

UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES

- UNIANDES-



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

**ARTÍCULO CIENTÍFICO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**

TEMA:

**LA SUSTITUCIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS CASOS DE
REINCIDENCIA FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DEBIDO
PROCESO**

AUTOR: MASABANDA AGUIAR JOHN KEVIN

TUTOR: DR. MAYORGA DÍAZ LENIN ALBERTO, MG.

AMBATO - ECUADOR

2022

APROBACIÓN DEL TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

CERTIFICACIÓN:

Quien suscribe, legalmente **CERTIFICA QUE:** El presente Trabajo de Titulación realizado por el señor **MASABANDA AGUIAR JOHN KEVIN**, estudiante de la Carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, con el tema: **“LA SUSTITUCIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS CASOS DE REINCIDENCIA FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DEBIDO PROCESO”**, ha sido prolijamente revisado, y cumple con todos los requisitos establecidos en la normativa pertinente de la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDES”, por lo que apruebe su presentación.

Ambato, agosto del 2022


DR. MAYORGA DÍAZ LENIN ALBERTO, Mg.
TUTOR

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, **MASABANDA AGUIAR JOHN KEVIN**, estudiante de la Carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, declaro que todos los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**, son absolutamente originales, auténticos y personales, a excepción de las citas, por lo que son de mi exclusiva responsabilidad.



Ambato, agosto del 2022

Masabanda Aguiar John Kevin

C.I: 1805009337

AUTOR

DERECHOS DE AUTOR

Yo, **MASABANDA AGUIAR JOHN KEVIN**, declaro que conozco y acepto la disposición constante en el literal d) del Art. 97 del Estatuto de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, que en su parte pertinente textualmente dice: El Patrimonio de la UNIANDES está constituido por: La propiedad intelectual sobre las investigaciones, trabajos científicos o técnicos, proyectos profesionales y consultaría que se realicen en la Universidad o por cuenta de ella.

Ambato, agosto del 2022



Masabanda Aguiar John Kevin

C.I: 1805009337

AUTOR

TEMA: LA SUSTITUCIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS CASOS DE REINCIDENCIA FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DEBIDO PROCESO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Retos, Perspectivas y Perfeccionamiento de las Ciencias Jurídicas en el Ecuador.

- El ordenamiento jurídico ecuatoriano, presupuestos históricos, teóricos, filosóficos y constitucionales.

RESUMEN

El principio de supremacía constitucional estipula que toda norma de jerarquía inferior debe guardar conformidad con las disposiciones constitucionales. Con la investigación se demostró que el inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, es contradictorio a la norma suprema porque existe una discriminación notoria por la limitante de sustituir la prisión preventiva en casos de reincidencia a las personas procesadas que han cometido una infracción penal por segunda ocasión. El artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador indica que se interpretara al tenor literal con lo que más ajuste a la carta magna en su integralidad. Hay que tomar en cuenta lo establecido en el artículo 3 numeral 1 de la norma en mención que busca garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Aquí surge la inconstitucionalidad, por un lado el estado dentro de su normativa penal vigente limita el uso de la sustitución de la prisión preventiva en caso de reincidencia y al estar en contra de la norma suprema es inconstitucional, esto provoca una inseguridad jurídica, desigualdad, por lo que no existe un control constitucional idóneo de las normativas de jerarquía inferior dando origen a que se vulneren derechos constitucionales como la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y el debido proceso.

Palabras claves: Inconstitucionalidad, prisión preventiva, reincidencia, sustitución, igualdad, debido proceso.

SUBJECT: THE SUBSTITUTION TO THE PREVENTIVE PRISON IN THE CASES OF RECIDENCE AGAINST THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND DUE PROCESS

LINE OF RESEARCH

Challenges, Perspectives and Improvement of Legal Sciences in Ecuador.

- The Ecuadorian legal system, historical, theoretical, philosophical and constitutional assumptions.

