



**UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO**

**FACULTAD DE DERECHO**

TESIS DE GRADO PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR

**TEMA:**

LA APLICACIÓN DEL METODO DE PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD EN EL DICTAMEN DE LA PRISIÓN  
PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR.

**AUTOR:**

**Carlos Francisco Camba Layosa**

**DIRECTOR DE TESIS:**

**Dr. Ulises Díaz Castro**

**QUEVEDO - ECUADOR**

**2015**



**UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**CARRERA DE CIENCIAS JURIDICAS**

**CERTIFICACION DEL TRIBUNAL**

Presentado al Decano como requisito previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

**Aprobado:**

---

**Ab. Víctor Hugo Bayas Vaca Msc.  
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE TESIS**

---

**Ab. Agustín Campuzano Palma Msc.    Ab. Edison Fuentes Yánez Msc.  
MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE TESIS    MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE TESIS**

**QUEVEDO - ECUADOR**

**Año 2015**



**UNIVERSIDAD TECNICA ESTATAL DE QUEVEDO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**INFORME DEL DIRECTOR DE TESIS**

**En mi calidad de Director de Tesis**

**Certifico:**

Que el Señor Egresado Carlos Francisco Camba Layosa, ha realizado la investigación titulada **“LA APLICACIÓN DEL METODO DE PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DICTAMEN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR”** bajo mi dirección, por lo que certifico y apruebo dicho trabajo práctico, ya que reúne los requisitos metodológicos establecidos por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho.

Por lo tanto, solicito sea sometido a la evaluación del Tribunal Examinador que el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho designe.

**Quevedo, enero del 2015**

Dr. Ulises Díaz Castro

**DIRECTOR DE TESIS**

## **DEDICATORIA**

Este trabajo de investigación Filosófico - Jurídico está dedicado a los soñadores de un Derecho con equidad, a los que hacen posible mantener viva la llama de la esperanza de días mejores para la sociedad ecuatoriana, a través de una Seguridad Jurídica, que haga nacer la Justicia Social y nos conduzca al Buen Vivir.

Con énfasis a mis amados hijos e hijas, mis hermanas y hermanos, mis amigas y amigos, a las autoridades de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Ing. Roque Vivas Moreira, Rector, y Dr. Colón Bustamante Fuentes Decano de la Facultad de Derecho.

A los docentes de la Facultad, al personal Administrativo, a mis compañeras y compañeros de aulas universitarias, sin los cuales no hubiera sido posible elevar el debate; un reconocimiento sincero e imperecedero a mi Director de Tesis, el señor Doctor Ulises Díaz Castro, y sobre todos a nuestro Padre Celestial, que me ha permitido arribar a este logro académico – profesional, al hacer realidad una de mis aspiraciones vocacionales: ser Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

**A ellos, mi gratitud imperecedera.**

**AUTOR**

**CARLOS FRANCISCO CAMBA LAYOSA**

## **AUTORIZACIÓN INTELECTUAL**

CARLOS FRANCISCO CAMBA LAYOSA, en calidad de autor de la Tesis **“LA APLICACIÓN DEL METODO DE PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DICTAMEN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR”**, por la presente autorizo a la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8,19 y demás pertenecientes a la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento, en concordancia, con el Art. 144 de la Ley de Educación Superior.

Quevedo, enero del 2015.

**CARLOS FRANCISCO CAMBA LAYOSA**

**C.I. 1200518569**

## INDICE GENERAL

|                                                     |      |
|-----------------------------------------------------|------|
| CERTIFICACION DEL TRIBUNAL.....                     | i    |
| INFORME DEL DIRECTOR DE TESIS .....                 | ii   |
| DEDICATORIA.....                                    | iii  |
| AUTORIZACIÓN INTELECTUAL.....                       | iv   |
| INDICE GENERAL .....                                | v    |
| ÍNDICE DE CUADROS.....                              | ix   |
| ÍNDICE DE GRAFICOS.....                             | xi   |
| RESUMEN EJECUTIVO.....                              | xiii |
| SUMMARY .....                                       | xiv  |
| CAPÍTULO I.....                                     | 1    |
| EL PROBLEMA.....                                    | 1    |
| 1.2. Problematización.....                          | 4    |
| 1.2.1. Formulación del Problema .....               | 6    |
| 1.2.2. Delimitación del Problema .....              | 6    |
| 1.3. Objetivos .....                                | 8    |
| 1.3.1. General .....                                | 8    |
| 1.3.2. Específicos.....                             | 8    |
| 1.4. Hipótesis. ....                                | 8    |
| 1.5. Variables.....                                 | 9    |
| 1.5.1 Variable independiente.....                   | 9    |
| 1.5.2. Variable dependiente.....                    | 9    |
| 1.6. Recursos .....                                 | 9    |
| 1.6.1. Humanos. ....                                | 9    |
| 1.6.2. Materiales .....                             | 9    |
| 1.6.3. Presupuesto.....                             | 10   |
| CAPITULO II .....                                   | 11   |
| MARCO TEÓRICO.....                                  | 11   |
| 2.1. Antecedentes de la Investigación.....          | 11   |
| 2.2. Fundamentación .....                           | 12   |
| 2.2.1. Doctrina .....                               | 12   |
| 2.2.1.1. Antecedentes Históricos: El Ponderar ..... | 15   |
| 2.2.1.2. Discurso o Argumentación Jurídica.....     | 17   |

|                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.2.1.3. Debido proceso .....                                                                                             | 18 |
| 2.2.1.4. Subsumir .....                                                                                                   | 19 |
| 2.2.1.5. Desconocimiento de las Ciencias Jurídicas .....                                                                  | 20 |
| 2.2.1.6. Interpretación del Significado que el (del) Derecho tiene: .....                                                 | 20 |
| 2.2.1.7. Tractatus Lógico – Philosophicus .....                                                                           | 21 |
| 2.2.1.8. Paradigma Neoconstitucionalista o Constitucionalismo .....                                                       | 22 |
| 2.2.1.9. Operadores de Justicia .....                                                                                     | 24 |
| 2.2.1.10. Constitución .....                                                                                              | 25 |
| 2.2.1.11. Democracia Formal.....                                                                                          | 25 |
| 2.2.1.12. Democracia Sustancial.....                                                                                      | 26 |
| 2.2.1.13. Democracia Constitucional .....                                                                                 | 27 |
| 2.2.1.14. Imparcialidad e Independencia Judicial .....                                                                    | 29 |
| 2.2.1.15. Principio de Proporcionalidad .....                                                                             | 31 |
| 2.2.1.16. Proporcionalidad o Límites al Poder .....                                                                       | 32 |
| 2.2.1.17. Principio de Razonabilidad .....                                                                                | 33 |
| 2.2.1.18. Ética Judicial.....                                                                                             | 35 |
| 2.2.1.19. Medidas Cautelares Mínimas .....                                                                                | 36 |
| 2.2.1.20. Reglas de Tokio, Establecidas por Las Naciones Unidas Sobre la<br>Excepcionalidad de la Prisión Preventiva..... | 38 |
| 2.2.1.21. Construyendo e Institucionalizando la Función Jurisdiccional en el<br>Ecuador.-.....                            | 39 |
| 2.2.1.22. Conclusiones Doctrinarias: Repensar el Derecho.....                                                             | 39 |
| 2.2.1.23. Los Instrumentos Internacionales .....                                                                          | 41 |
| 2.2.2 Jurisprudencia.-.....                                                                                               | 44 |
| 2.2.2.1. Consideraciones de la Corte Constitucional.....                                                                  | 45 |
| 2.2.2.2. Análisis Jurídico - Crítico de esta Sentencia.....                                                               | 46 |
| 2.2.2.3. Conclusiones del Análisis.....                                                                                   | 51 |
| 2.2.2.4. Medidas Cautelares- Institución Constitucional Jurídica .....                                                    | 52 |
| 2.2.2.5. Sugerencias a manera de Recomendaciones.....                                                                     | 53 |
| 2.2.3. Legislación.....                                                                                                   | 55 |
| 2.2.3.1. ¿Quién controla o pone los límites a la aplicación de la Prisión<br>Preventiva?.....                             | 55 |
| 2.2.3.2. Constitución de la República del Ecuador .....                                                                   | 56 |
| 2.2.3.3. Código Orgánico Integral Penal (COIP).....                                                                       | 57 |

|                                                                                                                                         |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.2.3.5.1. Exposición de Motivos .....                                                                                                  | 57        |
| 2.2.3.5.2. Normas Rectoras .....                                                                                                        | 65        |
| 2.2.3.5.3. Medidas Cautelares .....                                                                                                     | 69        |
| 2.2.4 Derecho Comparado.....                                                                                                            | 72        |
| 2.2.4.1 En la Legislación de la República de Colombia.....                                                                              | 72        |
| 2.2.4.2 En la Legislación de los Estados Unidos Mexicanos.....                                                                          | 80        |
| 2.2.4.3. Análisis del derecho comparado dentro de la temática .....                                                                     | 86        |
| 2.2.4.4. A manera de conclusión.....                                                                                                    | 87        |
| <b>CAPITULO III .....</b>                                                                                                               | <b>89</b> |
| <b>METODOLOGÍA.....</b>                                                                                                                 | <b>89</b> |
| 3.1 Determinación de los Métodos a utilizar.....                                                                                        | 89        |
| 3.2. Diseño de la Investigación .....                                                                                                   | 90        |
| 3.2.1. Investigación descriptiva .....                                                                                                  | 90        |
| 3.2.2. Investigación de campo .....                                                                                                     | 90        |
| 3.2.3. Investigación Bibliográfica .....                                                                                                | 90        |
| 3.3. Población y Muestra .....                                                                                                          | 91        |
| 3.4. Técnicas e Instrumentos de la Investigación .....                                                                                  | 93        |
| 3.4.1. Observación Directa .....                                                                                                        | 93        |
| 3.4.2. Encuestas.....                                                                                                                   | 93        |
| 3.4.3. Entrevistas .....                                                                                                                | 94        |
| 3.5. Validez y Confiabilidad de los Instrumentos .....                                                                                  | 94        |
| 3.5.1. Observación Directa .....                                                                                                        | 94        |
| 3.6. Técnicas del Procesamiento y Análisis de Datos.....                                                                                | 95        |
| <b>CAPITULO IV .....</b>                                                                                                                | <b>96</b> |
| <b>ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS EN RELACION CON LA<br/>HIPOTESIS DE INVESTIGACIÓN.....</b>                                   | <b>96</b> |
| 4.1. Análisis e interpretación de Gráficos y Resultados .....                                                                           | 96        |
| 4.1.1. Encuesta.....                                                                                                                    | 96        |
| a) Resultados de las Encuestas Dirigidas a ciudadanos y ciudadanas<br>que habitan en esta ciudad de Quevedo.....                        | 96        |
| b) Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo.....                                                                         | 105       |
| 4.1.2. Entrevistas .....                                                                                                                | 111       |
| a) Entrevista realizada a Juez de Garantías Penales del Tribunal de<br>Garantías Penales y a Juez Provincial de la ciudad de Quevedo... | 111       |
| 4.2 Comprobación de la hipótesis .....                                                                                                  | 115       |

|                                             |            |
|---------------------------------------------|------------|
| 4.3. Reporte de la Investigación .....      | 116        |
| <b>CAPÍTULO V</b> .....                     | <b>118</b> |
| <b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> ..... | <b>118</b> |
| 5.1. Conclusiones .....                     | 118        |
| 5.2. Recomendaciones .....                  | 119        |
| <b>CAPÍTULO VI</b> .....                    | <b>120</b> |
| <b>PROPUESTA</b> .....                      | <b>120</b> |
| 6.1. Título I .....                         | 120        |
| 6.2. Antecedentes .....                     | 120        |
| 6.3. Justificación .....                    | 122        |
| 6.4. Síntesis del Diagnóstico .....         | 123        |
| 6.5.1. General .....                        | 123        |
| 6.5.2. Específicos .....                    | 124        |
| 6.6. Descripción de la propuesta .....      | 125        |
| 6.6.1. Desarrollo .....                     | 125        |
| 6.7. Beneficiarios .....                    | 128        |
| 6.8. Impacto social .....                   | 129        |
| 6.9. BIBLIOGRAFIA .....                     | 130        |
| LINKOGRAFIA .....                           | 132        |
| HEMEROGRAFIA .....                          | 139        |
| ANEXOS .....                                | 140        |

## ÍNDICE DE CUADROS

a) Resultados de las Encuestas Dirigidas a ciudadanos y ciudadanas que habitan en esta ciudad de Quevedo.

Cuadro 1: Jueces de Garantías Penales no aplican método de Ponderación y principio proporcionalidad, en el dictamen de prisión preventiva como medida cautelar .....86

Cuadro 2: Equivocaciones del Juez de Garantías penales, viola derechos del procesado.....87

Cuadro 3: Si conoce que el Ecuador, es un estado garantista de derechos y justicia social, siguiendo doctrina Constitucionalista .....88

Cuadro 4: Si sabe nuevo rol de Fiscalía y Jueces de Garantías Penales, con su trabajo sujeto a la Constitución 2008.....89

Cuadro 5: Si considera que se han endurecido las penas con el COIP en el Ecuador.....90

Cuadro 6: Si considera que se abusa de la petición de prisión preventiva de parte de la Fiscalía.....91

Cuadro 7: Si considera acertado que los Jueces de Garantías Penales, deben de conocer conjuntamente con los Fiscales desde el inicio todo el proceso penal.....92

Cuadro 8: No estima que Fiscalía, solicita prisión preventiva únicamente en delitos graves, pide casi en todos los delitos.. .....93

Cuadro 9: No cree que los funcionarios judiciales estén debidamente capacitados para cumplir sus tareas.....94

Cuadro 10: Considera que el señor Juez de Garantías Penales, no aplica el método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, es decir sopeso el método y principio mencionado, antes de dictar la prisión preventiva como medida cautelar. ....95

**b) Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo.**

Cuadro 11: De acuerdo a sus experiencias vividas, si un juez se equivoca al decretar la prisión preventiva de su caso o defensa, o de cualquier otro, con este error viola, derechos del ciudadano procesado.....96

Cuadro 12: El juez de garantías penales debería apartarse de la norma – regla considerando el art. 167 y 426 de la constitución aplicando el método de ponderación y el Principio de proporcionalidad, ya que el Juez está sujeto a la Constitución.....97

Cuadro 13: Con el cambio a estado constitucional de derechos y justicia social por parte del estado ecuatoriano, si se abusa de la prisión preventiva de parte de la fiscalía .....98

Cuadro 14: Con el cambio de Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, y en vista de la Constitucionalización del Derecho en general y del Derecho Penal en particular, si se ha recibido capacitación o actualización de información para el ejercicio de su profesión o se ha auto preparado.....99

Cuadro 15: Si, se debería sancionar a los funcionarios judiciales y a todos los funcionarios públicos que violenten los derechos de los ciudadanos.....100

## ÍNDICE DE GRAFICOS

b) Resultados de las Encuestas Dirigidas a ciudadanos y ciudadanas que habitan en esta ciudad de Quevedo.

Gráfico 1: Jueces de Garantías Penales no aplican método de Ponderación y principio proporcionalidad, en el dictamen de prisión preventiva como medida cautelar .....87

Gráfico 2 : Equivocaciones del Juez de Garantías penales, viola derechos del procesado.....88

Gráfico 3: Si conoce que el Ecuador, es un estado garantista de derechos y justicia social, siguiendo doctrina Constitucionalista .....89

Gráfico 4: Si sabe nuevo rol de Fiscalía y Jueces de Garantías Penales, con su trabajo sujeto a la Constitución 2008.....90

Gráfico 5: Si considera que se han endurecido las penas con el COIP en el Ecuador.....91

Gráfico 6: Si considera que se abusa de la petición de prisión preventiva de parte de la Fiscalía.....92

Gráfico 7: Si considera acertado que los Jueces de Garantías Penales, deben de conocer conjuntamente con los Fiscales desde el inicio todo el proceso penal.....93

Gráfico 8: No estima que Fiscalía, solicita prisión preventiva únicamente en delitos graves, pide casi en todos los delitos.. .....94

Gráfico 9: No cree que los funcionarios judiciales estén debidamente capacitados para cumplir sus tareas.....95

Gráfico 10: Considera que el señor Juez de Garantías Penales, no aplica el método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, es decir sopeso el método y principio mencionado, antes de dictar la prisión preventiva como medida cautelar. ....96

**b) Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo.**

Gráfico 11: De acuerdo a sus experiencias vividas, si un juez se equivoca al decretar la prisión preventiva de su caso o defensa, o de cualquier otro, con este error viola, derechos del ciudadano procesado.....97

Gráfico 12: El juez de garantías penales debería apartarse de la norma – regla considerando el art. 167 y 426 de la constitución aplicando el método de ponderación y el Principio de proporcionalidad, ya que el Juez está sujeto a la Constitución.....98

Gráfico 13: Con el cambio a estado constitucional de derechos y justicia social por parte del estado ecuatoriano, si se abusa de la prisión preventiva de parte de la fiscalía .....99

Gráfico 14: Con el cambio de Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, y en vista de la Constitucionalización del Derecho en general y del Derecho Penal en particular, si se ha recibido capacitación o actualización de información para el ejercicio de su profesión o se ha auto preparado.....100

Gráfico 15: Si, se debería sancionar a los funcionarios judiciales y a todos los funcionarios públicos que violenten los derechos de los ciudadanos.....101

## RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo de investigación filosófica - Jurídica, tiene el objetivo de proporcionar nuevas herramientas útiles y eficaces en el ámbito penal al Juez de Garantías Penales, sumando elementos cualitativos y cuantitativos en lo humanístico, lo social, y en los derechos inherentes como elementos constitutivos de la persona humana; a fin de que estos insumos se incorporen en el momento de su dictamen para restringir la libertad de las personas inmersas en una causa de nuestro sistema penal constitucionalizado, poniendo en la misma, un fuerte contenido moral y social, de acuerdo con el pensamiento constitucional actual que prevalece en la región de América Latina, además aspiro poner una “continuación” en la recuperación de la confianza de la comunidad en la función judicial. Esta investigación se organiza para facilitar la comprensión en seis capítulos. El primer capítulo, se ocupa del conocimiento del problema, que en su introducción hace una inmersión desde diferentes aristas, para definir y justificar la misma, haciendo necesario plantear la hipótesis, que de acuerdo con nuestro modesto enfoque sería la solución al problema en el cumplimiento de las declaraciones en la investigación. El segundo capítulo, se repasa los aspectos históricos, doctrinales y jurídicos, que basan el marco teórico, cumpliendo el plan de tesis. El tercer capítulo describe la metodología utilizada en la investigación; los métodos utilizados, los tipos de investigación, la población, las muestras, las técnicas y los instrumentos manejados en la recopilación de información. El cuarto capítulo, la hipótesis a través de los resultados de investigación obtenidos mediante entrevistas a personajes que están inmersos en un proceso penal: los jueces, fiscales, abogados en libre ejercicio profesional, los usuarios y las personas detenidas en el Centro de Rehabilitación de la ciudad de Quevedo, lugar donde hemos delimitado el problema. En el quinto capítulo se describen las conclusiones y recomendaciones. Para finalizar en el sexto capítulo, se incluyen la propuesta, objetivos, descripción de la propuesta, resultados esperados, los beneficiarios y el impacto social.

## SUMMARY

This work of philosophical inquiry-Legal, aims to provide new useful and effective tools in criminal matters to the Judge of Criminal Guarantees, adding qualitative and quantitative element sin the humanities, social, and inherent rights as constituent elements of the individual; so that these inputs are incorporated at the time of its opinion to restrict the freedom of people immersed in a constitutionalized because of our penal system, putting it in a strong moral and social content, according to the current constitutional thinking prevailing in Latin America, and I aim to put a "Next" on recovery community trust in the judiciary. This research is organized to facilitate understanding in six chapters .The first chapter is concerned with known ledge of the problem, in his introduction makes a dive from different angles, to define and justify the same, making it necessary to hypothesize, that in accordance with our modest approach would solve the problem in meeting statements in the investigation .The second chapter ,historical, doctrinal and legal aspects, basing the theoretical framework, fulfilling the thesis plan is reviewed. The third chapter describes the methodology used in the research ;the methods used, the types of research, population, samples, techniques and instruments managed in the data collection .The fourth chapter, the hypothesis through research results obtained through interviews with people who are involved in criminal proceedings: Judges, prosecutors, lawyers free exercise professional, users and people held in the Center for Rehabilitation city of Quevedo, where we have defined the problem .In the fifth chapter the conclusions and recommendations are described. Finally in the sixth chapter, the proposed objectives, description of the proposal, expected results, beneficiaries and social impact are included.

# **CAPÍTULO I**

## **EL PROBLEMA**

### **1.1. INTRODUCCION**

El Constitucionalismo es una corriente de pensamiento, basada en un Estado Social de Derechos, con un acervo cultural y práctica jurídica, más democrática, más constitucional; esta investigación en el área de la Filosofía y Teoría del Derecho, tiene la finalidad con este acercamiento teórico, al incluir nuestras realidades, arribar a unas propuestas, e intentar acercar una herramienta fundamental, al administrar justicia a quien por mandato constitucional, debe hacerlo, por lo que inferiré en el método de Ponderación y al Principio de Proporcionalidad.

La Filosofía, sin desnaturalizarla es crítica, a fin de darle físico, cuerpo y ponerle ropaje; este trabajo se alinea con el Paradigma de la Democracia Constitucional, sobre el derecho penal mínimo, cuyo adalid es el maestro Luigi Ferrajoli, que se plasma y garantiza en el normativismo constitucional del Ecuador, de manera teórica, no así en la realidad, por el accionar de la Asamblea Nacional en el ámbito penal, siendo el Juez de Garantías quien inicie el recorrido del Estado social de Derechos.

Hoy en día, parecería que se está recuperando la dignidad humana cuando el estado ecuatoriano y la colectividad mundial, resaltan sus logros de políticas públicas de inclusión, a personas con capacidades especiales; a pesar de las diferencias que tenemos los seres humanos, hay algo en común y ésta es: la Naturaleza humana, porque dignidad, no es solo la distinción que da el estado con los cargos públicos, u otros rangos de noblezas.

Según Kant dignidad es “Obrar de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio” ya que la conducta de los hombres, se basa

en las ordenes de la conciencia, clasificadas como “imperativos categóricos”, los cuales debían ser acatados de manera incondicional; y el “imperativo hipotético”, que solo debía ser acatado si es que este se encontraba condicionado.

La dignidad de la persona, se afianza en el Imperativo Categórico “todas las cosas e inclinaciones tienen un precio, sea este comercial o afectivo, pero los humanos, siendo un fin en sí mismo, no tienen precio, sino un valor interno, sublime, esto es dignidad; como reacción de la comunidad universal, a los ataques propiciados a seres humanos, por parte de los grupos de poder y hasta de los estados, nacen las declaraciones de los Derechos Humanos, ya que si en el mundo hay algo que no tiene precio y no intercambiable: esto es la dignidad humana.

En varias ocasiones, tribunales de la función jurisdiccional, constitucional, y de derechos humanos de diferentes latitudes, ya fundamentaron sus fallos en la dignidad humana, al justificar su decisiones de absolución o condena; siempre se tiene y debe buscar la fuente de la naturaleza humana, por cuanto es su imán atrayente; el ordenamiento jurídico que nació del pacto social - jurídico, ya no solo sirve para evaluar la conducta de los destinatarios del derecho, sino también la validez y efectividad de las propias normas, de los actos y resoluciones de sus funcionarios, llevándolos de manera inmersa con sumisión a ser responsables por sus omisiones o excesos.

¿Qué son las Garantías?- Son la procuración exhaustiva por parte del Juez, quien asegurará, que ninguno de los sujetos procesales pueda ser excluido de reclamar y defender sus derechos que hayan sido vulnerados por acto o delito cometido, inclusive su reparación; por otro lado estas mismas garantías, no permitirán que el poder punitivo del estado, excedan los límites de la persecución, evitaren el ensañamiento, tortura o cualquier otro desliz o atajo.

Dentro de este contexto de garantista, el Juez al ser el llamado a decir y controlar o no permitir que el estado exceda los límites de su accionar con el sistema punitivo, al primero que tiene que llamar al orden es a la Fiscalía, Art. 195 Constitución 2008. En armonía con el Art. 282 del Código Orgánico de la Función Judicial (normas supra y orgánica, donde se establecen las funciones y accionar de este segmento del poder punitivo estatal).

Siendo la Libertad, un principio y un derecho fundamental; reconocido y garantizado; el juzgador al dictar una medida cautelar que lesione o pretenda restringir la libertad de un ser humano, debe y tiene que aplicar el “Método de Ponderación” y el “Principio de Proporcionalidad”, y no solo el acto de subsumir, utilizando la premisa mayor y la premisa menor; es necesario dejar sentado, que la distinción más importante de la Teoría de Los Derechos Fundamentales que a la postre es la base de nuestro derecho positivo a través de nuestra ley suprema, es la distinción entre Reglas y Principios, un elemento básico en los derechos de dignidad, libertad e igualdad, y otros que subyacen en la persona humana, clave para dar soluciones a los problemas centrales de la dogmática en estudio, incorporando los componentes del método de ponderación y el principio de Proporcionalidad, al restringir la libertad, con la llamada Prisión Preventiva, medida cautelar que tiene carácter de excepcional, para no hacer tablaraza con el principio de “presunción de inocencia” y otros blindajes propios del ser humano, problemas cotidianos, que salen a la luz al momento que este investigador ha realizado encuesta, entrevistas, a sujetos procesales en juzgados y calles e investigación en el centro de detención provisional de personas y en el centro penitenciario de la ciudad de Quevedo, que son nuestras realidades, cotejándolas con la legislación interna vigente y con la legislación de dos países de la región, dogmática, textos de tratadistas e informes jurisprudenciales de organismo supra regionales, encargados de velar por el cumplimiento de los tratados e instrumentos internacionales sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, concluyendo el uso abusivo de la prisión preventiva y la vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas.

Con las últimas decisiones jurídicas emanadas por las Cortes Internacionales y las de los Derechos Humanos, ha nacido el compromiso de mejorar el sistema judicial ampliando el catálogo de normas con los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En la creación de nuestra propia jurisprudencia en justicia constitucional y ordinaria, se observa que se van incorporando precedentes jurisprudenciales de los organismos internacionales de Derechos Humanos, lo que debería dar la pauta a los Jueces de los otros niveles, o en su caso, las cortes de máximo nivel, no solo exhortar, si no instruir a través de resoluciones, la obligación de adherir estos precedentes como vinculantes; afianzando de esta manera el sistema judicial, dando viso de una naciente seguridad jurídica

## **1.2. Problematicación.**

Con la promulgación de la Constitución del año 2008; nace el Ecuador a un Estado Constitucional de derechos, justicia, social, y otros componentes, que se desprenden de la propia Carta Magna, engendrada por un poder constituyente originario; dentro de lo dogmático y de lo sistemático; y no es que con este albor al Neoconstitucionalismo, se hayan destapado cual caja de pandora, los males, injusticias, la falta de cultura constitucional y otras aberraciones jurídicas, si no que al heredarlos, ya que además, por el hecho de transición de un sistema neoliberal – liberal - conservador – a un Estado Constitucional de derechos, se hace propio, por la resistencia al cambio en algunos sectores, y por el proceso que se inicia; al intentarlo el estado ecuatoriano, apuesta por refundar todo un sistema de institucionalidad, demoliendo por lo tanto todo lo constituido, lo estructural físico, y andamiaje jurídico – administrativo, así como ideológicamente conceptual en los ciudadanos y ciudadanas; dentro de esta concepción, nos encontramos todos los habitantes del Ecuador, entre ellos, las personas que trajinamos en el sistema jurídico, sean estos jueces, fiscales, funcionarios públicos administrativos y de otras funciones, filósofos del derecho, juristas y abogados en libre ejercicio profesional, estudiantes de Facultades de

Derecho y Ciencias Jurídicas; el sistema carcelario ecuatoriano, al verse colapsado por el dictamen generalizado de la Prisión preventiva, como medida cautelar, carecía y carece de infraestructura física, y de talento humano, por falta de cultura constitucional, así como de presupuesto, para atender a todas las personas que se encuentran en conflictos con las normas dentro de la concepción del nuevo estado constitucional de derechos, debiendo sin embargo reconocer el avance sin precedente que hace el estado ecuatoriano, en dar solución a esta temática, aunque el mismo hecho de construir los edificios donde se imparte justicia, en los predios (terrenos) de la fuerza policial, nos deja entrever, para nuestro modesto discernimiento una intromisión soterrada de la función ejecutiva en la función judicial.

En el estado constitucional, la “simple norma”, le da paso a los “principios”, porque de ellos emana, e irradia todo el ordenamiento jurídico, por lo tanto se vuelve obligatorio el de repensar el derecho al aplicarlo, e inclusive en su innovación en lo relativo a la profesionalización y tecnificación de los juristas litigantes, y/o funcionarios de la cosa pública. Poniendo un límite al poder administrativo y punitivo del estado y a todos sus funcionarios; y al ser arrastrados por este nuevo pensamiento de Constitucionalismo garantista, cuya premisa es la teoría de los Derechos Fundamentales, pensamiento que invade a toda la región hispano parlante, por lo que el juzgador al ponderar da una integración real a todo el ordenamiento jurídico imperante. Con el nuevo escenario se revitaliza los valores fundamentales, otorgándole una realidad necesaria y útil, para que los ciudadanos tengan a plenitud un efectivo reconocimiento de todos sus bienes como persona humana, siempre bien entendido en el contexto de integración, equidad, y sobre todo con solidaridad, buscando el bien común. Por lo que visto de esta manera el Constitucionalismo contemporáneo, a fin de instalarse en el imaginario y escenario real, tiene dificultades, con mayor razón, además pertinente y útil diría yo, por cuanto al promulgarse el nuevo Código Orgánico Integral Penal, y entrar en total y plena vigencia a partir del 10 de agosto del año

2014, es mi modesto criterio, el poder punitivo del estado ecuatoriano, se amplia y afianza, contraviniendo la disposición constitucional enmarcada en la doctrina social del llamado principio de oportunidad y mínima intervención penal, mandatorio en el Art. 195 de nuestra vigente Carta Magna. Por lo que se hace necesario reformar el párrafo tercero de esta norma orgánica penal, que versa sobre la Prisión Preventiva.

### **1.2.1. Formulación del Problema**

Cuando de emitir el dictamen de prisión preventiva como medida cautelar, se trate, es ineludible por parte del juzgador, el aplicar el método de Ponderación y el principio de Proporcionalidad, a fin de garantizar los Derechos Fundamentales del Ser Humano, en conflicto con las normas, so pena de caer en arbitrariedad.

