación con la policía internacional, la cual se consuma en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos al ser este un ciberdelito que en tratados y convenios internacionales varios países miembros se han comprometido a combatir, por el riesgo procesal que implica y que si ha llegado a determinar imputados en la instrucción fiscal, significa que se ha logrado identificar a los presuntos autores de este delito, lo que en el caso de la apropiación fraudulenta es muy complicado.

CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4. 1 Conclusiones

La prisión preventiva debe ser considerada una medida de carácter excepcional, sujeta estrictamente a los principios de necesidad, proporcionalidad, motivación e idoneidad. Esta medida se justifica sólo cuando las medidas cautelares no privativas de libertado alternativas han demostrado ser insuficientes para asegurar la comparecencia del imputado o evitar la obstrucción de la justicia.

En el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos, caracterizado por su alto riesgo procesal, resulta crucial cumplir con todos los criterios normativos establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en los estándares internacionales. La motivación adecuada de la medida y la demostración de riesgos procesales específicos son indispensables para su aplicación, asegurando que se respete el carácter procesal y no punitivo de esta medida cautelar.

Este delito se configura mediante una acción positiva que involucra dolo y la utilización de tecnologías para defraudar a las víctimas. La tipicidad subjetiva está claramente definida en el artículo 190 del COIP, excluyendo la posibilidad de errores de tipo y limitando las causas de inculpabilidad.

Este ciberdelito adquiere un carácter transnacional debido a los avances tecnológicos, lo que permite a los perpetradores operar desde distintas jurisdicciones y complejiza la recolección de pruebas.

Si se ya se ha podido llegar a la etapa de instrucción fiscal esto implica que ya ha existido una investigación previa en la que se pudo determinar e incluso ubicar a los presuntos infractores o infractor, porque el fiscal ha podido formular cargos contando con los elementos suficientes y legales para proceder con la imputación.

Considerando el alto riesgo procesal, si las otras medidas cautelares resultan insuficientes para que el imputado acuda al proceso y de acuerdo con la garantía constitucional de que este sea debido, en su futuro si se rompe con la presunción de inocencia, se corre el riesgo de que no se haga justicia.

La Notificación Roja de Interpol es una herramienta indispensable para enfrentar la transnacionalidad del delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos debido a la naturaleza digital de este delito. Este delito cumple con los requisitos mínimos para la publicación de una Notificación Roja, es así como esta herramienta refuerza la cooperación internacional y posibilita que los imputados sean llevados ante la justicia ecuatoriana, asegurando el debido proceso y evitar impunidad.

La prisión preventiva, como medida cautelar, resulta esencial en el manejo del delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos, debido a su carácter transnacional y los altos riesgos procesales que presenta. En este sentido, su correcto uso coadyuva a combatir la impunidad en un delito cuya complejidad tecnológica y transnacionalidad plantea grandes desafíos para la justicia penal.

4.2 Recomendaciones

El sistema judicial ecuatoriano necesita establecer protocolos más ágiles y efectivos para coordinar con Interpol en la emisión y gestión de Notificaciones Rojas. Esto incluye la capacitación de fiscales y jueces en el manejo de solicitudes internacionales, garantizando que las mismas cumplan con los criterios exigidos por el Reglamento sobre el Tratamiento de Datos de Interpol y las leyes internas de cada país.

Este fortalecimiento permitirá que los imputados que operan desde jurisdicciones extranjeras sean localizados y llevados ante la justicia, reduciendo la impunidad asociada a este delito.

Es indispensable desarrollar directrices claras para justificar la insuficiencia de medidas alternativas a la prisión preventiva en casos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos. Estas directrices deben incluir parámetros objetivos que permitan demostrar que medidas como la presentación periódica, la prohibición de salida del país o el uso de dispositivos electrónicos no son suficientes para mitigar los riesgos de fuga, destrucción de pruebas o reincidencia.

De esta manera se contribuirá a que la aplicación de la prisión preventiva sea proporcional, necesaria, fundamentada y constitucional en cada caso concreto. Además, todos los profesionales del derecho deben capacitarse e informarse acerca de ciberdelitos dado que están a la orden del día en esta sociedad globalizada.

REFERENCIAS

Aguirre Castillo, S. M. (2022). El delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos y la responsabilidad de las personas jurídicas en el cantón Ibarra en el año 2021 (Master's thesis).

Alvarez, J. (2017). La tipicidad: Desde un enfoque finalista del delito. Revista Políticas Criminales, 6(3), 1626-1637.

Arias Torres, L. B. (1997). El Delito Informático en el Código Penal Peruano, Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Recuperado de https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181585

Bacigalupo Saggese, S., Bajo Fernández, M., Basso, G. J., Cancio Meliá, M., Díaz-Maroto y Villarejo, J., Fakhouri Gómez, Y., Lascuraín Sánchez, J. A., Maraver Gómez, M., Mendoza Buergo, B., Molina Fernández, F., Peñaranda Ramos, E., Pérez Manzano, M., Pozuelo Pérez, L., Rodríguez Horcajo, D. (2019). Principios del Derecho Penal. En Cancio Meliá, M., Pérez Manzano, M. (Ed.), *Manual de Introducción al Derecho Penal* (1ª ed., pp. 69 - 90). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2019-110

Calvachi Rojas, G. (2020). *La Extradición en el Ecuador* [Diapositiva de PowerPoint]. Corte Nacional de Justicia. Recuperado de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/Extradicin-en-Ecuador.pdf

Código Orgánico Integral Penal [Código]. (2024). Lexis

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022). Personas privadas de libertad en Ecuador. OAS Cataloging-in-Publication Data. Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf

Congreso Nacional. (2000, 30 de agosto). Ley de Extradición. *Registro Oficial No 152*. Recuperado de https://www.lexis.com.ec/biblioteca/ley-extradicion

Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 (Ecuador). https://www.lexis.com.ec/biblioteca/constitucion-republica-ecuador

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (22 de Noviembre del 1969). Recuperado de

https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convenio sobre la ciberdelincuencia. (Budapest, 23 de noviembre de 2001). Recuperado de http://documentostics.com/documentos/convenio_cibercriminalidad.pdf

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (Convención de Palermo, 15 de noviembre de 2000). Recuperado de https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf

Corte Constitucional. Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador (18 de agosto de 2021). Sentencia No. 8-20-CN/21. [JP Karla Andrade Quevedo]

Corte Constitucional. Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador (20 de junio de 2018). Sentencia No. 001-18-PJO-CC. [JP Wendy Malina Andrade]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de octubre de 2019a). Caso Romero Feris Vs. Argentina. [JP Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de octubre de 2019b). Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú. [JP Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (07 de noviembre de 2022). Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México. [JP Ricardo C. Pérez Manrique]

Corte Nacional de Justicia. (2021). Resolución No. 14-2021. Recuperado de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-14-Aclara-el-Art-534-COIP.pdf

Espinosa, C. (2010). Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral. Quito, Ecuador: Tribunal Contencioso Electoral, Corte Nacional de Justicia. Recuperado de: https://aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/materiales/ecuador-teoria-de-las-motivacion-de-las

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1 de julio de 2002). Recuperado de https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Florian, E. (2019). Elementos de derecho procesal penal. Ediciones Olejnik. 332 p. Recuperado de https://www-digitaliapublishing-com.uta.lookproxy.com/viewepub/?id=104883

Galarza Castro, C. X. G., y Córdova Vinueza, P. C. (2021). El modelo de MacCormick como esquema de motivación para la aplicación de los estándares de la CIDH en la fijación de la prisión preventiva. Revista Ciencia UNEMI, 14(37), 1-14.

Gerson Vidal. (2023). Delitos graves, menos graves y leves en el Código Penal. Recuperado de https://www.gersonvidal.com/blog/delitos-graves-menos-graves-y-leves/

Hernández Sampieri, R., y Mendoza Torres, C. P. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. México: McGraw-Hill Interamericana Editores. Recuperado de https://lc.cx/5uScf7

Interpol. (2024). Notificaciones Rojas. Interpol. Recuperado de https://lc.cx/uPPI_3

INTERPOL (2011). Reglamento de interpol sobre el tratamiento de datos. Recuperado de https://missingpersons.icrc.org/es/library/reglamento-de-interpol-sobre-el-tratamiento-de-datos

Jijena Leiva, R. J. (1994). La criminalidad informática: situación del lege data y lege ferenda en Chile. Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, (4), 507-514. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=251086

Jiménez de Asua, F. (1950). Teoría del delito. Madrid: Ediciones Jurídicas.

Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Defensoría Pública del Ecuador. Recuperado de https://lc.cx/Mg0iCB

La Rosa, M. R. (2006). Exención de prisión y excarcelación. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Recuperado de https://lc.cx/emPyaa

Merchán Miñan, P., y Duran Ocampo, A. (2022). Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamentos y funciones. Revista espacios, 43(10).

Muñoz Conde F. y García Arán M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch. Recuperado de https://www.academia.edu/38189731/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran?auto=download&work_id=43502096

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo de 1976. Recuperado de https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

Pavón Coral, L. E. (2022). Apropiaciones fraudulentas de información confidencial a través del uso de medios electrónicos en el distrito metropolitano de Quito durante el período 2020-2021 (Master's thesis).

Ramos Galarza, C. A. (2020). Los alcances de una investigación. CienciAmérica: Revista de divulgación científica de la Universidad Tecnológica Indoamérica, 9(3), 1-6. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7746475

Revilla Figueroa, D. M., Sánchez Huarcaya, A. O., Degola. M. A., Poma, L. S., Mendívil Trelles de Peña, L., Tafur Puente, R. (2020). El método de investigación documental. *Los métodos de investigación para la elaboración de las tesis de maestría en educación*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de https://files.pucp.education/posgrado/wp-content/uploads/2021/01/15115158/libro-los-metodos-de-investigacion-maestria-2020-botones-2.pdf

Reyes Vásquez, D. P. (2019). *Tortura en el Centro de Rehabilitación Social Regional Sur Turi del Ecuador: Su inexistencia o una práctica disciplinaria normalizada. Un análisis de los hechos suscitados en el CRS Turi el 31 mayo 2016*. (Tesis de Maestría, Universidad de Cuenca). Recuperado de https://core.ac.uk/download/pdf/288577457.pdf

Rosero Tejada, L. F. (2021). El Phishing como riesgo informático, técnicas y prevención en los canales electrónicos: Un mapeo sistemático (Bachelor's thesis).

Sempértegui Torres, M. P. (2022). Delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos bajo la modalidad de phising dentro del marco jurídico ecuatoriano (Bachelor's thesis, Universidad del Azuay). Recuperado de https://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/12380

Velaña Quishpe, C. A. (2023). Los niveles de participación y la atribución de responsabilidad penal en el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónico (Bachelor's thesis).

Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal (Parte General I)*. Ediar Sociedad Anónima Editora. Recuperado de https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado_De_De

recho_Penal_-_Parte_Genera-l.pdf

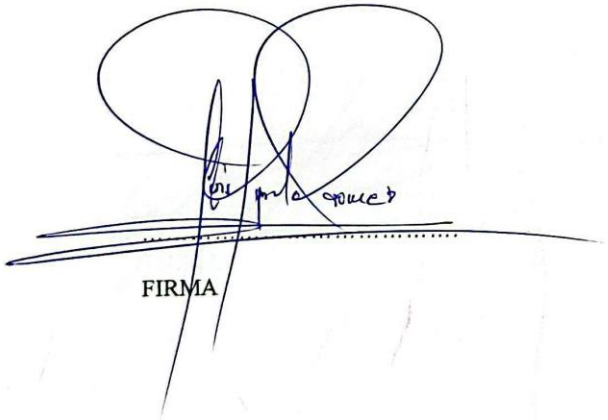
ANEXOS

CERTIFICADOS DE ENTREVISTAS

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. Luis Alfredo Gómez Baño, con cédula/matricula profesional número 0501934210, en calidad de Juez de la Unidad Judicial F, M, NyA, certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato**, con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 19 de noviembre, como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.