ABSTRACT

The principle of constitutional supremacy stipulates that any rule of lower hierarchy must be in accordance with the constitutional provisions. With the investigation it was shown that the final paragraph of article 536 of the Organic Comprehensive Criminal Code, is contradictory to the supreme norm because there is a notorious discrimination due to the limitation of substituting preventive detention in cases of recidivism for persons prosecuted who have committed an infraction. penalty for the second time. Article 427 of the Constitution of the Republic of Ecuador indicates that it will be interpreted literally with what best fits the Magna Carta in its entirety. It is necessary to take into account what is established in article 3, numeral 1 of the aforementioned rule, which seeks to guarantee, without any discrimination, the effective enjoyment of the rights established in the Constitution and in international instruments. Here the unconstitutionality arises, on the one hand the state within its current criminal regulations limits the use of the substitution of preventive detention in case of recidivism and being against the supreme norm is unconstitutional, this causes legal insecurity, inequality, Therefore, there is no suitable constitutional control of the regulations of a lower hierarchy, giving rise to the violation of constitutional rights such as effective judicial protection, legal certainty and due process.

Keywords: Unconstitutionality, preventive detention, recidivism, substitution, equality, due process.

ÍNDICE

PORTADA

APROBACIÓN DEL TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

DERECHOS DE AUTOR

RESUMEN

ABSTRACT

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
2.	MATERIALES Y MÉTODOS.....	2
3.	RESULTADOS	5
4.	DISCUSIÓN.....	18
5.	CONCLUSIONES	24
6.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	
7.	LINCOGRAFÍA	

1. INTRODUCCIÓN

La relevancia de la investigación se encamina a establecer la existencia de una inconstitucionalidad en el inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, respecto al garantismo constitucional que tienen las personas procesadas en un trámite judicial; y, a la víctima dentro del garantismo penal. En la Constitución de la República del Ecuador se estipula el principio de supremacía constitucional al señalar que toda norma de jerarquía inferior debe guardar conformidad con la carta magna, porque al no existir carecerá de eficacia jurídica.

El Ecuador al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como lo establece el artículo 1 de la Constitución de la República, debe garantizar los derechos fundamentales de las personas. Por esta razón, la investigación pretende demostrar que no se cumple lo expreso en la norma suprema porque existe una discriminación notoria en el artículo 89 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (2019), al contemplar que no procede la sustitución de la prisión preventiva en casos de reincidencia causando de este modo un limitante para las personas procesadas que han cometido una infracción penal por segunda ocasión.

Los sujetos procesales que intervienen son la fiscalía, la víctima, el abogado de la persona procesada y la víctima, debemos tener en cuenta que dentro de una causa penal no podemos prejuzgar a la persona procesada, ya que el mantiene su estado de inocencia hasta que no se demuestre lo contrario con una sentencia ejecutoriada, esto siendo un derecho constitucional e inmiscuido dentro de lo que es el debido proceso.

En materia constitucional, el artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), manifiesta que se interpretará al tenor literal con lo que más ajuste a la Constitución en su integralidad esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 numeral 1 de la norma suprema que busca garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos constitucionales.

Aquí surge el eje problemático, por un lado, el estado dentro de su normativa penal vigente limita el uso de la sustitución de la prisión preventiva en caso de reincidencia; y, al estar en contra de la Constitución de la República del Ecuador, se configuraría una inconstitucionalidad, esto provoca una inseguridad jurídica, al generar desigualdad y discriminación directa por el pasado judicial de la persona procesada.

La falta de control de constitucionalidad en las normas inferiores conlleva a la vulneración de derechos como la tutela judicial efectiva, defensa y el principio de inocencia que son connaturales al debido proceso; y, la seguridad jurídica. Es importante entablar un análisis jurídico para evidenciar la vulneración de los derechos que trajo consigo el artículo 89 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, por la falta de un control de constitucionalidad adecuado.

Para dar cumplimiento al objetivo general se busca declarar mediante la elaboración de un documento de análisis crítico jurídico la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal sobre la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra media cautelar cuando se trate de reincidencia a fin de garantizar el principio de igualdad y el debido proceso.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

2.1 Modalidad o enfoque

Se trata de una investigación cualitativa dado que su objetivo general busca declarar la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal por la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra media cautelar cuando se trate de reincidencia vulnerando el principio de igualdad y el debido proceso. Se aplicará para el efecto entrevistas de la cual se obtuvieron los resultados y conclusiones determinadas en párrafos posteriores.

2.2 Tipo de diseño de la investigación

La presente investigación es de carácter no experimental, de teoría fundamentada por su apoyo en la doctrina y jurisprudencia; y, además, posee un diagnóstico de carácter transversal con predominio del análisis cualitativo de resultados.