### **1.2.2. Delimitación del Problema**

**Campo de Acción:** Uso de Principios y métodos en Derecho Penal

**Objeto de estudio:** Dotar de herramientas jurídicas, al Juez de garantías penales, al momento de dictaminar la prisión preventiva como medida cautelar, agotando las medidas cautelares alternas y solo después de la aplicación del método de Ponderación y el principio de Proporcionalidad.

**Lugar:** Quevedo, Los Ríos

**Año:** 2014.

### **1.2.3. Justificación.**

En el ejercicio jurisdiccional sabemos que: “La justicia es, el complemento natural de la ley, pues si la ley fue creada para asegurar la convivencia, la actuación del juez, al tutelarla, da vida y sentido a sus mandatos”. En esta corriente de pensamiento se resalta ese matiz: la existencia de la ciudad se

asocia a la presencia del juez, y sin juez, sin administración de justicia, no cabe hablar de sociedad organizada. “Esa circunstancia condiciona no sólo la trascendencia que la comunidad da a la función de juzgar, sino también al especial estatus que ha merecido en todas las sociedades el encargado de ejercerla”; y es precisamente la figura del Juez, que emerge dentro de la sociedad, como garantía de que todo se hará bien, por lo que se hace necesario que la persona, hombre o mujer, que cumpla con el rol de Juez o Jueza, tenga pleno conocimiento y la razón de ser de su función, a través de la sabiduría propia para el cargo, los valores morales que hayan sido parte fundamentales en su formación como persona humana, el conocimiento jurídico de los temas llevados a su conocimiento, el sentido común, lo factico de lo particular, para que ponderando los principios y derechos de los actores, logre amalgamar todos estos componentes, llevando a feliz término la aplicación de la “sana crítica”, que nacerá de él solo de él, explicando con su argumentación jurídica, el nacimiento de sus decisiones o fallo.

Por lo que debe de expulsar cualquier extraño poder, que pretenda influenciarlo, siendo el Juez, quien ponga orden y equilibrio, y además detenga cualquier impulso o pretensión venga de donde venga, frenando inclusive la fuerza brutal de los poderes de tiranos, reyes o gobiernos, que aparenten ser legítimos o democráticos, y que cometan deslices o sesgos al “ordenar” la forma de aplicar la norma instituida por función legítima, caso contrario estaríamos frente a una situación de barbarie, anarquía y caos, propia de una sociedad inexistente.

Por eso se asocia la figura del Juez, a la sociedad, sociedad legítima y organizada de manera democrática, quien al momento de aplicar la norma, dará y nacerá la Justicia, sus decisiones garantistas, fortalecerán la simiente y estructura misma que la forma, con lo cual dará un real beneficio a los ciudadanos y seres humanos, envueltos en un conflicto de índole penal.

### **1.3. Objetivos**

#### **1.3.1. General**

Fundamentar desde el ámbito doctrinario y jurídico, la necesidad de adecuar la aplicación del método de ponderación y el principio de proporcionalidad en el proceso al dictaminar prisión preventiva como medida cautelar, para garantizar los derechos de las personas.

#### **1.3.2. Específicos**

- Analizar las principales posiciones doctrinarias y jurídicas, respecto al Método de Ponderación y al Principio de Proporcionalidad en el Dictamen de la Prisión Preventiva.
- Realizar un estudio de derecho comparado con países de la región, relacionado al Método de Ponderación y al Principio de Proporcionalidad, en el Dictamen de Prisión Preventiva, como medida cautelar.
- Proponer una reforma al Art. 534 párrafo tercero del Código Orgánico Integral Penal, a fin de adecuar la legislación penal con la norma constitucional.

#### **1.4. Hipótesis.**

Con la Reforma del Art. 534 párrafo tercero del Código Orgánico Integral Penal, la aplicación del método de Ponderación y el principio de Proporcionalidad en el dictamen de la prisión preventiva como medida cautelar, será más eficaz y contribuirá a tener más confianza en el proceso judicial.

## **1.5. Variables.**

### **1.5.1 Variable independiente**

Aplicación del método de ponderación y el principio de proporcionalidad

### **1.5.2. Variable dependiente**

En el dictamen de prisión preventiva como medida cautelar

Para el desarrollo de la investigación científica requirió de los siguientes recursos:

## **1.6. Recursos**

### **1.6.1. Humanos.**

- ✓ Estudiante Investigador Carlos Francisco Camba Layosa
- ✓ Director de Tesis Dr. Ulises Díaz Castro
- ✓ Funcionarios de la Función Judicial (Jueces de Garantías).
- ✓ Profesionales de Derecho de la Ciudad de Quevedo – Abogados en Libre ejercicio profesional.
- ✓ Ciudadanos/as. usuarias de la Función Judicial.

### **1.6.2. Materiales**

Los materiales a utilizarse en la presente investigación son:

- ✓ Constitución de la República del Ecuador.
- ✓ Código Orgánico Integral Penal.
- ✓ Doctrinas, Jurisprudencias, Legislaciones Extranjeras Diccionarios.
- ✓ Internet
- ✓ Hojas de papel

- ✓ Equipos de cómputo
- ✓ Pen drive
- ✓ Grabadora
- ✓ Cámara fotográfica
- ✓ Impresora, Cartuchos de impresora
- ✓ Fotocopias
- ✓ Encuadernación y Anillados.
- ✓ Movilización
- ✓ Comunicación – Telefonía.
- ✓ Bibliografía

### 1.6.3. Presupuesto.

| Detalle                            | Valores         |
|------------------------------------|-----------------|
| Gastos de Comunicación – telefonía | 100,00          |
| Obras para consulta                | 500,00          |
| Movilización                       | 150,00          |
| Internet                           | 40,00           |
| Cartuchos de Impresora             | 30,00           |
| Grabadora                          | 60,00           |
| Fotocopias (blanco y negro)        | 150,00          |
| Fotocopias (color)                 | 30,00           |
| Encuadernación y anillado          | 20,00           |
| Fojas tamaño A4                    | 20,00           |
| Pen-drive (USB)                    | 10,00           |
| <b>TOTAL</b>                       | <b>1.110,00</b> |

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

**“El Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal; si no también del derecho penal” Claus Roxin<sup>1</sup>.-**

#### **2.1. Antecedentes de la Investigación.**

Considerando que el Estado ecuatoriano en la actualidad ha emprendido una lucha titánica en amalgamar los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, tanto dentro de un proceso penal, así como el dictamen de Prisión Preventiva como medida cautelar con los Instrumentos Internacionales, dentro de esta temática, acorde con los sistemas de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos con su Convención de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros organismos de Protección de los derechos Humanos de las Personas Privadas de su libertad en Las Américas; afán que en muchas ocasiones contrasta con la realidad de nuestras cárceles, respecto al trato que se da a los detenidos, a sus visitas y a sus defensores, abogados en libre ejercicio profesional, hechos que los recoge la prensa nacional e internacional y los informes sobre estos temas elaborados por sendas comisiones de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos y sus relatores; así como el caso en particular que versa sobre una violación a una menor de edad en esta ciudad de Quevedo, caso que además tuvo una víctima procesal a mi modesto entender, ya que al procesado no se le cubrió con las debidas garantías constitucionales y

---

<sup>1</sup> ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, citado en Video conferencia Derecho Penal del Enemigo y la Impronta del Terrorismo, en el Congreso Internacional de Guayaquil del 2005; <https://www.youtube.com/watch?v=rJjgsmmR3jA>; **Publicado el 19/6/2014.**

procesales y de manera abrupta fue detenido y ordenada su prisión preventiva, como si se tratara de un delito flagrante, cuando del mismo cuadernillo procesal, arroja que si de un delito se trataba, nunca fue un delito flagrante, por lo que la acción investigativa y de proceder tanto de la Policía Judicial, Fiscalía y de Los Jueces de Garantías Penales, fue violatoria a los Derechos Fundamentales de la Defensa y Debido proceso del ciudadano sospechoso.<sup>2</sup>

En la actualidad la Corte Constitucional ecuatoriana, dispone de oficinas en la ciudad de Guayaquil, donde ofrece información acorde a la realidad dogmática de los derechos fundamentales, fallos de relieve constitucional y jurídicos, con los cuales pretende tener un acercamiento efectivo con la colectividad, e inclusive entrega en calidad de donación una serie de libros relacionado con el Constitucionalismo y su nuevo paradigma, además se invita de manera permanente a ingresar a la página web de la Corte Constitucional, donde tiene varias obras que tratan sobre esta temática, para que los ciudadanos adquieran los conocimientos necesarios y conozcan y ejerzan al mismo tiempo sus derechos y garantías constitucionales, afín con nuestra realidad, y de esa manera continuemos construyendo una normativa y derechos según lo diseñado en nuestra Constitución nacida en Montecristi, como una primera piedra, pero que debemos y tenemos que ser obreros en su construcción, todos los que moramos en este territorio y estado llamado Ecuador<sup>3</sup>.

## **2.2. Fundamentación**

### **2.2.1. Doctrina**

Palabras claves: Ponderar, principio de proporcionalidad, Constitución, Dignidad Humana, Libertad, Igualdad, Democracia, Estado de Derecho, Estado Social, Transición de Paradigmas.-

---

<sup>2</sup> La Biblia Por sus Frutos los Conoceréis; San Mateo capítulo 7, versículos del 16 al 20; pag.881 La Biblia, Sociedades Bíblicas Unidas.

<sup>3</sup>ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008, pág. 8

### **2.2.2. Ponderar**

Para nuestro análisis es, determinar el peso de algo, contrapesar, equilibrar, atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada<sup>4</sup> . Por lo que al ponderar principios, estos necesitan ser desarrollados en su determinación e incluso pueden servir para la elaboración de una norma, pero estudios de los últimos tiempos han evidenciado, a nuestro criterio también, que son en general mandatos de optimización que requieren ser ponderados.

### **2.2.3. Racionalidad Teórica y Práctica de la Ponderación**

La Ponderación es racional, tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico.

Es racional desde vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contradicción para la aplicación de los Derechos Fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la Ponderación, la Formula del Peso y la carga de la Argumentación a favor del Legislador que ella establece. La Ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y, como consecuencia, permite fundamentar de manera correcta sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico<sup>5</sup>

### **2.2.4. Formula del Peso o Balanceo**

Al incorporar a las cartas magnas o constituciones los derechos fundamentales, y los nuevos roles de garantistas que tienen los jueces, ellos tienen que buscar el punto de equilibrio al momento de emitir sus resoluciones, y al seguir la tendencia de un estado constitucional de derechos, deben de recurrir a la “fórmula del peso o Balanceo”, o la llamada

---

<sup>4</sup>Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, [http:// www.rae.es/](http://www.rae.es/) –7-3-2006

<sup>5</sup>ALEX Y, Robert Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, Madrid, pág.XLVII.

teoría de los derechos fundamentales, teoría incorporada al dogma jurídico por el profesor alemán Robert Alexy. En esta teoría es precisamente el jurista alemán, quien dilucida las diferencias entre Reglas y Principios, definiendo a las dos como normas, resultando por lo tanto una norma – regla, y una norma – principios, dejando en claro eso sí que esto sería un punto de partida acerca de las posibilidades y los límites de racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales<sup>6</sup>. Teoría que se basa en el peso o valor que se le da a los principios, y se los plasma o pondera cuando existe la colisión entre dos principios o derechos fundamentales, dependiendo a la intensidad de la intervención donde resulta lesionado uno de estos derechos fundamentales, volviendo más complejo el caso cuando hay más de dos principios o derechos fundamentales en colisión o juego<sup>7</sup>.

### **2.2.5 Elementos componentes de la Ponderación son:**

a).- Proporcionalidad; b).- Idoneidad; c).- Necesidad, ya que “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o insatisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la Importancia de la satisfacción del otro principio”; por cuanto los juicios racionales inmersos o en tomar en consideración son: 1.- Intensidad; luego 2.- la Importancia de las razones que justifiquen la interferencia; y 3.- la relación directa entre estas dos consideraciones o premisas (intensidad e importancia); tomando siempre en consideración el peso de grado de intervención, y el peso de la importancia de las razones que justificaron la interferencia<sup>8</sup>; siendo por lo tanto los presupuestos principales de la ponderación: proporcionalidad, idoneidad, necesidad, los cuales el juzgador si debe ponderar jamás debe omitir tales presupuestos, ya que caso contrario, dejaría de aplicar el método de ponderación, en la toma de sus decisiones.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> ALEXY, Robert Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, Madrid, pág.63.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, Madrid, págs.89 a 91.

<sup>8</sup> IBIDEM págs. 91, y 92.

<sup>9</sup> ZAVALA EGAS, Jorge Teoría y Práctica Procesal Constitucional, pág. 212.

## **2.2.6 Ley de la Ponderación.-**

Es la que permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro<sup>10</sup>

## **2.2.7 Antecedentes Históricos: El Ponderar**

Para algunos tratadistas, esto de la ponderación, es tan antiquísimo como la civilización misma, por cuanto el otorgamiento a cada quien de lo que merece, es justamente el resultado del ejercicio de la ponderación, entre los antecedentes, la norma, siendo primordial el reconocimiento de los derechos de cada uno de los actores o partes dentro de un proceso penal; o dicho de otra manera, dar a cada quien lo que se merece, pero siempre, siempre dentro del marco legal, que es la fortaleza indudable de un régimen democrático, constituido con seguridad jurídica, donde las reglas de juego están firmemente enraizadas en su sentimiento, y en el diario vivir, por eso el de recuperar la confianza en ese estado por el cual somos parte del pacto social, y la confianza solo la vamos a recuperar, por el accionar y trabajo procedimental y ponderado de los Jueces, únicos garantes, en un estado constitucional de derechos y justicia social<sup>11</sup>. En los catálogos de derechos plasmados a finales del siglo XVIII, en las declaraciones de los Derechos y del Ciudadano de la Revolución Francesa, y, el Bill of Rights de la Constitución estadounidense del 1.787, estas fueron señera en el reconocimiento de los derechos, teniendo por lo tanto elementos para

---

<sup>10</sup> ALEXY, Robert, El principio de proporcionalidad en sentido estricto, o Formula del Peso. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, pág. 13 y 14

<sup>11</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008 págs. 10 a la 14, [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/3\\_Neoconstitucionalismo\\_y\\_Sociedad.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/3_Neoconstitucionalismo_y_Sociedad.pdf).

contrastar, con lo que se abre camino a la ponderación o cuantificación de valores (poner valores a los derechos), otro ejemplo de aquello son las actuaciones del Juez John Marshall allá por los años 1803<sup>12</sup>. Con lo cual se dan los pasos necesarios para demostrar una imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional con relación a las otras funciones estatales. Dando inicio al reconocimiento supremo de la Carta Magna, a la que por la evolución propia de la dinámica de los seres humanos, se fueron incorporando una serie de derechos, a fin de volver de mayor utilidad y eficacia la administración de la cosa pública, lo que daría paso a la teoría de Robert Alexy; y es a los inicios de los años 70 en el siglo XX, cuando a partir de la Constitución española de 1.978; la Constitución brasileña de 1.988, y la Constitución Colombiana de 1.991 donde se incorporan una serie de catálogos de derechos, llamados fundamentales o constitucionales, para que la región hispanoparlante o Latinoamérica, se sume a la era del Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo; el Ecuador pone en vigencia su constitución con esta corriente de pensamiento de manera plena el 20 de octubre del año 2008<sup>13</sup>.

El Jurista Carlos Bernal Pulido de la Universidad Externado de Colombia, en la obra múltiple serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional” obra auspiciada por la Corte Constitucional ecuatoriana, nos hace una exhaustiva y prolija explicación de la Racionalidad de la Ponderación, trayendo a consideración una serie de objeciones de los detractores de este método, donde nos deja entre otras cosas su punto de vista teórico y la manera práctica de la aplicación del método de ponderación, en las decisiones judiciales, sin sacrificar la certeza, la coherencia y la generalidad del Derecho<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> PRIETO VALDEZ, Martha, La Independencia Judicial: Presupuesto de Imparcialidad, Seguridad y Justicia, Revista Jurídica “El Foro” Facultad de Derecho Universidad Técnica Estatal de Quevedo pag.63.

<sup>13</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, Neoconstitucionalismo y Sociedad 2008, págs. 15 a la 50.: [www.minjusticia-ddhh.gov.ec](http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec)

<sup>14</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional págs. 44 a la 67 :[www.minjusticia-ddhh.gov.ec](http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec)

En lo concreto al Juzgador que le tocaré analizar, debería verificar exhaustivamente las condiciones de este caso en particular, si la medida solicitada reúne tres requisitos: ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); no existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y que al ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal de ser el caso e ineludible y las circunstancias específicas en que se encuentra, de otro lado, se concluya que la medida no es desproporcionada (proporcionalidad). Con lo que se estaría ponderando de manera técnica y apropiada al considerar o integrar entre si estos tres requisitos del método o técnica de la Ponderación.

Ya que no debemos olvidar, que toda resolución que emane de poder público, debe de ser motivada y debidamente fundamentada, caso contrario, estas resoluciones, quedarían en el “auto encanto del funcionario”, o en el limbo, para satisfacción solo de él o que no se pudieren concretar, siendo nulas y acarrearían sanciones para su emisor<sup>15</sup>.

### **2.2.8 Discurso o Argumentación Jurídica**

Dentro de la argumentación jurídica elaborada por este jurista de renombre, en la actualidad existen serios detractores de estas ponencias o validez del uso de la ponderación, ya que se duda de que si se trata de un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas, o se trata de una simple forma de justificar que tienen los jueces a sus decisiones arbitrarias o subjetivas, con subterfugios retóricos<sup>16</sup>. Según el Profesor Alexy, el punto de partida de la Argumentación Jurídica, es fundamentar jurídicamente absolviendo a través de preguntas prácticas: que es lo que

---

<sup>15</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador R.O. 449 20 octubre 2008, pag.21.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, Madrid, La Argumentación y La Decisión pag.135 a 149.

está ordenado, prohibido y permitido, convirtiéndose, por lo tanto el discurso jurídico en un caso especial del discurso practico general, sin olvidar una serie de condiciones restrictivas, que grafica brevemente con la vinculación a la ley, al precedente y la dogmática, reconociendo además que no siempre estas vinculaciones conducen a un solo resultado, por lo cual se debe tomar además valoraciones adicionales fuera del material autoritativo existente, que a su vez nos lleva a la siguiente pregunta de que si estas valoraciones que agrega o adiciona son racionalmente controlables, lo que a su vez nos traslada a qué posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos generales o juicios morales, en las que de antaño existen posiciones subjetivistas, relativista, decisionistas y/o irracionalistas, y por otra parte las objetivistas, absolutistas, cognitivista y/o racionalistas, lo que derivaría a un todo o nada. En la actualidad la discusión ética, se encuentra influenciada metodológicamente por la lógica moderna, la Filosofía del lenguaje, la teoría de la Argumentación, de la decisión y del conocimiento de acuerdo a su contenido, influenciada por la corriente del pensamiento Kantiano<sup>17</sup>.

### **2.2.9 Debido proceso**

Después de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, el Eje vencedor denominado “Los Aliados”; a fin de que no se vuelva a reinstalar el sistema de Extinción de grupos étnicos, considerados por el “Tercer Reich” “débiles o malvados”; se propuso “Juzgar” a los Líderes de los “Vencidos”, para lo cual en el Juicio de Núremberg, incorporó “un proceso de pruebas y debido proceso”, dotando precisamente a todo el proceso, de una serie de garantías a los acusados, dándole eficacia al llamado “derecho Penal”, acusando a estos personajes de la Alemania nazi o nacionalsocialista dentro del periodo de la historia de Alemania comprendido entre el 1.933, año de la llegada al poder del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán de

---

<sup>17</sup> ALEXY, Robert, Teoría de Los Derechos Fundamentales Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, Madrid págs. 486 a 488.

Adolf Hitler, al 1.945, de crímenes de lesa humanidad, crímenes de odio, y, de Genocidio, por el intento de exterminio al pueblo judío<sup>18</sup>.

Si bien es cierto que en todo tiempo y lugar, el Juez, ha sido una figura preponderante; es en el Juicio de Núremberg, Alemania, en que el sistema Político, especialmente el de los vencedores, le da ese Rol y con ello, salta a la palestra y recupera su protagonismo, porque como se verá, los políticos y los Generales vencedores, buscan al Sistema Judicial y Jurídico, no solo para juzgar a los vencidos, sino también para que legalice su accionar en todo el conflicto bélico de la II Guerra Mundial, que felizmente, para bien de toda la Humanidad, ha concluido<sup>19</sup>. En nuestro país, se ha blindado con una series de garantías procesales dentro del sistema penal, a las personas que se vean inmersos en un litigio de esta naturaleza, al haberse elevado al rango constitucional todo este sacramental ritual ineludible y garantista de derechos<sup>20</sup>.

### **2.2.10 Subsumir**

Que es subsumir, con un fugaz razonamiento, la acción de subsumir es la interpretación jurídica, que se utiliza a través de la aplicación del derecho después de un proceso con su ritual sacramental señalado con anterioridad, tomando el supuesto del hecho, para aplicar de manera adecuada la norma legal instituida.<sup>21</sup> O sea el Juez debe crear un escenario mental coligiendo una regla – norma general, lo que le permitirá tomar una decisión en particular, según lo factico traído a su conocimiento, esa necesidad de adecuar el hecho con la norma o la adecuación de ese hecho con diversas normas de lo particular del asunto, es decir realizar una

---

<sup>18</sup>BAYERISCHES STAATS MINISTERIUM DER JUSTIZ, El Tribunal Militar de Núremberg [https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj\\_internet/gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/imt\\_int/flyer\\_sp.pdf](https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/imt_int/flyer_sp.pdf)

<sup>19</sup>BAYERISCHES STAATS MINISTERIUM DER JUSTIZ, El Tribunal Militar de Núremberg [https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj\\_internet/gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/imt\\_int/flyer\\_sp.pdf](https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/imt_int/flyer_sp.pdf)

<sup>20</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008 R.O. 449 del 20 octubre 2008; págs.20 a la 22.

<sup>21</sup> ZAVALA EGAS, Jorge Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica págs.66 y 92.

verificabilidad jurídica y denotación legal, para Ferrajoli, es la deducción jurídica con la hetero – integración judicial de la lengua penal que cada Juez, debe realizar, por lo que se hace necesario ir incorporando de manera periódica o anual, recopilaciones de la actividad de los tribunales, a fin de tener una fuente inagotable de redefiniciones judiciales de las redefiniciones legales<sup>22</sup>.

### **2.2.11 Desconocimiento de las Ciencias Jurídicas**

Claude Du Pasquier, Jurista Suizo de renombre, nos trae además algo que es común en nuestras latitudes, ya que para los desconocedores del derecho, les llama la atención el de porque los legisladores o redactores de las leyes, no logran elaborar textos de manera más claras, para que su manejo no cause tantas incertidumbres, lo que inclusive se da en las Facultades de Derecho y en los iniciados en la Profesión de la Abogacía, lo que nos deja dos lecturas al respecto: el desconocimiento de la ciencia del derecho, y el desconocimiento de las diversidades e imprevisibles de las situaciones a resolverse en derecho, las que rebasan los límites que el derecho señala, a través de las reglas del derecho positivo<sup>23</sup>.

### **2.2.12 Interpretación del Significado que el (del) Derecho tiene:**

Interpretación = significado.- la búsqueda del derecho en la ley; o podríamos decir que la ley es uno de los caminos para encontrar el derecho, que el intérprete - Juez, al recorrer de manera jurídica debe de hallar, y que además debe de justificar y explicar ese camino recorrido (metodología) (reconducir) por cuanto siendo la ley una norma general de derecho expresada en forma escrita y ya establecida con anterioridad, emitida por órgano legal competente (legislativo), él debe traerla de lo

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta 1997, Madrid págs. 117 a 127.

<sup>23</sup> FRANCO DE LA CUBA, Carlos Miguel Desconocimiento de la Ciencia del Derecho, Universidad Católica del Perú, 2011 pag.6. <http://blog.pucp.edu.pe/category/8862/blog/3277>

general a lo particular del caso que está tratando de resolver, y debe de rendir satisfacción, no solo a las partes del litigio, y al órgano de gobierno de la función jurisdiccional, sino además a toda la colectividad, y debe saber hacerlo, con una argumentación jurídica técnica llamada fundamentación o motivación, donde deberá explicar la pertinencia, exponiendo y tratando todos los puntos, que lo llevaron a ese resultado, su fallo<sup>24</sup>. Por cuanto dentro de un estado de derecho y garantías, la actividad jurídica, emerge como necesidad del modelo de estado que limita las funciones públicas, para salvaguardar los derechos fundamentales, ya constitucionalizados o no; por cuanto estos derechos por su característica principal que son la universalidad, es la característica que los define como tal, derivándolo por lo tanto en la expresión jurídica de los valores centrales componentes de la persona humana, es decir la Dignidad, la Libertad e Igualdad, dándole sentido a las actividades de los seres humanos, con énfasis a la actividad jurídica. Con los cuales se arriba a su fin, Zavala Egas, pone una expresión muy sui generis en este hilo conductor, denominándolo “vaso comunicante” o “correa de transmisión” de estos valores, sin los cuales, por su existencia y valía, recién le da sentido a la actividad jurídica, sino serían simples objetos, sin comprensión como enunciados jurídicos.<sup>25</sup>

### **2.2.13 Tractatus Lógico – Philosophicus**

Asumiendo el pensamiento del Profesor Alemán Ludwig Wittgenstein, que trata del enredo, con todo su embrollo, resultando un galimatías, una verdadera complicación, para quien tenga que desenredar estos líos, que se forman con esto del pensamiento, lenguaje, simbolismo, forma de expresiones corporales estado de ánimo del que tiene que demostrar sus expresiones y el que las recepta, y que al decir del mencionado profesor en su “Tractatus Lógico – Philosophicus” el juzgador al tratar de llegar a la verdad, debe despojarse de las soluciones tradicionales cargadas de ignorancias, y conocer a profundidad el lenguaje y simbolismo en sus

---

<sup>24</sup> IBIDEM, págs. 6 y 7.

<sup>25</sup> ZAVALA EGAS, Jorge, Lecciones de Derecho Administrativo, pág. 127; primera edición 2011, Edilex S.A. Guayaquil- Ecuador.

diferentes manifestaciones, así como de manera profesional y humana, conozca y aplique la teoría del conocimiento, y los principios de la física, ética y la mística<sup>26</sup>. Con esto considera este investigador, que el rol de la persona, hombre o mujer, que tenga las funciones de impartir justicia, con el plus de además estar revestido de la obligación de ser “Garantista”, es una responsabilidad, además de seria, sublime, por lo que se hace menester, tener cualidades y atributos supremo, conocimiento pleno, y sobre todo, ser honesto, integro, humanista, noble, virtudes intrínseca y propias, que harán difícil, el escogimiento a posibles candidatos, que tengan la entereza de participar en programas selectivos para la designación de Jueces<sup>27</sup>.

#### **2.2.14 Paradigma Neoconstitucionalista o Constitucionalismo**

Al estar incluidos principios como: Dignidad Humana, Libertad, Igualdad, Democracia, Estado de Derecho, y, Estado Social, amalgamando lo Moral y Ético con los Derechos Fundamentales de las personas por su condición humana, en una carta magna o pacto social o las comúnmente denominadas “Constituciones”, se arriba a la teoría del llamado “Derecho Racional Moderno”; configurando por lo tanto que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, donde se entrelazan o deben de guardar una estrecha armonía con la denominada democracia política o formal y la democracia sustancial, simiente donde cobra un gran relieve o reforzamiento, la función jurisdiccional a través de sus juzgadores. Ya que la democracia sustancial, al ser aplicada de manera efectiva, dota de una gran fortaleza a la función judicial, y esto es por la independencia de esta función, y esta independencia es precisamente, la instalación del modelo garantista, y al ser incorporado los principios prenombrados con los derechos fundamentales a las cartas magnas, incluidos no solamente la forma jurídica, si no su contenido moral, por eso lo de su fortaleza, con el

---

<sup>26</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig, TRACTATUS LOGICO PHILOSOPHICUS, UNIVERSITAT D BARCELONA, [http://www.ub.edu/procol/sites/default/files/Wittgenstein\\_Tractatus\\_logico\\_philosophicus.pdf](http://www.ub.edu/procol/sites/default/files/Wittgenstein_Tractatus_logico_philosophicus.pdf), págs. 1 a la 4.

<sup>27</sup> ASAMBLEA NACIONAL COMISION DE LEGISLACION Y FISCALIZACION, Código Orgánico de la Función Judicial Suplemento R.O. 544 del 9 marzo 2009, págs. 10 y 11.

cual cambian la relación Juez - Ley, asignándole a la función jurisdiccional, el rol de garantista, frente a los excesos que se pudieran derivar, provinieren de donde provinieren, sean estos públicos o privados.

El nuevo paradigma Constitucional, no obliga al Juez de Garantías, a estar sujeto a la ley, si esta no guarda coherencia con la Constitución, coherencia o valoración, que la debe de realizar el juez; responsabilidad que recae sobre este funcionario, quien debe amalgamar con una interpretación judicial de la ley, ponderando los principios o normas constitucionales sustanciales y los derechos fundamentales; siendo que después de esta valoración, la norma resultare inaplicable o insanable en este caso, el juez debe de cuestionar la validez constitucional de la norma – ley; el profesor y Juez español, Perfecto Andrés Ibáñez, y el mismo Ferrajoli, nos indican que el papel del Juez es el de invalidar esta ley, reinterpretando esta norma, en sentido constitucional, denunciando su inconstitucionalidad, y por lo tanto su inaplicabilidad, expulsando dicha norma – ley, del ordenamiento jurídico<sup>28</sup>.

Con esta sujeción del juez a la constitución, da “luz” y vigencia a la “Democracia Sustancial”, y en ella está el principal fundamento de la legitimación de la función jurisdiccional y la independencia de esta función,(alejándose por lo tanto de las otras funciones, en tanto estas trataren de inmiscuirse) de un estado constitucional de derechos y justicia social; por lo que el juez, debe de estar dotado de habilidad y conocimientos para reconocer, las técnicas previstas en el ordenamiento jurídico – administrativo del Estado, y tratar o el de reducir las distancias que siempre existen y guardan entre la normativa y efectividad, en el logro de alcanzar o devolver la armonía, dentro de lo posible, y alcanzar la máxima eficacia de los derechos fundamentales, con lo reseñado y garantizado en la carta magna vigente, con el reconocimiento de estas técnicas para su uso, el juzgador podrá aislar las lagunas o antinomias, existentes en el

---

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías La Ley del más Débil, cuarta edición 2004; CENTRO UNIVERSITARIO DE BAJA CALIFORNIA, MEXICO, <http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/30.-%20Derechos%20Y%20Garantias%20%28La%20Ley%20Del%20Mas%20Debil%29%20-%20Ferrajoli.pdf>, págs.10 a 13; y 20 a la 22.

ordenamiento jurídico, proponiendo en sus fallos o resoluciones, las soluciones jurídicas, argumentando de manera técnica y fundamental, con lo cual, catalizará y será parte de la evolución del derecho, dentro de este nuevo paradigma del Constitucionalismo, que tiene como fundamento el Garantismo, basado en sus accionares y ejecutorias<sup>29</sup>. Por lo que siendo los jueces integrantes de tribunales donde se imparte justicia, estos se constituyen en órganos bastiones de la defensa de los derechos, por lo tanto, esto lo condiciona a un permanente monitoreo y estudio de su funcionamiento, ya que de las condiciones de estas propiciarán la calidad de sus actuaciones<sup>30</sup>.