FIRMA

CS Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. Carlos E. Portero C., con cédula/matricula profesional número 1802384956, en calidad de Juez Unidad Judicial-Tránsito, certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato,** con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 19 de noviembre, como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.

FIRMA

CS Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. PILAR LOZADA SEGURA., con cédula/matricula profesional número 1802206274, en calidad de JUEZA DE LA SALA PENAL, certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato**, con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 22 de noviembre de 2024, como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.

FIRMA

CS Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. Nelson Patricio García, con cédula/matricula profesional número 0502516867, en calidad de Juez Provincial F.M.N.A, certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato**, con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 22 de noviembre de 2024., como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.

0502516867

FIRMA

CS Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. Jorge Tuston Freire, con cédula/matricula profesional número 1803145752, en calidad de Juez de Tránsito, certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato**, con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 25 de noviembre de 2024 como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.

.....

FIRMA

Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. Jorge Arcos....., con cédula/matricula profesional número 1802539518....., en calidad de Juez de la Unidad Judicial de F.M.N.A certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato**, con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 25 de noviembre de 2024, como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.

FIRMA

CS Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. ..... CRISTIAN RODRIGUEZ ....., con cédula/matricula profesional número ..... 1803498532 ....., en calidad de ..... ENTREVISTADO ....., certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato,** con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día ..... 26 de noviembre ....., como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.



..... JUEZ

FIRMA

CS Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. Dr. Geovanny Borja, con cédula/matricula profesional número 1715664643, en calidad de Juez de Garantías Penales, certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato,** con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 27 de noviembre de 2024, como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.

FIRMA 1715664643

Dr. Geovanny Borja Martínez.
Juez. de Garantías Penales

Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. José Luis López Erazo con cédula/matricula profesional número 0602310625, en calidad de Juez Provincial Pena, certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato**, con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 27-XI-24, como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.

FIRMA

CS Escaneado con CamScanner

CERTIFICADO DE ENTREVISTA

Yo, Dr./Ab. Julio Masabanda, con cédula/matricula profesional número 1802130125, en calidad de Juez de la Unidad de Familia, certifico que he sido entrevistado por la estudiante **Raquel Galarza Mayorga**, quien se encuentra cursando el **Noveno Semestre de la Carrera de Derecho** en la **Universidad Técnica de Ambato**, con el propósito de recabar información para la elaboración de su trabajo de investigación previo a la titulación, cuyo tema es: "La Prisión Preventiva en el Delito de Apropiación Fraudulenta por Medios Electrónicos".

La entrevista tuvo lugar el día 27/ Junio/ 2024, como parte del proceso de investigación para dicho trabajo académico.

FIRMA

CS Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA A DOCTOR CARLOS EFRAÍN PORTERO, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE TRÁNSITO DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

Me apegaría mucho al tema del mismo COIP, donde define los objetivos y requisitos que deben ser cumplidos para la solicitud de una medida cautelar como es esta de tanta gravedad, la prisión preventiva.

Es decir, los tres que determina el 534 del COIP, con la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. En segundo punto, los elementos de convicción claros, precisos y justificados. Que el procesado es autor o cómplice de la infracción investigada.

Eso. Y los indicios que hagan prever al juzgador que el resto de medidas cautelares personales resulten insuficientes. Y se vea la necesidad imperativa de imponer la medida cautelar de prisión preventiva.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Pienso que hace el énfasis el número 3 en el 534 del COIP. Que deja al criterio del juez que no existiendo la imposición de medidas cautelares de orden personal suficientes, el tema de la suficiencia pienso que tiene que ver mucho con la proporcionalidad.

Y sería este caso la decisión del juez la que tiene que analizar muy bien para imponer esta medida. Quizá para un juez resulte oficioso que se considere que ciertas medidas personales y reales pueden ser suficientes, pero para otra autoridad es posible que no las considere así. Y la relatividad de la suficiencia para la imposición de medidas cautelares versus la prisión preventiva ya queda al tema discrecional de cada juez.

Tendría que ver también mucho con esto de la ciencia y la experiencia que dice la sana crítica. La experiencia del juez versus la solicitud fiscal o de la persona que se crea víctima en este caso, versus también los derechos que le asisten al procesador.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

Ahí es el dilema con precisamente la discrecionalidad y la proporcionalidad en cada juzgador. Pienso que la mayoría de las veces podrían, el 522 asegura ya no sólo en su numeración, el número 1, por ejemplo, la prohibición de salida del país, la presentación periódica, la redacción del 522 es bastante extensa y no en vano pone en punto 6 a la prisión preventiva, cuando puede haber también el arresto domiciliario, la disposición de utilizar un sistema de vigilancia electrónica y hasta la detención. Entiendo que todos estos cinco numerales primeros son los que debes estimar si son suficientes o no, como para que se aplique la presión preventiva.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Por supuesto.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

Sí que, dando su carácter internacional como un elemento que lo identifica, pienso que sí puede ser muy alto el riesgo. Hay organizaciones, GDG o GDOs, que se dedican en específico, creo que sólo a esto, sin perjuicio que puedan estar asociados con otras infracciones penales, puedan también repercutir.

5

Escaneado con CamScanner

Verdigracia, Tren Aragua, de lo que se conoce, origen Venezuela, pero está ya distribuido en Ecuador, en Colombia, en Perú, en Chile, de lo que se conoce a nivel de la costa del Pacífico. Pero yo pienso que, no obstante que su forma de actuar es la delincuencia común, pero se han oído casos también de la propiación fraudulenta de recursos o de bienes de otras personas, no obstante que son originarios de Venezuela, a tal punto que han llegado a actuar hasta en los Estados Unidos, y ellos han seguido su información delictual a través de las cadenas de los servicios informáticos. Y pienso que eso es importantísimo.

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

Yo pienso que el tema aquí que se podría discutir previo a esto, responder la pregunta, es la realidad supera la legalidad. Entonces, quizá este ente policial internacional pueda ser insuficiente en su actuar. Sin embargo, se han visto temas de trascendencia por estatus personal o estatus social de ciertas organizaciones o personajes que pueden inmediatamente llamar la atención a nivel mundial, no solo regional ni local.

Entonces, tal vez por ese lado pienso que pueda resultar insuficiente la integración de esta entidad policial.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Insisto en la respuesta anterior que al legislador ecuatoriano la realidad muchas veces ha sido superada en este caso del tema de todo el sistema de lo que hoy se conoce como la IA, el tema también de la utilización de aparatos electrónicos como el uso de los algoritmos electrónicos. Esto es lo que estimo que el legislador ecuatoriano no deja de actuar, sino cuando ya la realidad le ha superado al tema específico de los delitos cibernéticos.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTOR NELSON PATRICIO GARCÍA JUEZ PROVINCIAL DE FAMILIA DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

Bueno, partamos de que la prisión preventiva sin duda es de última ratio, es decir, es completamente excepcional, más allá de los requisitos que deben cumplir, establece el artículo 534. No olvidemos que la prisión preventiva definitivamente debe ser tomada como la última opción. Todas las demás opciones que establece el artículo 522 deben ser antes evaluadas.

Y solamente en caso de que aquellas no puedan ser garantías suficientes para la comparecencia para ser procesado, vamos a aplicar la prisión preventiva. Y hay que hacer énfasis en que los artículos, o los requisitos, perdón, que establece el artículo 534 tienen que cumplirse todos en su integralidad. De ahí que la relevancia de la imposición de una prisión preventiva debe estar completamente motivada, más allá de que existan los elementos de convicción, de materialidad y de responsabilidad, a los que se refiere el numeral 1 y 2 del 524.

Yo siempre he considerado, igual que el numeral cuarto, que el numeral tercero es el más importante porque este tiene que hacer análisis con las medidas que las medidas cautelares privativas de libertad, no privativas de libertad, son insuficientes. Entonces, para llegar a una suficiencia no es necesario solamente basarse en el tipo de delito, sino más bien en la garantía de que la persona procesada comparezca o no al proceso, o le sea más fácil evadir a la justicia. Listo, doctor.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Bueno, sin duda la proporcionalidad, y ya lo ha manifestado la Corte Constitucional, la Corte Nacional, la Corte Interamericana de Justicia, debe ser siempre la excepción a la prisión preventiva porque recordemos que estamos afectando a la libertad de la persona. Esta afectación a la privación de libertad impide una defensa adecuada inclusive de las personas. Pero como les dije, siempre vamos también a basarnos en la proporcionalidad y esa proporcionalidad no puede ser solamente en el tema de la pena en sí.

Es decir, no podemos solo decir que le vamos a condicionar a una persona a privación de libertad porque el delito es sancionado con 25 años, porque el delito tiene una sanción de 1 a 3 años. Sino va directamente a la persona, a la probabilidad de que ella comparezca o no al proceso. De ahí que creo que en este caso, en estudio, el más importante o el que debe ser desmenuzado con mayor especificidad es el numeral tercero del artículo 534.

De ahí entonces que, sin duda, la proporcionalidad de la decisión de la prisión preventiva debe estar completamente fundamentada en la necesidad de que la persona esté dentro del proceso. Ahí es que se puede hacer análisis de la situación económica, social, cultural de la persona para poder aplicar o no esa prisión preventiva.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

Bueno, sin duda, estas medidas no cautelares resultan insuficientes cuando no cumplen su fin. En muchas ocasiones tenemos casos en los cuales se dictan estas medidas, y estas medidas más bien hacen que las víctimas queden en desamparo.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTOR NELSON PATRICIO GARCÍA JUEZ PROVINCIAL DE FAMILIA DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

Bueno, partamos de que la prisión preventiva sin duda es de última ratio, es decir, es completamente excepcional, más allá de los requisitos que deben cumplir, establece el artículo 534. No olvidemos que la prisión preventiva definitivamente debe ser tomada como la última opción. Todas las demás opciones que establece el artículo 522 deben ser antes evaluadas.

Y solamente en caso de que aquellas no puedan ser garantías suficientes para la comparecencia para ser procesado, vamos a aplicar la prisión preventiva. Y hay que hacer énfasis en que los artículos, o los requisitos, perdón, que establece el artículo 534 tienen que cumplirse todos en su integralidad. De ahí que la relevancia de la imposición de una prisión preventiva debe estar completamente motivada, más allá de que existan los elementos de convicción, de materialidad y de responsabilidad, a los que se refiere el numeral 1 y 2 del 524.

Yo siempre he considerado, igual que el numeral cuarto, que el numeral tercero es el más importante porque este tiene que hacer análisis con las medidas que las medidas cautelares privativas de libertad, no privativas de libertad, son insuficientes. Entonces, para llegar a una suficiencia no es necesario solamente basarse en el tipo de delito, sino más bien en la garantía de que la persona procesada comparezca o no al proceso, o le sea más fácil evadir a la justicia. Listo, doctor.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Bueno, sin duda la proporcionalidad, y ya lo ha manifestado la Corte Constitucional, la Corte Nacional, la Corte Interamericana de Justicia, debe ser siempre la excepción a la prisión preventiva porque recordemos que estamos afectando a la libertad de la persona. Esta afectación a la privación de libertad impide una defensa adecuada inclusive de las personas. Pero como les dije, siempre vamos también a basarnos en la proporcionalidad y esa proporcionalidad no puede ser solamente en el tema de la pena en sí.