2.3 Tipología y alcances de la Investigación

El tipo de investigación es de carácter dogmática jurídica por cuanto nos lleva a demostrar la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Pena vulnerando derechos que rigen la relación jurídico social, al contar con elementos o aspectos de sociología jurídica. Al estudiar en contexto los impactos sociales e institucionales de la norma, específicamente sobre la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra media cautelar cuando se trate de reincidencia.

2.4 Métodos, Técnicas e Instrumentos de la Investigación

2.4.1 Métodos del nivel teórico del conocimiento

En la presente investigación se han desarrollado y aplicado métodos del conocimiento que permiten una interpretación conceptual de datos empíricos, con los cuales se logra la construcción y desarrollo de teorías que terminan por dar una explicación a partir de la observación directa. Dentro de este tipo de métodos los que se utilizaron son los siguientes:

- **Análisis – Síntesis.** - Se realizará un análisis dogmático – jurídico que implica estudiar a varios tratadistas sobre como la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra media cautelar cuando se trate de reincidencia vulnera el principio de igualdad y el debido proceso.

- **Inducción – Deducción.** - Se razonó acerca de temas concretos que permitieron declarar la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal sobre la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra media cautelar cuando se trate de reincidencia a fin de garantizar el principio de igualdad y el debido proceso.
- **Enfoque en sistema.** - Se evidenció en el documento de análisis crítico jurídico como la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal sobre la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra media cautelar cuando se trate de reincidencia vulnera el principio de igualdad y el debido proceso.

2.4.2 Técnica de la investigación

Se utilizó como técnica la entrevista, que es un mecanismo para obtener la información mediante el planteamiento de preguntas en un documento previamente diseñado, basado en una comunicación directa entre el entrevistador y el entrevistado. A diferencia de la encuesta, la entrevista está dirigida para especialistas en un área del conocimiento cuya preparación académica y científica permite una importante contribución a la sustentación de la investigación.

Se aplicó esta técnica a cinco profesionales del derecho especializados en materia constitucional que sistemáticamente conocen y resuelven casos aplicando la norma utilizada en este trabajo y cuyos criterios han sido debidamente analizados en el acápite de resultados.

2.4.3 Instrumentos de la investigación

La guía de entrevistas se aplicó a cinco profesionales del derecho expertos en materia constitucional del cantón Ambato provincia de Tungurahua, preguntas formuladas en base a las variables de la investigación donde se arrojó como resultado el documento que contiene las preguntas formuladas a los especialistas quienes emitieron su criterio sobre la problemática. Las preguntas insertadas en la guía son de carácter abiertas, lo cual propició la obtención de información amplia de parte de los profesionales del derecho.

3. RESULTADOS

3.1 Análisis de Conceptos y Normativa

3.1.1 Prisión Preventiva

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, por ende esta medida es netamente procesal, no podemos tratar una prisión preventiva sin antes haber iniciado un proceso penal, sin embargo como se ha manifestado en múltiples ocasiones, el procesado goza de su posición de inocente hasta que en sentencia condenatoria ejecutoriada se lo declare culpable.

Para Zavaleta (2001), citando a Tostes Malta, manifiesta que la prisión preventiva es una medida meramente tutelar que tiene por objeto conservar en seguridad al indiciado para cuando al condenarlo, no se sustraiga a la sanción penal.

Jorge Zavala Baquerizo (2004) dice que la prisión preventiva es un acto proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que procede cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente señalados por la ley, y que tiene por objeto privar de la libertad a una persona, de manera provisional hasta tanto subsistan los presupuestos que la hicieron procedente o se cumplan con determinadas exigencias legales tendientes a suspender los efectos de la institución.

De igual manera Miguel Fenech (2015) señala que la prisión provisional es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado para el efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y a la eventual ejecución de la pena.

En conclusión, la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que tiene por objetivo según la doctrina, así como nuestra legislación y los diferentes criterios de los tratadistas citados, asegurar la comparecencia del procesado a juicio.

Por otra parte, en múltiples ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado el carácter que tiene la prisión preventiva, hay que destacar y recordar que el Ecuador es suscriptor del Pacto San José de Costa Rica, lo que significa que todas las resoluciones emitidas por la CIDH son de carácter vinculante:

“Por tanto, estará prohibido imponer a una persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción; sentido en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha decidido que el objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencia”

La Constitución de la República del Ecuador, así como la diferente normativa internacional de Derechos Humanos manifiestan que la prisión preventiva es una medida cautelar de excepcional aplicación. Así lo prescribe el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador que manifiesta:

“(...) 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley (...)” (Constitución de la República del Ecuador , 2008, pág. 26).