### **2.2.15 Operadores de Justicia**

Debemos reconocer la simiente, donde los juristas ecuatorianos, tienen la obligación de hacer crecer, desarrollar y evolucionar esta norma e institución judicial, tomando como primer paso la creación de un pensum adecuado, que tenga como componentes, no solo los conocimientos teóricos, sino además la praxis juris, acorde a los tiempos de modernidad y respetos a los derechos fundamentales, de acuerdo a los pronunciamientos y fallos de los Organismos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Penal de Roma, entre otros, así como una exhaustiva revisión de la formación moral y ética de los aspirantes, y quizás suene como utópico, sin las consideraciones de inclinaciones partidistas políticas, para los juristas que opten o pretendan asumir el Rol de Jueces, en la función judicial o jurisdiccional del estado ecuatoriano.

---

<sup>29</sup>FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías La Ley del más Débil, cuarta edición 2004; CENTRO UNIVERSITARIO DE BAJA CALIFORNIA, MEXICO, <http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/30.-%20Derechos%20Y%20Garantias%20%28La%20Ley%20Del%20Mas%20Debil%29%20-%20Ferrajoli.pdf>, págs. 13, 19, 20, 25, y 30.

<sup>30</sup>PRIETO VALDEZ, Martha, La Independencia Judicial: Presupuesto de Imparcialidad, Seguridad y Justicia, Revista Jurídica "El Foro" Facultad de Derecho Universidad Técnica Estatal de Quevedo págs. 64 y 65

### **2.2.16 Constitución**

Carta Magna, que al ser un pacto o acuerdo social, se constituye en el primer Instrumento Jurídico y Político del estado que entre sus ciudadanos acuerdan entre sí, encontrándose inmersos o sujetos a ella, todos los suscriptores y habitantes de este estado. Con mayor razón si se la instituye por medio de Referéndum, amalgamándose por lo tanto las llamadas democracia formal con la democracia sustancial, instituciones nacidas bajo el paradigma del Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo contemporáneo, para poder cumplir sus objetivos y fines y hacer efectiva y eficaz el ejercicio y goce de los derechos garantizados en el pacto social o Constitución vigente.

### **2.2.17 Democracia Formal**

Es aquel sistema inventado por el hombre, donde instala una forma de gobierno en la que el Estado, para cumplir sus funciones, realiza una separación de las mismas en legislativo, ejecutivo y judicial; institucionalizando procedimientos y creando un andamiaje administrativo para gobernar<sup>31</sup>. En la **Democracia Formal** hay requisitos que cumplir, los votantes deben ser mayores de 18 años hasta los 65 años de edad con el carácter de obligatorio, en la actualidad el derecho al sufragio es opcional para hombres y mujeres a partir de los 16 años y en los mayores a los 65 años, su sexo no limita su capacidad de voto, todos los votos valen lo mismo: un ciudadano equivale a un voto. La democracia formal reglamenta los procedimientos que se deben realizar en democracia, de ningún modo dicen que resultados se obtienen de los mismos. Ya que de esta forma nos permite cumplir de manera estricta con esos “procedimiento universales”, los que nos garantizan la libertad a las minorías y a las mayorías donde todos pueden elegir o ser elegidos, por lo visto la democracia formal coloca el

---

<sup>31</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008 Arts. 225, 226 R.O. 449 20 octubre 2008; pág. 44.

acento en **los procedimientos** para llevar a cabo su gobierno<sup>32</sup>.

### **2.2.18 Democracia Sustancial.**

La Democracia Sustancial por su parte centra su atención en los fines, puntualmente en lograr alcanzar la igualdad de todos los ciudadanos. La distinción entre legitimidad formal y la legitimidad sustancial, están dadas entre condiciones formales o sustanciales impuesta al válido ejercicio del poder; esto resulta esencial a fin de aclarar la naturaleza de la relación entre democracia política y estado de derecho en los ordenamientos modernos, ya que en estos dos tipos de democracias, se forman el objeto de dos tipos diversos de reglas; las reglas de quien puede y sobre cómo se debe decidir, y las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir; las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno; las segundas, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente democrático o por el contrario el sistema político imperante; de la naturaleza de las segundas depende el carácter de derecho del sistema jurídico<sup>33</sup>. Por lo que precisamente, ahí radica el limitante y fortaleza de la democracia sustancial, ya que la naturaleza de las segundas reglas, que se aplican o tienen el carácter de derecho y por ende del sistema jurídico, con lo cual los Jueces sus aplicadores y garantes de los derechos y garantías plasmado en la carta magna, para que su validez y eficacia, se concreten a través de sus resoluciones. Con lo que además deben y pueden señalar los límites al poder. Con esta definición del maestro Ferrajoli, la génesis del derecho, es intrínsecamente política<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> ASAMBLEA NACIONAL, COMISION DE LEGISLACION Y FISCALIZACION, Código de la Democracia, 27 abril 2009; Inter-American Development Bank, <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35394757>

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Democracia Sustancial, Editorial Trotta Madrid 1.997, págs. 856 y 857.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Democracia Sustancial, Editorial Trotta Madrid 1.997, págs. 856, 857, y 858.

### 2.2.19 Democracia Constitucional

No hay duda, que con el nacimiento del nuevo paradigma del lusconstitucionalismo, o Neoconstitucionalismo, al más puro estilo innovador de querer preservar los derechos de las personas, sobre los derechos del llamado “ciudadano”, tenemos la obligación de incorporarnos a esta corriente del pensamiento moderno, ya no como espectadores o simple copiones, sino además desarrollándolo acorde con nuestras prioridades y necesidades; por lo que de guardar silencio pareceríamos estúpidos y cómplices<sup>35</sup>. A fin de que nuestra incipiente democracia constitucional, deje de ser un “membrete”, o como dice el maestro Ferrajoli, refiriéndose a la constitución “un pedazo de papel”, sin ningún poder coercitivo, con el que los ciudadanos, son comensales o utilizados solo para el sufragio, vulnerando no solo sus derechos, sino también su dignidad, dignidad de humanos; por eso, es que se vuelve imperativo, que la Constitución del 2008, que nació en Montecristi, sea un punto de partida y de encuentros, a fin de construir en conjunto el país o estado que queremos y necesitamos, no solo para nosotros, sino además para nuestras futuras generaciones<sup>36</sup>.

Porque en estos escenarios reales y actuales, nos lleva a ser exigentes y sinceros, y hasta al punto de desenmascarar a los ideólogos de esta nueva corriente del pensamiento constitucional contemporáneo, que en un todo, y al no estar listo o preparado culturalmente hablando, no logran amalgamar el decir “democracia” como igualdad y soberanía popular, que es lo que nosotros entendemos como tal, y solo sacando resultados por mayorías de electores, que creyendo en su verdad, se traduce en legislación que al final de cuentas les afecta en un primer orden, reconociendo por lo tanto la dificultad de conciliar los extremos en conflictos libertad e igualdad por un lado con Derechos Humanos y soberanía Popular, por el otro, por cuanto estos sistemas no deben perder el norte, que no es otro, que el de dar

---

<sup>35</sup> GALEANO, Eduardo Las Venas Abiertas de América Latina, Editorial Kilico 2004, pág. 3

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Democracia Sustancial, Editorial Trotta Madrid 1.997, pág. 852.

soluciones a los diferentes grupos de seres humanos vulnerables o de desplazados<sup>37</sup>, que en otras latitudes se los denominaran los indignados, socialmente excluidos y carentes de los implementos de vidas y sobreviven a como dé lugar, ellos emergen ahora con una lucha social unificada, y los líderes de la modernidad, no pueden crear herramientas de traducción y entendimiento para solucionar sus ancestrales y continuos problemas, los mismos que por su génesis conlleva una multiplicidad o gama de problemas, transformado esta situación en un abismo insondable e insoslayable, ese es uno de los retos y escenarios de nuestras realidades, por la reacción de estos colectivos, que en innumerables ocasiones los llevará inclusive a una desobediencia civil o a resistir órdenes del poder constituido, donde el rol de los “Jueces de Garantías” de diferentes ámbito al conocer a profundidad estos problemas socios – culturales, deberá dar soluciones y conciliar en los asuntos puestos a su conocimiento, funciones o rol de su responsabilidad<sup>38</sup>; ya que en los denominados países periféricos o semiperiféricos, habría que hacer una distinción diferentes sobre lo coyuntural de la pertinencia sobre la independencia de los jueces, que pasa desde lo cultural a las necesidades variadas de los que acceden al sistema judicial en busca de soluciones a sus problemas de variadas naturaleza.

Pues entonces, estamos en la hora cierta, para desarrollar esta anhelada democracia constitucional a que como seres humanos, pensantes y racionales, podemos y debemos forjar, a través de las incorporaciones y eficacia con validez de nuestros derechos y garantías, que nadie nos regalará, y tomando el legado de José Martí, nosotros debemos luchar y trabajar, para hacerla y en eso los juristas ecuatorianos, los académicos, los estudiantes e investigadores del derecho, los trabajadores, y sobre todo los Jueces de Garantías Penales están en la obligación de aplicar y desarrollar el verdadero derecho de las personas humanas, aunando su experiencias o conocimiento empírico, (y no quedarse en el normativismo medieval), con el deber ser constitucional, para que sea una realidad, la Justicia social, a

---

<sup>37</sup> BOAVENTURA SOUZA, Santos Derecho y Emancipación 2012, págs. 13 a la 18. [http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/derecho\\_y\\_emancipacion](http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/derecho_y_emancipacion)

<sup>38</sup>IBIDEM, págs. 214 a la 244.

través de un derecho penal mínimo, con el cual recién habremos, institucionalizado e instalado en nuestro territorio, una democracia constitucional<sup>39</sup>.

### **2.2.20 Imparcialidad e Independencia Judicial**

En la actualidad, y con avasamiento de las corrientes del pensamiento Constitucionalista, se afianza la imparcialidad e independencia de la función judicial, y que el juez paso de ser un mero aplicador de normas o de derecho positivo, o los llamados boca de la ley, sin posibilidad de modificación a través de la llamada subsunción<sup>40</sup>. A la aplicación de los principios normativos constitucionales, entre ellos el método de Ponderación y el principio de proporcionalidad.

En la Constitución Española, en su Art. 24.2 se reconoce a todos el derecho "a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías", y según afirman la doctrina y la jurisprudencia entre estas garantías se incluye el derecho a un juez imparcial. La imparcialidad del juez puede quebrarse tanto por motivos subjetivos, aquéllos que nacen de la relación que tiene con las partes del proceso, como por motivos objetivos que surgen del contacto del juez con el objeto del proceso.

Esta falta de imparcialidad objetiva<sup>41</sup> puede ser provocada por diferentes causas, tales como haber sido Juez en la sustanciación o defensor con anterioridad, lo que establece como causa de recusación.

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías La Ley del Más Débil, pág. 9. <http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/30>. Centro Universitario de Baja California%20Derechos%20Y%20Garantias%20%28La%20Ley%20Del%20Mas%20Debil%29%20-%20Ferrajoli.pdf

<sup>40</sup> BERNAL PULIDO, Carlos MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional; La Racionalidad de La Ponderación págs. 61 a la 66 :[www.minjusticia-ddhh.gov.ec](http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec)

<sup>41</sup> ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso Delincuencia Organizada Transnacional, págs.28 y 29

En nuestras leyes, así como en nuestra constitución, todo procesado tiene el derecho a un juez imparcial, separando las funciones del Fiscal, con las de un Juez de Garantías y juzgadora, situación que se inicia con el sistema actual acusatorio, pero que se debería repensar, con el inicio del Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, en todo tipo de delitos.

A todo esto, el Tribunal Constitucional Español, apegado a su Constitución y a los Convenios Internacionales, en materia de Derechos Humanos reconocen con el carácter de fundamental, el derecho a un juicio público con todas las garantías, entre las cuales figura el derecho a un juez imparcial, con lo cual crea una naciente jurisprudencia; la cual esta armonizada con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los cuales han considerado que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la causa penal.

Razones más que suficientes, para que el Juez, deba de ser completamente Imparcial, a las que podemos añadir el porqué de los motivos de que todo proceso debe de ser público y oral; siendo el legislador un atento verificador y quien debe asumir la tarea de reformar este procedimiento o sustituirlo por otro, removiendo los riesgos que el procedimiento actual crea tanto para los derechos fundamentales como para la buena marcha y eficaz funcionamiento del proceso.

Esta corriente del pensamiento moderno, recoge componentes de las tradiciones de la revolución francesa y de la forma de reconocimientos de derechos a la norteamericana, por cuanto el Neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones, un fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del Neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de *límites* frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el

ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces, lo que los convierte al haberse constitucionalizado el derecho, en Jueces de Garantías<sup>42</sup>. Con lo que se resume sin ánimo de equivocarnos, en quien manda, como manda, y hasta donde manda y la forma de mandar.

### **2.2.21 Principio de Proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad al surgir como un limitante del poder público, plantea una firme frontera a la arbitrariedad, a la discrecionalidad y resulta una primicia, a la dura empresa defensora de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Ponderación viene del vocablo latino “Pondus”, que significa peso, el ejercicio de la ponderación consiste en pesar o sopesar los principios en colisión que concurren en el caso específico a juzgar.

No debemos olvidar que el hombre en su estado natural gozaba de una libertad absoluta; pero que al mismo tiempo se veía amenazado por el poder salvaje del más fuerte o de la ley del soberano impuesto por la conquista o las hordas de invasiones, por lo que al buscar una vida digna y solaz, se despoja y sacrifica parte de esa libertad, al asentir en el “pacto social”, a fin de que este nuevo orden social, el Estado, le garantice su integridad y sus bienes o patrimonio<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup>PRIETO SANCHIS, Luis, NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACION JUDICIAL págs. 201 a la 204; LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID, <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111%28201-228%29.pdf>

<sup>43</sup> HOBBS, Thomas El Leviatán 1.650; Fondo de Cultura Económica, México 1994. Pág. [http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes\\_-\\_Leviatan.pdf](http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes_-_Leviatan.pdf)

Por lo que para John Locke, padre del Liberalismo, el Hombre, no le da un cheque en blanco al soberano o gobernante, ya que se reserva para sí, el derecho a la rebelión o a la resistencia, en caso de que el soberano o gobernante, no cumpliera lo pactado; todo estas entelequias o engranajes sociales, evolucionadas y plasmadas en “El Contrato social”, obra excelsa de Jean Jacob Rousseau<sup>44</sup>.

De esta premisa tendríamos que colegir la proporcionalidad de cesión que hace el hombre, al nuevo ente jurídico que nace “El Estado”; dejando en claro que la Libertad, es perpetua y no negociable, y que el ser humano, debe gozar de libertad para pensar y proyectarse individual y colectivamente, y que de acuerdo a lo pactado, el estado está facultado para intervenir y restringir, estas libertades, solo en casos de excepción y de particular tensión o de gravedad de conflictos.

Ya que la regla general, es el pleno goce de la Libertad, y la excepción es la restricción de esta libertad, solo en caso de tensión extrema<sup>45</sup>.

## **2.2.22 Proporcionalidad o Límites al Poder**

Por lo tanto es aquel principio que esta intrínsecamente ligado o forma parte del método de ponderación, y es el que nos fija los límites de actuación o acción de todos los funcionarios públicos, en este caso al juzgador, para que observe las actuaciones de las partes procesales, a fin de llamarles la atención si el caso lo amerite, e inclusive verificará una “Igualdad de armas”, en el litigio, puesto para su solución.

La escritora y jurista María Dávalos Muirragui, nos dice que este principio hace referencia a la adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas al decretarse el estado de excepción y la naturaleza e intensidad

---

<sup>44</sup> ROUSSEAU, Jean Jacob, EL CONTRATO SOCIAL, CAPITULO I y VI: DEL PACTO SOCIAL, Págs. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID,  
<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/bas/utopia/html/rousseau.htm>

<sup>45</sup> ROUSSEAU, Jean Jacob, EL CONTRATO SOCIAL, CAPITULO I y VI: DEL PACTO SOCIAL,, Págs. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID,  
<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/bas/utopia/html/rousseau.htm>

de la crisis que ha de enfrentar; en ningún caso las disposiciones que se adopten pueden ser desmedidas. Se fundamenta en la legítima defensa pues supone la existencia de un peligro inminente y exige una adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo; a su vez, éstos para ser legítimos deben ser proporcionales a la gravedad del peligro<sup>46</sup>. Además nos cita una disposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que estableció “que la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar las distintas situaciones especiales que pueden presentarse, dependerá del carácter, de la intensidad, de la profundidad y del particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las disposiciones respecto de ella. Debido a la importancia que tiene este principio, el análisis de proporcionalidad no sólo debe hacerse cuando se expide el decreto de excepción, sino que exige una revisión periódica por parte del o los órganos de control previstos por la normativa nacional. Para garantizar este principio se propone lo siguiente: la normativa que regule los estados de excepción debe indicar que las medidas que se adopten deben sujetarse de manera estricta y limiten a la exigencia de la situación. Y que cuando se afecten ciertos derechos, susceptibles de derogación, se establezcan medidas administrativas y/o judiciales para atenuar o reparar sus consecuencias, acorde con los estándares de Derechos Humanos y del Derecho Humanitario, que constituyan normas del *Ius Cogens* al margen de la crisis que realmente impere<sup>47</sup>.”

### **2.2.23 Principio de Razonabilidad**

Además dentro de su misma obra, la mencionada jurista se expresa y nos deja de manera explícita, su análisis sobre “El principio de Razonabilidad”

---

<sup>46</sup> DAVALOS MUIRRAGUI, María, Principio de Proporcionalidad - Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008, pag.136, MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS, [http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/3\\_Neoconstitucionalismo\\_y\\_Sociedad.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/3_Neoconstitucionalismo_y_Sociedad.pdf)

<sup>47</sup> DAVALOS MUIRRAGUI, María, Principio de Proporcionalidad – Principio de Razonabilidad Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008, págs.140 y 141. MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS, [http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/3\\_Neoconstitucionalismo\\_y\\_Sociedad.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/3_Neoconstitucionalismo_y_Sociedad.pdf)

que a su entender, tiene mucha relación con la buena aplicación de los demás principios. La razonabilidad supone que el acto de dictar un estado de excepción guarde relación con la justicia y la necesidad, que no se lo dicte en nombre de la arbitrariedad del gobernante, sino que haga uso del más alto criterio, buen juicio y que lo haga de buena fe. La razonabilidad “encierra las ideas de justicia, ponderación, equilibrio, moderación, armonía, buena fe, arreglado, prudente, buen juicio, las que en conjunto y en suprema síntesis pueden resumirse en una sola: sentido común”. El principio de razonabilidad tiene por finalidad “preservar el valor justicia en el contenido de todo acto o poder e, incluso, de los particulares. Ejercitar un control de razonabilidad implica, en consecuencia, formular un juicio acerca del acto o de la norma cotejándolo con las exigencias del valor justicia”<sup>48</sup>.

Encontramos este principio en la Constitución Política española, entendido como de “interdicción de la arbitrariedad”. Implica que la decisión que se tome, para que sea razonable, no puede ser arbitraria, es decir debe estar fundada en una razón jurídica legítima. La decisión que busque no ser irrazonable, necesariamente tiene que contar con una motivación y tomar en consideración a los individuos afectados por la misma. Este principio obliga a quien dicte el estado de excepción a fundamentar sus decisiones y respaldarlas con argumentos válidos<sup>49</sup>. El principio de razonabilidad, al ser aplicado, conlleva hacer un control que no solamente debe ser formal sino también sustancial, en el cual habrá que confrontar la sentencia o acto examinado, o disposición, con los principios, valores y normas constitucionales, teniendo en cuenta, además, una adecuada relación entre los fines que la inspiran y los medios que se utilizarían para dar satisfacción.

---

48 DAVALOS MUIRRAGUI, María, Principio de Proporcionalidad Neoconstitucionalismo y Sociedad pág. 141. MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS, [http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/3\\_Neoconstitucionalismo\\_y\\_Sociedad.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/3_Neoconstitucionalismo_y_Sociedad.pdf)

49 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS ESPAÑA, Constitución Española 1978, págs.12, y 13. [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons\\_espa.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons_espa.pdf)

### 2.2.24 Ética Judicial

En la presentación del libro “La Ética Judicial” de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador; el Dr. Mariano Azuela Buitrón, Secretario Ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, dice que efectivamente está es una disciplina rectora de los accionares de los Jueces, y reseña la particularidad, en lo de dar a cada quien lo suyo, que lo sintetiza como un arte de los actores principales, los Jueces. Y además nos deja expresado en este acto, que la tarea de protección y ejecución de lo justo en el orden jurídico, requiere de Buenas Normas y Buenos Jueces, quienes deben comprender de lo delicado y responsable de su función y actúen éticamente, dando ejemplo permanente de sus cualidades profesionales y humanas, para lo cual se requiere el no conformarse del conocimiento preciso del derecho, sino a partir de la ética judicial, de la Justicia<sup>50</sup>.

### 2.2.25 La Prisión preventiva

Es una institución jurídica procesal, en la que una persona es detenida durante el tiempo que se encuentre sujeta a este proceso penal se llama prisión *preventiva* “a la privación de la libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir, quien aún está procesado porque aún no ha habido sentencia, la cual puede ser condenatoria o absolutoria.<sup>51</sup> Por cuanto como que la pena sería la prisión preventiva y la sentencia definitiva (auto) es una especie de revisión, lo que nos haría dudar entonces es de que si en los países de la región, existe la presunción de inocencia, que más bien debería ser el Principio de Inocencia.

Para Luigi Ferrajoli “la prisión preventiva constituye una fase del proceso ordinario y es decidida por un juez. Así, en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la

---

<sup>50</sup>CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR, Ética Judicial 2014, pág. 11. [http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas\\_penales/EticaJudicial.PDF](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/EticaJudicial.PDF)

<sup>51</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio. Ministro Corte Suprema de Justicia República de Argentina.

jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en un mecanismo directamente punitivo.” Además sostiene que “La prisión preventiva obligatoria es verdaderamente una contradicción en sus términos. La prisión preventiva se justifica solamente en casos graves de peligro de falsificación de las pruebas o de fuga del imputado. Debería tratarse de una medida absolutamente excepcional y acotada. No debería ir más allá de alguna semana. Pero naturalmente eso implica un costo, porque el imputado podría ser culpable. Pero la democracia implica ciertos peligros. Si la prisión preventiva es obligatoria funciona como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima.<sup>52</sup>

En nuestra Constitución 2008 Art. 77; a pesar de ser garantista, se vulnera en su simiente, la excepcionalidad que debe ser la privación de la libertad, por cuanto se vulnera la presunción o principio de inocencia, aduciendo la presencia del sospechoso en la sustanciación o investigación del proceso; se vuelve necesario revisar esta disposición constitucional, que distorsiona la excepcionalidad de la restricción a la libertad, a fin de adecuarla con los tratados internacionales de Derechos Humanos, sobre esta temática, ya que irrespeta el principio de proporcionalidad.<sup>53</sup>

### **2.2.26 Medidas Cautelares Mínimas**

En el anterior código de Procedimiento Penal, en su Art. 160 nos graficaba una serie de medidas cautelares personales, entre las que podemos citar las siguientes:

- La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares, que en la providencia de la autoridad competente se las señalaba.

---

<sup>52</sup>FERRAJOLI, Luigi Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Democracia Sustancial, Editorial Trotta Madrid 1.997, pág 209 y 210.

<sup>53</sup> ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso Delincuencia Organizada Transnacional págs. 34, 93,94, 95 y 96.

- La prohibición de acercarse a determinada persona
- Presentarse de manera periódica ante alguna autoridad que para el efecto se indicaba
- Prohibición de ausentarse del país.
- Prohibición al procesado de acercarse por medio de alguna persona, medio electrónico u objeto alguno a la víctima.
- El arresto domiciliario con vigilancia policial
- Detención ,y,
- Prisión preventiva.

Pero desde luego, para adoptar dichas medidas el Juez de garantías, debía revisar dentro del cuadernillo procesal, si es que ameritaba este accionar, a través de los requisitos establecidos en el Art. 167 del C.P.P. especialmente si de tratarse el dictaminar la Prisión preventiva; que entre otros son:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública
2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito investigado.
3. De que el delito investigado, sea penado con pena privativa superior a un año.
4. Indicios suficientes, de que es necesario privar de la libertad al procesado, para garantizar su presencia en las investigaciones y su comparecencia al juicio.
5. Indicios suficientes, de que las medidas cautelares alternas no son suficientes, dado que la prisión preventiva es una medida de ultima ratio; por lo tanto se tiene que verificar su excepcionalidad<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL, Págs. 316, y 317 Editorial Jurídica del Ecuador 2011.

### **2.2.27 Reglas de Tokio, Establecidas por Las Naciones Unidas Sobre la Excepcionalidad de la Prisión Preventiva**

Estas reglas establecidas por la Organización de las Naciones Unidas, y denominadas así por el lugar donde fueron adoptadas, tienen la finalidad de buscar medidas alternas o sustitutivas a la restricción de la libertad física de las personas que se ven inmersas en un proceso penal, y que el estado con su poder punitivo, dentro de su legalidad, adopte verdaderas políticas criminológicas, a fin de respetar los derechos de las personas, en relación a su libertad, que ante todo debe ser respetada y garantizada.

Y cuyos objetivos fundamentales son:

- Promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad
- Fomentar en las personas que han delinquido, una responsabilidad ante la colectividad
- Que los estados miembros introduzcan en sus sistemas penales internos, otras opciones de restringir libertades, sustituyendo la prisión preventiva, entre otras.

En la vigente Constitución del 2008; el constituyente de Montecristi, ya recoge el espíritu de estas reglas de Tokio, al incorporar estas reglas en la carta magna, lo que sin lugar a dudas, debe ser respetada por el juzgador al haber sido elevada al rango constitucional<sup>55</sup>. Y estar normalizado todo este ritual del debido proceso en las garantías mínimas, armonizadas con el respeto al pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y los tratados normados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, del cual Ecuador es país miembro o parte.

---

<sup>55</sup> VALLEJO TORRES, William Franklin, La Flagrancia Como Fundamento para la Aprehensión y Detención, segunda Edición 2013, pags.122 a la 129.

### **2.2.28 Construyendo e Institucionalizando la Función Jurisdiccional en el Ecuador.-**

En su ensayo El Acceso a la Justicia y la Emancipación Social de las Personas Excluidas, Luis Fernando Ávila Linzán, que está incluido en la obra múltiple “Neoconstitucionalismo y Sociedad”, este jurista ecuatoriano, pone el dedo en la llaga al expresarnos una verdadera perla cultivada, que me permito trasladarla de manera integral: “Los tribunales y servicios legales están en teoría disponibles para todos, del mismo modo en que lo está el Hotel Sheraton: cualquiera puede entrar; todo lo que se necesita es dinero”<sup>56</sup>; considero que una gran mayoría de los habitantes del Ecuador, ya están cambiando este criterio, y personalmente discrepo con este acertijo o afirmación, por cuanto es notorio el cambio que pretende ser profundo, por eso la invitación desde diferentes estratos, y del mío en particular, que es hora de comenzar a reconstruir la institucionalidad del estado llamado Ecuador, especialmente al recibir los servicios estatales a que tenemos derechos, y de manera fundamental el acceso a la justicia, a través de la Función Judicial. Pero al mismo tiempo nos deja una tarea y una pregunta - respuesta para la reflexión ¿Porque las cárceles del Ecuador, están llenas de personas que carecen de medios económicos? Ya que considero y creo que en nuestro país no se castiga la pobreza, o sí.

### **2.2.29 Conclusiones Doctrinarias: Repensar el Derecho**

El autor de este trabajo académico – investigativo, considera además de que hace falta una especie de civismo en las acciones y actuaciones de los funcionarios públicos, así como el de actualizarse de manera obligatoria, para que el cambio generacional de estos funcionarios, sea acorde con el sistema imperante, no solo el de la Globalización, en las otras ciencias y saberes, sino también el de repensar el derecho contemporáneo, ya que la

---

<sup>56</sup>ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando, El Acceso a la Justicia y la Emancipación social de las Personas Excluidas, pág. 163 NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD 2008, [http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/3\\_Neoconstitucionalismo\\_y\\_Sociedad.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/3_Neoconstitucionalismo_y_Sociedad.pdf)

norma suprema de nuestro país, obliga a todos, y especialmente a los ciudadanos que laboran en la cosa pública el de aplicar de manera directa e inmediata la Constitución, en todos sus actos<sup>57</sup>. En su Obra “Nueva Justicia Constitucional”, Colon Bustamante Fuentes, cita a Jeremy Pope de la Organización Transparencia Internacional, que exhorta por necesidad a un cambio de cultura por parte de los Funcionario Públicos, sean de cualquier rango o actividad, con relación a proporcionar la información, por cuanto de acuerdo a su análisis, esto llevaría a un aumento de calidad de manera significativa en la administración pública, y no solo que se sentirían bien dichos funcionarios, sino que les elevaría su autoestima, reconociéndoles el respeto de sus conciudadanos<sup>58</sup>, lo que conlleva una satisfacción mutua.

Con todo esto ganamos seguridad, una seguridad en todos los ámbitos inclusive en lo jurídico; ya que al realizar una simbiosis en la conciencia de los juristas con la letra del derecho positivo o sea la norma, se convierte en el primer presupuesto para su salvaguarda, porque tanto su defensa teórica y práctica, constituye una guía estratégica que propicia la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, que nos daría la esperanza de que estamos transitando hacia la justicia, y la función judicial sería como un catalizador, con el cual retornaríamos la confianza en el estado de derecho constitucional y justicia social, y desde luego en nuestro país<sup>59</sup>.

Con el devenir y utilización progresiva de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, donde se debe y tiene que reconocer, y garantizar al mismo tiempo una gama diversa de principios, derechos - deberes, se vuelve necesario incorporar nuevas herramientas jurídicas para dotar a los Juristas, servidores judiciales y otros operadores de justicia, de herramientas útiles, para que las adecuen o armonicen en los diferentes

---

<sup>57</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008, R.O. No. 449 Arts. 11, numeral 3; y 426; págs.8, 9, 70, y, 71.