Es decir, no podemos solo decir que le vamos a condicionar a una persona a privación de libertad porque el delito es sancionado con 25 años, porque el delito tiene una sanción de 1 a 3 años. Sino va directamente a la persona, a la probabilidad de que ella comparezca o no al proceso. De ahí que creo que en este caso, en estudio, el más importante o el que debe ser desmenuzado con mayor especificidad es el numeral tercero del artículo 534.

De ahí entonces que, sin duda, la proporcionalidad de la decisión de la prisión preventiva debe estar completamente fundamentada en la necesidad de que la persona esté dentro del proceso. Ahí es que se puede hacer análisis de la situación económica, social, cultural de la persona para poder aplicar o no esa prisión preventiva.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

Bueno, sin duda, estas medidas no cautelares resultan insuficientes cuando no cumplen su fin. En muchas ocasiones tenemos casos en los cuales se dictan estas medidas, y estas medidas más bien hacen que las víctimas queden en desamparo.

Escaneado con CamScanner

Porque lo común, digamos lo natural de la persona siempre va a ser buscar huir de una responsabilidad. Esa es la naturaleza de la persona. Pero también existen otro tipo de personas que se hacen responsables de sus acciones, de sus actos.

Es ahí la necesidad de la aplicación de las medidas. Las medidas no privativas de libertad, no podría decir cuál es menos suficiente o insuficiente que otra. Obviamente ya no la prisión preventiva, sino hablando de otro tipo como la prohibición de salida del país o la presentación periódica.

Hay muchos casos en los cuales se han dictado estas medidas y sin embargo han salido del país. Hay muchos casos en los cuales ni siquiera se han presentado conforme a lo ordenado, y ahí corresponde dictar la medida de prisión preventiva. ¿Cuándo? Cuando ya la medida no privativa resultó insuficiente.

A veces ya es tarde para la aplicación de la prisión preventiva. Pero no podría como tal decir cuál de las medidas es más, luego de la prisión preventiva, más suficiente, sino más bien cualquiera de las medidas podría resultar insuficiente si no cumple el fin que es de hacer comparecer a la persona al proceso y a un cumplimiento posible de la pena en caso de condena.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Sin duda, todos los delitos de este tipo informáticos tienen un carácter transnacional. Podemos ver cómo los hackers operan desde diferentes países, y la mayoría lo hace de esa forma porque busca impunidad. De tal manera que yo creo que más del 90% de estos tipos de delitos se lo hacen desde el exterior.

Seguramente con ayuda de personas en el interior, en algunas ocasiones, pero la mayoría, en un 90%, son de carácter transnacional. Y claro, todo esto ha abonado o ayudado el tema de la expansión del Internet. Entonces, todas las personas, y además de la expansión, diría de las personas como tal, que desconocen el uso adecuado del sistema de Internet y caen como presa fácil para este tipo de delitos.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

Bueno, el riesgo procesal, si lo vinculamos a la pregunta primera de la presión preventiva, es que los delitos queden en impunidad.

Porque, como había dicho, en estos casos lo más probable es que no lleguemos a la persona responsable. Y si llegamos a la persona responsable, considero que es sumamente adecuado y proporcional inclusive dictar una presión preventiva. Tanto más que todas estas personas que cometen estos delitos lo hacen en, no sé qué palabra usar, en tan clandestinidad que sería casi imposible que ellos comparezcan al proceso

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

Hoy por hoy es la única que maneja el país y que tenemos, y no hay otra más eficaz. Si bien existe colaboración de algunos países, digamos que es la eficaz porque no tenemos otra opción.

Escaneado con CamScanner

Es bien complicado en los delitos informáticos, es súper complicado, porque por la forma de operación de estos es recontra que difícil ubicarse, pero es la más eficaz.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Bueno, la normativa ecuatoriana no hace una distinción en cuanto a la presión preventiva por delitos, como lo había manifestado. La prisión preventiva no establece o se establece que pueda hacerse uso en tal o cual delito, en delitos informáticos, en delitos contra la propiedad, en delitos contra el Estado, etc. De tal manera que no, la normativa ecuatoriana no va a referirse en específico a qué delito se puede aplicar la presión preventiva. Creo que, ningún país tampoco lo ha hecho.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTORA PILAR LOZADA SEGURA, JUEZA PROVINCIAL PENAL:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

Bueno, la Corte Constitucional ha establecido que la presión preventiva se tiene que disponer solamente cuando las demás medidas son insuficientes para asegurar los fines mismos que persiguen esta medida de presión preventiva. Esto es, asegurar que el procesado no vaya a evadir a la justicia, que vaya a participar en todas las diligencias que disponga Fiscalía asegurando la inmediación y a la preparación integral a la víctima. Evidentemente, si existe una medida menos gravosa que pueda asegurar los fines, tendría que ser escogida esa antes que la prisión preventiva.

Pero caso contrario, si es que no existe una medida de esas condiciones como última ratio, como la más gravosa, tendría que imponerse la prisión preventiva. Los derechos de la víctima son constitucionales, igualmente la Administración de Justicia y la necesidad de llegar a la verdad procesada como la primera garantía de la víctima.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Bueno, es específica la norma. La prisión preventiva no puede disponerse a solicitarse en delitos menores.

Esto es, todos los delitos que superan los cinco años podrían pedirse la presión preventiva. La proporcionalidad ahí está asegurada. Pero más allá de eso, va a haber delitos en los cuales, pese a que tiene una pena de cinco años por las circunstancias de la infracción a lo mejor, se denote que no existe un ánimo avanzado de causar daño, la lesividad mismo social sea mínima.

Y en esas condiciones el juez tiene que analizar las circunstancias mismas para determinar si es o no necesaria la prisión preventiva. Hablemos de que es el nuevo esquema penal. Antes se detenía para investigar, hoy se investiga para detener.

En consecuencia, para detener la presión preventiva ya tienen que haber todos los antecedentes que determinen la forma de comisión de la conducta en presunciones a onológicamente a petición de prueba. Y al conocer la forma de comisión, se puede determinar si actuó o no actuó con malicia, con ánimo de lesionar bienes jurídicos de modo grave. En consecuencia, todo eso debe ser analizado por el juzgador para determinar efectivamente si existe proporción en la medida solicitada por fiscalía y poder aplicarla.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

La insuficiencia es subjetiva porque tiene que ser analizado y va a privar el criterio del juez. Pero no subjetivo en el sentido de que totalmente el juez es el que dispone como él considere, sino que la decisión de adoptar o no adoptar esa medida se da como consecuencia de la insuficiencia de las demás.

No existe un parámetro fijo, pero sí tiene que analizarse a la persona que sería privada de la libertad. Si esa persona necesita una vinculación grave como es la privación de libertad para poder cumplir los fines que ya indiqué, o caso contrario, si dadas las circunstancias de la personalidad, del trabajo que tiene, de lo que hace activamente en la sociedad, puede ser una persona muy conocida, una persona que tenga... la palabra raíz no existe en el COIP, sin

Escaneado con CamScanner

embargo, que no tenga la necesidad de irse del lugar y que en caso de que se vaya, para él sería más grave que quedarse. Si es que ese es el caso, la única solución sería dictar la presión preventiva, si es que no existe esa vinculación con el lugar donde se lleva el tanque.

Pero, si es que existe esa vinculación, por más que se solicite la Fiscalía, el juez tiene que optar por las demás medidas, porque hemos de entender que las demás medidas resultan suficientes en el caso concreto.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Por la naturaleza misma de la vía de comisión, lógico, podría tener ese carácter.

Hablemos de que existen redes a nivel internacional, a nivel mundial, de personas que trabajan por internet, que hackean, que pueden, a través de su trabajo, llegar a provocar daño y a demostrar, bueno, y a aprovecharse de personas que desconocen las características mismas, incluso de la red. Esta clase de delitos es bastante común, sobre todo a personas que no manejan los medios electrónicos, que no saben efectivamente cómo utilizar ni qué medidas de seguridad pueden adoptar. En consecuencia, hacer redes internacionales que manejan grandes cantidades de dinero va a tener un efecto transnacional, una connotación de ese tipo.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

El riesgo procesal sería que no se tenga vinculación con el proceso de parte del sujeto activo, que no se logre la inmediación que es propia de nuestro sistema y que lastimosamente en esas circunstancias las víctimas no reciban la reparación integral que constitucionalmente es impuesta. Evidentemente, en estas circunstancias yo sí considero que debería preferirse en estos casos la aplicación de la presión preventiva antes que otras medidas por las circunstancias mismas de comisión y por la facilidad en cualquier lugar de poder tener acceso a la red, acceso a una computadora con internet y demás.

La posibilidad es que desde cualquier lugar del mundo esa persona siga cometiendo una infracción. Entonces, la única manera de asegurar en esas circunstancias podría ser a mi criterio la prisión preventiva.

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

En cualquier clase de delitos, sí, si tiene efecto la difusión roja de la Interpol. Ahora, el problema va a ser ubicar físicamente a esas personas, porque, dadas las circunstancias de comisión de la infracción, va a ser bastante complejo determinar el lugar mismo en donde están.

Se puede utilizar IPs de diferentes países, se puede dar contraseñas y caracteres diferentes, pero eso se dejaría simplemente al trámite de investigación fiscal, y tomando en cuenta de que existen incluso oficinas en las cuales se pide cooperación internacional para llegar a determinar esta clase de delitos transnacionales. A través de esas investigaciones, si se lograra determinar dónde están precisamente, la difusión roja de la Interpol sería indispensable para poder privar de la libertad a esas personas, y de esa manera lograr la vinculación y la inmediación con el proceso que se desarrolla en Ecuador.

Escaneado con CamScanner

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Existe la normativa ecuatoriana que está apegada a resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferentes convenios suscritos por el Ecuador, entonces está recogiendo la normativa incluso aplicable a nivel latinoamericano. Es por eso la excepcionalidad que ahora mantiene y que no tenía anteriormente los otros códigos de procedimientos penales, en donde de modo indiscriminado se daba la presión preventiva. Efectivamente, el hecho de darse de modo indiscriminado provocó en muchos casos que el Ecuador sea sancionado a nivel internacional por el exceso en la aplicación de esta medida, incluso por excederse a los plazos de duración.

Pero la aplicación debida de la normativa sí permitiría el uso adecuado de la presión preventiva. El problema es que debe ser una aplicación adecuada por personas capacitadas y nos vamos entonces al otro lado, porque va a haber casos en los cuales por presión social o a lo mejor se forman grupos GDOs y hay presión no solo de ese tipo, sino incluso económica para la toma de decisiones, podría variar la decisión que se adopte. Ahora, en buenas prácticas, evitando todo esto, en un sistema de justicia alejado de corrupción, la normativa que existe de ser bien aplicada sería suficiente.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTOR JORGE ARCOS, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

En materia penal, si hablamos ya en cuanto al procedimiento, debemos tomar en cuenta los presupuestos constitucionales del debido proceso, en garantía no únicamente del procesado, sino también de la víctima. En cuanto a la prisión preventiva, y la pregunta hace relación a los criterios que deben considerarse para justificar la imposición de la prisión preventiva, necesariamente van a ser dos. Los criterios formales, los criterios formales en cuanto al principio de legalidad y los criterios de fondo que involucran ya un análisis de proporcionalidad.

En este análisis de proporcionalidad, necesariamente debe revisarse a partir de los escenarios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a los criterios de formalidad o de forma, son los contenidos en el artículo 534, y los de fondo son los desarrollados por la Corte Constitucional. Esa sería la primera pregunta.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

La proporcionalidad involucra la necesidad, la razonabilidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Eso ya desarrollado en este contexto, estos tres elementos son conexos, no puede estar separado uno del otro.