De igual manera los artículos 522 y 534 del Código Orgánico Integral Penal ratifican el carácter de excepcional de esta medida al decir:

“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.*

Artículo 534.- Finalidad y requisitos.-*Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva (...)” (Código Orgánico Integral Penal , 2015, págs. 41-48).*

Concluimos en que la legislación nacional, así como la internacional es clara la prisión preventiva es de carácter excepcional. Los presupuestos para que se dicte prisión preventiva son los contemplados en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, que manifiesta:

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.

A más de estos requisitos de fondo, el juez de garantías penales deberá realizar el análisis de las circunstancias subjetivas de la infracción, esto es, el estudio jurídico que el juez realiza al momento en que se le presenta el caso, tanto de la legalidad y objetividad de los indicios presentados por la fiscalía, como del comportamiento, antecedentes y demás circunstancias del comportamiento del procesado.

La doctrina penal, considera que para dictar el juez una orden de prisión preventiva, es necesario que tenga en cuenta dos presupuestos básicos, que se denominan Fonus Boni Juris y Peliculón in Mora, mismos que analizamos a continuación:

- El Fonas Bono Juris o apariencia de buen derecho, es el juicio valorativo, el estudio jurídico que realiza el juez de garantías penales en el respectivo proceso, en base a los elementos presentados por la fiscalía para establecer una posible existencia de la infracción, así como la participación del procesado como autor o cómplice de esta.
- El Peliculón In Mora, es el estudio subjetivo que el juez de garantías penales realiza en base a su sana crítica, al momento de decidir qué medida cautelar impondrá al procesado.

Del artículo 534 del Código Orgánico Integra Penal se desprende que el Juez de Garantías Penales al igual que el fiscal que lleva la causa para establecer si el

procesado se va a fugar o no de la posible sanción penal, debe tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- ✓ El domicilio civil del procesado.
- ✓ El domicilio de su familia.
- ✓ El domicilio de su trabajo.
- ✓ Las facilidades para abandonar definitivamente el país.
- ✓ Las facilidades para permanecer oculto.
- ✓ La pena que podría llegarse a imponerse.
- ✓ La magnitud del daño causado.
- ✓ El comportamiento del procesado durante el juicio en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Es menester indicar que, en legislaciones como la española, en delitos menores no cabe prisión preventiva en aplicación al principio de oportunidad o mecanismos alternativos de solución de conflictos, igual presupuesto existe en nuestro Código Integral Penal, la única diferencia es que en nuestro país no se aplican dichos métodos alternativos.

Hay que señalar que aun cuando el proceso reúna todos y cada uno de los requisitos de procedibilidad exigidos por el Código Integral Penal, y la fiscalía solicite prisión preventiva; es discrecionalidad del Juez de Garantías Penales dictar o no dicha medida.

El Juez no está obligado a dictar prisión preventiva, si a su fuero interno no la considera necesario; además recordemos que el juez ante todo es un funcionario público garantista, obligado por la Carta Magna, así como por los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

3.1.2 Sustitución a la prisión preventiva

La sustitución de la prisión preventiva, la encontramos en el artículo 536 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, pero observamos que la disposición contenida

en este artículo, en su parte medular manifiesta que la prisión preventiva no puede ser sustituida en tipos penales cuya sanción sea superior a cinco años.

Por una parte, nos llamamos garantistas, pero por otra observamos todo lo contrario. como ya se manifestó la prisión preventiva puede ser sustituida por otras medidas cautelares de las cuales voy a hablar en el siguiente apartado:

3.1.2.1 Prohibición de ausentarse del país

La prohibición de salida del país es una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad es prohibir que el procesado salga del país sin la debida autorización del juez de garantías penales que está conociendo el caso.

De lo poco que se ha podido evidenciar en la aplicación de esta medida en la praxis, diríamos que es una medida accesoria ya que el juez muchas veces aplica esta medida y otras en contra de la persona procesada. Además, recordemos y puntualicemos que esta medida en muchas ocasiones es impuesta a personas que gozan de un estatus económico, político o social alto .

3.1.2.2 Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe

Es otra medida accesoria que el juez muchas veces aplica y otras en contra de la persona procesada; en la realidad y en el pleno ejercicio de los derechos, diríamos que esta es la medida que más protege a los derechos de las personas que están siendo procesadas.