<sup>58</sup> BUSTAMANTE FUENTES, Colon, Nueva justicia Constitucional, Neoconstitucionalismo Derechos y Garantías tomo II, 2011, págs. 440, y 441.

<sup>59</sup> FERRARI YAUNNER, Májela, La Seguridad Jurídica, Reflexiones Iusfilosóficas. Revista Jurídica Foro No. 3 noviembre 2013 pag.56; Facultad de Derecho UTEQ.

casos de conflictos o divergencias, puestos a su conocimientos; porque para alcanzar el buen vivir, que es el ideal de nuestra nación, debemos armonizar, respeto de los derechos de nuestros conciudadanos, respeto a la biodiversidad y derechos de la madre naturaleza, con nuestros derechos y esfuerzos, desde luego en sintonía con las políticas de estado en salud, educación, producción, elaboración de normas, recaudación de impuestos, respetando los principios y derechos plasmado en la Carta Magna vigente, con una debida planificación, a fin de optimizar los recursos naturales y humanos de nuestra nación<sup>60</sup>.

Por eso es que el poder punitivo del estado es y debe ser de “ultima ratio”, como política criminológica, siendo parte de una política de estado de tipo social integradora o integral para todos los componentes del estado.

Porque de que sirve, el crear una estructura de edificios “inteligentes”, o de cárceles tipo cinco estrellas, si de acuerdo a los momentos actuales, es imperativo y crucial de manera inmediata, empezar “Ya” a formar una cultura del Dialogo y Garantías, en todos los estamentos de la estructura de la sociedad ecuatoriana<sup>61</sup>.

### **2.2.30 Los Instrumentos Internacionales**

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de Naciones Unidas, este instrumento jurídico recoge que todo individuo tiene derecho a la vida, a la Libertad y a la seguridad de su persona, además que nadie podrá ser detenido arbitrariamente; en armonía con el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la misma organización supra internacional; dejando salvedad según lo estipule la ley, Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella, a

---

<sup>60</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008, Régimen de Desarrollo, R.O. 449 pág. 50, y 51.

<sup>61</sup>ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008, Régimen de Desarrollo, R.O. 449 Págs. 8, 9, 10, y 39.

fin de que sea llevado de manera inmediata ante su juez natural o competente.

La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores edad; aplicando inclusive el principio "In dubio pro reo".

Sobre estos mismos derechos, la Organización de Estados Americanos, también suscribió en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, el llamado también "Pacto de San José"**, la cual fuera suscrita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

La cual versa sobre los derechos civiles y políticos de sus naturales y habitantes, donde se les reconoce su personería jurídica, derecho a la vida, desde la concepción, y que nadie puede ser privado de la libertad de manera arbitraria. Y se prohíbe la pena de muerte

En los derechos al respeto a su integridad personal, física, psíquica y moral. Se reconoce que Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Además que Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas; y las penas

privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Concluyendo que Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Así como Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Al ser un ciudadano inculpado, este estará protegido por las Garantías Judiciales, las cuales le darán derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

### **2.3 Jurisprudencia.-**

#### **SENTENCIA No. 006--1-2.-SCN-CC- CASO**

#### **No. 0015-11-CN**

#### **CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN**

Jueza constitucional sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega, Quito D.M., 19 de enero del 2012

Con el fallo de la Corte Constitucional, en periodo de transición, para efectuar el control constitucional y la aplicación del Principio de Proporcionalidad, acorde a lo tipificado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; es la obligación de los jueces de consultar la constitucionalidad de las normas y de declararla en el caso que sea en sentencia, ya que en un modelo procesal penal de carácter garantista, es su obligación velar por la aplicación y cumplimiento de los principios, derechos y garantías constitucionales, así como de aquellos que se encuentran declarados en instrumentos internacionales de Derechos Humanos<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup>Sentencia No. 006-1-2-SCN- caso No. 015-11-CN, de la Corte Constitucional periodo de Transición, Jueza constitucional sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega

### 2.3.1 Consideraciones de la Corte Constitucional

Previo a decidir el fondo de la consulta planteada es necesario abordar las siguientes precisiones:

- ¿Cuál es la naturaleza de la "consulta de constitucionalidad", como control concreto de constitucionalidad?<sup>63</sup>
- ¿Cuál es el bien jurídico tutelado en los delitos de narcotráfico?
- ¿Cuál es el entorno jurídico-procesal de la norma cuya consulta de constitucionalidad se solicita?

Sobre la naturaleza de la "consulta de constitucionalidad", como control concreto de constitucionalidad

El artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que cuando un juez, ya sea de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a un Instrumento Internacional que contemple derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, deberá suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; claro está, indicando la norma jurídica sobre cuya constitucionalidad existan dudas, a fin de que el máximo organismo de control constitucional emita su pronunciamiento. Esta es una de las modificaciones más relevantes que incorpora la actual Constitución, vale decir, el cambio de un sistema de control difuso a un sistema concentrado del control de la constitucionalidad.

En el artículo 424 *ibídem* se instituye el principio de supremacía constitucional al señalar: "las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales", caso contrario, se impone la consecuencia de carecer de eficacia jurídica.

Así concebida la naturaleza de esta acción de consulta de constitucionalidad, como control concreto de constitucionalidad, dicho control tiene que ver y/o guarda estrecha relación con el examen de constitucionalidad que se debe hacer a la norma o normas consultadas, bajo

---

<sup>63</sup>Sentencia No. 006-1-2-SCN- caso No. 015-11-CN, de la Corte Constitucional periodo de Transición, Jueza constitucional sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega.

los parámetros de la acción de inconstitucionalidad, así lo viene sosteniendo la Corte Constitucional ecuatoriana<sup>64</sup>

La defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y abstracto, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción. La acción de consulta de constitucionalidad está dentro de aquellas acciones y mecanismos para la defensa de la Constitución, así como de los derechos reconocidos en la misma.

### **2.3.2 Análisis Jurídico - Crítico de esta Sentencia**

El Presidente y dos Jueces del Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, a fin de ejercer el control de Constitucionalidad al Art. 62 de la Ley de Sustancias estupefacientes y sicotrópicas, en relación a la pena a imponer a la tenencia y posesión de este tipo de drogas; ya que en sentencia dentro del proceso penal No. 170-10, este tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo en mención en relación a la pena, respecto a la cantidad menor de 2 kilos, que fuere encontrada en poder de los procesados.

A criterio de los jueces de este tribunal penal, se declara y se pretende aplicar la inconstitucionalidad de esta norma en este caso en particular, por cuanto no guarda proporcionalidad con la pena y la cantidad de la droga en posesión de los procesados, por lo tanto, amparados en la constitución de la república Art. 76 numeral 6, y en jurisprudencia de tribunales de derechos humanos, y después de su interno ejercicio mental de la sana crítica, ponen a conocimiento de la Corte Constitucional, según lo mandatorio en el Art. 426 de la carta magna, con relación a la clase y cantidad de droga, a fin de guardar relación y proporcionalidad en esta norma; esto es el marco penal abstracto, la cual debe guardar relación con la gravedad de la conducta

---

<sup>64</sup>Sentencia No. 006-1-2-SCN- caso No. 015-11-CN, de la Corte Constitucional periodo de Transición, Jueza constitucional sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega

tipificada como delito y que únicamente encuentra justificación la imposición de una pena a la persona responsable de la comisión de la infracción penal.

En su análisis el segundo tribunal penal de Pichincha, recoge el espíritu de la norma constitucional del constituyente instalado en Montecristi, en un mandato e imperativo constitucional originario, ya que la misma carta magna, al ser declara en su Art. Uno y en su considerando el origen de la misma, y lo que se instituye a partir de ese momento en que está Constitución entre en vigencia, es decir desde el 20 de octubre del año 2008, la cual irriga o baña a todo el sistema punitivo del estado ecuatoriano, y consecuentemente constitucionaliza el derecho penal del Ecuador.

Por lo tanto el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, suspende la ejecución de la causa, y eleva a consulta a la Corte Constitucional, para dirimir este conflicto de colisión de principios, entre Libertad y necesidad de aplicación de penas, según su criterio.

La Jueza ponente o sustanciadora de esta causa, verifica la procedencia y competencia de acuerdo al Art. 141 de la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y su reglamento, para posteriormente declarar la validez del procedimiento. Por lo que previo a entrar al análisis de fondo, realiza ciertas consideraciones a saber: Tres preguntas:

¿Cuál es la naturaleza de la “consulta de constitucionalidad”, como control concreto de constitucionalidad?

¿Cuál es el bien jurídico tutelado en los delitos de narcotráfico?

¿Cuál es el entorno jurídico procesal de la norma cuya consulta de constitucionalidad se solicita?

Después de sus consideraciones, la corte constitucional del Ecuador, concluye que siendo la salud publica el bien jurídico tutelado, se hace necesario a la par restringir el derecho a la Libertad, frente a la necesidad de

la imposición de una pena frente al ataque a la salud pública, que para su criterio es un derecho mayoritario, además de que este tipo de norma es la considerada como de tipicidad abierta, por lo que debe esgrimirse y acoger el principio “pro legislatore”<sup>65</sup>.

Lo que para nuestro modesto criterio, con estas consideraciones, la Jueza sustanciadora o ponente, va armando los escenarios posibles, donde va a inferir.

La Jueza ponente, infiere el Art. 428 de la carta magna vigente, al tratar sobre la consulta de Constitucionalidad, (no debemos olvidar que el tribunal penal ya se pronunció en su sentencia sobre la inconstitucionalidad de la norma - ley de sustancias tóxicas), como control concreto de constitucionalidad, hace un análisis de su competencia, a petición de parte o de oficio, cuando a su decir, se están vulnerando derechos reconocidos en la constitución o en tratados internacionales; si bien es cierto que el término o vocablo “dudas”, es más bien sin dudas, por cuanto a toda luces, el tribunal penal, con su sana crítica, facultad y justamente aplicando la constitución, tratados internacionales, jurisprudencias de otros organismos judiciales o constitucionales, consideran que es excesiva la pena, que en el catálogo de nuestro código penal, todavía existe, para este tipo de delitos y circunstancias, a pesar de estar transitando por el camino garantista de un estado constitucional de derechos y justicia social; por lo que a su criterio, se aparta de la norma tipificada, y eleva a consulta, lo tratado y resuelto, con la seguridad de que se pondere, y se resuelva en derecho, amparada precisamente en la Constitución actual, y con las consideraciones de que esta norma - ley, fue promulgada, cobijada en otro escenario jurídico-administrativo. Y la corte constitucional, dejando en claro que es el máximo organismo de control constitucional, al más puro estilo legalista de los años setenta, en este análisis, nos dice que lo difuso lo deja bien claro. Y más bien nos lleva al Art. 424 de la misma norma suprema, donde le obliga a

---

<sup>65</sup>Sentencia No. 006-1-2-SCN- caso No. 015-11-CN, de la Corte Constitucional periodo de Transición, Jueza constitucional sustanciadora: Dra. Nina Pacari Vega.

guardar conformidad, caso contrario, todo lo actuado carecería de eficacia jurídica. Además nos dice que esta es tarea de todos los jueces de los diferentes niveles de la administración de justicia, y que para eso existen modelos y mecanismos previamente diseñados y anunciados, que en cierta medida nos alineamos con ese pronunciamiento. Si bien es cierto que es a la Corte Constitucional, a quien le corresponde resolver sobre un control integral y unidad normatividad existente, la corte también puede aprovechar para ir “saneando” utilizando la institución “ *lura novit curia*”, ya que se entiende que el Juez, conoce el derecho, y todo el andamiaje jurídico, y la petición solo se lo recuerda, por lo tanto es la ocasión de sanearlo; ya que de esta manera recién podríamos estar hablando de unidad normativa, teniendo por lo tanto la norma una relación objetiva, necesaria, principal y sobre todo útil, para la colectividad de ese estado<sup>66</sup>.

Ya que al ser inútil, e inoficiosa y además lesivas a derechos, esta norma – ley, debe ser expulsada del ordenamiento jurídico. Ahora también es cierto que el trabajo de confrontar esta norma – ley, con todo el ordenamiento y sobre todo con los derechos y garantías que consten en la Carta Magna, es de la corte constitucional, trabajo primordial de este cuerpo colegiado, podríamos decir fundamento de su labor o existencia, trabajo que por cierto, está bastante atrasado en todos los niveles de gobierno<sup>67</sup>. Aunque de manera primordial esta labor le corresponde a la Corte Constitucional.

Otra cosa o facultad, es que la Corte Constitucional, debe de identificar de manera prolija y certeramente determinar cuál es el bien jurídico tutelado por la norma- ley además, buscar el llamado “espíritu de la ley”, y en este caso en particular “el espíritu de la disposición constitucionalista, nacida de un constitucionalismo originario fundador, como fue el de la Asamblea Constituyente de Montecristi”; para lo cual, considerando lo naciente de la doctrina, con relación a derechos y el tipo de bien tutelado en este tipo de delitos, la doctrina, jurisprudencia que acoja para fundamentar su

---

<sup>66</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la república del Ecuador, Arts. 11 numeral 3 y 426: págs. 9, y 70 R.O. 449 20 octubre 2008.

<sup>67</sup> IBIDEM, pág. 23.

argumentación jurídica “explicativa”, deben ser de países que tengan realidades semejantes a la nuestra, constituciones de avanzada alineadas a sistemas garantistas del Neoconstitucionalismo, y a fallos de tribunales de derechos humanos, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o a los Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ya que precisamente, como parte fundamental de la democracia sustancial es el “Garantismo”, y que si se es necesario, al apartarse de lo prescrito por el legislador, lo haga sin ningún “rubor”, según lo mandatorio en el Art. 167 y 195 de la Constitución de Montecristi, a fin de evolucionar la normativa y alcanzar un pleno desarrollo del derecho. Porque los derechos, no es que lo da la constitución de una república con el pacto social; no, este pacto social lo recoge, en un catálogo de derechos fundamentales, precisamente para garantizarlos, contra la “fuerza descomunal del estado”<sup>68</sup>. Sólo por el hecho de ser seres humanos, ciudadanos o no, transeúntes que existen o son suscriptores de esa conformación de estado soberano. Ahora también es cierto que los bienes jurídicos son tutelados por el sistema administrativo - Jurídico – punibles de ese estado, pero siempre respetando los derechos de todos los integrantes. En este sentido, la normativa va evolucionando, sobre este bien jurídico tutelado, que es la salud, por lo tanto a cierto tipo de personas inmersas en esta temática, se los ha considerado “Enfermos”; y así allá va, la tendencia de protección, para que haya una verdadera, recuperación, rehabilitación, y reinserción, y no sentencias o fallos lapidarios, que dentro de este ámbito o de otros tipo de delitos, se convierten como una pena anticipada o terrorismo estatal esto de la prisión preventiva, que cual espada de Damocles tiene atemorizada a la comunidad, con lo que combate al consumidor y no al traficante. Por eso mismo el principio de proporcionalidad y oportunidad, ponderando algunos factores componentes de esta temática, que son verdaderos azotes de la humanidad y sociedad, y uno de esos son los hacinamientos de las cárceles de América latina<sup>69</sup>. Por

---

<sup>68</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449 20 octubre 2008.

<sup>69</sup> OEA, COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas 2013, pág. 21;

lo que inclusive en sus fallos o sentencias, se debe incorporar exhortaciones o mandatos a los diferentes niveles de gobiernos, dando términos o plazos, para que instituyan verdaderas políticas de estado en la recuperación de estos seres humanos, pero desarrollando fincas integrales de recuperación y con terapias ocupacionales a la medidas, ya que hoy por hoy, todavía son reclusos de por vidas en las cárceles ecuatoriana<sup>70</sup>.

### **2.3.3 Conclusiones del Análisis**

Para concluir con este análisis, me llama la atención de lego lo siguiente: Que siendo la Corte Constitucional del Ecuador, el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia<sup>71</sup>; Siga sujeta a la ley, y no a la norma suprema como lo manda el Art. 426 de esta carta fundacional o refundacional construida en Montecristi, como es el caso del estado ecuatoriano. Dentro de este ámbito si existía un precedente constitucional, ya que se trataba de “un poder Constituyente originario” es decir, este poder estableció el camino a seguir, inclusive debió incorporar en su explicación o argumentación jurídica el tratado internacional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José", suscrita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.sobre los Derechos Civiles y Políticos, el cual en su Artículo 9. Versa en el Principio de Legalidad y de Retroactividad.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la

---

<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

<sup>70</sup>OEA, COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre Los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

<sup>71</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008; R.O. No. 449 20 octubre 2008, pág. 71.

comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delinciente se beneficiará de ello<sup>72</sup>.

Y en todo caso ha tenido que ser la Asamblea Nacional a través de su Comisión Legislativa y de Fiscalización, con la promulgación del COIP, quien ha dado algo de solución en conjunto con las autoridades Administrativas del CONSEP que resolvieron sobre el porte por parte de los ciudadanos, de las cantidades permitidas de las drogas sujetas a fiscalización y control; por lo que acorde con el Art. 76 numeral 5 de la Constitución 2008, que versa sobre la aplicación de la norma – ley menos rigurosa, en armonía con los Arts. 5.2 y 72.2 del Código Orgánico Integral Penal; estos ciudadanos deben recuperar de manera inmediata su libertad. Lo que nos deja claro el mensaje que recién se aplicó el “Principio de Proporcionalidad, con reserva se delimito el poder punitivo del estado en esta temática.

#### **2.3.4 Medidas Cautelares- Institución Constitucional Jurídica**

En nuestro ordenamiento jurídico constitucionalizado, encontramos que estas medidas tienen como objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos; por lo tanto estas medidas serán adecuadas a detener, evitar la violación o la suspensión provisional del acto, vigilancia policial, visitando in situ, dejando sentado que en ningún caso se podrá ordenar medidas privativas de la libertad. Inclusive se procederá de acuerdo a la intensidad de la afectación del derecho; estas medidas no procederán cuando medidas cautelares en la vía administrativa, u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales, o en la interposición en la acción extraordinaria de protección de derechos.

---

<sup>72</sup> CONVENCION INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS, Pacto de San José <http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/instrumentos-internacionales-de-la-oea/convencion-americana-sobre-derechos-humanos-pacto-de-san-jose/%28page%29/4>

Los efectos jurídicos de estas medidas cautelares, no constituyen prejuzgamiento sobre la declaración de violación, ni será prueba alguna al existir una acción interpuesta por violación de derechos<sup>73</sup>. Siendo su procedimiento de carácter informal, rápido, sencillo y eficaz. Se sustanciara mediante sorteo, si en la localidad de la petición existieran más de dos jueces. En cuya sala se dará prioridad o preferente atención a la persona que proponga una petición de medidas cautelares de esta índole.

### **2.3.5 Sugerencias a manera de Recomendaciones**

Además es notorio y para llamar la atención, no solo a este novel investigador, que el “Juez de Garantías”, siendo conocedor del derecho no aplique la figura jurídica “Iura Novit Curia”, de acuerdo a los Arts. 11.3 y 426 de la Constitución vigente, desburocratizando la justicia, lo que derivaría a mi modesto entender lo siguiente:

1. Se daría de manera ágil la libertad, a estos seres humanos, privados de la misma.
2. Haría que esta familia desintegrada, se reencuentre y comience a ser útil a la sociedad y a ella misma. A los extranjeros inmersos con esta situación, se los enviaría a sus países de orígenes.
3. No utilizaría recursos del estado con movilizaciones de capacidades instalada de Fiscalía y Defensoría pública, así como de los juzgados y tribunales de garantías penales.
4. Descongestionaría el sistema penal e instalaciones de juzgados, tribunales de Garantías Penales, y trámites administrativos en las cárceles donde se encuentren recluidos estos procesados o sentenciados.

---

<sup>73</sup> ASAMBLEA NACIONAL LEGISLATIVA, Comisión Legislativa y de Fiscalización Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Segundo Suplemento R.O. No. 52, 22 de octubre 2009; págs. 16, 17, y, 18.

5. Descongestionaría el sistema penitenciario, y mermaría o acabaría con el hacinamiento que actualmente hace colapsar este sistema, en menoscabo de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.
6. Con estas acciones daría luces o señales de que “algo está sucediendo” y por ende está cambiando la forma de administrar justicia en el Ecuador, con lo que se tiende a recuperar la confianza en la función judicial.
7. Y por último, se haría ahorrar de manera efectiva recursos al estado ecuatoriano.
8. A manera de sugerencia, me permito plantear un sistema de monitoreo, sin menoscabo de los derechos para estas personas que recuperaron la libertad, en el sentido de saber su estatus laboral, y si no están laborando proveerlo de trabajo de manera efectiva en los diferentes frentes de obras, que realiza el gobierno central o los diferentes niveles de gobierno de acuerdo a sus profesiones u ocupaciones, y al domicilio de estos ciudadanos, levantando un censo a través del MIES, MIDUVI u otro organismo estatal<sup>74</sup>.

Para terminar este análisis dejo plasmado un pensamiento de Ernesto “Che” Guevara, sobre los sentimientos que despierta la Libertad en los seres humanos: “Solo existe un sentimiento mayor que el amor hacia la libertad, que es el Odio a quien te la quita”.

---

<sup>74</sup> OEA, COMISION INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas 2013, págs. 17, 18, 19, y, 20; <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

## 2.4 Legislación

### 2.4.1 ¿Quién controla o pone los límites a la aplicación de la Prisión Preventiva?

Siendo el Ecuador un estado constitucional de derechos y justicia social, acorde al Art. 1 de nuestra Carta Magna; y en armonía con el Art. 3 de la misma carta política - social, son deberes del estado el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, ratificando que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en esta misma carta o norma suprema, de su Art. 11, numeral 9<sup>75</sup>. Por lo que, una vez establecidos los límites normativos, para atender la solicitud del fiscal, de prisión preventiva como medida cautelar, a su aceptación por parte de Jueces, se vuelve de importancia suprema en el actual contexto del sistema penal ecuatoriano, pues, no solo está de por medio la adecuada aplicación de una medida cautelar, sino la vigencia plena de la seguridad jurídica y el Debido Proceso en el país<sup>76</sup>. Por lo que, no es sino a los Jueces de Garantías penales, a quien le corresponde asumir ese rol dentro de la sociedad ecuatoriana, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, quienes tienen la obligación trascendental de aplicar y desarrollar los principios y valores constitucionales<sup>77</sup>.

**Principio de Proporcionalidad.**-Es la materialización de normas con estructura de principios que contienen derechos fundamentales en colisión, en sí, es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios de los Estados constitucionales de derechos, por lo que se tiene que repensar el derecho en todo su accionar, acorde a lo señalado en el Art. 77 de nuestra Carta Magna.

---

<sup>75</sup>ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008; R.O. No. 449; 20 octubre 2008, pág.9.

<sup>76</sup> IBIDEM, pág. 22.

<sup>77</sup> BUSTAMANTE FUENTES, Colon NUEVO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA, editorial Jurídica del Ecuador, 2012, pág. 119.

Este Principio por lo tanto tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es decir limita todo poder estatal o privado, dicho en otras palabras, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación usada para determinar una finalidad, que debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, además de ser útil su aplicación debe ser necesaria y adecuada para obtener un fin legítimo, es decir si existen varias opciones para lograr el fin, debe optarse por aquella opción de afectación de derechos fundamentales que sea más leve para lograr los objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos. Es de suma utilidad a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad hacer la correspondiente diferenciación entre lo que son las normas - regla y las normas - principio, y su forma de aplicación, ya que al reconocer la diferencia, nos llevaría a varias formas de interpretación y cuando usamos la ponderación enfrentamos dos o más normas - principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto, con lo que podríamos decir que el principio tiene un “Plus” u optimización.

#### **2.4.2 Constitución de la República del Ecuador**

En nuestra carta magna, se garantiza la libertad desde el nacimiento de la persona por cuanto todos nacemos libres, además cuando por diferentes índoles una persona se ve precisada de afrontar una demanda en el ámbito penal, en esta carta suprema se encuentran recogidos una serie de derechos y garantías para las personas privadas de la libertad, sean estos

por prisión preventiva o cuando sean condenados a pagar una pena, ya que es el estado quien responderá civil y penalmente por su custodia<sup>78</sup>.

En el Art. 11 de la Carta Suprema, en el apartado que versa sobre los principios de aplicación de los derechos, queda instituido y garantizado que el Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones a los principios y reglas del debido proceso; en armonía con los Arts. 51, 66, 75, 76, 77, numerales 9, 10, 11, y, 12 de la misma Constitución 2008. Con los cuales el legislador constituyente, ha querido blindar con una serie de derechos y garantías a la Libertad física y de conciencia al habitante de su territorio, dotándolo de una serie de recursos, para el pleno ejercicio de sus derechos.

### **2.4.3 Código Orgánico Integral Penal (COIP)**

### **2.4.4 Exposición de Motivos**

**2.4.5 Imperativo constitucional.-** La Constitución al declarar al Estado como *constitucional de derechos y justicia*, define un nuevo orden de funcionamiento jurídico, político y administrativo. La fuerza normativa directa, los principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad confieren mayor legitimidad al Código Orgánico Integral Penal, porque las disposiciones constitucionales no requieren la intermediación de la ley para que sean aplicables directamente por los jueces.

Toda autoridad pública que posee competencia para normar tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y a los tratados

---

<sup>78</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008; R.O. 449 20 octubre 2008; pags.15, 19,22, y, 23.

Internacionales que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades<sup>79</sup>. En ningún caso, las leyes, otras normas jurídicas, ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (artículo 84). Según el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica<sup>80</sup>. Desde este mandato, surge la necesidad de adecuar y actualizar el derecho penal, con todos sus componentes (sustantivo, adjetivo y ejecutivo), al nuevo estándar constitucional.

En consecuencia es indispensable determinar la correspondencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas o procesados para que estén adecuadamente regulados y protegidos.

#### **2.4.6 Análisis del Artículo.-**

Colon Bustamante Fuentes, en el tomo I, en la Introducción de su obra “Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo Derechos y Garantías”, nos expresa que el Neoconstitucionalismo, desarrolla el estado Constitucional contemporáneo, y su principal particularidad radica en la existencia de Constituciones con un amplio contenido sustantivo, orientado a limitar el ejercicio del poder y proteger, en primer lugar los derechos y garantías de las personas, y esta protección le corresponde a los Jueces ordinarios y constitucionales, por cuanto, una vez que la carta magna ha sido reconocida como norma jurídica suprema, inunda, impregna o irradia todo el sistema jurídico; y vas más allá al citar al jurista italiano Riccardo Guastini, al señalar las características o condiciones que tienen que reunir la constitucionalización del sistema jurídico, que me permito citar entre otras:

---

<sup>79</sup> ASAMBLEA NACIONAL, COMISION DE LEGISLACION Y FICALIZACION, Código orgánico Integral Penal, suplemento R.O. No. 180, 10 de febrero 2014; págs. 2, 3, y, 4.

<sup>80</sup>ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008; R.O. 449 del 20 octubre 2008; pág. 23.

3.- que se reconozcan la fuerza vinculante de la constitución, incluyendo no solo las normas constitucionales, sino además los principios y valores constitucionales; 4.- La Sobreinterpretación de la Constitución que al Juez común o Constitucional, le permitirá llenar cualquier vacío o pasar lagunas gracias a los principios existentes en la misma; 5.- La aplicación directa de la Constitución, sin necesidad de la mediación legislativa, por cuanto antes la constitución solo regulaba el poder, ahora regula las relaciones sociales buscando desarrollar sus principios, por cuanto en la actualidad, las normas constitucionales regulan la organización del estado y las relaciones entre el estado y los ciudadanos<sup>81</sup>. Por lo que sostenemos de manera respetuosa, que el Juez de Garantías Penales, se deberá apartar de la norma tipificada en el COIP, si esta se contrapone con los derechos garantizados en la Constitución, con lo cual desarrollará el derecho, y aplicará directamente la Constitución, por estar sujeto a esta y no a la ley<sup>82</sup>.

**2.4.7 Constitucionalización del Derecho Penal.-** El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción. Por ello, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad<sup>83</sup>.

El artículo 76 de la Constitución ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

---

<sup>81</sup> BUSTAMANTE FUENTES, Colon, Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo Derechos y Garantías, tomo I, pags.9, 24, y, 25. Editorial Jurídica del Ecuador 2011.

<sup>82</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008; R.O. 449 20 Octubre 2008; págs. 70 y 71.

<sup>83</sup> ASAMBLEA NACIONAL, Comisión de Legislación y Fiscalización Código Orgánico Integral Penal, Suplemento R.O. No. 180 del 10 febrero 2014; pág.3.

Además, la Constitución en su artículo 78 incorpora la figura de la reparación integral. Para ello se integran algunas instituciones, con el fin de evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones sean más eficaces.

#### **2.4.8 Análisis del Artículo.-**

Como se podrá notar, en estos motivos y artículo, el legislador reconoce la constitucionalización del derecho penal, y arriba a que el juez siendo el aplicador de las penas, debe armonizar su dictamen al principio de proporcionalidad.

**2.4.9 Actualización Doctrinaria de la Legislación Penal** El auge del constitucionalismo en las democracias contemporáneas ha sido precedido de una renovación teórica y conceptual. Parte del nuevo instrumental jurídico, producido no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia de tribunales constitucionales y penales, nacionales e internacionales, son: la imprescriptibilidad de ciertos delitos que tienen particular gravedad en el mundo entero; el estado de necesidad en sociedades en las que hay extrema pobreza y exclusión, como es la nuestra; las penas prohibidas, para evitar arbitrariedades; la revisión extraordinaria de la condena; la suspensión condicional de la pena; supresión de delitos que pueden merecer mejor respuesta desde el ámbito civil o administrativo; la proscripción de un derecho penal de autor; la supresión de la presunción de derecho del conocimiento de la ley, entre otros<sup>84</sup>.

En este contexto, se adecua la legislación ecuatoriana a los nuevos desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en la región, como mecanismo para asegurar un correcto funcionamiento de la justicia penal. Si bien es cierto, en otros países se ha dejado en manos de la doctrina y la jurisprudencia este desarrollo conceptual, en el caso ecuatoriano, este proceso ha resultado fallido.

---

<sup>84</sup> ASAMBLEA NACIONAL, Comisión de Legislación y Fiscalización Código Orgánico Integral Penal, Suplemento R.O. No. 180 del 10 febrero 2014; pág.3.

Las y los jueces penales han estado sometidos a una concepción excesivamente legalista. A esto hay que sumar la crisis del sistema de educación superior y la carencia de investigaciones en todas las áreas del derecho penal y criminología. Todo esto ha dado como resultado un limitado desarrollo conceptual, teórico y técnico. Por esta razón se incorporan los desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales modernos y se los adapta a la realidad ecuatoriana, como mecanismos estratégicos para promover una nueva cultura penal y el fortalecimiento de la justicia penal existente.