A ver, la pregunta se traduce a qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva. Le decía que estos tres elementos son conexos, tomando en cuenta de que la prisión preventiva es un mecanismo o un medio de última ratio, y esto no únicamente por el desarrollo constitucional, sino también tomando en cuenta el principio de convencionalidad.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

Mire, el escenario de la prisión preventiva no debe ser utilizado o considerado como un evento de forma, únicamente, sino que debe ser analizado a partir del caso concreto.

La pregunta se traduce a que las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes. A ver, sobre esto, de igual manera, la Corte Constitucional se ha pronunciado. La sentencia es la número 1158-17-EP de 20 de octubre del año 2021. Entonces, decimos que las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes cuando no garantizan la inmediación del procesado a juicio, cuando hay riesgo, dependiendo del delito que se persiga, que el procesado en libertad pueda destruir evidencias, pueda obstaculizar la investigación y, finalmente, considerar que hay riesgo para la víctima si es que el procesado está libre.

Puntualmente esto, como ejemplo, podríamos citarlo en los casos de violencia, en los casos que afecten el delito a la vida o a la integridad de la víctima.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Como le acabo de indicar, es un tema que debe ser analizado como un caso concreto. La materia penal involucra dos escenarios. Una es la tipicidad del delito y el otro escenario es la sanción o la pena.

Escaneado con CamScanner

Entonces, habrán delitos de los que usted menciona y que hacen relación a la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, ¿sí?, que no trascenderán localmente, otros trascenderán nacionalmente y otros trascenderán internacionalmente y cada uno de ellos ameritará un análisis puntual, ¿no?, un análisis puntual. En cuanto a la legislación ecuatoriana, sí, podríamos decir que se ha empezado a legislar. Habría que considerar que por la globalización, no únicamente del derecho, sino también de la tecnología, estos delitos en el Ecuador deben considerar ya los criterios a nivel internacional.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

Más allá de los riesgos procesales, como le acabo de explicar, existe ya esta posición de la Corte Constitucional de que debemos establecer presupuestos de fondo. En cuanto a la proporcionalidad en estricto, en cuanto a la necesidad, dependiendo de la conmoción, en este caso social, nacional, dependería del caso concreto.

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

A ver, las instituciones jurídicas tienen su naturaleza y a veces esta naturaleza no alcanza al desarrollo que la sociedad va percibiendo día con día. Entonces, esta institución de la notificación roja de Interpol, entiéndase que podría ser eficiente, pero no eficaz. Porque es una institución que no se acopla ya a la realidad tecnológica, a la realidad en cómo se van desarrollando las diferentes, cómo diría, asociaciones para delinquir. Entonces, los delincuentes están un paso más adelante de lo que, en este caso, haciendo relación a este tipo de institución de la notificación roja de Interpol, no ha desarrollado.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Bueno, tomemos en cuenta que la Corte Constitucional, a partir de la sentencia que le dejó indicado, al establecer el tema de necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto y racionalidad, establece que no necesariamente un tema patrimonial amerita una prisión preventiva. Pero, dependiendo del caso concreto, debería analizarse cuál es la trascendencia, cuál es la conmoción social y habrán casos en que se amerita la prisión preventiva y en otros no.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTOR CHRISTIAN RODRÍGUEZ JUEZ DE GARANTÍAS PENALES DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

Bien, el criterio más relevante que tenemos que considerar los jueces no siquiera está fomentado en la doctrina nacional, sino más bien siempre vamos a partir de criterios convencionales, o al menos este juzgador siempre lo hace así. No solo desde las últimas resoluciones tanto del Corte Nacional de Justicia como de la Corte Convencional.

Ahí nos partió el asunto de la prisión preventiva. La prisión preventiva ya viene desde muchos años atrás generado y también evolucionado y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hay muchas sentencias, inclusive sentencias que han sido dictadas en las cuales ha condenado al Ecuador respecto al uso y abuso de la prisión preventiva.

Caso Herrera Álvarez versus Ecuador, Chaparro, caso Tibi, en todos esos casos se ha condenado al Ecuador por el uso y abuso de la prisión preventiva. Ahí inclusive la Corte Interamericana enmarcó parámetros para cuando una medida cautelar es legítima. Y, por ejemplo, en el caso de Herrera Leyva versus Venezuela, en el párrafo 111 usted puede encontrar cuál es la legitimidad de la prisión preventiva, es decir, cuando una medida cautelar no se encuentra abusiva o no puede ser considerada como abusiva.

Y es precisamente cuando busca fines legítimos, cuando busca guardar fines legítimos como, por ejemplo, que la persona procesada no eluda la acción judicial, que la persona procesada no intervenga de manera negativa dentro de la investigación. Entonces esos criterios, desde ese punto de vista, esos criterios son muy arraigados ya a partir de estos criterios, inclusive se desarrollan criterios también como el criterio de última rátio de la prisión preventiva. Entonces todos estos criterios también han sido tratados y abordados por ya nuestros organismos nacionales, por ejemplo la Corte Nacional de Justicia, por ejemplo la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ya se pronunció respecto a cuándo la medida cautelar es legítima también, y ahí nos indica en la sentencia 08-20-CN-21 que la prisión preventiva, si bien es cierto, es excepcional, no es menos cierto que se puede aplicar cuando busca fines, cuando persigue fines constitucionales legítimos. ¿Y cuáles son los fines constitucionales legítimos? En el artículo 77, número 1 de la Constitución, ahí encontramos tres finalidades de la prisión preventiva. Uno, la comparecencia o cuando la prisión preventiva se haya dictado para poder asegurar la comparecencia de la persona procesada a las diferentes etapas del juicio para el cumplimiento de una posible pena.

Y también como tercer finalidad tenemos, a pesar que en el artículo 534 del Código Orgánico Internal Penal no se encuentra, también se encuentra la garantía a la víctima en la justicia pronto, oportuna y sin violación. Esos parámetros son muy importantes para tomar decisiones. De ahí, en ese sentido, también debemos ver, debemos determinar los principios que necesitamos desarrollar, como por ejemplo, necesitamos también determinar que sea proporcional, que sea legítima, que sea legal esta medida cautelar.

Entonces, en ese sentido, todo este filtro tenemos que analizar conforme a toda la petición y elementos que sea proporcionado por una de las partes. ¿Cuál parte? La parte que pide. Recordemos que esto también es dispositivo y el artículo 168, número 6 de la Constitución,

Escaneado con CamScanner

dentro de los principios que establece nuestro sistema oral, es que el principio base, en el caso que nos ocupa, el principio base de nuestro sistema es el dispositivo.

Entonces, en función de la petición y de la justificación por parte de Fiscalía, nosotros tenemos que hacer un análisis público de todo esto, incluyendo un máximo que es el último ratio. ¿Qué significa el último ratio? ¿Qué significa el último ratio? Es decir, que es lo último que podemos hacer nosotros los jueces, es ocupar esta medida cautelar para poder buscar estos fines constitucionales. Primero tenemos que ver qué medida cautelar puedo diseñar para poder precisamente disponer y asegurar la comparecencia de la persona procesada.

Es decir, que no hay otra medida cautelar, porque recordemos la regla general y la excepcionalidad. La regla general, preservar el derecho, evitar que se limite en su máximo. En este caso, si es que no existe una medida cautelar alternativa al que necesaria la Fiscalía, como es el arresto domiciliario, como es la presentación periódica, como es la imposición del dispositivo electrónico.

Si veo que dentro de ese caso determinado, puntual, estas medidas cautelares no guardan la eficacia, la eficiencia, y con estas medidas cautelares pondría un riesgo al proceso, lo que llamamos nosotros el frustramiento procesal, o que el proceso penal se frustre. Nos apartamos de la regla general y tenemos que tomar de manera excepcional, por las particularidades del caso, la prisión preventiva, pero de manera excepcional, de último rato, la prisión preventiva. Entonces, todo eso tenemos que hacer un análisis jurídico dependiendo el caso, no el delito, no el delito en específico.

Esto siempre va a ser muy importante. Nosotros no podemos dictar la prisión preventiva, por ejemplo, porque es un asesinato. No.

Nosotros tenemos que dictar la prisión preventiva si es que existe el mérito adecuado de determinar que las otras medidas cautelares no son suficientes. Es más, la Corte Interamericana de Hechos Humanos lo ha dicho innúmeras veces que no es por el delito o la gravedad del delito que se dicta la prisión preventiva, sino más bien es por la necesidad, la necesidad de cautelo, que se evite el frustramiento procesal, y tenemos que apartarnos de la pena privativa del delito en específico. Siempre va a ser de manera general que se haga un análisis, siempre va a ser de manera específica que se haga un análisis de estos parámetros, si cumplen las finalidades, los principios, la legalidad, la proporcionalidad, la necesidad.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Entonces, lo proporcional, eso sí tenemos que ver. A ver, es un caso, en este caso lo que se está tutelando son bienes jurídicos. En este caso, por ejemplo, un delito contra la vida, un delito de, en este caso, ¿qué bienes jurídicos se está tutelando? La vida, la propiedad, la integridad personal.

Y por el otro lado, en cambio, no tenemos los derechos que van a ser limitados por el uso de la prisión preventiva. Entonces, acá va el derecho, ¿cuáles son los únicos derechos que van a ser limitados o los cuales pueden ser limitados mediante este mecanismo procesal o esta institución procesal que es la prisión preventiva? Únicamente unos hablan que la movilidad, que la salud... No, los derechos que van a ser limitados por esta medida cautelar es el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia. Solo esos derechos se encuentran o van a ser analizados dentro de

Escaneado con CamScanner

un examen de proporcionalidad en función del caso que nos ocupa y en función de los demás elementos.

No podemos solo limitarnos a la proporcionalidad o a la legalidad o a la necesidad, sino siempre tiene que ser un análisis en contexto de todo lo que necesitamos para poder diseñar la mejor medida cautelar en el cual, por un lado, no se afecte el derecho de manera extrema de la persona en contra a quien se va a dictar una medida, no la medida cautelar de la prisión preventiva, sino una medida cautelar. Y por el otro lado, tutelar el otro lado de la moneda, que en este caso son los derechos que van a ser tutelados a través del proceso penal o que se están siendo tutelados a través del proceso penal y que fueron también limitados por parte de una acción o omisión de la persona en contra a la que se está pidiendo esa medida cautelar. Entonces, todos esos derechos.

Y también ahí puede entrar el tema del derecho a la víctima o a la justicia por un tipo de desinteresión o inocencia.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

Bueno, creo que ya hemos venido desarrollando todos estos temas según lo que estoy viendo respecto a las preguntas.

Es lo que le decía. Si Fiscalía me piden la medida cautelar, en primer lugar, por el dispositivo y esto siempre hay que meterse en la cabeza desde el punto de vista doctrinario, desde el punto de vista académico, siempre tenemos que tener en cuenta una circunstancia. ¿De dónde partimos? Constitución.

La Constitución nos establece un modelo de justicia, un sistema en el cual se va a desarrollar la justicia. El artículo 168, número 6, nos establece un sistema que es el oral y ahí también nos traza los principios básicos del sistema oral. Dispositivo como primer principio.

En este caso, el dispositivo que entrega a las partes este modelo de justicia para que las partes sea quien presente tanto peticiones, tantos requerimientos, tanto la petición en concreto. En este caso, quien pide de manera fundamentada va a ser la parte en delito de acción pública, la Fiscalía. Ellos tienen el deber, esto está establecido inclusive en la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia, la Corte Interamericana de Hechos Humanos en sus varias sentencias y también el Código Orgánico Penal, que la Fiscalía va a ser quien fundamenta su petición.

Quien fundamenta su petición y ellos, si es que fundamenta su petición de presión preventiva, también tienen que, en primer lugar, determinar o hacer un análisis de por qué es insuficiente la presión preventiva. Entonces, eso es lo más fundamental. ¿Saben qué es insuficiente? En función de que las personas procesadas guardan un riesgo, por ejemplo, de una revictimización.