Esta medida está puntualizada en el numeral 2 del artículo 522 y 523 del Código Orgánico Integral Penal, además de un dato importante es que esta medida puede ser impuesta por el juez de garantías penales de manera discrecional, aun cuando el fiscal no la solicite.

3.1.2.3 Arresto domiciliario

Es una medida cautelar de carácter excepcional porque es impuesta a las personas que se encuentran descritas en el artículo 537 del Código Orgánico Integral Penal, esto es a las personas que sobrepasan los 65 años de edad, a las mujeres en período de gravidez y a las personas que sufren algún tipo de enfermedad terminal. Hay que recordar que a más del arresto domiciliario estas personas están obligadas al uso del dispositivo electrónico.

La medida está puntualizada en el numeral 4 del artículo 522, 525 y 537 del Código Orgánico Integral Penal, además y en el caso especial de los adultos mayores, esta se encuentra puntualizada en el numeral 7 del artículo 38 de la Constitución de la República del Ecuador.

3.1.2.4 Dispositivo de vigilancia electrónica

Es una innovación en el actual Código Orgánico Integral Penal, pese a que ha recibido múltiples críticas por parte de quienes defienden la dignidad personal, desde mi punto de vista es válida la medida debido a que esta no vulnera la libertad de la persona. Se puntualiza la medida en el numeral 4 del artículo 522 y 537 de la norma penal, además y en el caso especial de los adultos mayores, esta se encuentra puntualizada en el numeral 7 del artículo 38 de la Constitución de la República del Ecuador.

3.1.2.5 Detención

Según el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador del año 2008, la detención podrá ser máxima hasta por 24 horas y la misma deberá ser aplicada para que una persona comparezca a una audiencia o para fines investigativos, según lo preceptúa los artículos 530, 532 y 642 numeral 4. De lo antes argumentado, se concluye que la

detención solo será momentánea ya que la misma esta creada para ciertos fines o propósito.

3.1.3 Principio de Igualdad

En materia procesal, el que establece igual trato, e iguales oportunidades en cuanto a derechos y obligaciones, en la tramitación de los juicios, a un lado de diversa especie de demandante y demandado a las actitudes adoptadas en el procedimiento o derivadas de la pasividad o ausencia.

El artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal determina los principios procesales en el numeral quinto regula que: “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 aquellas personas que, por su condición económica, física, mental, se encuentra en circunstancias de vulnerabilidad” (Código Orgánico Integral Penal , 2015, pág. 4).

Por otro lado, el artículo 22 del Código Orgánico de la Función Judicial regula el principio de acceso a la justicia de la siguiente forma:

“(...) el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso” (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009, pág. 17).

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional al imponer a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez este deber se concreta en cuatro mandatos:

- ✓ Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas.

- ✓ Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común.

- ✓ Un mandato de trato prioritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias.

- ✓ Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes

Estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva: el derecho a la igualdad. Como derecho, la igualdad atribuye al individuo el derecho de exigir del Estado o de los particulares el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad.

En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares.

3.1.4 Debido Proceso

Al tratar del debido proceso en el ámbito constitucional es necesario recalcar que su aparición data de forma conjunta con los derechos humanos, esto quiere decir que el estado otorgue jueces imparciales para la administración de justicia, que las partes sean oídos en todas las instancias, materias y sobre todo a contar con un juicio pronto, oportuno y justo que observe todas las garantías y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.

El autor Oswaldo Gozaíni se ha pronunciado sobre el derecho al debido proceso como:

“(...) la constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. Queremos significar, así, que el debido proceso es aquel que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción unívoca que obliga a adaptaciones singulares y estándares propios que afinan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia” (Gozaíni, 2002, pág. 88).

La Constitución de la República al normar la institución del debido proceso garantiza el cumplimiento de los derechos y garantías bajo este presupuesto las normas adjetivas deben estar sujetas a ellas y son de estricto cumplimiento en todos los ámbitos judiciales como administrativos. Desde esta perspectiva todos los organismos de la administración pública deben respetar y garantizar el cumplimiento de los principios, derechos fundamentales y en específico los contemplados en los artículos 11, 75, 76, 77 y 82 de la norma suprema.

Es así como el artículo 168 de la norma suprema consagra lo siguiente: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 128).

De la misma forma el artículo 169 de la norma suprema indica los principios que deben cumplirse en los procesos: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De lo manifestado es necesario manifestar que el debido proceso es aquella garantía con la que cuentan las personas y no se debe privar los derechos fundamentales consagrados en la norma suprema, haciendo prevalecer en una audiencia los mecanismos idóneos del artículo 168 y 169 del sistema procesal.