#### **2.4.10 Análisis del Artículo.-**

Como se nota, que el legislador, pretende inculpar al juzgador y al sistema educativo superior, considerando este investigador, que además se pretende marcar o limitar un terreno para el Juez de Garantías, cuando eso es inconcebible, dentro de un estado social de derechos, como es el nuestro, por lo que deja un tamiz de introducción soterrada de esta función legislativa en la función jurisdiccional, contraviniendo con la democracia constitucional, que da vida a la democracia sustancial.

Precisamente, dentro de esta temática, me atrevo a pronunciarme de manera enfática, que el estado ecuatoriano tiene la obligación de adecuar sus normativas, y específicamente las normativas dentro del derecho penal, implementando verdadera política de Criminológica, y no parches, a fin de desarrollar una cultura Constitucionalista dentro de la dogmática del Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo, ya que en el Ecuador todo el Derecho esta Constitucionalizado, espíritu constitucional que arropa todo el andamiaje jurídico – político – administrativo del estado ecuatoriano, siguiendo la corriente del pensamiento del Garantismo penal, como así lo dispone nuestra Carta Magna de Montecristi 2008.

**2.4.11 Adecuación de la normativa nacional a los compromisos internacionales** Se tipifican nuevas conductas penalmente relevantes adaptadas a las normas internacionales. Se introducen nuevos capítulos como por ejemplo, el que se refiere a los delitos contra la humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos. En otros casos, cuando en instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador se establecen tipos penales abiertos y poco precisos, se han diseñado los tipos penales considerando las garantías constitucionales, la efectividad del combate del delito y la precisión en elementos de la tipicidad.

Por primera vez se tipifican infracciones como la omisión de denuncia de tortura, la desaparición forzada y la violencia sexual en conflicto armado.

Desde esta perspectiva, se honran compromisos internacionales y además se cumple con el postulado que, en materia de derechos humanos, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen vigencia en el sistema jurídico infraconstitucional<sup>85</sup>.

#### **2.4.12 Análisis del Artículo.-**

Dentro de estas consideraciones y motivos el legislador como lo reconoce, trata de honrar compromisos dentro de la legislación internacional, olvidándose de nuestras realidades, es decir trae a nuestras latitudes, terminología de crímenes, que para asustar o reprimir a una naciente organización criminal internacional, podría ser pertinente, pero se olvida, que esto se palia con una política integral o con la aplicación de una política criminológica y no una política criminal, como se la está implementando, con lo cual para mi modesto criterio ahonda más el problema de respeto a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

---

<sup>85</sup> ASAMBLEA NACIONAL, Comisión de Legislación y Fiscalización Código Orgánico Integral Penal, Suplemento R.O. No. 180 del 10 febrero 2014; pág.4.

**2.4.15 Balance entre Garantías y eficiencia de la Justicia Penal.-** Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente. El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia. Se limita la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos de las partes en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal –como víctimas o procesados- tienen, en todas sus etapas, derechos y garantías<sup>86</sup>.

#### **2.4.16 Análisis del Artículo.-**

**Indudablemente el legislador, en esta motivación, se introduce a la ponderación, pero se extralimita en su análisis, al decir que “si las garantías se extreman , se crearía un sistema que nunca sanciona, si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a persona inocente”; craso error del legislador, por cuanto esta es función del juzgador, el a través de un proceso, con sus conocimientos y habilidades, es quien ponderara y buscara el equilibrio o balance en cada uno de los procesos puesto a su conocimiento; y es el Consejo de la Judicatura, quien con sus políticas administrativas, verificara de manera integral la eficiencia de la función judicial; que a propósito este investigador ve con buenos ojos, la vuelta de la Corte Suprema, para que dentro de la misma se dé la creación de un ente de jueces, que realicen esta verificación, y el consejo de la Judicatura, sea un ente netamente administrativo.**

---

<sup>86</sup> IBIDEM.

**2.4.17 La ejecución de las penas.-** El derecho de ejecución de penas ha estado doctrinaria y jurídicamente divorciado del derecho procesal y del derecho penal sustantivo, en todas sus dimensiones.

Una vez dictada la sentencia, sin que se debata la prolongación de la pena, las y los jueces no tienen relación alguna con el efectivo cumplimiento de la sentencia. No existe control judicial sobre las condiciones carcelarias, las sentencias no se cumplen efectivamente y la administración ha estado a cargo de un órgano poco técnico y con inmensas facultades discrecionales. Si a esto se suman las condiciones carcelarias, que son deplorables, la falta de estadísticas confiables, la ausencia de registros y la forma arbitraria de establecer sanciones al interior de los centros, se concluye que es urgente realizar una reforma creativa, integral y coherente en el resto del sistema penal. El trabajo, la educación, la cultura, el deporte, la atención a la salud y el fortalecimiento de las relaciones familiares de las personas privadas de la libertad, deben ser los puntales que orienten el desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad y viabilicen su reinserción progresiva en la sociedad.

En aplicación de la norma constitucional, especial énfasis merece el trabajo de la persona privada de libertad que, además de constituir un elemento fundamental del tratamiento, es considerado un derecho y un deber social de la persona privada de libertad. También se regula el régimen disciplinario para evitar la discrecionalidad de la autoridad competente o personal de seguridad penitenciaria. Es prioritario partir de una reforma integral destinada a que los mandatos constitucionales se hagan realmente efectivos, que implique una construcción normativa conjunta, con una misma perspectiva y un mismo eje articulador: garantizar los derechos de las personas<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> ASAMBLEA NACIONAL, Comisión de Legislación y Fiscalización Código Orgánico Integral Penal, Suplemento R.O. No. 180 del 10 febrero 2014; pág.4.

#### **2.4.18 Análisis del Artículo.-**

Con la puesta en marcha del COIP, el estado ecuatoriano, pretende implementar una real rehabilitación y reinserción, de las personas que hayan tenido conflictos con las normas penales, creando un andamiaje administrativo penitenciario integrador.

Con beneplácito este estudiante, considera acertado esta incorporación sobre esta temática integradora al código penal, esperando que se desarrolle y se implemente no solo en un andamiaje burocrático con edificios funcionales, si no también, se prepare a su personal de manera adecuada y profesional, especialmente al Juez de Garantías Penitenciarias.

#### **2.2.3.5.2. Normas Rectoras**

**Artículo 1.- Finalidad.-** Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

**Artículo 3.- Principio de mínima intervención.-** La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

**Artículo 4.- Dignidad humana y titularidad de derechos.-** Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de

libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento<sup>88</sup>

### **Análisis a las Normas Rectoras del COIP.-**

Para mi criterio estas normas rectoras, merecen especial consideraciones, por cuanto en ellas versan sobre la finalidad, el principio de mínima intervención penal y la dignidad humana, inherente a la persona humana, motivo principal de todo el estatuido, inclusive la génesis de la formación del estado; por lo tanto la finalidad de este Código Orgánico Integral Penal, no es solo normar el poder punitivo del estado frente a sus adherentes o formadores, sino también el restringir todo ese poder “brutal”, instituido para su sobrevivencias, pero debe considerar que sus componentes, son el resultado de sus políticas integradoras, tanto en salud, educación y sistema productivo, aprovechando sus recursos tanto naturales, ambientales y humanos de manera sostenida, a través de una planificación adecuada a nuestras realidades y necesidades, por eso su racionalidad, con lo cual este poder punitivo, es de “ultima ratio”, a fin de recién poder decir, que se respeta la dignidad de la persona humana, imán atrayente de todo, a través de la dignidad, libertad y equidad, tridente formativo de los seres humanos, solo por su naturaleza humana.<sup>89</sup> Y es en esa mínima intervención penal, cuando se concreta el principio de proporcionalidad, que a su vez es una barrera contra el poder punitivo del estado a favor de sus componentes.

Con los expuestos, y para que no sea “letra muerta”, estas normas rectoras del Código Orgánico Integral Penal, deben estar armonizado con la Constitución vigente; caso contrario el Juez de Garantías, deberá adecuarlo y expulsar del sistema jurídico al momento de su aplicación, cuando el verifique su inconstitucionalidad, ineficacia o inutilidad de alguna norma – ley que se contraponga con la norma suprema.

---

<sup>88</sup> ASAMBLEA NACIONAL, Comisión de Legislación y Fiscalización Código Orgánico Integral Penal, Suplemento R.O. No. 180 del 10 febrero 2014; pág.6.

<sup>89</sup> ZAVALA EGAS, Jorge Teoría y Práctica Procesal Constitucional, Pág. 66

## **Art. 5 Principios procesales.-**

**3. Duda a favor del reo:** la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

**4. Inocencia:** toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

**5. Igualdad:** es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

**Artículo 51.- Pena.-** La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

**Artículo 52.- Finalidad de la pena.-** Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

**Artículo 53.- Legalidad de la pena.-** No se impondrá penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de

duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas<sup>90</sup>.

**Artículo 54.- Individualización de la pena.-** La o él juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:

1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes
2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
3. el grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

**Artículo 72.- Formas de extinción.-** La pena se extingue por cualquiera de las siguientes causas:

1. Cumplimiento integral de la pena en cualquiera de sus formas.
2. Extinción del delito o de la pena por ley posterior más Favorable

### **Análisis a los Principios Procesales del COIP.-**

Que los jueces al conocer el derecho apliquen el *lura Novit Curia*, para sacar de la cárcel a personas favorecidas con esta disposición legal.-forma de extinción pena, es decir “se presume que conocen el derecho”, sin necesidad que se lo pidan las partes, aplicar lo que se conoce de oficio<sup>91</sup>.

Aplicando efectivamente principios como “Indubio pro reo”, “presunción de Inocencia”, e Igualdad, al momento de ponderar sus fallos; además estar atento cuando se haya extinguido el delito o pena, con la promulgación de ley favorable o expulsión de ley del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin

---

<sup>90</sup> ASAMBLEA NACIONAL, Comisión de Legislación y Fiscalización Código Orgánico Integral Penal, Suplemento R.O. No. 180 del 10 febrero 2014; pág.14.

<sup>91</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución de la República del Ecuador 2008; R.O. 449 20 Octubre 2008; págs. 9, 70 y, 71.

necesidad de trámite administrativo engorroso, siendo ágil en otorgar la libertad de manera ipso facto.

Y que las medidas de reinserción social, se dé con una verdadera política de estado con terapias ocupacionales, acorde con nuestras necesidades y costumbres, a fin de cumplir con la finalidad integradora de las penas.

### **2.2.3.5.3. Medidas Cautelares**

## **SECCIÓN PRIMERA**

### **Medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada**

**Artículo 522.- Modalidades.-** La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad:

1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión preventiva.

La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> ASAMBLEA NACIONAL, Comisión de Legislación y Fiscalización Código Orgánico Integral Penal, Suplemento R.O. No. 180 del 10 febrero 2014; pág. 85.

### **Parágrafo tercero – Prisión Preventiva COIP.-**

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

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

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.

### **Análisis a las Medidas Cautelares introducidas en el COIP.-**

Basado en esta disposición legal sobre la medida cautelar personal, de la Prisión Preventiva, es donde desarrollo mi propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, por cuanto lo considero atentario y violatorio a los Derechos Fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; por cuanto no puede ser que para garantizar la presencia del procesado en la investigación, se lo tenga en pabellones donde se encuentran personas ya sentenciadas o en pabellones provisionales y sin las mínimas garantías, desdiciendo la falta de

profesionalización y tecnificación por parte de la Fiscalía y de la Unidad de la Policía Técnica, en el ámbito de la Investigación.

**2.2.3.6. Análisis Crítico Jurídico Contextual.**- Haciendo una retrospectiva analítica, sobre el llamado a juicio, considero que se ha satanizado este procedimiento, ya que al haberse generalizado la prisión preventiva y como que se “adelanta la pena”, de la sanción que ya se da por hecho, saldrá del proceso, se ha “instituido” como parte de nuestra cultura, que será así, por la desconfianza del accionar en los tribunales, que en muchos casos los profesionales del derecho contribuyen en eso, ya que se venden facilidades, para cobrar dificultades, siendo este mensaje parte de la corrupción, por lo que el procesado, toma las de “Villadiego”, y prefiere salir huyendo y no presentarse ante el juez; y decía por la desconfianza además porque de los comentarios mediáticos, se sabe lo que cobra tal o cual juez, fiscal, comisario o secretario, de que estos funcionarios desconocen el derecho y los derechos de las personas, y todos estas personas, se olvidan o desconocen que es precisamente, que cuando se me imputa alguna responsabilidad de orden penal, lo primero que necesito o debo ser es “oído por un juez, especialmente si este me garantiza mis derechos”<sup>93</sup>; por lo que de acuerdo a estas realidades, se vuelve menester difundir en los medios de difusión colectiva, este “derecho de ser escuchado por el Juez” que tiene el ciudadano, para que más bien el concurra de buen agrado a la presencia del Juez de Garantías Penales, y se dilucida de una vez por todas, cualquier imputación que se le hace, eso sí, el sistema le dará las garantías suficientes y necesarias a este ciudadano que ha sido citado para que comparezca a la presencia del juez. Con lo que será suficiente la notificación o citación al ciudadano inmerso en un proceso penal, por medio de su dirección electrónica o la señalada por su abogado defensor, quien le hará llegar la notificación en mención, para lo cual su defensor lo deberá

---

<sup>93</sup>ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHO HUMANOS 1.948, ARTS. 11 Y 12, pág. 3; Universidad Andina Simón Bolívar; <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/declaraci%C3%B3nuniversaldelosderechoshumanos.pdf>

acompañar, para garantizar sus derechos y debido proceso, de acuerdo a lo mandatorio de la Constitución vigente y la aplicación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

## **2.2.4 Derecho Comparado**

### **2.2.4.1 En la Legislación de la República de Colombia**

**Constitución.- Artículo 28.-** Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.<sup>94</sup>

**Artículo 32.-** El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado al juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

---

<sup>94</sup>CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombia>.

**Artículo 93** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución.

Basado en este imperativo constitucional, la Corte Constitucional de Colombia, concluyo que las prioridades de un estado social de derechos, era no perseguir a los ciudadanos con la prisión preventiva generalizada, por lo que acertadamente aplico el principio de excepcionalidad, en la restricción de la libertad de personas envueltas en un proceso penal.

**Código de Procedimiento Penal.**- “Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

“1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

“2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

“3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Posteriormente, la Ley 1142 de 2007 incluyó una circunstancia adicional por la que procede la detención preventiva en establecimiento carcelario, según la cual, si la persona ha sido capturada por delito o contravención dentro del año inmediatamente anterior a la nueva imputación, también procede dicha medida: “4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”. Luego, la Ley 1453 de 2011 introdujo una

nueva modificación, ampliando la circunstancia descrita en el numeral 4 que había incorporado la Ley 1142 de 2007, de manera que ahora procede la detención preventiva en establecimiento carcelario si, satisfechos los requisitos del artículo 308, se da la circunstancia que la persona haya sido capturada por delito o contravención dentro de los tres años anteriores a la nueva imputación: “4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”. Lo anteriormente expuesto es tan solo una muestra representativa de la accidentada política criminal, fragmentada y coyuntural, que en los últimos años se ha concretado en medidas que suelen atentar contra el derecho a la libertad. El Estado Social de Derecho debe erigirse sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social.<sup>95</sup>

RESOLUCION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA.- El propósito del Estado Social de Derecho no prioriza, por tanto, la persecución penal y, dentro de ésta, menos ha de priorizar la excesiva carga de privación preventiva de la libertad contra los ciudadanos que deben soportar una investigación penal. Aunado a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, publicado el 30 de diciembre de 2013, advirtió como una práctica generalizada el hecho de que los fiscales imputen y soliciten la detención preventiva aun cuando no tengan suficiente evidencia para hacerlo, advirtiendo además que la detención preventiva suele utilizarse

---

<sup>95</sup>NUEVO CODIGO PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIA Congreso de la república, Ley 906 de 2004; [www.encolombia.com](http://www.encolombia.com)[http://www.uasb.edu.ec/Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador](http://www.uasb.edu.ec/Universidad%20Andina%20Sim%C3%B3n%20Bolívar%20Ecuador).-

como una herramienta de investigación. Según la Comisión (CIDH), en Colombia la detención preventiva también es utilizada para “forzar a los procesados a que colaboren aceptando cargos o aportando pruebas en contra de otros sospechosos”, razón por la cual “los fiscales imputan y solicitan la prisión preventiva, aun cuando no tengan suficiente evidencia”. En otras palabras, se dijo que en nuestro país se está utilizando la detención preventiva como una herramienta de investigación en un contexto en el que existen importantes presiones sociales, mediáticas e incluso provenientes de las propias autoridades públicas en torno a la efectividad de la represión penal, frente a la delincuencia. Para la fecha del citado informe, la Comisión dio cuenta de que a 31 de diciembre de 2012, de las 113.884 personas privadas de la libertad de Colombia, el 30,35% (34.571 personas) eran sindicadas, y el 69,65% (79.313 personas) eran condenadas<sup>7</sup>, lo cual evidencia el gran porcentaje de población de presos sin condena. Sin duda, ese crecimiento ha tenido que ver fundamentalmente con reformas penales que han impactado directamente en los niveles de encarcelamiento preventivo. Entre las principales causas evidenciadas en los últimos años de los altos índices de personas en prisión preventiva en la región, se han señalado la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de la defensoría pública, las deficiencias en el acceso a los servicios de defensa pública, **la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva, la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares**, la corrupción, el uso extendido de esta medida en casos de delitos menores, y la extrema dificultad en lograr su revocación, entre otras.<sup>96</sup>

INFORME SOBRE PRISION PREVENTIVA DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.- Este informe coincide con el Informe de la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado colombiano, al referir que las reformas penales de la última década “no se

---

<sup>96</sup>Corte Constitucional Colombia, sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla

han venido dando como resultado de una reflexión científica y un debate serio e inclusivo acerca de su pertinencia, viabilidad y consecuencias”, sino como respuesta a situaciones coyunturales, presiones sociales o mediáticas en atención a determinados hechos concretos. A esto se agrega el uso del sistema penal como un ‘fortín político’, como un objeto de réditos políticos, particularmente en épocas preelectorales, del que suele echarse mano con medidas populistas.

Según la Comisión Asesora, no menos importante es la consecuencia negativa que la aplicación de este tipo de políticas criminales ha venido generando en los sistemas penitenciarios. Sin duda, esta se constituye en una razón secundaria, pero no de poca monta en las medidas que han de implementarse en relación con el uso de la detención preventiva en el sistema procesal penal colombiano. A la fecha, de las 116.585 personas privadas de la libertad, el 35% son detenidas preventivamente.

En ese mismo informe la Comisión hizo referencia a otros factores que inciden en el uso indiscriminado de la prisión preventiva: **“las políticas criminales que con distinta denominación y mecanismos plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia;** y los desafíos relacionados con la actuación de la judicatura, tanto aquellos que tienen que ver con el respeto a la independencia de aquellas autoridades encargadas de la aplicación de la prisión preventiva, como de aquellos relativos a otros aspectos de la práctica judicial”.<sup>97</sup>

Uno de los hallazgos de la Comisión es concluyente en este sentido, pues expresa la creciente tendencia de endurecer el sistema penal como política criminal:

“Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de

---

<sup>97</sup>Corte Constitucional Colombia, sentencia C-390 del 26 de junio de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva; aumentar las penas y ampliar el catálogo de delitos punibles con pena de prisión; abstenerse de establecer medidas alternativas a la prisión y restringir el acceso o la posibilidad de concesión de determinadas figuras legales propias del proceso de ejecución de la pena en las que el recluso progresivamente va ganando espacios de libertad”.

En virtud de lo expuesto, se desprende que la detención preventiva no debe ser la regla general, sino, por el contrario, debe aplicarse de manera excepcional. Lo indicado, llevó a la Corte Constitucional a establecer que el legislador no solo debe señalar los motivos por los cuales se puede decretar esa medida de aseguramiento, sino que, en observancia a los principios de presunción de inocencia, de legalidad, de necesidad y de proporcionalidad, su duración debe ser claramente definida; lo contrario desvirtuaría el carácter preventivo de la medida y su finalidad de “salvaguardar los fines del proceso que le dio origen, adquiriendo connotaciones desproporcionadas”<sup>98</sup>

Con la puesta en vigencia la Constitución de la República de Colombia, a partir del año 1991, en esta carta política, se reconocieron una series de derechos para los colombianos, y sobre la detención preventiva, se dejó en claro que la prisión preventiva es la excepción de la regla, reconociendo los instrumentos internacionales de derechos humanos del cual Colombia es país suscriptor, por lo que en esta carta política, se forma como el eje central, la dignidad de las personas, y por ende o perteneciente a ella está la libertad con lo cual se da el primer paso al reconocimiento de los derechos fundamentales, por lo que se debería por lo tanto replantear la forma como se privaba la libertad a las personas en este país.<sup>99</sup>

Basta lo anterior para dar cuenta de la creciente tendencia a modificar el sistema penal en aras de aumentar las circunstancias por las que las

---

98 Corte Constitucional, sentencia C-390 del 26 de junio de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.  
99 PEÑA GRANADOS, Jaime, OEA, EL PRINCIPIO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACION PRACTICA EN COLOMBIA, págs. 2, 3,4,y, 5.  
<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf>

autoridades judiciales pueden determinar la privación de la libertad de un imputado, muchas veces sin tener en cuenta todos los aspectos que configuran la política criminal que, como se dijo, no está limitada a la respuesta jurídico-penal contra el delito, sino que también incluye gran cantidad de aspectos de orden institucional y social. En este caso en particular, las modificaciones de los últimos años

Ante el evidente riesgo de inconstitucionalidad de tal modificación, toda vez que se hacían nugatorios los requisitos constitucionales que justifican la privación preventiva de la libertad (dispuestos, además, en el artículo 308 del código procedimental), la Corte Constitucional advirtió que tal disposición resulta peligrosista, pues “no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento y al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad”.

La advertencia de la Corte dio lugar a la exequibilidad condicionada de la disposición en comento, en el entendido de que “para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 ibídem”.

Ante la interpretación normativa que hiciera la Corte Constitucional, el legislador reaccionó. Mediante la Ley 1453 de 2011 se incluyó en el encabezado del artículo 310 en comento una modificación en el siguiente sentido:

“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta

punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias”. (Se subraya el texto incluido por la Ley 1453 de 2011).<sup>100</sup>

La Corte Constitucional analizó también otro aparte de la norma en comento, encontrándolo atentatorio contra el principio de presunción de inocencia. El numeral 3 del artículo 310 establecía como circunstancia favorable a la privación preventiva de la libertad el hecho “estar [el imputado] acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional”.

Ante tales argumentos, la Corte decretó la inexecutable de la disposición, según la cual se justificaba la medida de aseguramiento privativa de la libertad cuando el imputado estuviera acusado o se encontrara sujeto a alguna medida de aseguramiento por cualquier delito en otro proceso penal. Lo anteriormente expuesto es tan solo una muestra representativa de la accidentada política criminal, fragmentada y coyuntural, que en los últimos años se ha concretado en medidas que suelen atentar contra el derecho a la libertad. El Estado Social de Derecho debe erigirse sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. El propósito del Estado Social de Derecho no prioriza, por tanto, la persecución penal y, dentro de ésta, menos ha de priorizar la excesiva carga de privación preventiva de la libertad contra los ciudadanos que deben soportar una investigación penal.

---

<sup>100</sup>PEÑA GRANADOS, Jaime, OEA, EL PRINCIPIO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACION PRACTICA EN COLOMBIA, págs. 2, 3,4,y, 5. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/JaimeGranados>

#### **2.2.4.2 En la Legislación de los Estados Unidos Mexicanos**

Prisión preventiva es una institución jurídica procesal, en la que una persona es detenida durante el tiempo que se encuentre sujeta a este proceso penal se llama prisión *preventiva* “a la privación de la libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir, quien aún está procesado porque aún no ha habido sentencia, la cual puede ser condenatoria o absolutoria Zaffaroni”

#### **CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.-**

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. (Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011)

Art. 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresara: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.

El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la Prisión Preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la

protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. el juez ordenara la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. (Reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la Federación el 14 de julio de 2011).

La ley determinara los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se

suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades. (Artículo reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la Federación el 18 de junio de 2008).<sup>101</sup>

## CODIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES MEXICANO

### PRISION PREVENTIVA.- Artículo 167. Causas de procedencia

El Ministerio Público solo podrá solicitar al Juez de Control la Prisión Preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente código.

En el supuesto de que el imputado este siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por si sola a la procedencia de la prisión preventiva.

El Juez de Control en el ámbito de su competencia, ordenara la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio

---

<sup>101</sup>CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, **publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Última reforma publicada DOF 07-07-2014.** Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión.

doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.<sup>102</sup>

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el código penal federal de la manera siguiente:<sup>103</sup>

i. homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323;

ii. genocidio, previsto en el artículo 149 bis;

iii. violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 bis;

iv. traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

v. espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

vi. terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 bis al 148 quater;

vii. sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

viii. los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

---

<sup>102</sup>CODIGO PENAL FEDERAL- MEXICO [info4.juridicas.unam.mx/ijure](http://info4.juridicas.unam.mx/ijure) Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

<sup>103</sup>CODIGO PENAL FEDERAL- MEXICO [info4.juridicas.unam.mx/ijure](http://info4.juridicas.unam.mx/ijure) Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

ix. corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y pederastia, previsto en el artículo 209 bis;

x. tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;

xi. contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 bis, 196 ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

El Juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el ministerio público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la procuraduría o el funcionario que en el delegue esa facultad.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup>CODIGO PENAL FEDERAL- MEXICO [info4.juridicas.unam.mx/ijure](http://info4.juridicas.unam.mx/ijure) Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

## **Análisis conceptual.-**

En este escenario podríamos decir que la prisión preventiva resulta a todas luces una figura anómala, por cuanto en un sistema en donde existe la presunción de inocencia, en tanto resulta extraño que se imponga una medida de tal trascendencia a quien se supone inocente. Aunque se han vertido argumentos de peso para demostrar la incompatibilidad entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, sin dejar de reconocer que existen serios detractores sobre esta incompatividad.

Es innegable además, de que al ser permitido esta figura jurídica, en casi todos los ordenamiento jurídicos del mundo occidental, e inclusive dado el rango constitucional, como en el caso mexicano, tendríamos que colegir los requisitos o riesgos que se tienen que asumir para que un Juez asuma este reto por decir los menos, considerando que desde ya se vulnera el principio de inocencia<sup>105</sup>.

Nos llama la atención la dualidad de lo taxativo respecto a lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 19 de la Constitución, de la potestad que tiene el Juez de dictaminar la Prisión Preventiva de oficio cuando se trate de delitos denominados graves en esta legislación, y la antinomia que se plantea con este código de procedimiento penales.

Según el jurista mexicano Guillermo Zepeda Lecuona, en su ensayo publicado, en la revista jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los perjudicados en el Uso Excesivo e Irracional de la Prisión Preventiva en México, son la sociedad en general por la inseguridad que se vive en las calles con la delincuencia más tecnificada, que hace que aumente lo avezado y audacia de la delincuencia al ver el desproteguimiento y abandono, el rechazo a la política criminal que no arroja los resultados esperados por ser ineficaces, consumiendo recursos de diferentes índoles, que deberían ser invertidos en la investigación y aplicación de los recursos

---

<sup>105</sup> FLORES RODRIGUEZ, Israel, El Régimen Constitucional de la Prisión Preventiva en México, Una mirada desde lo Internacional. Págs. 36 y 37. INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL ESCUELA JUDICIAL; <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/35/03%20Israel%20Flores%20Rodriguez>.

que la misma legislación nos provee como herramientas técnicas para combatir la delincuencia organizada, y el propio respeto a la dignidad humana, y el mismo sistema penal por cuanto al colapsar el mismo se ven abarrotados con demandas penales, y además el bajo índice de aceptación de su trabajo por parte de la ciudadanía<sup>106</sup>. Y que en su investigación sobre esta temática, respecto a sus datos estadísticos de las personas presas con prisión preventiva, superan el 40 % índice que lo recoge el trabajo o informe de la CIDH, en su documento No. 46/13 del 30 de diciembre año 2013<sup>107</sup>. Lo que agrava con la sobrepoblación de los centros carcelarios el hacinamiento, derivando con esto la insalubridad, enfermedades contagiosas y otros, propios de estos escenarios del lumpen y marginalidad<sup>108</sup>.

#### **2.2.4.3. Análisis del derecho comparado dentro de la temática**

Y todo esto raya en lo inverosil, por cuanto los países que tienen estos altos índices de personas privadas de la libertad con el uso irracional de la prisión preventiva, son países suscriptores de instrumentos Internacionales que han firmado el adecuar sus normativas con estos tratados de derechos humanos, pero en la práctica y realidades, no lo han podido desterrar, y hoy por hoy se continua dando estos tratos inhumanos, soslayando que en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, establece un orden jurídico según el cual “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario” — artículo 7.3—, y toda persona “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su

---

<sup>106</sup>ZEPEDA LECUONA, Guillermo, El Uso Excesivo e Irracional de la Prisión Preventiva en México, págs. 2 a la 4; INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf>

<sup>107</sup> OEA, COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, pág. 15.

<sup>108</sup>ZEPEDA LECUONA, Guillermo, El Uso Excesivo e Irracional de la Prisión Preventiva en México, págs. 6 a la 10; INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf>

comparecencia en el juicio —artículo 7.5 artículos vigentes y garantizados, según medidas coercitivas impuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>109</sup>. De la observación de los Informes de los derechos humanos de las personas privadas de la Libertad en las Américas, y del Informe del Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, contrastando con las normativas internas de países como Colombia, México, con nuestra normativa o disposiciones legales y constitucionales, dentro de esta temática, se nota el esfuerzo del estado ecuatoriano de cambiar estas realidades de los detenidos; mas sin embargo, es una tendencia regional dejar atrás este mundo de Dante, pero que sigue siendo un verdadero dolor de cabeza del sistema, ya que inclusive, en los centros de privación de libertad, se continua perfeccionando el crimen organizado en la región.