La persona procesada tiene un desarraigo total dentro de este proceso. La persona procesada tal vez pertenezca a un grupo que se encuentra en movilidad, un grupo, por ejemplo, de extranjeros. No tiene ningún ni siquiera registro en el cantón.

¿Qué pasa si es que la persona procesada se le dicta una media cautelar alternativa a la presión preventiva? Va a haber riesgo de fuga. Y si es que hay riesgo de fuga, también va a haber riesgo de que el proceso se frustre. O va a haber un riesgo de que la persona procesada intervenga de manera indebida en el proceso.

Escaneado con CamScanner

¿Cómo? Por ejemplo, atacando o interviniendo de manera negativa con la víctima o con la prueba que se pretende adoptar por parte de la fiscalía, que le ponga un riesgo a la investigación. Entonces, todo eso se habla de riesgos procesados y riesgos que pueden frustrar el proceso penal. Entonces, de ello va a determinar si es insuficiente por estos motivos.

Pero claro, la premisa aquí mayor es la fundamentación y la presentación de elementos en los cuales se determina que es insuficiente. Es decir, que la presentación periódica es insuficiente, que se pondría en riesgo al frustramiento procesal, que la prohibición de salida del país es insuficiente, que la imposición del dispositivo electrónico es insuficiente, que la prohibición de salida del país y el arresto homicidio también fuese insuficiente. Entonces, todo eso tenemos que primero analizar y determinar para el caso en concreto y determinar si es que es insuficiente o, a la vez, la persona procesada sí cuenta con, en este caso, con incentivos suficientes para poder enfrentar un proceso penal sin la medida cautelar excepcional.

Es decir, tiene suficientes incentivos para poder enfrentar el proceso penal en este cantón, en esta jurisdicción, sin que se dicte una medida cautelar. Por ejemplo, tiene trabajo, tiene domicilio, tiene familia, que es mucho más riesgoso o mucho más, en este caso, digamos, resultaría mucho más gravoso el fugarse que quedarse. Entonces, para él, mejor resulta quedarse enfrentando el proceso penal con una medida cautelar diferente, distinta a la presión preventiva, sin importar el delito que fuese, sin importar la particular del delito, sino más bien, ahí viene el tema del análisis del diseño cautelar.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Es que debemos reconocer la actualidad en la cual estamos atravesando, la evolución de los sistemas en los cuales estamos atravesando.

Es muy fácil que ahora los sistemas puedan ser vulnerados y no los sistemas informáticos puedan ser vulnerados, y no precisamente dentro del mismo país, sino más bien, muchos de los ataques informáticos pueden venir provenientes de otros países, como ya ha pasado. Entonces, ahí se necesita mucho de la cooperación internacional para poder realizar una investigación prolija y determinar si en efecto, ese ataque informático, en este caso, por medio de sistemas informáticos y la apropiación fraudulenta, fue realizado desde esta jurisdicción o, tal vez, a través de la jurisdicción internacional. Entonces, sí se puede ser considerado en determinados casos, cuando presente las particularidades de carácter transnacional, pero es decir, caso por caso.

Y ahí le corresponde a Fiscalía también un gran rol en determinar, individualizar a la persona que estaría atacando de esta manera o habría cometido un acto penalmente relevante a través de estos sistemas informáticos vulnerando derechos, en este caso, de propiedad, contra la propiedad.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

Que no se encuentre en la jurisdicción, por ejemplo, si es que es cometido de afuera del país, si es que ya se individuizó una persona, si es que esta persona ya se determinó que la cometió desde otro país, que hizo todas las acciones desde otro país a efectos de vulnerar un derecho público. Entonces, eso todo toca determinar.

Escaneado con CamScanner

Si es que va, hay un riesgo de fuga, por ejemplo. Entonces, sería un punto muy, muy importante determinar esta particularidad. Entonces, es en función de eso que se hace el análisis.

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

Bueno, es necesario, o sea, si es que no se encuentra en el país, si es que ya ha sido procesado, si es que se emite una media privativa de libertad para que el proceso avance, para que el proceso no se frustre.

Precisamente, evitar, lo que hemos estado hablando durante toda esta entrevista, evitar frustramiento procesal. Si es que ya se llega a determinar una responsabilidad o existen presunciones graves, limitadas, respecto a una posible participación de personas que están en el extranjero, realizar todas las acciones necesarias para que el proceso penal finalice, así como finalice o concluya. Y entonces, hay muchos los casos en los cuales, de manera excepcional, no se puede juzgar a las personas en ausencia.

Si es que se llegara a determinar, por ejemplo, una acción preventiva y ya llegó a la evaluación, ya se llama a juicio, pero la persona presentada no se encuentra en el país, se puede dictar una media cautelar, o bueno, ya se ha dictado una media cautelar de acción preventiva, se puede exponer a la Interpol, que se difunda, y la Interpol realizará un análisis jurídico, por supuesto, de que si es que procede o no procede, la difusión roja, efectos de poder realizar las ubicaciones, capturas, y después los procesos para poder traerlos a juicio al país. O en otros casos, por ejemplo, que se haya dictado media cautelar a determinados, que la persona procesada esté desenfrentando el juicio, y que se haya ido a juicio, lo declaran culpable, lo condenen, se ejecutó la sentencia, pero en ese momento ya se juzga. Entonces, también es necesario utilizar la cooperación internacional, lo que les decía, cooperación internacional, notificación de la notificación a la Interpol, para poder ubicar los capturales y que respondan.

Recuerden que la sentencia, los procesos, así como inician, deben finalizar, y así como finalizan, deben ser ejecutoreados, y ejecutarse. Entonces, si es que no se finaliza, no se ejecutaría, no se ejecuta la sentencia, lo discusionan los jueces de qué justicia estamos hablando. Entonces, para eso necesitamos toda la colaboración en casos específicos, si es que se necesita la colaboración internacional.

De hecho, en el país siempre estamos hablando, y siempre se está, al menos desde nuestra jurisdicción, cuando hay casos que ameritan, cuando hay casos que sabemos que ya se han huido del país, que han salido del país, que se encuentran en Calidad de Tróficos, que sabemos ya más o menos dónde puede ubicarse, que hay reportes de quiénes son en el país, si solemos solicitar a las autoridades internacionales, a la Interpol, que se realice la discusión roja. Precisamente para poder ejecutar las decisiones.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Bueno, es lo que les decía, no podemos especificar una medida cautelar para tal delito, para tal delito, para tal delito en específico. Siempre tenemos que hacer un análisis jurídico respecto a las razones por las cuales se puede considerar la prisión preventiva o diseñar la medida cautelar de prisión preventiva en función de las causalidades que presentan en ese momento. No podemos decir para la prisión preventiva en ciberdelitos si es la adecuada, o para el aborto si es la adecuada, o como en otros países, por ejemplo en México, para la violación es oficiosa

Escaneado con CamScanner

inclusive sin petición de parte, lo que acusan de violación va a la prisión preventiva de oficio o por asesinato.

No, en este caso nosotros tenemos que apartarnos y saber analizar si es que esta medida cautelar es útil, es proporcional, es necesaria para los fines constitucionales, no precisamente para ciberdelito de manera particular o para otro delito de manera particular.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTOR GEOVANNY BORJA, JUEZ DE GARANTÍAS PENALES DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

Bueno, en primer lugar, los servicios del doctor Giovanni Borja Martínez, juez de garantías penales con competencias ampliadas en garantías constitucionales, penitenciarias y contravenciones penales en la jurisdicción del cantón Ambato. Sobre la primera interrogante que se me formula en cuanto a los criterios que se considera para justificar la imposición de la prisión preventiva, debemos atender a que en el marco jurisdiccional, desde el pensamiento del juzgador, se valoran dos aspectos desde el marco constitucional y del marco legal. Entonces, el juez debe generar un control de vigencia de la constitución para luego descender al control abstracto de la legalidad, posibilitando entonces de esta forma que la imposición de la medida cautelar no sea fruto de la arbitrariedad, no sea fruto de la ilegalidad o de la ilegitimidad.

Entonces, para lograr imponer una medida cautelar de tal extrema situación que restringe o merma un derecho fundamental como es la libertad ambulatoria, debemos atender a presupuestos procesales. ¿Cuáles son estos? Como dije inicialmente, son dos. Uno es la apariencia del buen derecho que es concebido desde el ámbito doctrinal, tanto en situaciones de cautela para el ámbito civil como en el ámbito penal.

A esto la doctrina lo llama la verosimilitud también. En nuestro sistema procesal penal lo desarrolla ampliamente en el artículo 534, en sus numerales 1 y 2 del Código Jurídico Integral del Penal. ¿Qué quiero decir? Que por verosimilitud el fiscal debe demostrar que el conflicto que se le presenta al juez es en efecto de aquellos que interesan su persecución a la Fiscalía General del Estado y por tanto nos encontramos frente a un presunto pragma conflictivo de orden o de naturaleza penal en su esfera de naturaleza pública.

Y no solamente aquello, sino que hay un nexo causal que vincula a un presunto partícipe, de acuerdo a los grados de participación, acorde a la imputación que se presente en ese momento, sea como autor o sea como cómplice. Esto por un lado, ahora como dije son dos las situaciones, pues no basta con que exista o ocurra indicios graves de que existe un delito y de que hay un responsable a quien se presume ser el partícipe de esa infracción, sino que se debe demostrar por el titular de la acción penal que hay un riesgo procesal. Frente a los riesgos el proceso penal debe cautelarse, solamente ahí surgen entonces otros principios como el de necesidad a efectos de posibilitar, entender o comprender si la medida reviste de proporcionalidad.

Solo ahí cerramos la idea de que el fin posibilita la imposición de una medida de cautela que es aceptable constitucionalmente.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

La proporcionalidad debe ser analizada en todo escenario. Si no se la analiza ya tenemos un problema constitucional a ser tratado a través de una garantía jurisdiccional que defiende las libertades de los ciudadanos como es el habeas corpus.

Entonces la proporcionalidad tiene su historia. Obviamente si empezamos a hablar de los grandes tratadistas que es Robert Alexy, jurista alemán de la corte constitucional en esa época, como lo dice la doctrina, ha desarrollado ampliamente. Claro que antes de él también ya hubo otros precedentes pero nuestra corte constitucional se ha apegado bastante a sus pensamientos

Escaneado con CamScanner

y ha desarrollado esa idea del test de proporcionalidad con sus principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que hoy están firmemente integrados en el 519 del COIR, en el subprincipio de idoneidad, en el 520 del COIR, en los criterios de valoración de las medidas cautelares cuando hace referencia a los subprincipios de necesidad y proporcionalidad.

Entonces, nótese que en torno a la pregunta que se realiza al hablar de la proporcionalidad, no es algo ajeno a la esfera constitucional que hoy, más bien obliga y ata al juzgador a tener mayor diligencia al momento de valorar jurídicamente el requerimiento del fiscal y por tanto el juez debe responder en base al debate y a los elementos e indicios de convicción que se le aportan, cómo es que en efecto existe o no la proporcionalidad de la medida. Entendiendo, claro está que por proporcionalidad ha de comprenderse si la medida satisface la protección de un bien jurídico frente a la limitación de otro mismo bien jurídico que tiene igual valor. Entonces, por un lado limitamos un derecho fundamental como la libertad ambulatoria, pero vamos a verificar si esa limitación es proporcionalidad o ese sacrificio que realizamos que buscamos de manera proporcionalidad y proporcional tutelar.