#### **2.2.4.4. A manera de conclusión**

Por los datos expuestos y contrastando con nuestras realidades, podríamos concluir que es notorio el desfase de lo teórico expresado y garantizado en nuestras constituciones Latinoamericanas, con las realidades de los ejemplos reseñados, en este trabajo filosófico – jurídico y las frías estadísticas recogidas en estos informes sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de su libertad y el uso abusivo de la Prisión Preventiva en las Américas, a pesar de que las Constituciones de los países tomado para la muestra del Derecho comparado con el nuestro, son apegadas al paradigma del Neoconstitucionalismo, y sus Normativas Penales, se las trata de adecuar con estas y con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; por lo que como lo asegura el maestro Ferrajoli, si no hacemos que las cosas pasen como queremos y necesitamos, estos escritos en las constituciones, así sean de avanzadas, como la nuestra, (debiendo de reseñar de manera reiterada, el esfuerzo que

---

<sup>109</sup> OEA, Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José, [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

hace el estado ecuatoriano, serán una política errada si no incorpora actores que conozcan a fondo el trato de este problema) serán un pedazo de papel más, y como yo asevero en esta misma investigación, nuestra democracia será solo un membrete, con el agravante, de que cada día se nos van robando no solo la dignidad, si no también nuestros sueños, y ya al no tener esperanzas, perderemos la paciencia, lo cual llevaría al caos, motivos más que suficientes, para que los juristas ecuatorianos, en particular y los latinoamericanos en general, asuman su responsabilidad, y comiencen a trabajar como lo que son, gente con criterio y conocimientos, y no solo lo hagan como jurista, sino también como seres humanos, por su nombre, por su honra, por su honor, por su patria<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, La Función del Jurista en el Estado 1.942, Universidad de La Rioja, [dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2126298&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2126298&orden=0).pags. 207 a la 218.

## CAPITULO III

### METODOLOGÍA

#### 3.1 Determinación de los Métodos a utilizar

En el presente trabajo de investigación filosófica - Jurídica, hemos recurrido al método **histórico – lógico**, el cual nos ha permitido sistematizar el material investigado, a través de una secuencia cronológica de los hechos, con lo que pudimos visualizar de manera ágil y rápida el escenario investigado, a fin de definir de manera lógica, y establecer relaciones entre el orden de los sucesos y lo aprehendido.

Dentro de este esquema me he visto en la necesidad de ir aunando situaciones que a medida que se investigaban, las iba analizando por separado, para a continuación armar en un todo los elementos de una situación determinada; por lo que de esta manera se implementó en este trabajo el **Método Analítico-Sintético**.

Y considerando, que al avanzar en la investigación, me encontraba diferentes aristas, **que me generaban contradicciones al confrontarlas entre sí, me llevaban a otros escenarios posibles con problemas a la vista**, lo cual me ayudo a ir desarrollando críticas y recomendaciones **dialécticamente**, que en definitiva utilizando el **método hermenéutico**, pude analizar e interpretar la norma – ley nacional en el tema investigado y proyectar de esta manera mi investigación.

A fin de contrastar o comparar la legislación nuestra dentro de esta temática, me vi precisado a recurrir al **método comparativo**, lo que de alguna manera le dio asidero y sentido a mi investigación, ya que inclusive, de esta manera incorpore sendos informes regionales de organismos supra oficiales; los que inclusive me ayudaron a determinar los datos estadísticos locales y regionales, a través de la recopilación de información por medio de

encuestas y entrevistas, puesta a consideración en este trabajo investigativo dentro de lo filosófico – jurídico, pero con un alto sentido de criticidad, basado en realidades **cuantitativas** locales y regionales en lo que se refiere al dictamen de la Prisión Preventiva, como medida cautelar, que en definitiva nos deja, con claridad meridiana un mensaje de que a nuestros juristas le falta cultura Constitucional, y un apego al respeto de los derechos Humanos.

## **3.2. Diseño de la Investigación**

### **3.2.1. Investigación descriptiva**

En el desarrollo de la investigación, se aplicó en la revisión de la literatura sobre este tema, así como en la propuesta de las recomendaciones y reforma del Parágrafo Tercero del Código Orgánico Integral Penal.

### **3.2.2. Investigación de campo**

Esta investigación se la realizo, “in situ”, lugar escenarios donde se logró recabar información suficiente e importante de los actores, inmersos en esta temática, tales como Jueces, fiscal, defensores públicos, abogados en libre ejercicio, y sobre todo los ciudadanos y ciudadanas usuarios de la función judicial.

### **3.2.3. Investigación Bibliográfica**

Se utilizó las referencias bibliográficas contenidas en textos dispositivos tales como: Constitución de la República del Ecuador 2008, Constitución de la Republica de Colombia, y la Constitución de la Republica de Los Estados Unidos Mexicanos, Instrumentos de Tratados Internacionales en Derechos Humanos de los Organismos Oficiales, Registros Oficiales, códigos,

Jurisprudencias, Doctrinas de prestigiosos Juristas y tratadistas nacionales y extranjeros, expertos en derechos humanos y en el ámbito constitucional penal.

### 3.3. Población y Muestra

El Universo de la población comprendió el número total de moradores del cantón Quevedo, cuya cantidad es de 173.575 habitantes (INEC 2010), y de 401 abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo. El tamaño de la muestra se obtuvo aplicando la siguiente fórmula:

#### Muestra

$z$  = Nivel de confianza (95%)

$N$  = Población (173.575)

$P$  = Probabilidad que el evento ocurra (50%)

$Q$  = Probabilidad que el evento no ocurra (50%)

$E$  = Error máximo admisible $\pm$  (5%)

$n$  = Tamaño de muestra

$$n = \frac{Z^2 \cdot PQ \cdot N}{e^2 (N - 1) + Z^2 \cdot PQ}$$

$$n = \frac{2^2 \cdot 0.25 \cdot 173575}{0.05^2 (173575 - 1) + 2^2 \cdot 0.50}$$

$$n = \frac{4 \cdot 0.25 \cdot 173575}{0.0025(173574) + 4 \cdot 0.50}$$

$$n = \frac{173575}{433.935 + 2}$$

$$n = \frac{173575}{435}$$

n = 398 Habitantes del cantón Quevedo

### Muestra

z = Nivel de confianza (95%)

N = Población (173.575)

P= Probabilidad que el evento ocurra (50%)

Q = Probabilidad que el evento no ocurra (50%)

E = Error máximo admisible± (5%)

n= Tamaño de muestra

$$n = \frac{2^2 \cdot 0.25 \cdot 401}{0.05^2 (401 - 1) + 2^2 \cdot 0.50}$$

$$n = \frac{4 \cdot 0.25 \cdot 401}{0.0025(400) + 4 \cdot 0.50}$$

$$n = \frac{401}{1+2}$$

$$n = \frac{401}{3}$$

n = 134 Abogados del cantón Quevedo

### **Composición de la muestra**

|                                                          |            |
|----------------------------------------------------------|------------|
| Personas para la encuesta                                | 396        |
| Abogados                                                 | 134        |
| Entrevista a Juez de Garantías penales y Juez Provincial | 2          |
| <b>Total</b>                                             | <b>532</b> |

El tamaño de la muestra general fue de 532 entre Moradores, Abogados y Jueces de Garantías Penales del cantón Quevedo.

### **3.4. Técnicas e Instrumentos de la Investigación**

Se utilizaron las siguientes técnicas, que a continuación describo.

#### **3.4.1. Observación Directa**

La cual permitió obtener y recoger datos de primera mano, en el lugar de desarrollo de la investigación, siendo la Ficha de Observación un instrumento de apoyo.

#### **3.4.2. Encuestas**

Las mismas, que se realizaron a ciudadanos y ciudadanas, así como profesionales del derecho de la ciudad de Quevedo.

### **3.4.3. Entrevistas**

Realizadas a Juez de Garantías Penales y Juez Provincial de la Sala Multicompetente Corte Provincial de Los Ríos, con sede en el cantón Quevedo.

### **3.5. Validez y Confiabilidad de los Instrumentos**

La validez de esta investigación, se refiere al grado en que el instrumento utilizado mide lo que se pretende medir. Y la confiabilidad a la confianza que se le da a los datos obtenidos; por lo que para determinar la validez de la presente investigación, se utilizó el criterio del Director de esta tesis, así como también a tres juristas de la localidad, expertos en el derecho constitucional penalizado. Además a un experto en metodología de la investigación; quienes tomaron en consideración algunos criterios, tales como la presentación del instrumento, claridad de la redacción de las preguntas y relevancia de su contenido, así como la factibilidad de aplicación.

#### **3.5.1. Observación Directa**

Lugar de Investigación: Juzgados de Garantías Penales; de Flagrancia y Casa Judicial de Quevedo.

Fecha: Quevedo, octubre 2014

Autor: Carlos Francisco Camba Layosa

- Los ciudadanos que tienen conflictos con las normas penales, desconocen sus derechos, así como las garantías de las que se hayan revestidos; además los abogados defensores tanto públicos,

así como los defensores en libre ejercicio profesional, no recurren o no agotan todas las instancias, por el tortuguismo en el despacho de las causa, y, unos, y otros por desconocer el procedimiento.

- Los Jueces de Garantías Penales, a fin de precautelar los derechos y garantías de los ciudadanos o ciudadanas que tengan que responder por una acción penal contra ellos, deben de rodear de garantías, y estos se presentaran sin temor alguno a su presencia, es decir deben de aplicar los principios de ponderación y proporcionalidad antes de dictaminar la Prisión Preventiva, como medida cautelar; lo que equivaldría a confianza – seguridad jurídica, que redundaría además en beneficio accesorio a favor de las personas privadas de su libertad y que ya han sido sentenciadas.

### **3.6. Técnicas del Procesamiento y Análisis de Datos**

Por lo tanto, la variada información obtenida mediante el trabajo de campo, fue procesada mediante cuadros generales de resultados, en el cual se puede apreciar el conocimiento del tema investigado, por parte de los ciudadanos y ciudadanas encuestadas.

## CAPITULO IV

### ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS EN RELACION CON LA HIPOTESIS DE INVESTIGACIÓN

#### 4.1. Análisis e interpretación de Gráficos y Resultados

##### 4.1.1. Encuesta

a) Resultados de las Encuestas Dirigidas a ciudadanos y ciudadanas que habitan en esta ciudad de Quevedo.

**1 ¿Considera que el señor Juez de garantías penales, aplica el método de ponderación y el principio proporcionalidad, es decir sopeso los principios mencionados, antes de dictar prisión preventiva a algún procesado?**

**Cuadro: N° 1.-** Jueces de Garantías Penales no aplican método de Ponderación y principio proporcionalidad, en el dictamen de prisión preventiva como medida cautelar.

| ALTERNATIVA | ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-------------|-------------|------------|
| SI          | 95          | 24%        |
| NO          | 287         | 72 %       |
| NO SABE     | 14          | 4 %        |
| TOTAL       | 396         | 100 %      |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas  
Elaborado por: El Autor.

**Grafico N° 1.-** Jueces de Garantías Penales no aplican método de Ponderación y Principio Proporcionalidad, en el dictamen de prisión preventiva como medida cautelar.



## Análisis e interpretación:

La gran mayoría, que conforma el 72%, considera que el señor Juez de garantías penales, no aplica el método de ponderación y el Principio Proporcionalidad, es decir no sopeso los principios mencionados, antes de dictar prisión preventiva a algún procesado, por lo que debería exigirse que el funcionario cumpla con la justicia de una manera respetable y tomando en cuenta los derechos y garantías de las personas

**2 ¿De acuerdo a sus experiencias vividas, piensa que un juez se equivoca al decretar la prisión preventiva, y que con este error viola derechos del ciudadano procesado?**

**Cuadro: N° 2.** Equivocaciones del Juez de Garantías penales, viola derechos del procesado.

| ALTERNATIVA | ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-------------|-------------|------------|
| SI          | 256         | 65 %       |
| NO          | 89          | 22 %       |
| NO SABE     | 51          | 13 %       |
| TOTAL       | 396         | 100 %      |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas

Elaborado por: El Autor.

**Grafico N° 2.** Equivocaciones del Juez de Garantías penales, viola derechos del procesado



## Análisis e interpretación

En esta encuesta, el 65% que conforma más de la mitad de los encuestados, está de acuerdo, que un juez se equivoca al decretar la prisión preventiva, y que con este error viola derechos del ciudadano procesado, pues deben considerarse todas las pruebas presentadas a priori para decidir con sana crítica si para el supuesto sindicado es aplicable la prisión preventiva.

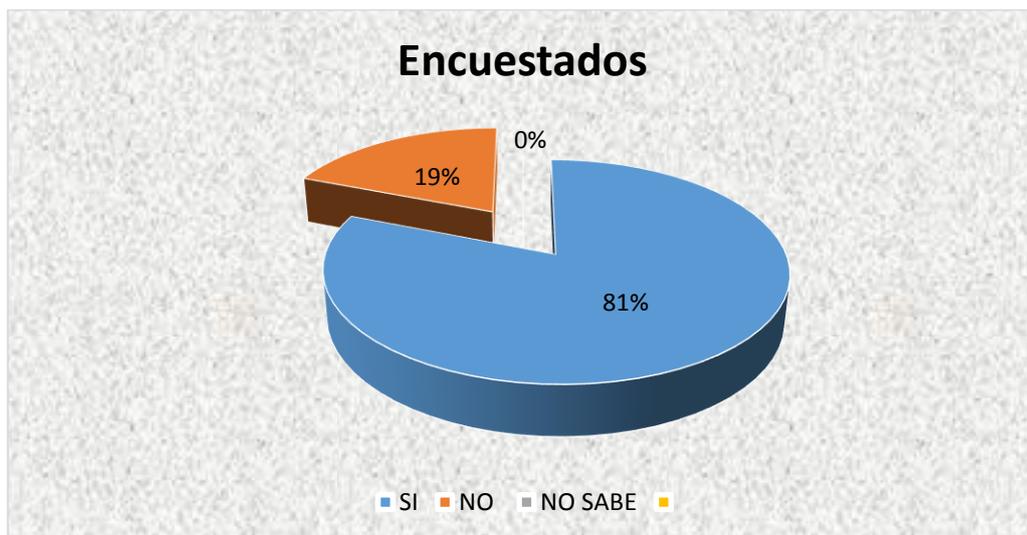
### 3 ¿Sabe usted que el Ecuador es un estado garantista de derechos y justicia social siguiendo la doctrina Constitucionalista?

**Cuadro N°3.-** Si conoce que el Ecuador, es un estado garantista de derechos y justicia social, siguiendo doctrina Constitucionalista.

| ALTERNATIVA  | ENCUESTADOS | PORCENTAJE   |
|--------------|-------------|--------------|
| SI           | 322         | 81 %         |
| NO           | 74          | 19 %         |
| NO SABE      | 0           | 0 %          |
| <b>TOTAL</b> | <b>396</b>  | <b>100 %</b> |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas  
Elaborado por: El Autor.

**Grafico N° 3** Si conoce que el Ecuador, es un estado garantista de derechos y justicia social, siguiendo doctrina Constitucionalista.



### **Análisis e interpretación:**

La gran mayoría en esta encuesta, indicó que el Ecuador es un estado garantista de derechos y justicia social siguiendo la doctrina Constitucionalista, por lo tanto se deben respetar los derechos y garantías constitucionales de todos los ecuatorianos y extranjeros que habitan en el territorio para que reine la justicia y el derecho según la doctrina constitucionalista

### **4.- ¿Sabe usted del nuevo rol de fiscalía y Jueces de Garantías Penales, considera que ellos deben hacer su trabajo sujetos con la constitución 2008?**

**Cuadro N°4** Si sabe nuevo rol de Fiscalía y Jueces de Garantías Penales, con su trabajo sujeto a la Constitución 2008

| <b>ALTERNATIVA</b> | <b>ENCUESTADOS</b> | <b>PORCENTAJE</b> |
|--------------------|--------------------|-------------------|
| SI                 | 259                | 65%               |
| NO                 | 66                 | 17%               |
| NO SABE            | 71                 | 18%               |
| <b>TOTAL</b>       | <b>396</b>         | <b>100%</b>       |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas  
Elaborado por: El Autor.

**Grafico N°.4.** Si sabe nuevo rol de Fiscalía y Jueces de Garantías Penales, con su trabajo sujeto a la Constitución 2008.



### **Análisis e interpretación:**

Más de la mitad de las personas encuestadas, esto es el 65%, manifiesta que conoce o ha escuchado del nuevo rol de fiscalía y Jueces de Garantías Penales y que consideran que ellos deben hacer su trabajo sujetos con la constitución 2008, respetando los derechos y garantías de todos los ecuatorianos.

### **5 ¿Considera que se han endurecidos las penas, con el COIP en el Ecuador?**

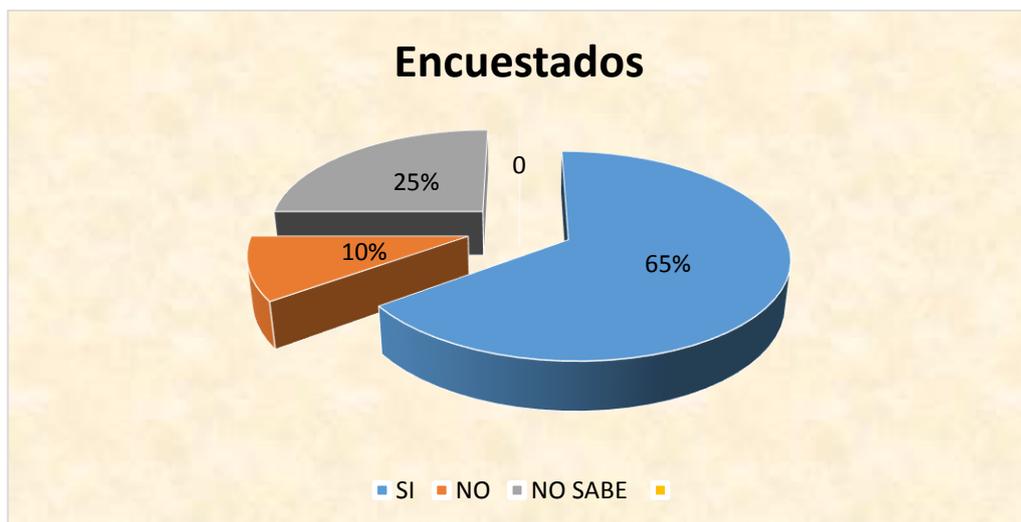
**Cuadro N°5** Si considera que se han endurecido las penas con el COIP en el Ecuador.

| <b>ALTERNATIVA</b> | <b>ENCUESTADOS</b> | <b>PORCENTAJE</b> |
|--------------------|--------------------|-------------------|
| SI                 | 257                | 65%               |
| NO                 | 39                 | 10%               |
| NO SABE            | 100                | 25%               |
| <b>TOTAL</b>       | <b>396</b>         | <b>100%</b>       |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas

Elaborado por: El Autor.

**Grafico N°. 5.** Si considera que se han endurecido las penas con el COIP en el Ecuador.



### **Análisis e interpretación:**

El 65% de los encuestados, o sea, más de la mitad de los mismos, considera que sí se han endurecidos las penas, con el Código Orgánico Integral Penal

en el Ecuador, por lo que los jueces deben aplicar los principios, imparcialidad y sana crítica para determinar la sentencia de los implicados y no violentar ningún derechos de los mismos.

**6.- ¿Considera que se abusa de la petición de prisión preventiva de parte de la fiscalía?**

**Cuadro N° 6.** Si considera que se abusa de la petición de prisión preventiva de parte de la Fiscalía.

| ALTERNATIVA  | ENCUESTADOS | PORCENTAJE  |
|--------------|-------------|-------------|
| SI           | 287         | 72%         |
| NO           | 89          | 23%         |
| NO SABE      | 20          | 5%          |
| <b>TOTAL</b> | <b>396</b>  | <b>100%</b> |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas  
Elaborado por: El Autor.

**Gráfico N°. 6.** Si considera que se abusa de la petición de prisión preventiva de parte de la Fiscalía.



**Análisis e interpretación:**

Más de la mitad de las personas encuestadas, esto es el 72% de las mismas, considera que se abusa de la petición de prisión preventiva de parte de la fiscalía, por lo que es necesario aplicar algún mecanismo normativo para que los jueces sean cuidadosos en la petición de la prisión

preventiva y no se cometan abusos en contra de personas que muchas veces son víctimas de discriminación social o de otra índole, a las cuales se les aplica esta figura jurídica sin realizar el respectivo proceso técnico de investigación.

**7 ¿Considera acertado que los Jueces de Garantías Penales, deberían conocer de manera simultánea con el Fiscal, desde el inicio de la investigación previa, todo proceso penal?**

**Cuadro N° 7.** Si considera acertado que los Jueces de Garantías Penales, deben de conocer conjuntamente con los Fiscales desde el inicio todo el proceso penal.

| ALTERNATIVA  | ENCUESTADOS | PORCENTAJE  |
|--------------|-------------|-------------|
| SI           | 300         | 76%         |
| NO           | 51          | 13%         |
| NO SABE      | 45          | 11%         |
| <b>TOTAL</b> | <b>396</b>  | <b>100%</b> |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas  
Elaborado por: El Autor.

**Grafico N°. 7.** Si considera acertado que los Jueces de Garantías Penales, deben de conocer conjuntamente con los Fiscales desde el inicio todo el proceso penal.



**Análisis e interpretación:**

El 76% de las personas encuestadas, considera acertado que los Jueces de Garantías Penales, deberían conocer de manera simultánea con el Fiscal, desde el inicio de la investigación previa, todo proceso penal antes de

dictaminar un veredicto o sentencia que a priori puede vulnerar los derechos de manera injusta de la persona imputada

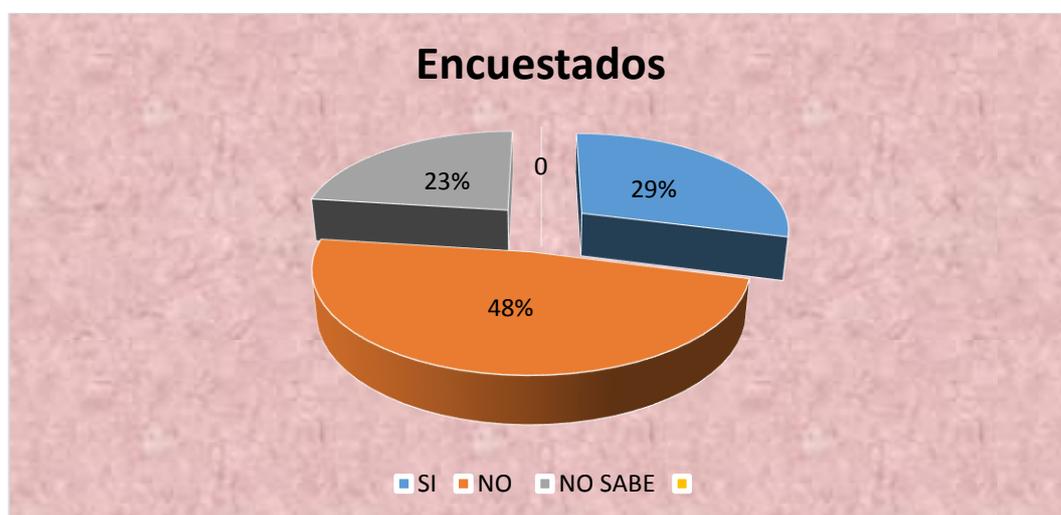
**8.- ¿Estima usted, que la prisión preventiva es solicitada únicamente por la fiscalía en aquellos delitos considerados graves y en los que no existe otra medida que asegure la comparecencia del procesado a juicio?**

**Cuadro N° 8.** No estima que Fiscalía, solicita prisión preventiva únicamente en delitos graves, pide casi en todos los delitos.

| ALTERNATIVA | ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-------------|-------------|------------|
| SI          | 115         | 29%        |
| NO          | 189         | 48%        |
| NO SABE     | 92          | 23%        |
| TOTAL       | 396         | 100%       |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas  
Elaborado por: El Autor.

**Gráfico N°. 8.** No estima que Fiscalía, solicita prisión preventiva únicamente en delitos graves, pide prisión, en casi todos los delitos.



**Análisis e interpretación:**

Casi la mitad de las personas encuestadas, esto es el 48%, manifiestan que la prisión preventiva no es solamente solicitada únicamente por la fiscalía en aquellos delitos considerados graves y en los que no existe otra medida que

asegure la comparecencia del procesado a juicio, por lo que se estaría vulnerando los derechos y garantías constitucionales de las personas imputadas, por lo que la prisión preventiva se transformaría en una grave falta o pena anticipada por parte de la justicia.

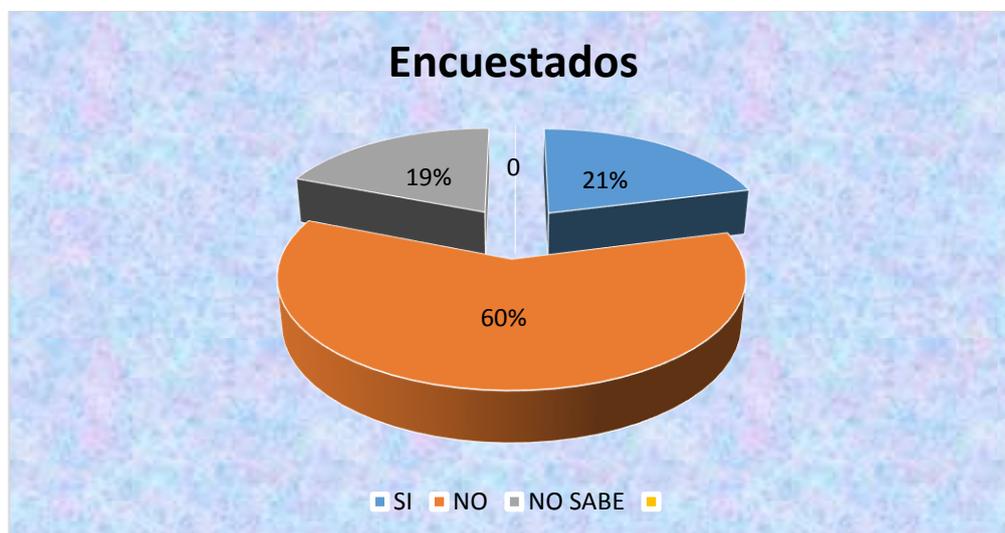
### 9.- ¿Usted cree que los funcionarios judiciales están debidamente capacitados para cumplir sus tareas?

**Cuadro N° 9.** No cree que los funcionarios judiciales están debidamente capacitados para cumplir sus tareas.

| ALTERNATIVA | ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-------------|-------------|------------|
| SI          | 85          | 21%        |
| NO          | 236         | 60%        |
| NO SABE     | 75          | 19%        |
| TOTAL       | 396         | 100%       |

Fuente: Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas  
Elaborado por: El Autor.

**Grafico N° 9.** No cree que los funcionarios judiciales estén debidamente capacitados para cumplir sus tareas.



#### Análisis e interpretación:

Más de la mitad de las personas encuestadas, esto es, el 60%, cree que los funcionarios judiciales no están debidamente capacitados para cumplir sus

tareas, por lo que entonces, ellos deberían realizarlas de una manera limpia, justa y respetando los derechos de todas las personas.

**b) Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo.**

**10.- ¿Usted considera que el señor Juez de Garantías Penales, aplica el método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, es decir sopeso el método y el principio mencionado, antes de dictar la prisión preventiva como medida cautelar?**

**Cuadro N° 10.** Considera que el señor Juez de Garantías Penales, no aplica el método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, es decir sopeso el método y principio mencionado, antes de dictar la prisión preventiva como medida cautelar.

| ALTERNATIVA | ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-------------|-------------|------------|
| SI          | 56          | 42%        |
| NO          | 78          | 58%        |
| NO SABE     | 0           | 0          |
| TOTAL       | 134         | 100%       |

Fuente: Entrevista Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo  
Elaborado por: Autor

**Grafico N° 10.** Considero que el señor Juez de Garantías Penales, no aplica el método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, es decir sopeso el método y principio mencionado, antes de dictar la prisión preventiva como medida cautelar



**Análisis e interpretación**

Según los profesionales del derecho encuestados, el 58% cree que no se considera este método y principio al dictaminar la prisión preventiva, debido

a la falta de cultura constitucional, y por las costumbres enraizada en el medio, por lo que es necesario instruir a los profesionales a que se apliquen las medidas correctas dejando a un lado costumbres enraizadas en el medio, evitando toda discriminación social en todos sus aspectos y se aplique los principios y norma pertinente.

**11.- ¿De acuerdo a sus experiencias vividas, piensa si un juez se equivoca al decretar la prisión preventiva de su caso o defensa, o de cualquier otro, con este error viola, derechos del ciudadano procesado?**

**Cuadro N° 11.** De acuerdo a sus experiencias vividas, si un juez se equivoca al decretar la prisión preventiva de su caso o defensa, o de cualquier otro, con este error viola, derechos del ciudadano procesado

| ALTERNATIVA  | ENCUESTADOS | PORCENTAJE  |
|--------------|-------------|-------------|
| SI           | 127         | 95%         |
| NO           | 7           | 5%          |
| NO SABE      | 0           | 0           |
| <b>TOTAL</b> | <b>134</b>  | <b>100%</b> |

Fuente: Entrevista Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo  
Elaborado por: Autor

**Grafico N° 11.-** De acuerdo a sus experiencias vividas, si un juez se equivoca al decretar la prisión preventiva de su caso o defensa, o de cualquier otro, con este error viola, derechos del ciudadano procesado.



### **Análisis e interpretación:**

Casi la totalidad de los profesionales del Derecho encuestados, el 95% manifiestan que de acuerdo a sus experiencias vividas, si un juez se equivoca al decretar la prisión preventiva de su caso o defensa, o de cualquier otro, con este error viola, derechos del ciudadano procesado, por lo que debe demostrar madurez en el criterio de decisión, pues se juega la honra, estabilidad social y emocional del acusado.

**12.- ¿ Si se han endurecidos las penas, debería el juez de garantías penales apartarse de la norma – regla considerando el art. 167 y 426 de la constitución aplicando el principio de ponderación y de proporcionalidad, ya que el Juez está sujeto a la Constitución?**

**Cuadro N° 12.** El juez de garantías penales debería apartarse de la norma – regla considerando el art. 167 y 426 de la constitución aplicando el método de ponderación y el Principio de proporcionalidad, ya que el Juez está sujeto a la Constitución

| <b>ALTERNATIVA</b> | <b>ENCUESTADOS</b> | <b>PORCENTAJE</b> |
|--------------------|--------------------|-------------------|
| SI                 | 123                | 92%               |
| NO                 | 11                 | 8%                |
| NO SABE            | 0                  | 0                 |
| <b>TOTAL</b>       | <b>134</b>         | <b>100%</b>       |

Fuente: Entrevista Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo  
Elaborado por: Autor

**Grafico N° 12** El juez de garantías penales debería apartarse de la norma – regla considerando el Art. 167 y 426 de la constitución 2008, aplicando el método de ponderación y el Principio de proporcionalidad, ya que el Juez está sujeto a la Constitución.



## Análisis e interpretación

Según la gran mayoría de las personas encuestadas que conforman el 92%, así debería ser, pues el señor Juez con justa razón debe apartarse de la letra de la ley, y ponderar proporcionalmente de manera debida, en todos sus dictámenes, caso contrario, estaría violando la norma suprema.