Entonces, solamente en ese pensamiento, en esa línea constitucional, podemos decir que la medida es aceptable constitucionalmente.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

El juzgador tiene una gran labor de motivar y motivar no es algo muy sencillo como se aparenta de forma superficial por parte de los jueces hoy en día al momento de adoptar las decisiones judiciales orales, porque en efecto la medida que adopta la defensa implementiva no es una medida o una decisión por escrito, es una decisión oral que se la adopta en el transcurso del debate tras su culminación. Entonces, eso implica que el juez debe contar con una preparación jurídica altamente reforzada a efectos de poder resolver el conflicto que se le presenta a su conocimiento.

Esto implica entonces que, frente a aquello, debemos jugar entre un mandato que nos impone la constitución. Recordando desde nuestros orígenes, cuando estudiábamos en las facultades de la Constitución, el Código Civil medianamente nos decía en sus primeros artículos que las normas tienen una clasificación en cuanto a que las leyes mandan, prohíben y permiten. ¿A dónde voy con esta idea? Que si leemos de forma minuciosa y sistemática el artículo 77, numeral 11 de la Constitución, esta norma es mandatoria y obliga al sistema de justicia a optar o privilegiar por medidas alternativas a la privación y la libertad.

Entonces, noten cómo el constituyente primario que diseñó la Constitución, quiso que los procesados en las causas penales se defiendan en libertad, como idea primigenia, y sólo de forma excepcional se restrinja aquella bajo la medida cautelar de prisión preventiva. Es ahí entonces donde nace la última ratio de este tipo de medida cautelar. Entonces, noten la gran labor que debe Fiscalía realizar por justificar el por qué entonces, frente a aquellas medidas alternativas que hace referencia al 522 del COID, no son útiles y no son eficaces para los mismos fines que persigue la prisión preventiva, que sumadas todas son la inmediación.

Ambas o todas persiguen inmediar a la persona procesada y que ésta comparezca a la audiencia de juzgamiento. Entonces, es ahí donde el fiscal debe justificar en audiencia el por qué, desde la prohibición de salida del país, la presentación periódica, no son medidas que posibiliten esa inmediación o no son medidas que aseguren los derechos de las víctimas, como por ejemplo la

Escaneado con CamScanner

reparación integral, o finalmente no son medidas que garanticen el cumplimiento de la pena frente a la gran evidencia de cargo que Fiscalía revela consecuencia de una investigación altamente objetiva. Entonces, cómo hacerlo es la idea donde siempre los fiscales han fracasado hasta este momento procesal.

Entonces, es ahí donde el fiscal debe trabajar investigando, porque la idea acá de los fiscales es perseguir la investigación en base al delito y al responsable, pero eso es desde el derecho penal sustantivo. Pero ya entrando en el derecho penal adjetivo, evidentemente procesal, hoy por hoy si pretendo favorecerme de una medida cautelar de presión preventiva, requiero investigar no solamente cómo se cometió el delito y sus circunstancias y quiénes son los responsables, sino también que requiero verificar en qué situación se encuentra esa persona procesada. Es decir, si éste tiene o cuenta con medidas de contracautela, como lo señala la doctrina, en cuanto a si éste va a encontrarse arraigado con el territorio nacional a través de vínculos domiciliarios, vínculos familiares, vínculos sociales, vínculos laborales, vínculos de cualquier índole que posibilite comprender que contra quien he imputado cargos no va a fugar, no va a rehuir de la imputación o del sistema de justicia ante quien se genera esa imputación y, por tanto, tiene la capacidad jurídica de enfrentarse al sistema, de ejercer la contradicción y no de ocultarse del mismo, o de no entorpecer el avance procesal, porque caso contrario también podríamos violar el plazo razonable de duración de los procedimientos.

Entonces, esta misión que tiene el fiscal debe demostrarla en audiencia. Solamente así podremos altamente demostrar que las medidas no privativas de libertad no son útiles.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Estos tipos penales en su esfera inicial provienen de esa índole transnacional, no han sido consecuencia de mentalizadores propios de la cultura ecuatoriana, si hablamos de nuestro derecho penal adjetivo originario acá en el Ecuador. Es consecuencia de la evolución de las tecnologías de la información. Entonces, como la era de la evolución del internet a partir de su cambio 4.0, ya en el año 2000 y más allá, fue cambiando, motivó también a evolucionar el delito.

Y esto es que no solamente las estafas se las empezó a diseñar frente a frente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Se ha pasado ahora a través de medios electrónicos en donde se desconoce inclusive la identidad del sujeto activo, posibilitando entonces que el sujeto activo no se encuentre inclusive dentro del territorio nacional y a través de IPs que hoy por hoy, inclusive a través de las pericias, se ha verificado que pueden ser hackeados. Se ha observado entonces que estos sujetos rompen fronteras y se convierten en delitos de delincuencia transnacional e internacional.

Es ahí entonces que la mayor incidencia con quien la actualidad cuenta la Fiscalía General del Estado es propiamente este tipo de apropiaciones fraudulentas. Puntualmente, podemos citar un claro ejemplo en donde nosotros acá tenemos en la localidad de Tampo, Gambato, son esas apropiaciones a través del Banco del Pichincha, que es el que más sufre este tipo de cyber delitos y se ha evidenciado que unos grandes ataques suelen ocurrir desde México o en otros momentos inclusive ocurrieron como en el año anterior desde África. Entonces, partiendo de aquello, queda en evidencia que estos tipos penales rompen fronteras y tienen esa característica.

Escaneado con CamScanner

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

El riesgo procesal es desconocer dónde logramos localizar al sujeto activo en el territorio nacional para que éste pueda ser requerido para su comparecencia en la audiencia de juzgamiento, garantizándose la inmediación.

Desconocer su domicilio y esto impide también la obtención de nuevos elementos de convicción que posibiliten descubrir la verdad, que es el fin también del proceso penal. El proceso penal no pretende imponer una sanción por sí mismo, ese es el resultado causal ya a través de una sentencia, sino que lo que pretende el proceso es descubrir la verdad, pero si no le tenemos presente y está bajo una fuga constante, entonces no vamos a lograr descubrir aquello. Es por eso entonces que en los delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos se hace muy complejo, inclusive a veces, conocer de dónde provino la apropiación, dónde se originó, que muchas veces se genera una transferencia electrónica a modo de ejemplo de un banco a otro banco y luego se generan otras transferencias de otros bancos o a veces sale del país en dinero.

Y cuando se constata pericialmente o los bancos remiten información, desconocen cómo se crearon esas cuentas, los mismos bancos. Entonces si logramos luego descubrir quién es el sujeto activo, nótese que si el banco no logró controlar esa actividad para creación de una cuenta, menos aún el sistema de justicia va a vincular o arraigar al sujeto, entonces evidentemente que va a existir un riesgo de fuga y eso lo debe demostrar el fiscal. Entonces lo que yo materializo aquí bajo esta tesis jurídica debe el fiscal presentarlo con evidencia, porque claro está, el fiscal me puede argumentar en la misma forma, pero al momento que le digo señor fiscal demuéstreme documentadamente lo que usted me está diciendo y no me lo dice, simplemente son elucubraciones que quedan al aire sin demostración, entonces no le puedo creer ese particular.

Si usted me dice vinculado con un elemento a lo que usted me está señalando, entonces doy credibilidad a aquello. Entonces ese es el gran riesgo que ocurre en este tipo de apropiaciones.

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

A nivel personal, en el tiempo de juzgador que llevo acá de casi más de 12 años de trayectoria, fui la primera persona que impartió la utilización de esta herramienta de difusión roja como un instrumento procesal para proceder a capturar a aquellas personas que tenían sentencia ejecutorial a la que exige la Interpol. Pero me atreví a ir más allá en otros casos, como en una muerte de unos menores de edad, como en una violación, entre otros, como el último caso en donde hubo también un cyber delito a través de pornografía infantil por medios de difusión electrónica, en donde se vendía pornografía de menores de edad.

Entonces también se ha logrado aquí. ¿A dónde voy con esto? La notificación roja es una herramienta útil. Lo que basta o resta más bien por hacer es generar por parte del Estado ecuatoriano mayores requerimientos de cooperación eficaz con los estados similares o estados partes donde ya se detecta que se encuentra la persona requerida, a efectos de proceder a materializar ya esa obra.

¿Por qué? Una vez que se informa al juez de control que esta persona ha sido localizada en determinado territorio, muchos se generan trabas por los estados en donde se ubican estas

Escaneado con CamScanner

personas y se tiende a la violación. En el último caso, el conflicto a nivel personal, pasé año y medio en la discusión con esos estados similares hasta que pueda arruinar esa persona al territorio ecuatoriano. Entonces sí resulta eficaz, pero el problema es que no en todos los tipos penales es aceptable la difusión roja.

Hay un requerimiento por parte de la Interpol en cuanto a restringir que solamente en determinados tipos penales, y cuando ellos lo consideren o lo califiquen, son admisibles para difundir.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

La normativa ecuatoriana ha ido tomando un nuevo pensamiento en cuanto a la prisión preventiva.

Las últimas reformas al 534 del COID fueron un jalón de orejas al sistema de justicia. A pesar que la prisión preventiva en la forma como estaba hasta antes de las reformas del 2019 y posteriores a ellas inclusive ya era muy clara, lo que ocurre es que no es el problema de la prisión preventiva en el marco legal. El problema es de los operadores de justicia que desconocen cómo ésta se encuentra dogmáticamente compuesta.

Entonces, no es el marco legal, porque el marco legal está inclusive diseñado desde la esfera supranacional, en donde ya existe un diseño a nivel de la Convención Americana sobre los Hechos Humanos, que ha sido ampliamente establecido por la Corte Interamericana de Hechos Humanos. Tal es así que hay informes que guían sobre la prisión preventiva, sentencias que han condenado al Estado ecuatoriano por el abuso de la prisión preventiva. Entonces, pensar aquello es más bien desconocer que los jueces no han logrado utilizarla de forma útil.

Entonces, el problema acá es del desconocimiento de quienes aplican la prisión preventiva, porque ésta se encuentra regulada y vemos que las reformas van tendientes a reforzar la idea de la última ratio, pero si bien la norma constitucional ya se referencia a aquello, el COI viene reformándose para generar esa protección, pero en la realidad material vemos que la tendencia sigue haciendo hacer la primera medida cautelar a ser utilizada. No lo digo yo, basta a obtener un informe de los Centros de Privación y Libertad para verificar y evidenciar eso. Entonces, vinculado a los delitos cibernéticos, en donde las penas privativas de libertad van dosificándose de entre uno a tres años y graduándose entre menor a mayor medida, sí hay la posibilidad de privarse la libertad, cuando el legislador señala que en todos los delitos que supere la pena privativa de libertad, la sanción de tipo penal de un año como pena privativa de libertad, se puede restringir la libertad, pero no depende de la conducta del sujeto activo y del resultado causado, no depende del riesgo de fuga. Entonces, es algo que no se debate ampliamente en las audiencias. Entonces, ese es el mayor problema y la incidencia que nada se dice en la palestra pública.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTAS DOCTOR JORGE TUSTÓN FREIRE, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE TRÁNSITO DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

La prisión preventiva es un caso excepcional, así dice la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 77. Nosotros como jueces, para poder emitir o justificar una prisión preventiva, tiene que ser un delito que sea extremadamente grave. En el caso en que usted está haciendo su análisis y su investigación y discutir la aplicación de la prisión preventiva en delitos de apropiación fraudulenta de medios electrónicos, este delito es de 1 a 3 años o de 3 a 5 años.

Es decir, nosotros debemos, en primer lugar, para la prisión preventiva, el fiscal es quien indica por qué motivo pide la prisión preventiva. Debe él motivar y nosotros aceptarlo. Si no motiva bien, nosotros como jueces no podemos aceptarlo.

En sí, el hecho de que sea una prisión mayor de 10, 15, 20 años, eso no significa para nosotros emitir una prisión preventiva, sino que se tiene que justificar que la persona sea peligrosa, no vaya a comparecer a juicio, no vaya a pagar la reparación integral. Ese es lo que nosotros debemos justificar, o sea, tener algo relevante para dar una prisión preventiva. No se puede dar la prisión preventiva así porque sí, si una persona trabaja, estudia y cometió un delito, entonces no sería posible emitir una prisión preventiva si no se trata de una persona que sea muy peligrosa.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Como ya dije en la pregunta anterior, algo creo que me adelanté. La proporcionalidad, vamos a hablar de las penas que van de, pongamos de 1 a 3 años, de 3 a 5, de 5 a 7 y los que tenemos de 10 en adelante.

La proporcionalidad no es algo indispensable para emitir una prisión preventiva. Como indiqué, si tenemos una pena de 10, 15 años, eso no es principal. Aquí hay que evidenciar la peligrosidad de la persona.

Bueno, aparte de eso también se ve si tiene, aunque la ley prohíbe ver antecedentes, pero sí vemos si tiene algún otro tipo de acciones ilícitas. Se intentó inclusive huirse el momento que hubo la aprehensión, intimidó a la policía, todo eso. Entonces, la proporcionalidad de la pena no incide en dar una prisión preventiva.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

A las medidas cautelares no privativas de libertad tenemos varias, como es la prohibición de salir del país, la orden de presentarse a la fiscalía, el dispositivo electrónico en una de las piernas. Entonces, nosotros damos las medidas cautelares cuando no se trata de un delito que pase de unos 20, 30 años.

Podemos dar medidas cautelares. Por ejemplo, un delito de violación, un delito de muerte por asesinato. No podríamos nosotros dar una medida alternativa a la prisión preventiva, porque existe el riesgo inminente de que vayan a huir del país.

Escaneado con CamScanner

Entonces, este tipo de delitos sí verificamos bien para poder dar o no una prisión preventiva o dar una medida cautelar a la prisión preventiva. Entonces, en otros delitos menores, como es en el caso de delitos de apropiación fraudulenta en medios electrónicos, caben las medidas cautelares no privativas de libertad.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Este delito está tipificado en el artículo 190 y la pena va de 1 a 3 años. Indica que si es que se podría adquirir un carácter transnacional, claro, pues los delitos electrónicos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos se los hace transnacionales, es decir, para otros países. Entonces, ejemplo, yo me compro aquí algún bien inmueble, algo de oficina a través de la tarjeta, pero lo traigo de otro país, como hoy tenemos el TAMU, bueno, algunas páginas que se compra diversas cosas, e ingreso yo a esta página, pero ellos ya tienen los datos y fraudulentamente van a seguir comprando cosas.

Es decir, pueden comprar en otros países, inclusive en Europa. Entonces, si adquiere un carácter transnacional e internacional.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

El riesgo procesal es que quien investiga estos delitos es Fiscalía. En la actualidad, en la ciudad de Quito tenemos un solo fiscal que se encarga de este tipo de delitos electrónicos. Somos 24 provincias y en cada provincia tenemos varios cantones.

Entonces, sería imposible que un solo fiscal atienda todos estos delitos por medios electrónicos. Entonces, existe mucho riesgo en el Ecuador ya que este es un delito actual que, como indiqué anteriormente, nuestra Constitución y nuestras leyes no están todavía preparadas para este tipo de delitos electrónicos. Es decir, existe un riesgo procesal eminente, tanto en Fiscalía y mucho más ya en el Juzgado.

El Juzgado debe tener la convicción de que este delito se cometió. Pero si no tenemos los medios necesarios para investigar este tipo de delitos, va a haber un riesgo procesal.

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

Es conocido que en nuestro país, inclusive en delitos mayores, no ha sido efectiva esta difusión roja por la Interpol. Y mucho menos en delitos que, como el que usted manifiesta, va de uno a tres años, no va a ser efectiva.

Esta medida de notificación roja no sería algo extremo que esté detrás de la persona o en otro país, esta persona que tenga difusión roja por este delito, le estén ahí vigilando, pero opino que no sería eficaz esta notificación roja a la Interpol.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Nuestra normativa ecuatoriana está desactualizada en lo que es casos de delitos cibernéticos, delitos a través de las páginas web. Estamos muy atrasados. Tenía que haber una reforma a la Constitución y, bueno, una reforma de la Constitución posterior a la reforma al Código Orgánico Integral Penal.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTOR JOSÉ LUIS LÓPEZ ERAZO, JUEZ PROVINCIAL PENAL:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

Los criterios relevantes para imponer una prisión preventiva, partiendo que esta es una medida cautelar de última ratio, deben ser, a más de los requisitos del artículo 534, el establecer la existencia de los denominados riesgos procesales, es decir, cómo la persona a quien se le va a asegurar a través de esta medida cautelar no va a interferir en el proceso de investigación o cómo tampoco no va a evadir a la administración judicial. Y sobre esa base de la existencia de los riesgos procesales, poder establecer con debida certeza la proporcionalidad de la medida al hecho que estoy realizando, aplicando la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad entre el derecho a la libertad ambulatoria con el bien jurídico que voy a tutelar o con la presentación a la administración de justicia. Porque tenemos casos extremos, ejemplo, ¿de qué me sirve dictar una prisión preventiva en aquellos delitos que me posibilitan juzgamientos en ausencia? Y sin embargo se dicta, por presión, caso de peculado.

No le dicte peculado en una prisión preventiva a un alcalde, pero si usted puede juzgar en ausencia. Entonces ya no tengo la justificación inicial que es para asegurar la presencia del procesador.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Como lo ha dicho la Corte Interamericana y como lo sostiene el artículo 534, la proporcionalidad tiene que jugar un factor fundamental al momento de analizar los elementos del artículo 534. Debo ver si esta medida efectivamente es de última rata, si es necesaria, si es idónea y si es proporcional al caso. La necesidad, todo tiene que ser prisión preventiva o como decía el maestro, bueno, uno de los profesores españoles siempre sostenía en una de las clases de en Salamanca que en Latinoamérica nunca se le niega una prisión preventiva a nadie y no debería ser así.

Entonces yo necesito es ¿es necesaria esa medida? ¿Es idónea la idoneidad? Claro, sigue un fin constitucional determinado y fijo, perfecto, pero ¿es necesaria? ¿Es proporcional? Ya le digo el ejemplo de los especulados, ¿es proporcional dictar una medida de prisión preventiva en un caso que puedo juzgar en ausencia? En los casos de imprescriptibilidad, en violaciones. Si al final tarde o temprano voy a juzgarlo, ¿no sería preferible que la persona esté presente y se defienda? A que esté oído, entonces juega un elemento trascendente la proporcionalidad.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

Resultan insuficientes cuando no pueden cumplir con el objetivo de la medida cautelar, es decir, el presentarle al proceso, el garantizar la presencia del procesado en la causa, el garantizar el cumplimiento de una eventual pena y, sobre todo, cuando no me han justificado la existencia de los denominados riesgos procesales.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Desde luego, porque efectivamente esta nueva modalidad delictual tiene eso precisamente, ser transnacional.

Escaneado con CamScanner

Y en los delitos electrónicos, quien me está cometiendo la infracción no está en el país. Entonces esa es la estructura transnacional de estos nuevos delitos y van de la mano de delincuencia organizada a la par. No son individuales.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

El mismo hecho de no poder identificar de primera fase a quién comete la infracción y la modalidad en que se lo comete, establece la gravedad del hecho. Entonces, si es un ciberdelincuente, va a tener todos los mecanismos electrónicos a su alcance para poder obstaculizar la investigación. Si va a obstaculizar a quien es, peor la investigación. Esto es evidente.

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

Lo que nos va llevando los delitos transnacionales es hablar ya de un derecho penal internacional. Más allá de la cooperación, de una estandarización en el manejo de este tipo de delitos.

Entonces sí, la asistencia de todo lo que es la policía internacional a través de Interpol es adecuada para poder investigar. Ahora, ¿la notificación va a permitir la captura? Desde luego que sí. Porque si el delito no se lo está cometiendo en nuestro territorio o no nace en nuestro territorio, pero surte los defectos aquí, es necesario que se lo pueda difundir a nivel internacional para capturarlos.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Bueno, nosotros consideramos y las reglas que rigen a la prisión preventiva son genéricas para todos los delitos. Entonces debería existir una actualización? De pronto sí, dada la naturaleza y la característica transnacional del delito.

¿Debería haber una actualización? Consideraría que sí, pero en reglas generales. En reglas generales tenemos los elementos básicos de la prisión preventiva. Ahora, en el delito transnacional, lo primero va a ser identificar al sujeto activo de la infracción, y ahí hay el problema, porque puedo utilizar inteligencia artificial, IPs, robots, rebotar de todo el mundo y no voy a establecer al sujeto activo de la infracción.

Y mientras no determine el sujeto activo a la infracción, no puede partir un proceso penal. Y al no arrancar el proceso penal y no saber a quién le voy a imputar, me quedaré solamente en investigación y por lo tanto no puedo arrancar con una medida cautelar. La medida cautelar tiene que dictarse dentro del proceso.

Entonces, si ya identifico quién es, ahí voy a tener que establecer. ¿Es necesaria la prisión preventiva? ¿Va a haber un riesgo procesal? Desde luego que va a haber un riesgo procesal, sobre todo de interferencia en la investigación. Entonces, ¿es necesaria? De pronto sí, porque al final el derecho es una construcción social y va a evolucionar y los delitos son nuevos, pero no lo hemos hecho.

Y reitero con el ejemplo, ¿qué pasa con los delitos en ausencia? Tampoco se lo ha hecho.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTOR JULIO MASABANDA, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

Bien, la prisión preventiva, acorde a lo que señala y dispone el artículo 534 del COVID, y es importante que analicemos primero esta definición, tiene la finalidad de garantizar, es una medida cautelar, que tiene como finalidad garantizar la comparecencia del procesado o del imputado al proceso inicial, penal, tanto en personas adultas como en adolescentes infractores. En las personas adultas tienen ciertas características propias que determina el código penal COVID y en el caso de los adolescentes infractores también tienen sus propias características determinadas en el código orgánico de la niñez y adolescencia, es decir, hay una diferenciación que sí es importante entender aquí, entre lo que es privar la libertad a una persona adulta y privar la libertad a un adolescente procesado a partir de los 12 años que son imputados. Bien, en referencia al criterio que considera relevante para justificar la imposición de la imputación preventiva es justamente lo que acabamos de decir, es garantizar la comparecencia del imputado, ya sea mayor de edad o menor de edad, al proceso judicial, a las diferentes etapas del proceso judicial, recordemos que todo proceso judicial inicia ya sea de flagrancia o a través de la formulación de cargos, ¿para qué? En audiencia de formulación de cargos se inicia la instrucción fiscal ya sea por 30 o 45 días, dependiendo si es que es flagrante o no, y posteriormente continuar con el proceso evaluatorio y preparatorio, y posteriormente audiencia de juicio y sanción, y recordar siempre que la prisión preventiva no significa que se le está ya determinando el que ha cometido el delito, sino recordemos siempre el indubio procesado, es decir, toda persona es inocente hasta el último momento en que el juez dicta la asistencia, hasta ese momento de la audiencia, incluso cuando ya se han ventilado todos los elementos probatorios de una etapa de juicio, mientras el juez no diga lo contrario, sigue siendo inocente.