**13.- ¿Con el cambio ha estado constitucional de derechos y justicia social por parte del estado ecuatoriano, dentro de sus vivencias experiencias, considera que se abusa de la prisión preventiva de parte de la fiscalía?**

**Cuadro N° 13.** Con el cambio a estado constitucional de derechos y justicia social por parte del estado ecuatoriano, si se abusa de la prisión preventiva de parte de la fiscalía.

| ALTERNATIVA  | ENCUESTADOS | PORCENTAJE  |
|--------------|-------------|-------------|
| SI           | 132         | 98%         |
| NO           | 2           | 2%          |
| NO SABE      | 0           | 0           |
| <b>TOTAL</b> | <b>134</b>  | <b>100%</b> |

Fuente: Entrevista Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo  
Elaborado por: Autor

**Grafico N° 13.** Con el cambio a estado constitucional de derechos y justicia social por parte del estado ecuatoriano, si se abusa de la prisión preventiva de parte de la fiscalía.



### **Análisis e interpretación:**

Casi la totalidad de los encuestado, o sea, el 98%, consideran que Si, a pesar de la vigencia de la Constitución 2008, todavía se abusa con la petición por parte de la Fiscalía de Prisión Preventiva, como medida cautelar; aunque siendo asunto del señor Juez, él debe moderar esta petición y ponderar la aplicación de esta medida.

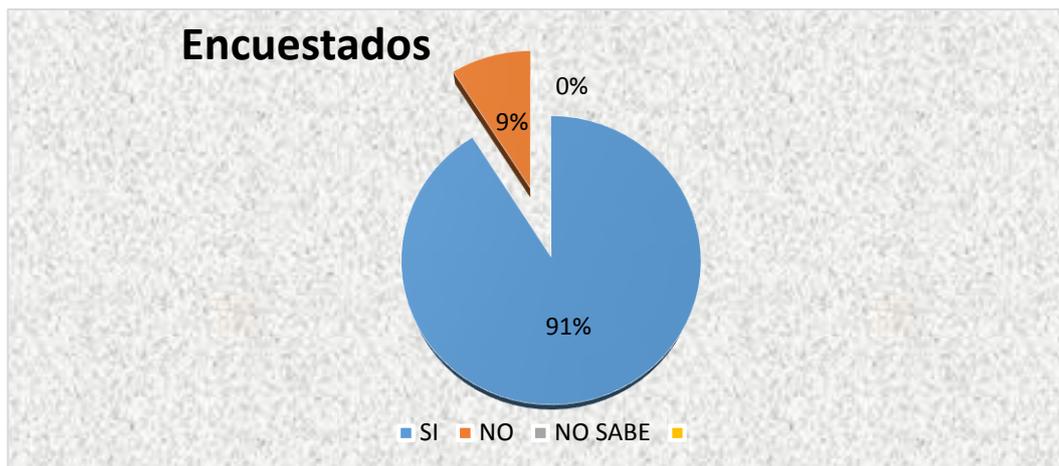
**14.- ¿Con el cambio de Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, y en vista de la Constitucionalización del Derecho en general y del Derecho Penal en particular, ha recibido Usted capacitación o actualización de información para el ejercicio de su profesión o se ha auto preparado.**

**Cuadro N° 14.** Con el cambio de Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, y en vista de la Constitucionalización del Derecho en general y del Derecho Penal en particular, si se ha recibido capacitación o actualización de información para el ejercicio de su profesión o se ha auto preparado.

| <b>ALTERNATIVA</b> | <b>ENCUESTADOS</b> | <b>PORCENTAJE</b> |
|--------------------|--------------------|-------------------|
| SI                 | 122                | 91%               |
| NO                 | 12                 | 9%                |
| NO SABE            | 0                  | 0                 |
| <b>TOTAL</b>       | <b>134</b>         | <b>100%</b>       |

Fuente: Entrevista Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo  
Elaborado por: Autor

**Grafico N° 14.-** Con el cambio de Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, y en vista de la Constitucionalización del Derecho en general y del Derecho Penal en particular, si se ha recibido capacitación o actualización de información para el ejercicio de su profesión o se ha auto preparado.



### Análisis e interpretación

El 91% considera ahora más que nunca el Profesional del Derecho, debe de prepararse y actualizarse constantemente, deben recibir seminarios y charlas de cualquier temática del derecho, además que con las herramientas o utilitarios de la computadora acceder permanentemente por internet a varias capacitaciones, es así, por ejemplo, el curso sobre aplicación del COIP, subido a la página web de la Función Judicial.

### 15.- ¿Usted cree que se debería sancionar a los funcionarios judiciales cuando violentan los derechos de los ciudadanos?

**Cuadro N° 15.** Si, se debería sancionar a los funcionarios judiciales y a todos los funcionarios públicos que violenten los derechos de los ciudadanos.

| ALTERNATIVA  | ENCUESTADOS | PORCENTAJE  |
|--------------|-------------|-------------|
| SI           | 134         | 100%        |
| NO           | 0           | 0           |
| NO SABE      | 0           | 0           |
| <b>TOTAL</b> | <b>134</b>  | <b>100%</b> |

Fuente: Entrevista Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo  
Elaborado por: Autor

**Grafico N° 15.-** Si, se debería sancionar a los funcionarios judiciales y a todos los funcionarios públicos que violenten los derechos de los ciudadanos.



### **Análisis e interpretación**

La totalidad de los profesionales del Derecho encuestados, consideran que se debería sancionar a los funcionarios judiciales cuando violentan los derechos de los ciudadanos, pues el daño moral, emocional y psicológico no puede ser vulnerado solo por un simple error o decisión mal analizada o por negligencia, por lo que ese funcionario debería ser enérgicamente sancionado.

#### **4.1.2. Entrevistas**

**a) Entrevista realizada a Juez de Garantías Penales del Tribunal de Garantías Penales y a Juez Provincial de la ciudad de Quevedo.**

**P - 1.- Usted considera que los jueces de garantías penales, deberían conocer de manera simultánea con el fiscal, desde el inicio de la investigación previa, todo proceso penal, iniciado contra cualquier ciudadano, solo por el hecho de ser jueces de garantías penales, para tener conocimiento desde el inicio. Y qué opinión le merece el COIP.**

R – 1.- Si, aunque no deberíamos olvidar el nuevo rol, asignado a la fiscalía; pero los Jueces por su condición de Garantistas, si deberían tener un amplio y total panorama desde el inicio de un proceso, en todas sus etapas y materias.

**P - 2.- Si se han endurecidos las penas, debería el Juez de Garantías penales apartarse de la norma – regla considerando el art. 167 y 426 de la constitución aplicando el método de Ponderación y el principio de Proporcionalidad (el Juez está sujeto a la Constitución no a la ley).-**

R- 2.- Si sopesando el efecto y la acción; el Juez no puede apartarse de la norma establecida en el COIP para emitir su resolución el Art. 13 del COIP indica que la interpretación en materia penal se realizara en el sentido que más se ajuste a la constitución y a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, además las penas se interpretan en forma estricta.

**P - 3.- ¿Con el cambio ha Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, con esto de ponderar (principios – normas) o subsumir (normas - reglas) ha recibido Ud. Capacitación o actualización de información para su rol como Juez de Garantías Penales?**

R -3.- Justicia Social, resume un todo; el Consejo de la Judicatura permanentemente está capacitando a los señores Fiscales y Jueces, a fin de que cumplan con su rol designado.

**P - 4.- Ud. considera que hay linchamiento mediático, si en una denuncia - petición (escrito) de alguna de las partes de un juicio donde usted es Juez de Garantías penales, grafican un supuesto distributivo de la misma (denuncia), con copias dirigidas al Presidente de la república, Ministro del Interior, al Defensor del Pueblo nivel nacional, Presidente del Consejo de la Judicatura, Fiscal General, entre otros, lo cual violaría el Art. 26 del COFJ.**

R – 4.- Si, hay Linchamiento Mediático cuando denuncio un hecho en Fiscalía o Policía, y lo deriva esa denuncia a un ente diferente de los que la

ley me dice donde debo acudir, y voy a un medio de comunicación pública, la ley establece los cánones respectivos, con esta acción se trata de presionar al Juez.

**P- 5.- Dentro de sus vivencias experiencias, considera que se abusa de la prisión preventiva de parte de la Fiscalía. Indudablemente si no veamos las cárceles del país. Dejando claro que fiscalía pide y el Juez de Garantías Penales es quien la concede.**

R -5.- “Un segundo de Libertad es sagrado, Un minuto de pérdida de Libertad es un infierno, y una Hora ni el diablo lo soporta”; La Fiscalía en su afán de investigación muchas veces al dar inicio una instrucción fiscal le solicita al señor Juez de Garantías Penales, la Prisión Preventiva con la finalidad que el procesado este inmerso en la investigación o cuando existe el peligro de fuga, y le corresponde al Juez de Garantista, observar si efectivamente el procesado puede escaparse de la acción de la justicia, esto se da más en los casos de delitos graves cuando la pena es de reclusión, en cambio en los delitos de prisión el Juez puede sustituir esta prisión preventiva con unas de las medidas cautelares de carácter personal establecidas en el Art. 160; el COIP además nos trae el uso de dispositivos electrónicos.

4.1.3. Entrevista a un señor Juez Provincial de la Corte Provincial Multicompetente de Los Ríos, con sede en la Ciudad de Quevedo.

**P - 1.- Usted considera que los jueces de garantías penales, deberían conocer de manera simultánea con el fiscal, desde el inicio de la investigación previa, todo proceso penal, iniciado contra cualquier ciudadano, solo por el hecho de ser jueces de garantías penales, para tener conocimiento desde el inicio; y qué opinión le merece el COIP**

R – 1.- Según el Maestro Zambrano Pasquel, el COIP, representa un verdadero “giro Copérnico del sistema penal ecuatoriano, un cambio del paradigma y una ruptura del statu quo”.

**P - 2.- Si se han endurecidos las penas, debería el Juez de Garantías penales apartarse de la norma – regla considerando el art. 167 y 426 de la constitución aplicando el método de Ponderación y el principio de Proporcionalidad (el Juez está sujeto a la Constitución no a la ley).-**

R- 2.- El Juez no puede apartarse de las Normas establecidas en el COIP Para emitir su resolución el Art. 13 del COIP indica que la interpretación en materia penal se realizara en el sentido que más se ajuste a la constitución y a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, además las penas se interpretan en forma estricta, esto es respetando el sentido literal de la norma. La Ponderación.

**P - 3.- ¿Con el cambio ha Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, con esto de ponderar (principios – normas) o subsumir (normas - reglas) ha recibido Ud. Capacitación o actualización de información para su rol como Juez de Garantías Penales?**

R -3.- El Consejo de la Judicatura permanentemente están capacitando a los señores Jueces y Fiscales a fin de que puedan cumplir con su rol para los que fueron designados.

**P - 4.- Ud. considera que hay linchamiento mediático, si en una denuncia - petición (escrito) de alguna de las partes de un juicio donde usted es Juez de Garantías penales, grafican un supuesto distributivo de la misma (denuncia), con copias dirigidas al Presidente de la república, Ministro del Interior, al Defensor del Pueblo nivel**

**nacional, Presidente del Consejo de la Judicatura, Fiscal General, entre otros, lo cual violaría el Art. 26 del COFJ.**

R – 4.- No respondió a esta pregunta.

**P- 5.- Dentro de sus vivencias experiencias, considera que se abusa de la prisión preventiva de parte de la Fiscalía. Indudablemente si no veamos las cárceles del país. Dejando claro que fiscalía pide y el Juez de Garantías Penales es quien la concede.**

R -5.- La Fiscalía en su afán de investigación muchas veces al dar inicio una Instrucción Fiscal se solicita al señor Juez de Garantías Penales la Prisión Preventiva con la finalidad que el procesado este inmerso en la investigación o cuando existe el peligro de fuga, y le corresponde al Juez Garantista observar si efectivamente el procesado pueda escaparse de la acción de la justicia, esto se da más en los casos de delitos graves cuando la pena es de reclusión, en cambio en los delitos de prisión el juez puede sustituir la prisión preventiva con una de las medidas cautelares de carácter personal establecidas en el Art. 160; el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 559 nos trae el uso de dispositivos electrónicos.

#### **4.2 Comprobación de la hipótesis**

Con los resultados de la investigación de campo, llevada a cabo mediante encuestas y entrevistas, se llegó a determinar que la hipótesis planteada en la presente investigación, con la reforma del Art. 534 párrafo tercero del Código Orgánico Integral Penal, sobre la aplicación del método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad en el Dictamen de la Prisión Preventiva como medida cautelar, será más eficaz, dando más confianza al proceso penal.

La investigación realizada, y que hizo posible la culminación de la Tesis intitulada “La Aplicación del Método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad en el Dictamen de la Prisión Preventiva como Medida Cautelar” comenzó con la búsqueda de Información Bibliográfica Filosófica - Jurídica, con relación a la aplicación del Método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, en la medida cautelar denominada Prisión Preventiva, por su desconocimiento del real contenido o diferenciación de Reglas y Principios, que es la clave para solucionar los problemas centrales de esta dogmática de los Derechos Fundamentales; ya que al saber distinguir una de otra, adecuaríamos la teoría de los límites de los derechos fundamentales, lo que además nos permitirá arribar a una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales, así como tampoco tendríamos una teoría suficiente del rol o papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico, lo cual dejaría sin piso para poder demostrar lo teórico, a fin de amalgamar los otros cuerpos legales dispersos y existentes en la actualidad, con los derechos garantizados por la Constitución de la República del Ecuador e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

La formulación de los objetivos (generales y específicos) de la investigación y la hipótesis, orientaron todo el proceso del desarrollo de la tesis: el marco teórico, la recopilación de datos, el análisis de la investigación de campo y la propuesta que se planteó en la investigación, y que al ser positiva se la aceptó.

### **4.3. Reporte de la Investigación**

La investigación realizada y que hizo posible la culminación de la presente tesis “La Aplicación del Método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad en el Dictamen de la Prisión Preventiva como Medida Cautelar” comenzó con la búsqueda de información bibliográfica Filosófica -

Jurídica sobre determinados campos problemáticos que ciertas normas – principios constitucionales y normas penales, están generando situaciones lesivas y discriminatorias para los seres humanos, que se encuentran privados de su libertad en los Centros de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflictos con la Ley, dado el amplio espectro de derecho que garantiza la Constitución de la república del Ecuador, y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Por lo tanto visité la cárcel del cantón Quevedo, e instalaciones judiciales, calles y plaza del cantón. Debo además dejar sentado las dificultades que se dieron al tratar de conseguir las entrevistas con los señores Jueces de Garantías Penales, que estimo por su agenda copada por las audiencias, les produce “stress”, y no tienen tiempo para estas entrevistas investigativas académicas, sin embargo logre dos entrevistas; una concedida por un señor Juez de Garantías Penales del tribunal de Garantías Penales y otra entrevista a uno de los señores Jueces Provinciales, de la Sala de la Corte de Justicia Provincial Multicompetente de Los Ríos con sede en esta ciudad, respectivamente, a cuyos personeros doy mis agradecimientos.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES**

#### **5.1. Conclusiones**

1.- Que se evidenció una antinomia o incongruencia entre la Doctrina y la motivación de las decisiones judiciales.

2.- Que la Legislación de los países utilizados en el Derecho Comparado, tienen similitud en la Tutela Constitucional al ser Estados Sociales de Derechos, y que la Prisión Preventiva, es una medida cautelar de excepción.

3.- .Que es necesario y urgente adecuar la norma penal del Código Orgánico Integral Penal vigente, con la Constitución vigente y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

## RECOMENDACIONES

### 5.2. Recomendaciones

1.- Ejecutar un Plan de Capacitación dirigido a los Operadores de Justicia Penal y a Los Profesionales del Derecho en Libre Ejercicio, relacionado al Método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, para que actúen con eficiencia al tratar el Dictamen de Prisión Preventiva como medida cautelar.

2.- Estructurar un nuevo orgánico funcional de la Función Jurisdiccional, incluyendo (no solo el cambio de denominación) la Corte Suprema de Justicia, dejando la competencia administrativa de manera exclusiva al Consejo de la Judicatura, estableciendo la jerarquía por grados, acorde a la Jurisdicción y competencia de manera efectiva.

3.- Proponer la reforma al Código Orgánico Integral Penal, Parágrafo Tercero, que versa sobre la Prisión Preventiva en su Art. 534, a fin de efectivizar y verificar la excepción al restringir el derecho a la libertad.

## **CAPÍTULO VI**

### **PROPUESTA**

#### **6.1. Título I**

La Aplicación del Método de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad en el Dictamen de la Prisión Preventiva, como medida cautelar.

#### **6.2. Antecedentes**

De acuerdo a las realidades y al inconmensurable esfuerzo, que en la actualidad está realizando el estado ecuatoriano a través del gobierno central, referente a la protección y garantías de los derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad; y que es deber del estado ecuatoriano, darle seguridad y garantías de llevar una vida digna, y que siendo propio del estado actual de esta era de modernidad que nos ha tocado vivir, considerando además, el ataque terrorista del 11 de septiembre del año 2001, a la nación de los Estados Unidos de Norteamérica; con esto de la globalización y el gran despliegue de la tecnología y recursos de las transnacionales del Imperio del norte, nos vemos avocados todos, absolutamente todos, a ser parte de una solución, porque además no debemos olvidar el azote a la humanidad que significan las drogas, con el agravante del desplazamiento de nuestros hermanos colombianos, que nosotros, sin ser parte de esos tipos de conflictos, nos vemos involucrados, y sin duda alguna nos afecta en diferentes ámbitos, por el cual el estado ecuatoriano, tiene que invertir y poner recursos humanos, logísticos y económicos, lo que se hace urgente, el armonizar con todos sus componentes, y uno de estos es la sociedad civil, de la cual somos sus integrantes. Ya que como “efecto domino” cual cascada, se presentan diferentes problemas o aristas, uno de ellos la corrupción, y el cumplimiento de los derechos y garantías para los ciudadanos y ciudadanas de este

estado, con el agravante de la falta de cultura para el cumplimiento de los compromisos de parte de la sociedad ecuatoriana, entre está falta de cultura, encontramos además el desconocimiento de la plenitud del ejercicio de las garantías plasmada en la Constitución de Montecristi 2008, lo que sumando lo heredado por más de 150 años de vida republicana, años regentados y administrados por una gama de seudos dirigentes, Políticos forjados, Terratenientes, Banqueros comprometidos por la llamada partidocracia de componendas y cacicazgo, desembocaron en la quiebra de las personas de clase media, con lo que perdieron sus ahorros y bienes de toda la vida, dejando a la postre una inseguridad jurídica y desconfianza de todo el andamiaje burocrático –administrativo - estatal, que inclusive persiste hasta el día de hoy, motivos que suman al costo social, esa confianza que tarda para recuperarse, pero que considero debe ser construida por todos, porque de ella nacerá el camino para llegar a la justicia, que todos aspiramos se concrete, especialmente en dar lo que se necesita, y es el devolver la Dignidad, la dignidad de los seres humanos.

De lo revisado de las normativas, tanto suprema, orgánica, y secundaria, se desprende lo dispositivo, pero por desconocimiento, temor u otros factores, no visibilizados en este nivel, pero que como corrillo, corre por los pasillos y plazas de las ciudades de todo el territorio nacional, no hay una debida aplicación, y la prueba de aquello son las cárceles colapsadas, lo que produce dos efectos: **Uno.-** Restringir los derechos de las personas privadas de la libertad; y **Dos.-** El gasto inconmensurable en construcciones de pabellones carcelarios, y la debida implementación de sistemas de protección y cuidados, así como de la instalación de servicios, a fin de atender a estos seres humanos, que pasan a ser dependientes en todo nivel y ámbito del estado ecuatoriano; sumando a esto el clamor de los familiares de los detenidos, la connotación social, y el temor de los ciudadanos en general, temor de verse envueltos en estos dilemas o la toma de represalias.

Dentro de este contexto, es el rol que tienen que asumir los Jueces y los Juristas de este país, que el de aplicar las normas instituidas y el de sumar propuestas para encontrar soluciones o por lo menos paliar estos azotes a

nuestro diario vivir, y que podamos decir somos dignos de ser llamados personas humanas, sin dejar atrás u olvidarnos de los seres humanos que por diversos motivos están restringida su libertad personal dentro de un centro de detención o las comúnmente denominadas cárceles.

### **6.3. Justificación**

Con este trabajo de investigación, pretendo demostrar el desconocimiento y falta de aplicación de las normas – principios, o de las normas – ley, tanto en lo de forma y en lo de fondo, es decir el desconocimiento de la Teoría de Los Derechos Fundamentales y falta de aplicación por parte de los jueces que deberían aplicarla acorde a la Constitución de la República 2008, especialmente sujetándose en los Arts. 195, 76 y 77, 11 armonizado con los Arts. 426, 427, y 428; así como de los ciudadanos inmersos en un asunto penal, y además llama la atención que cuando los Fiscales piden imponer medidas cautelares de Prisión preventiva a los procesados; los Defensores públicos y Abogados en libre ejercicios profesional, no agoten los recursos y litiguen en derecho, aunque la excusa o motivos, casi siempre son, la lentitud o no atención en la evacuación de los procesos, lo que de ser cierto, nos deja claro la mala práctica profesional o la nula capacidad y calidad de gestión, con la suma de una vieja práctica enraizada en el ejercicio de sus funciones y profesiones, que es la de pago de favores a través de tráfico de influencias o amistades, a fin de agilizar tal o cual proceso, lo que en su momento se denominó “la bufetización de la justicia” hechos bochornosos que todavía no se destierra del todo.

Ya que existe temor al denunciarlos, porque ahí sí “Nunca serán atendidos”. Con lo que se configuran los atropellos a los derechos de las personas involucradas en un proceso penal, los cuales son hechos consumados y cotidianos. Que es duro es cierto, pero todavía son parte de nuestras realidades.

Por lo que al Plantear esta propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, Parágrafo Tercero, que versa sobre la Prisión Preventiva se pretende ser más concreto respetando los Derechos Fundamentales, para que la labor de las o los Jueces de Garantías Penales a través de sus fallos y accionares, sean más apegados a derechos de humanos, respetando por lo tanto los derechos garantizados en la Carta Magna vigente, con énfasis en los derechos garantizados de las personas privadas de su libertad, antes, durante y después del proceso penal instaurado en su contra.

#### **6.4 Síntesis del Diagnóstico**

Por lo que, a fin de parar estos desconocimientos y abuso a la fe pública con el que se atropella los derechos humanos de los ciudadanos de nuestro país especialmente a los ciudadanos de nuestra ciudad que se ven inmersos en un proceso penal, y sobre todo el devolver la confianza en esta función del estado que es la Función Judicial, y el no dejarlos indefensos a todos estos actores del sistema penal, detectado con el presente trabajo de investigación jurídica, se presenta la Propuesta de una Reforma al Parágrafo Tercero del Código Orgánico Integral Penal. Reformando el Art.534 e incorporando un inciso innumerado posterior, donde se determina la excepcionalidad de la Prisión Preventiva, con el que se racionalizara su uso.

#### **.6.5. Objetivos**

##### **6.5.1. General**

Generar toda una cruzada nacional al rescate de los valores cívicos y morales, a través de difusión de los medios de información colectiva, a fin de

recuperar la confianza de que todas las acciones de las funciones públicas, se hacen apegada a derecho, con especificidad en la Función Jurisdiccional, pilar de la democracia, con respeto absoluto a los Derechos Humanos, garantizados en la Carta Magna vigente. La cual comienza con la Reforma al párrafo tercero del Código Orgánico Integral Penal, que versa sobre la Prisión Preventiva.

### **6.5.2. Específicos**

- Determinar en la exposición de motivos, las razones que fundamentan la propuesta de reforma.
- Determinar el marco constitucional en el que se inserta la propuesta de reforma a los preceptos jurídicos mencionados.
- Definir la propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, con lo cual seremos beneficiados, todos los estamentos de la sociedad ecuatoriana en general, y en particular las personas que al tener conflictos en el ámbito penal, se vean afrontadas a defenderse dentro de un proceso penal, el cual podría derivar a ser privadas de su libertad; y al mismo tiempo el ganar la confianza en la función judicial, por sus conocimientos y aplicación de los Derechos Fundamentales, y las normas – principios, así como las normas - leyes, acorde a nuestras costumbres realidades, necesidades, y doctrina del Neoconstitucionalismo, garantizadas en la Constitución de la república.

## **6.6. Descripción de la propuesta**

### **6.6.1. Desarrollo**

#### **EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL**

##### **Exposición de motivos**

Que, en el Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador 2008, se decide construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay.

Que, en el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, publicada en el R.O. 449 del 20 de octubre del año 2008, se determina que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución.

Que, el Art. 77, numerales 9. Y 11 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, señala la responsabilidad de Juezas y Jueces, en la aplicación y excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar

Que, el Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, señala la obligación que tiene la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Que la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Art. 1 señala que todos los seres Humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Que en esta declaración Art. 8 indica que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Y que toda persona tiene derecho, (Art.10) en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Así mismo el Art. 11 dice que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Que en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** de San José, Costa Rica, suscrito por el Ecuador, en su Art. 7 trata sobre el derecho a la Libertad Personal y a la seguridad personales. Y Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

QUE toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales; de los cuales los estados partes serán responsables.

Que en el Art. 8.2 sobre garantías Judiciales Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

Que, el numeral 2 del Art. 76 de la Carta suprema vigente, establece “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

Que, el Art. 169 de la Constitución vigente dispone “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagraran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificara la justicia por la sola omisión de formalidades.”

Que, en el Parágrafo Tercero del Código Orgánico Integral Penal, versa sobre la Prisión Preventiva, finalidad y requisitos de esta medida cautelar.

En uso de sus facultades constitucionales y legales Resuelve: Expedir la siguiente reforma al Parágrafo Tercero del Código Orgánico Integral Penal.

Reformando el Art.534 e incorporando un inciso innumerado posterior.

### **Reforma**

En el Art. 534.- **Excepcionalidad de la Prisión Preventiva.**- Considerando la excepcionalidad de esta medida, la o el Juzgador, deberá ponderar los principios de la Administración de Justicia, en armonía con los Derechos Fundamentales, incluyendo los elementos de Proporcionalidad, Idoneidad, y Necesidad, en la lesión causada a los derechos del agraviado, con el accionar o cometimiento del delito, por parte del procesado.

Agréguese e inclúyase después del Art. 534.

Art.554-a.- **Finalidad y Requisitos.**- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera motivada y fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de uno a cinco años.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, a los 20 días del mes de febrero del año 2015.

Esta reformar entrará en vigencia a partir de su publicación en el registro oficial.

Gabriela Rivadeneira

Presidenta de la Asamblea Nacional

## **6.7. Beneficiarios**

La presente propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal, guarda coherencia con derechos y garantías tutelados en la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por el estado de la República del Ecuador, por lo que tiene como beneficiarios a los ecuatorianos en general, y en particular a todas personas que actualmente se encuentran inmersas en un proceso penal o privadas de

la libertad; también son beneficiarias las familias donde existen estos casos y la sociedad en su conjunto.

La propuesta planteada en este capítulo, contribuirá a buscar la seguridad jurídica, propia de un estado Constitucional de derechos y Justicia social, soberano, independiente, unitario, que camina seguro a mejores días, alcanzando el ideal de nuestra nación el Sumak Kawsay.

### **6.8. Impacto social**

A través de la Propuesta, que será de gran impacto social, pues creará conciencia y mayor responsabilidad a los operadores de justicia y a los ciudadanos en general, lo que contribuiría a proteger los derechos y garantías constitucionales de las personas privadas de la libertad por el uso indiscriminado de la Prisión Preventiva como medida cautelar en el Cantón Quevedo y el país, conservando la armonía social.

## **6.9. BIBLIOGRAFIA**

LA BIBLIA, Por sus Frutos los Conoceréis; San Mateo capítulo 7, versículos del 16 al 20; La Biblia, Sociedades Bíblicas Unidas, Impreso en Corea 2003.

### **Legislación Nacional**

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DEL ECUADOR, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, Quito, Editora Nacional 20 octubre 2008.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, Comisión de Legislación y Fiscalización Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, segundo suplemento R.O. No. 52 del 22 de octubre 2009.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, Comisión de Legislación y Fiscalización Ley Orgánica de la Función Judicial, Suplemento R.O. No. 544 del 9 de marzo 2009.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, Comisión de Legislación y Fiscalización Código Orgánico Integral Penal; R.O. No. 180 suplemento del 10 de febrero 2014.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, Comisión de Legislación y Fiscalización, Código de la Democracia, Suplemento R.O. 578 del 27 de abril 2009, Editora Nacional, Quito.

CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO, Editorial Jurídica del Ecuador, Miguel de Trujillo No. E5-55, Quito, edición 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia, caso N.º 006-12-SCN-CC, respecto a la pena en drogas; Jueza constitucional sustanciadora Dra. Nina Pacari Vega; EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CASO N.º 0015-11-CN.-

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Ética Judicial/. -1ª ed.- Quito, Corte Nacional de Justicia Ecuador, Imprenta de la Gaceta Judicial año 2014.

### **Doctrina**

ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Plaza de la Marina Española, 9 Primera reimpresión 2010 Madrid.-

BUSTAMANTE FUENTES, Colon, “Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Primera edición 2012.

BUSTAMANTE FUENTES, Colon, “Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo Derechos y Garantías” Tomo I y II, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Primera edición 2011.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, editorial Heliasta S.R.L. Bs.As. Argentina vigésima edición 2011.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, editorial Trotta.- Madrid. Segunda edición 1997.

FERRARI YAUNNER, Májela, La Seguridad Jurídica, Reflexiones lusfilosóficas, Facultad de Derecho de Universidad Técnica Estatal de Quevedo Revista Jurídica “Foro”, No. 3 de noviembre 2013.

GALEANO, Eduardo Las Venas Abiertas de América Latina, Editorial Kilico, 2004.-

PRIETO VALDEZ, Martha, La Independencia Judicial: Presupuesto de Imparcialidad, Seguridad y Justicia, Facultad de Derecho de Universidad

Técnica Estatal de Quevedo. Revista Jurídica “Foro”, No. 3 de noviembre 2013.