Entonces, siempre se anticipa este derecho a la presunción de inocencia, eso es todo.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Bueno, la proporcionalidad es un elemento fundamental, porque vamos, si entramos al campo penal, la proporcionalidad es el tiempo que la misma ley determina para privar de la libertad a una persona, eso está determinado específicamente, tantos meses, tantos días, para privar de la libertad, incluso hay casos excepcionales que se puede privar 24 horas únicamente para cuestiones de investigación a una persona, esa es una proporcionalidad mínima, pero en la mayoría de los casos la proporcionalidad que se determina es justamente para garantizar que durante ese tiempo que establece la ley, el fiscal, que es el titular de la acción penal, tenga el tiempo necesario para realizar las investigaciones correspondientes y poder solicitarle al juez que ya formule los cargos, que en audiencia de formulación de cargos, que ya determine lo que se necesite para continuar con el desarrollo del proceso penal, esa es la proporcionalidad.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

Bueno, vamos a analizar, es importante siempre a partir del concepto, de la naturaleza jurídica, cuando las medidas cautelares no privativas de la libertad resultan insuficientes. ¿Cuáles son las medidas cautelares no privativas de la libertad? En ellas tenemos la prohibición de salida del país, grillete, presentarse ante el juez o el fiscal conforme así el juez lo designe durante tanto

Escaneado con CamScanner

tiempo, estas son las principales, prohibición de ausentarse del país, presentarse ante la autoridad competente, grillete, etc. E incluso podría haber, podríamos hablar una privativa de la libertad que podría ser una, entre comillas, una privación de la libertad domiciliaria, esto cuando consideramos la edad, son personas de la tercera edad o tienen enfermedades catastróficas.

Ahora bien, como ya se ha entendido cuáles son las medidas privativas de libertad, nos dice, cuando las medidas cautelares no privativas de la libertad resultan insuficientes. Resultan insuficientes cuando estas medidas no están acordes con el presunto delito cometido, no están acordes cuando el fiscal, y ojo, aquí hay que entender que quien pide el tipo de medida cautelar no es el juez, el fiscal es el que solicita al juez qué medida cautelar se le debe imponer al imputado o al procesado, entonces él es el que tiene que valorar de acuerdo al delito y de acuerdo a los requisitos de las medidas cautelares privativas y no privativas de la libertad, cuál es la que procede. El fiscal, en este caso, cuando las medidas cautelares no privativas de la libertad resultan insuficientes, la respuesta sería concreta, cuando la misma no tiene relación con el presunto delito cometido.

Es insuficiente, si es un delito que exige privación de la libertad, el fiscal no puede pedir una no privativa o si es un delito, un presunto delito que no necesariamente reclame, se define una privativa de la libertad y el fiscal pide como medida cautelar la privativa de la libertad, también no estamos acordes al delito, es decir, concomitantemente va la medida privativa o no privativa de la libertad como medida cautelar dependiendo del tipo de delito cometido.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Este punto todavía no está muy tratado, ni dentro del proceso judicial, ni en el ámbito judicial, más bien ya esto es un tema que es nuevo, se está desarrollando actualmente.

Soy muy franco y sincero, aquí durante todo el tiempo que yo llevo de juez no he tratado un caso de estos. No tenemos todavía hechos prácticos, si podemos llamarlo así, de que ya se haya mentilado para poder considerar que el delito de aprobación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transformacional. Pero si nos vamos ya a la teoría, a la academia, es fácil de elucidar que si es que me estoy apropiando fraudulentamente por medios electrónicos, ya sea de bienes, ya sea de dineros o valores de terceras personas, es un hecho que estoy cometiendo un delito.

Y este puede solamente ser nacional, por la facilidad del sistema electrónico fácilmente estará desnacional. Entonces si me dice que considera que el delito de aprobación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transformacional, lo considera, puede adquirir, es sencillo, fácil. No hay barreras, no hay barreras en el sistema electrónico. No hay barreras, no hay fronteras. Es fácil.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

El riesgo procesal es que no se pueda justificar. Es que no se pueda justificar la apropiación de los bienes de manera fraudulenta. ¿Por qué? Porque como es a través de medios electrónicos, estos pueden ser manipulables de manera inmediata. Entonces, es bien difícil probarlos, pero puede hacerse.

Escaneado con CamScanner

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

Bueno, la captura roja de la Interpol tiene que cumplir varios requisitos. En este caso, que el delito que se haya cometido sea un delito de aquellos que se hayan ido en contra de la vida de las personas o que haya sido de aquellos que hayan generado un peculado, ya sea en el sector público. Entonces, incluso en algunos de los casos que haya sentencias efectuariadas para que la Interpol proceda a la detección a nivel mundial, donde se encuentre esta persona y la pueda, con la notificación roja, detenerla.

Sin embargo, resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales. No es tan eficaz. ¿Por qué razón? Porque existe mucho entorpecimiento de los gobiernos de los diferentes países que no dan las facilidades del caso para que la policía Interpol pueda ejecutar estas detenciones.

Y si nos vamos a los delitos transnacionales, más aún todavía. Entonces, es un conjunto de apoyo. No solamente es que el juez competente de Corte Nacional emitió la orden de Interpol, sino que se necesita el apoyo, la colaboración eficaz.

Y es de lo que hemos escuchado siempre estos términos. La colaboración eficaz de fiscalía y de los gobiernos de los distintos países donde se encuentran las personas que son detenidas. Si es que hay la colaboración eficaz, se ejecuta.

Si no hay la colaboración eficaz, no se ejecuta simplemente. Porque puede ser incluso hasta una cuestión de desidio político. Decir, no, esta persona está bajo nuestra protección.

Puede haber cometido los delitos del mundo en otro país, pero aquí no se ejecuta esta orden. Y por más que la policía Interpol tenga la orden, si no hay autorización del gobierno donde se encuentra ese detenido, no sale. Entonces, en conclusión, considera que la notificación roja de Interpol es súper eficaz en la captura de los imputados en delitos transnacionales en ciertos casos.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Bueno, ya tenemos, se está ya trabajando en este tema. Ya existe bastante información, ya existen incluso normas determinadas en la ley. Y yo creo que estamos empezando, se dice. Estamos empezando.

Ustedes como operadores del derecho, deben entender que el derecho en todo el mundo, no solo en nuestro país, va variando porque los delitos van mutando, van cambiando los tipos de delitos. Imagínense hablar de delitos cibernéticos a unos 40 años atrás, ni soñaba. Porque eso no se daba, porque no teníamos toda la tecnología que tenemos hoy.

Hoy tenemos una nueva tecnología y la nueva tecnología genera nuevos delitos. Entonces hay que regularizar esos delitos. ¿Quién es el ente encargado para regularizar estos delitos? Corte constitucional, corte nacional y asamblea, que es lo que proponen las leyes y reforman las leyes o generan leyes, dependiendo ya de los delitos que se van a actualizar.

Entonces, ¿considera que la normativa ecuatoriana permite el uso adecuado de la prisión preventiva en los delitos cibernéticos? Hasta donde tenemos legislados, sí.

Escaneado con CamScanner

ENTREVISTA DOCTOR LUIS ALFREDO GÓMEZ BAÑO, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE AMBATO:

1. ¿Qué criterios usted considera relevantes para justificar la imposición de la prisión preventiva?

A ver, los criterios que se **deben** considerar relevantes para justificar la prisión preventiva. Tenemos disposición legal plena, en el artículo 534, que nos indican los requisitos para que un juzgador pueda dictar prisión preventiva.

2. ¿Qué papel juega la proporcionalidad en la decisión de aplicar la prisión preventiva?

Más que la proporcionalidad, considero que se debe cumplir con los requisitos del artículo 534, porque existe disposición expresa.

Ahora, respecto a la proporcionalidad, la proporcionalidad, si bien es cierto, no tiene que afectar, no me tiene que afectar mucho a mi familia, a mi trabajo, porque posiblemente me dictan la prisión preventiva y yo quedo sin trabajo. Y se refiere al sentido de protegerle a lo que él tiene.

Por ejemplo, yo voy y como arraigo justifico que tengo un trabajo. Tengo este trabajo, por ejemplo, soy juez y en el caso de ser juez yo no voy nomás a abandonarlo. Pensemos que me están siguiendo por X cantidad de dinero, yo no voy a abandonar mi trabajo por eso que me están siguiendo.

Tal vez así que yo de pronto puedo pagar eso y no voy a abandonar mi trabajo. Más se va por ese lado la proporcionalidad, más a cuidado de la familia, a cuidado del... porque incluso ahí cuando se va a hablar de proporcionalidad, por ejemplo, yo presento, también se ha presentado a ellos, por ejemplo, yo soy el que cuida a mi mamá o a mis hijos. Todas las cosas se incluyen también en esa proporcionalidad.

3. ¿Cuándo las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes?

Se considera que las medidas alternativas a la prisión preventiva son insuficientes cuando hay peligro de fuga. Cuando también no tienen domicilio seguro. No tienen estabilidad laboral. No tienen arreglos familiares. Algo que les sostenga como persona. Justo en cuanto a la insuficiencia, me dicen, ¿no? Bueno, esto tal vez no lo vaya a notar, pero dentro de lo que he estado investigando y lo que he estado redactando referiéndose a estas medidas cautelares, algo que mencionaban acerca de la prisión preventiva es que el juez también debe ver que no vaya a afectar, en cuanto a lo que era proporcionalidad, que no vaya a afectar mucho a relaciones familiares, a trabajo. Entonces, creo que justo se liga con lo que usted me acaba de mencionar.

Ya. Porque, o sea, hablando de proporcionalidad, decía que el juez debía basarse en que no vaya a afectarle mucho a la persona a la que se le vaya a dictar la prisión preventiva, referiéndose a relaciones familiares, a trabajo, como lo que me acaba de mencionar. Pero, a ver, permíteme un momento. Para mí resultan insuficientes cuando, por ejemplo, no tienen un domicilio fijo, no tienen... Esto va más a que la persona a quien se le va a dictar la prisión preventiva puede irse, puede no prestar las facilidades, no puede... no comparece al proceso. Claro.

Escaneado con CamScanner

Pero ahí resulta insuficiente. Y cuando no comparecen al proceso, cuando no tienen familia, no tienen domicilio propio, no tienen trabajo, desde mi punto de vista.

4. ¿Considera que el delito de apropiación fraudulenta por medios electrónicos puede adquirir un carácter transnacional?

Yo considero que sí. Por la naturaleza misma como se dan este tipo de delitos, puede tener el carácter transnacional. Y es más, ya deberían las organizaciones internacionales pensar en alguna manera frenar este tipo de delitos con leyes que regulen estas relaciones y conductas delictivas.

5. ¿Cuál cree que es el riesgo procesal en los casos de delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos?

A ver, la prisión preventiva tratándose de riesgo procesal, si bien es cierto es subjetiva, pero sí debe ser considerada por el juzgador, en razón de que se pueden perder las pruebas, en razón de que puede haber obstáculos en cuanto a la presentación y puede haber obstáculos en cuanto a la localización misma de donde se cometen los delitos. ¿Y todos estos riesgos, doctor, se podría ver en este delito en específico? Yo considero que sí, porque más que todo este es un tipo de delito que muchas de las veces se da, no de manera, digamos, deja huellas pero siempre en día de internet. No, no, pensemos, no es como los delitos de lesiones y cosas por el estilo.

6. ¿Considera que la Notificación Roja de Interpol resulta eficaz en la captura de imputados en delitos transnacionales?

Yo considero que, si bien es cierto que puede ser, podría ayudar al delito. Pero considero que la Interpol tiene causas de carácter más trascendentes que de pronto no se van a involucrar en estos casos.

7. ¿Considera que la normativa ecuatoriana permite un uso adecuado de la prisión preventiva en delitos cibernéticos?

Yo considero que sí, porque las reglas están claras conforme lo determina el artículo 134 para evitar la prisión preventiva. La normativa punitiva del tipo penal también está clara, por ende, considero que sí.

Escaneado con CamScanner