SANIN RESTREPO, Ricardo Teoría Crítica Constitucional 2 Del Existencialismo Popular a la Verdad de la Democracia, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Imprenta V y M Graficas, Quito Ecuador agosto 2012.-

VALLEJO TORRES, William Franklin, La Flagrancia Como Fundamento para la Aprehensión y Detención, segunda Edición 2013.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso Delincuencia Organizada Transnacional, Doctrina Penal Constitucional y Practica Penal; Edilex S.A. Guayaquil – Ecuador 2011.-

ZAVALA EGAS, Jorge, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica; Edilex S.A. editores.- Guayaquil – Ecuador 2010.-

ZAVALA EGAS, Jorge, Teoría y Práctica procesal Constitucional; Edilex S.A. editores.- Guayaquil – Ecuador primera reimpresión mayo 2011.-

ZAVALA EGAS, Jorge, Lecciones de Derecho Administrativo; Edilex S.A. editores.- Guayaquil – Ecuador primera edición año 2011.-

## **LINKOGRAFIA**

### **Tratados Internacionales de Derechos Humanos**

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de Derechos Humanos, Proclama y Aprobación el 10 de diciembre de 1948.-

ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, *Aprobada el 26 de agosto de 1789.*

CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/convencionamericanaderechoshumanos.pdf>

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013>.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011>.

CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) Vs. Ecuador 28 agosto 2013; [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_268\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf)

### **Legislación de la Republica de Colombia**

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombia>.

NUEVO CODIGO PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIA Congreso de la república; [www.encolombia.com](http://www.encolombia.com) <http://www.uasb.edu.ec/UniversidadAndinaSimónBolívarEcuador>; Ley 906 de 2004

SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

## **Legislación de los Estados Unidos Mexicanos**

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, TEXTO VIGENTE Última reforma publicada DOF 07-07-2014. Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. HTTP//www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htmhttp://www.diputados.gob.mx/

CODIGO PENAL FEDERAL- MEXICO info4.juridicas.unam.mx/ijure Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

## **Doctrina**

ATIENZA, Manuel, Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica, Universidad Autónoma de México, segunda reimpresión, 2005.-

ALEXY, Robert La Fórmula del Peso. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional; La Racionalidad de La Ponderación: www.minjustica-ddhh.gov.ec. 1ra. Edición: diciembre 2008

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Neoconstitucionalismo y Sociedad, de la serie Justicia y Derechos Humanos, libro colectivo 1ra. Edición: agosto 2008 Imprenta: V&M Gráficas.- Quito, Ecuador, 2008

ANDRADE UBIDIA, Santiago, y ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando; La Transformación de la Justicia ecuatoriana; Editores de la serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y sociedad.- Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171) Quito, Ecuador, 2008.- 1ra. Edición: abril de 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional; La Racionalidad de La Ponderación: www.minjustica-ddhh.gov.ec. 1ra. Edición: diciembre 2008

CARBONELL, Miguel, Editor; El principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Libro Colectivo de la serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad: [www.minjustica-ddhh.gov.ec](http://www.minjustica-ddhh.gov.ec) ISBN: 978-9978-92-686-4; Derecho de autor: 030134 Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171) Quito, Ecuador, 2008 1ra. Edición: diciembre 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, El Oficio del Jurista, (coord.), Madrid, Siglo XXI Editores, 2006, XVIII-284 pp. Publicado y citado Revista Jurídica Boletín No. 121.- Mexicano de Derecho Comparado Biblioteca Jurídica Virtual- UNAM.-

<sup>3</sup>FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías La Ley del más débil, cuarta edición, 2004 editorial Trotta.- Madrid. Centro Universitario de Baja California <http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/30.%20Derechos%20Y%20Garantias%20%28La%20Ley%20Del%20Mas%20Debil%29%20-%20Ferrajoli.pdf>

<sup>1</sup>GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, Constitucionalismo en Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional [publicaciones@cce.gob.ec](http://publicaciones@cce.gob.ec) Imprenta: V&M Gráficas Quito, Ecuador, marzo 2012

KANT, Immanuel, Crítica de la Razón Práctica, de la serie Libera los Libros Traducción de J. Rovira Armengol Edición cuidada por Ansgar Klein Título del original alemán: *Kritik der reinen Vernunft* © Editorial La Página S.A. Editorial Losada S.A. Buenos Aires Todos los derechos reservados. ISBN: 987- 503-349-9. Año 2003.

<sup>7</sup> KANT, Inmanuel, Fundamentación de la Metafísica de Las Costumbres 1.921 [http://pmrb.net/books/kantfund/fund\\_metaf\\_costumbres\\_vD.pdf](http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf)

<sup>13</sup>PRIETO SANCHIS, Luis, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, Universidad Autónoma de Madrid;

<http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111%28201-228%29.pdf>

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos Derecho y Emancipación / 1a reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición; [http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/derecho\\_y\\_emancipacion](http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/derecho_y_emancipacion). Año2012.

MOISSET DE ESPANES, Reflexiones sobre la Llamada Escuela de La Exegesis, Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social Derecho y Cambio Social volumen 15

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista013/EXEGESIS.pdf>

BARRIOS GONZALEZ, Boris, Teoría de La Sana Crítica

[http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria\\_de\\_la\\_sana\\_critica\\_Boris\\_Barrios.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf)

FRANCO DE LA CUBA, Carlos Miguel **La Interpretación de la Norma Jurídica**, Abogado. Reg. C.A.L. N° 17470.E-mail: [cfranco@cal.org.pe](mailto:cfranco@cal.org.pe); [cfdelac@hotmail.com](mailto:cfdelac@hotmail.com)

GARCÍA FALCONÍ, José Carlos, “El Derecho Constitucional a la Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva en el Ecuador”; tesis dentro del Programa de Maestría en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar -Ecuador año 2009.-

<sup>6</sup> HOBBS, Thomas, El Leviatán 1.650, FONDO DE LA CULTURA ECONOMICA, MEXICO 1994

[http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes\\_-\\_Leviatan.pdf](http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes_-_Leviatan.pdf)

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, selección y formación inicial del juez; escrito ensayo del Juez Español, publicado en la Web.-

JIMÉNEZ VERGARA, Leonardo David, El Derecho a la Resistencia en el Ecuador, Revista Jurídica "Foro", No. 3 de noviembre 2013, de la Facultad de Derecho de Universidad Técnica Estatal de Quevedo.

MINISTERIO DE LA JUSTICIA DE BAYER, ALEMANIA, EL TRIBUNAL MILITAR DE NUREMBERG, BAYERISCHES STAATS MINISTERIUM DER JUSTIZ [https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj\\_internet/gericht\\_e/oberlandesgerichte/nuernberg/imt\\_int/flyer\\_sp.pdf](https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gericht_e/oberlandesgerichte/nuernberg/imt_int/flyer_sp.pdf)

PASARA, Luis, El Uso de Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos; [http://www.justiciaoads/downloads/2012/07/2\\_El\\_Uso\\_de\\_los\\_instrumentos\\_internacionales.pdf](http://www.justiciaoads/downloads/2012/07/2_El_Uso_de_los_instrumentos_internacionales.pdf)

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, publicado en *Diritti&questionipubbliche* - n.2 agosto 2002.-

PRIETO SANCHIS, Luis, NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACION JUDICIAL págs. 201 a la 204; LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID, <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111%28201-228%29.pdf>

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, <http://www.rae.es/> -7-3-2006.

ROUSSEAU, Jean Jacob, EL CONTRATO SOCIAL, CAPITULO I y VI: DEL PACTO SOCIAL, Págs. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID, <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/bas/utopia/html/rousseau.htm>

PETZOLD PERNIA, Hermann Subsunción, Hermenéutica y Argumentación en Derecho. Filosofía del Derecho

Colombia;<http://exordio.qfb.umich.mx/archivos%20pdf%20de%20trabajo%20umsnh/libros/3397759-Argumentacion-Juridica.pdf>

SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias penales, ensayo Situación General de las Prisiones, en la actualidad a nivel nacional (mexicano), perteneciente al Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.-

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, citado por, en Video conferencia Derecho Penal del Enemigo y la Impronta del Terrorismo, en el Congreso Internacional de Guayaquil del 2005; según posición de los profesores Gunther Jacobs, Claus Roxin, Luigi Ferrajoli, Francisco Muñoz Conde, Eugenio Raúl Zaffaroni, Cancio Meliá, Luis Gracia Martín, Carlos Parma, entre otros <https://www.youtube.com/watch?v=rJjgsmmR3jA>; **Publicado el 19/6/2014.**

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, La función de Los Jurista en el Estado, Universidad de La Rioja España.-Nombre del archivo Rep\_007-008\_200 pdf. <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es>

ZEPEDA LECUONA, Guillermo El Uso excesivo e Irracional de la Prisión Preventiva en México.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf>

WITTGENSTEIN, Ludwig, TRACTATUS LOGICO PHILOSOPHICUS, UNIVERSITAT D BARCELONA, [http://www.ub.edu/procol/sites/default/files/Wittgenstein\\_Tractatus\\_logico\\_philosophicus.pdf](http://www.ub.edu/procol/sites/default/files/Wittgenstein_Tractatus_logico_philosophicus.pdf), págs. 1 a la 4.

## HEMEROGRAFIA

ANSALDO BRIONES, Cecilia, Ciudadania, Editoralista Diario el Universo pág. 8, publicación día 13 julio 2014

ACTUALIDAD SOBRE COIP, Capacitacion lista para la vigencia de Ley Penal, pág. 2 Diario El Universo 13 de julio 2014.

<sup>28</sup> ZUÑIGA, Lady, Ministra de Justicia Inquietudes por el Uso de Brazaletes en Presos, reportaje de Seguridad pág. 14 Diario El Universo Domingo 27 de Julio 2014.-

DIARIO EL UNIVERSO, Sección Seguridad, Cuartel Modelo Desaparece Tras Firma de convenio entre Ministro del Interior y Presidente del Consejo de la Judicatura, 10 de octubre 2014, pág. 10

*Frase célebre. -*

*"Ninguna rama de la Ciencia vive sin respirar Filosofía, pero esta necesidad es sentida por el Derecho más que por cualquier otra... el jurista se convence cada vez más de que, si no sabe más que Derecho, no alcanza a conocer siquiera el mismo Derecho."*

*Francisco Carnelutti.*

## ANEXOS

### HEMEROGRAFIAS

Domingo, 27 de julio, 2014

#### **Inquietudes por el uso de brazaletes en presos**

Quito

Que los brazaletes electrónicos para Personas Privadas de la Libertad (PPL) no se conviertan en un estigmatizante es la preocupación que tienen organismos de derechos humanos y especialistas del derecho sobre el uso de estos dispositivos.

En quince días entrará en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), que en su transitoria 19 dispone: “El Ministerio de Justicia (...) en coordinación con el Consejo de la Judicatura, en el plazo de ciento cincuenta días, contados desde la publicación en el Registro Oficial de este Código, pondrá en funcionamiento los dispositivos de vigilancia electrónica y su respectiva plataforma”.

Esto ya fue confirmado por la ministra de Justicia, Ledy Zúñiga, a inicios de esta semana, en la Asamblea Nacional, donde anunció que unos 5.600 PPL podrían aplicar en una primera fase a este nuevo sistema y abandonar las cárceles. Actualmente hay cerca de 26.000 personas en los reclusorios del país y la aplicación de este sistema descongestionaría en un 20% la capacidad carcelaria.

Elsie Monge, directora de la Comisión Ecuménica de los Derechos Humanos (Cedhu), comparte parcialmente la intención de las autoridades para evitar el hacinamiento con el uso de este dispositivo.

“Esa no es la única solución. En el país hay un abuso en la aplicación de la prisión preventiva. En cuanto detienen a alguien le mandan a prisión, muchas personas siendo inocentes”, explicó Monge.

En un documento consultivo solicitado por Panamá sobre la aplicación de este dispositivo, la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) establece varios puntos a favor y en contra.

La UNODC señala que las corrientes favorables destacan que los brazaletes garantizan procesos de rehabilitación porque permiten al interno desarrollarse en su entorno familiar, además de proteger su intimidad en comparación con lo que sería su encarcelamiento.

En tanto que los opositores a la medida consideran que se promueven la humillación y estigmatización, además de expandir el control por parte del Estado, entre otras cosas.

El penalista Ramiro Román dice que esta debe ser una de las medidas por tomarse dentro de la política criminal del Estado. Pero advierte que “el uso de este dispositivo debe ir acompañado de un proceso de reinserción social y no solo de vigilancia”.

Propone, además, que haya fianzas de montos elevados en ciertos delitos para garantizar la presencia del sospechoso durante el proceso.

La ministra Zúñiga, sin embargo, defiende la aplicación del brazalete al considerar que evitaría que los procesados por delitos menores sean encarcelados, y que protegería a víctimas, por ejemplo, de violencia doméstica, cuyos agresores tienen órdenes de alejamiento.

La Cedhu considera que la decisión de usar o no el dispositivo electrónico debe ser potestad exclusiva del sospechoso de haber cometido un delito y no una disposición de la justicia.

## **5.600**

Reclusos estarían en condiciones de usar los brazaletes electrónicos y dejar la cárcel.

### **Dispositivo**

#### **Sistema**

#### **Arrestos**

#### **domiciliarios**

El Ministerio de Justicia dice que al año en el país hay unos 100 arrestos domiciliarios, para los cuales se destinan 200 policías que generan un gasto en sueldos de \$ 2'184.000.

#### **Ahorro**

#### **en**

#### **recursos**

Con el nuevo sistema, el Estado dejaría de entregar a las cárceles \$ 8'751.000 por los 5.600 PPL que también se incorporarían al uso del brazalete electrónico.

### **Brazaletes**

Países como Colombia, Brasil y Chile usan brazaletes.

Domingo, 13 de julio, 2014

## **Ciudadanía**

Todos sabemos que la ciudadanía es una condición que se ejerce en la dinámica de los deberes y los derechos, tiene una larga historia y nos da el instrumento conceptual más eficaz para el anhelo de una sociedad con bases en la igualdad. Naturalmente, tiene que estar legislada y constituir la columna vertebral de la educación para hacerse carne y sangre en la conciencia individual. Teoría, pura teoría. En la selva cotidiana –la metáfora responde al deseo de nombrar la lucha por la supervivencia–, las huellas de quienes se internan por los frondosos senderos muestran que avanzamos atropellando.

Basta mirarle el rostro a la vida nacional un día cualquiera. Me gusta madrugar para recorrer sin prisas la ciudad e ir apreciando los inicios afanosos. Lástima que el primer signo de afán sea toda clase de contravenciones de tránsito. Algo está mal en el manejo del tiempo de los conductores, porque lo común es ver a desahogados choferes pasándose las luces rojas, invadiendo la vía de la circulación pública, adelantando por la derecha. Interpreto que son universitarios o padres de familia con vehículos llenos de niños. A esa hora, los vigilantes brillan por la ausencia o cuando están, se los ve tan adormilados que cualquier cosa puede pasar ante los ojos de ellos. Sé que no es deber aquel que tiene que cumplirse frente a la autoridad, sino el que emana de nuestra conciencia.

Detalles, porque la existencia real está poblada de ellos. A hora parecida se mueven los expresos escolares, los amigos que se ayudan mutuamente con el transporte de los estudiantes. Buena parte de ellos usa la bocina para llamar a sus clientes sin la menor consideración. El rostro ruidoso de la ciudad es muy temprano. Pese a todos los cuidados de limpieza que ha puesto la empresa encargada, por algunos sectores son foco de fealdad las bolsas de basura sacadas a destiempo o los rezagos que dejaron los chamberos y no fueron suficientemente desaparecidos.

Hace rato nos quejamos de la falsa ocupación de aquellos que se autodenominaron “cuidacarros” (una ciudad que los necesite debe avergonzarse de sí misma), porque son el sello evidente de la deshonestidad abierta y de la arbitrariedad. Con bonos de pobreza, preferencia por los sectores desfavorecidos y ayudas de todo tipo, este país no reduce sus niveles de delincuencia y nos obliga a “cuidarnos” invirtiendo en alarmas, cercado eléctrico, cadenas y candados. Hay barrios en cuyas

casas todas las puertas y las ventanas están reforzadas, dando muestra de cuánto robo se produce dentro de ellos.

¿Qué hacemos el común de los mortales para que estas cosas no ocurran?  
¿Nuestra cuota en impuestos es la contribución para combatir –primero con educación, luego con oportunidades de trabajo y por último, con control– el desorden agresor de nuestro derecho a vivir en paz y a mantener nuestras pertenencias?

La maquinaria política que se mueve en torno de los derechos y deberes de los ciudadanos es compleja y falaz, falaz porque se levanta en las fechas de sufragio a costa de ofrecernos aquello que necesitamos, y luego somete a sus conveniencias esas necesidades colectivas. En esa malla estamos enredados, en esa red de hilos nos mueve el gobierno de turno.

Domingo, 31 de agosto, 2014

## **El COIP y los derechos humanos**

**Fernando Gutiérrez Vera**

*Este artículo forma parte de **Opiniones sobre el COIP***

Después de la Constitución el Código Penal es el más importante cuerpo legal que pueda darse en cualquier país. Establece, modela, limita o prohíbe comportamientos personales que se puedan considerar contrarios al orden jurídico porque violan o amenazan violar los derechos individuales y colectivos de los miembros de una sociedad; define cómo debemos relacionarnos los ciudadanos unos con otros señalando lo que es malo, constituye infracción y se vuelve objeto de sanción o pena; lo que está fuera de ese marco está permitido, es lo bueno. Con lo dicho, el Código Penal establece un orden social deseable y sujeta a todos los ciudadanos a ese orden (que así se convierte en político). La Constitución contiene valores, principios, normas y reglas a las cuales deben sujetarse todas las demás normas vigentes en el país, y por derivación directa todos los actos del poder público. Bajo su imperio se coloca la totalidad del orden jurídico-político del cual forma parte el Estado, sin que nada pueda apartarse en lo más mínimo de sus preceptos.

Este es el principio de supremacía constitucional, respetado en todo el mundo y consagrado en los artículos 424 y 425 de la CRE; artículos que además colocan a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos en el mismo nivel jerárquico que la propia Constitución y subordinan a todas “las leyes orgánicas u ordinarias, normas regionales, decretos y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. Todas.

Consecuentemente con lo dicho, la Constitución de la República del Ecuador, CRE, le dicta al Estado varios deberes primordiales, de los cuales el primero consiste en “garantizar... el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales” (art. 3.1), obligación que se repite en el art. 11.9. Esta es la razón de la existencia del Estado y el fundamento central de su organización y su accionar. Con ello se establecen las bases del modelo de Democracia Constitucional definido en el art. 1 CRE, que los ecuatorianos escogimos al aprobar en referéndum la Constitución vigente. La pregunta que surge es: ¿Cumple el nuevo Código Integral Penal estas condiciones de constitucionalidad? ¿Se ajusta su contenido al modelo constitucional que nos rige?

El COIP es esencialmente punitivo, castigador y en esto no tiene nada de nuevo, más bien significa un retroceso, pues recoge antiguos modelos – fracasados– de Derecho Penal en clara superación en los países que siguen una tradición jurídica laica, democrática y garantista. En ellos, la idea y la práctica del castigo van siendo reemplazadas por el concepto central de rehabilitación, profundamente humanista, que considera al delincuente como un ser humano cuyas conductas equivocadas pueden ser materia de rectificación mediante procesos de reeducación que favorezcan su reinserción social, ofreciéndole oportunidades de trabajo y servicio a la colectividad en vez de recluirlo y apartarlo de ella. La Constitución de Montecristi recoge ese concepto cuando incluye a los privados de libertad entre los grupos de personas que merecen atención prioritaria y les reconoce derechos específicos en el art. 21 (algunos de los cuales sufren actualmente severas restricciones). Y en los artículos 201, 202 y 203 crea y desarrolla un “sistema de rehabilitación social” para reemplazar al obsoleto e inhumano sistema penitenciario (de apartamiento y reclusión) que por desgracia no ha dejado de existir.

El COIP crea un montón de nuevos tipos delictivos y como regla general los castiga con penas aún más drásticas que las anteriores, incluso en situaciones que no merecen privación de libertad sino sanciones

económicas, reparación del daño causado y mejor aún, prestación de servicios sociales. Son ejemplo de lo dicho algunas infracciones de tránsito, el maltrato a mascotas, el incumplimiento de obligaciones civiles o laborales; y los delitos que castigan la protesta social y convierten en delincuentes a luchadores sociales. Así llenará las cárceles de inocentes y culpables y nos colocará a todos en situación de sospechosos.

Sábado, 6 de septiembre, 2014

## Aplicación del COIP (III)

**Nuestro**

**invitado**

**Jorge Zavala Egas**

En nuestra reciente obra acerca del COIP afirmamos que para imputar un delito ahora, como primer paso, se debe constatar el rol del agente ya que “si no existe la posición de garante, sea en la acción u omisión, no tiene base la imputación”; aseveramos que, como segundo paso, se debe determinar si el agente-garante “actuó dentro del riesgo permitido o creó un riesgo prohibido, pues, de haber actuado en riesgo permitido no hay imputación” (p. 466). Luego, para ser procesados por un delito debemos cuidar el cumplimiento de las normas que regulan nuestra propia competencia para actuar, además, de los deberes que surgen de la institución a la que pertenecemos y, por esta razón, podemos afirmar que, aplicando el COIP, no se imputa el resultado causado por la persona, sino cuando se defraudan las normas con las que la sociedad nos torna garantes de determinados bienes jurídicos.

En esta última publicación de la serie ejemplifiquemos a los periodistas que tienen su rol determinado por normas generales y comunes (no causar daño a otro), así como preceptos institucionales definidos (Ley de Comunicación) y esas reglas, a su vez, por su función y finalidad de proteger determinados bienes jurídicos, sitúan en posición de garantes a los profesionales de la comunicación de algunos como honor, no discriminación, reserva informativa, etc. La consecuencia que se extrae es que un periodista solo puede ser imputado de la comisión de un resultado típico, verbigracia, de odio, de calumnia o el que vulnera la restricción comunicacional acerca de niños, si el fiscal concluye en que este sujeto ha creado o incrementado un riesgo prohibido (arts. 22, 23, 25 y 28 COIP), esto es, si ha infringido alguna

norma general, estatutaria o deontológica vigente al momento de producir la lesión al bien jurídico protegido.

Por ejemplo, la información que la epidemia actual es propalada por la raza "X" sin sustento alguno, lo cual es violencia psicológica de odio (art. 177 COIP); la publicación de los datos de la niña secuestrada (art. 180 COIP); o, el reportaje sobre un candidato a quien se le atribuye un delito por el que no ha sido sentenciado, es calumnia (art. 182 COIP), todas son conductas que se adecuan a los tipos penales, pero ello no es suficiente, faltó previamente determinar si los periodistas infringieron alguna norma general, estatutaria o deontológica al hacer de dichos reportajes noticia pública. Solo si los periodistas defraudaron las expectativas que esas normas tenían sobre sus comportamientos, se puede afirmar que faltaron a su común rol de garantes de los bienes jurídicos protegidos y que, consecuentemente, crearon riesgos prohibidos que se concretaron en los resultados causados. Si no se constata la infracción a las normas, no hay forma de imputar los resultados a las conductas que no son penalmente relevantes. En los casos: si el periodista que difundió la noticia sobre la responsabilidad de la raza "X", se basó en un informe médico científicamente acreditado; si el que afirmó que el candidato "Y" cometió el delito de contrabando se apoyó en una información del SENA que no fue desmentida por el interesado o si la información es un pedido de la propia familia de la niña, ninguno infringe la norma que regula su rol o actividad, no son creadores de ningún riesgo prohibido y, por lo tanto, ejecutaron conductas en riesgo permitido que son penalmente irrelevantes. Se trata, en definitiva, de cumplir los roles sociales normativos para que no exista imputación penal.

El ejemplo puede ser otro: si un taxista conduciendo a dos pasajeros escucha que el uno dice al otro "apenas salgas del vehículo vas directo donde el canalla y le disparas", lo cual no fue impedimento para que el chofer siga conduciendo a la dirección solicitada a la que llegó donde, efectivamente, suceden los disparos y la muerte de la persona. El taxista no puede ser imputado del homicidio a ningún título, pues, no infringió ninguna norma inherente a su rol de taxista y, en situación tal, no era garante de la vida de la víctima, por el contrario, fue garante de la vida de los pasajeros.

Con la vigencia del COIP, obligatoriamente, todos en nuestros respectivos roles estamos sometidos al deber de cuidado en el cumplimiento de las normas que nos convierten en garantes de los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Si esta nueva forma de realizar el juicio de tipicidad de las conductas que impone el COIP es correctamente aplicada por los fiscales antes de la formulación de cargos o de acusar; por los jueces de garantías penales al momento de la etapa preparatoria de juicio; o, por los tribunales penales al momento de dictar sentencia, se incrementarán los resultados que, no obstante estar descritos en las figuras penales, no pueden ser imputados a los comportamientos atípicos por ser penalmente irrelevantes.

*Con la vigencia del COIP, obligatoriamente, todos en nuestros respectivos roles estamos sometidos al deber de cuidado en el cumplimiento de las normas que nos convierten en garantes de los bienes jurídicos penalmente protegidos.*

Domingo, 13 de julio, 2014

## **Capacitación lista para la vigencia de ley penal**

Quito

A un mes de que entre a regir el Código Orgánico Integral Penal, el Consejo de la Judicatura (CJ) dejó todo listo –en cinco áreas– para la aplicación de la normativa.

Este código fue aprobado por la Asamblea y publicado en el Registro Oficial el 10 de febrero pasado. En la norma se da a la Judicatura 180 días para cumplir con ciertos requisitos que permiten poner operativo el Código, y ese plazo vence el 10 de agosto próximo.

En menos de los seis meses que le otorga el Código Penal, el Consejo se centró en capacitar, designar jueces y fiscales e implementar la mediación para las causas de adolescentes infractores. También organizó poll de jueces para los tribunales penales y dotó de infraestructura y tecnología a juzgados para asegurar la implementación del juicio oral.

Para el presidente del CJ, Gustavo Jalkh, uno de los puntos centrales fue la capacitación a 6.000 operadores de justicia: jueces, fiscales, defensores

públicos y Policía Judicial. Y la Escuela de Capacitación preparó en línea a los abogados privados y a la ciudadanía.

Esto quiere decir que “el tema está superado”, según el vocal del CJ Néstor Arbo. “Estamos listos desde el punto de vista de la infraestructura y tecnología para grabar las audiencias, considerando que el Código Penal dispone la elaboración del acta resumen”.

La capacitación continua vía presencial o informática, dijo el fiscal de Tungurahua, Rubén Guevara, para quien no existen temas polémicos en la norma y su aplicación acelerará el trámite de los delitos flagrantes.

En esa misma línea se pronunció el coordinador de jueces de la Unidad Penal de Ambato, Cristian Rodríguez, quien participó de cursos en el país y en el exterior para profundizar en el conocimiento de los nuevos delitos. Igual lo hizo Patricio Riofrio, juez del Tribunal Penal de esa misma jurisdicción.

Para el presidente de la Corte del Azuay, Mauricio Larriva, habrá que esperar la vigencia del Código para determinar si fue o no suficiente la capacitación. Larriva, al igual Byron Guillén, juez del Tribunal Penal Único de Portoviejo, descarta que exista artículos polémicos. “La nueva normativa es garantista en los derechos de las partes”, dijo Larriva.

Aunque un juez de primer nivel de Quito, que pidió la reserva, dijo que la capacitación fue general y no profundizó sobre las nuevas teorías y concepciones de la ley.

También habría descontento en el gremio de abogados de Quito, cuyo presidente, José Alomía, sostiene que existen contradicciones con la Constitución, en el tema de la justicia indígena y el carácter multicultural y plurinacional del Estado, pues normas del Código desconocen ese carácter. Y que este regirá con alrededor de 200 y 250 tipos penales que antes no existían. “Es difícil avizorar lo que ocurrirá con la administración de justicia” cuando entren en rigor las normas, dijo.

Viernes, 10 de octubre, 2014

## Cuartel Modelo desaparece tras firma

En cuatro meses el edificio principal de la Unidad de Vigilancia Centro, conocida como Cuartel Modelo de Policía, donde funciona la Unidad de Flagrancia, se convertirá en el nuevo Complejo de Justicia y Seguridad Ciudadana de Guayaquil.

Esto, por un convenio interinstitucional firmado ayer por el ministro del Interior, José Serrano, y el presidente del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), Gustavo Jalkh.

El acuerdo consiste en la desocupación de los dos pisos que actualmente usa la Policía para darle paso al nuevo personal judicial. Andrea Bravo, directora general del CNJ, informó que a la nueva unidad se sumarán 22 jueces, 22 secretarios, 44 ayudantes judiciales, 15 fiscales, 22 agentes de la Policía Nacional, 38 agentes penitenciarios y ocho defensores públicos.

El nuevo complejo contará con diez salas de audiencias, un nuevo Tribunal Penal, una cámara de Gessel, entre otros espacios técnicos.

El ministro José Serrano explicó que con el nuevo complejo judicial se busca terminar con la denominación de cuartel modelo. “Vamos a terminar con estas instalaciones que existían en el cuartel modelo. El famoso SIC (Servicio de Investigación Criminal) y de todas esas unidades que en realidad lo único que hicieron fue generar esa manipulación de nuestra Policía”, sostuvo.

Serrano indicó que el personal policial que hoy ocupa las instalaciones será ubicado en la parte posterior del complejo. “Este es el cierre definitivo del ex - cuartel modelo”.

Mientras, Gustavo Jalkh dijo que en las instalaciones de la Policía Judicial, ubicadas en el suroeste, se abrirá una Unidad de Flagrancia, así como en el complejo del c.c. Albán Borja.

Anunció que en los cantones Durán, El Empalme, Naranjal y Naranjito se construirán otras unidades de flagrancia.

REPUBLICA DEL ECUADOR  
SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOS  
RIOS CON SEDE EN EL CANTON QU

Juicio No:12102-2013-0598 Casillero No: 127

QUEVEDO, 16 de Enero del 2015  
A: BALON VERGARA WILSON JHONNY  
Ab(a):

Hago Saber.- En el Juicio que sigue FISCALIA, RAMIREZ ANZULES ANGELICA LOURDES en contra de BALON VERGARA WILSON JHONNY, BALON VERGARA WILSON JHONNY hay lo siguiente.-

VISTOS: Atendiendo la razón sentada por la secretaria de ingresos de causas de la Sala, con la recepción del proceso y la ejecutoria de la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Militar, Penal Policial y Transito, en la que declararon procedente el recurso de casación y se corrige el error de derecho por indebida aplicación del artículo 512.3 del Código Penal y declara al recurrente ciudadano Wilson Jhonny Balón Vergara, autor y responsable del delito de violación tipificado en el artículo 512.3 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 ibídem, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria; avocamos conocimiento de la presente causa. Se dispone: 1.- Póngase en conocimiento de las partes la recepción del proceso. 2.- Remítase el proceso al órgano jurisdiccional de origen, para la ejecución de la sentencia y por haberse culminado con la tramitación de la causa, el Secretario Relator de la sala, proceda al archivo del expediente llevado por la sala. 3.-Actué el señor abogado Gabriel Moreno Cortez Secretario Relator encargado. NOTIFIQUESE

Lo que notifico para fines de ley

## FOTOS DE ENTREVISTAS Y ENCUESTAS