3.1.5 Análisis de los resultados de la técnica de entrevista aplicada

La entrevista se realizó a cinco especialistas en Derecho Constitucional del cantón Ambato provincia de Tungurahua, obteniendo diferentes resultados respecto al caso concreto de la investigación sobre la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra media cautelar cuando se trate de reincidencia lo que vulnera el principio de igualdad y el debido proceso.

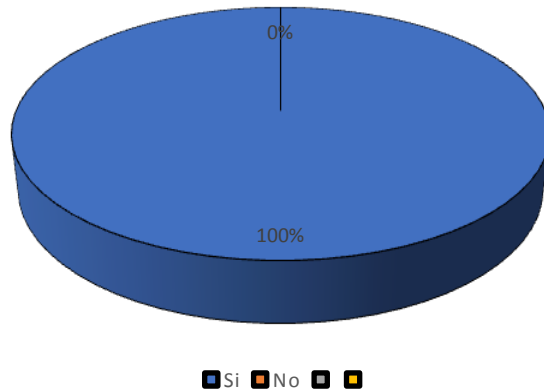
TABLA 1 - POBLACIÓN

Datos Personales	Especialista en Derecho Constitucional
Ab. Ana Toledo	Máster en Derecho Constitucional
Ab. Oscar Rengifo	Máster en Derecho Constitucional
Dra. Zoila Berú	Especialista en Derecho Constitucional
Dr. Sebastián Ramírez	Máster en Derecho Constitucional
Dr. Mauro Urrutia	Especialista en Derecho Constitucional

Fuente: *Especialistas en Derecho Constitucional de la provincia de Tungurahua*
Elaborado por: *Masabanda Aguiar John Kevin*

3.1.5.1 En la primera pregunta de forma unánime el 100% de los profesionales en Derecho Constitucional, tienen pleno conocimiento cuales son las medidas cautelares que determina el Código Orgánico Integral Penal.

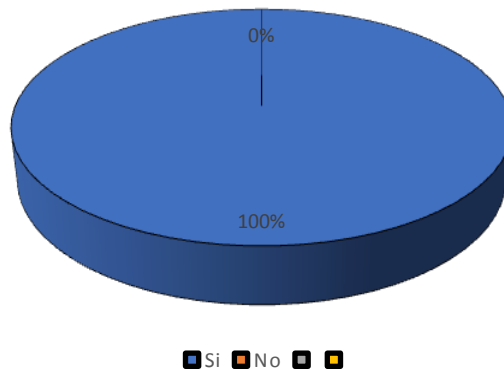
¿Conoce usted cuales son las medidas cautelares que regula el Código Orgánico Integral Penal?



Elaboración Propia

3.1.5.2 Se obtuvo como resultado que el 100% de profesionales entrevistados saben cual es la reforma que en el año 2019 se realizó al artículo 536 inciso final del Código Orgánico Integral Penal sobre la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra medida cautelar.

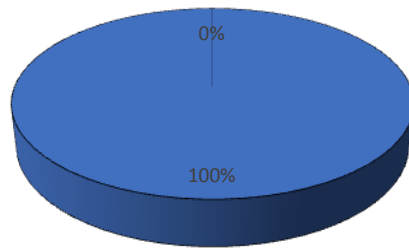
¿Sabe usted cual es la reforma que se realizó al artículo 536 inciso final del Código Orgánico Integral Penal en el año 2019?



Elaboración Propia

3.1.5.3 El 100% de abogados entrevistados señalan que la reforma que se realizó en el artículo 536 inciso final del Código Orgánico Integral Penal vulnera el principio de igualdad y las garantías del debido proceso.

¿Considera usted que la regla que se reformo en el artículo 536 inciso final del Código Orgánico Integral Penal vulnera el principio de igualdad y el debido proceso?

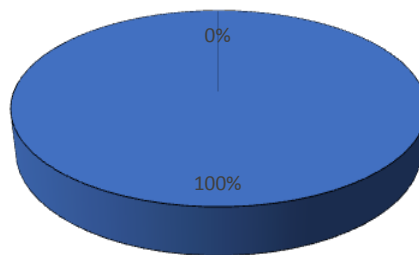


■ Si ■ No ■ ■

Elaboración Propia

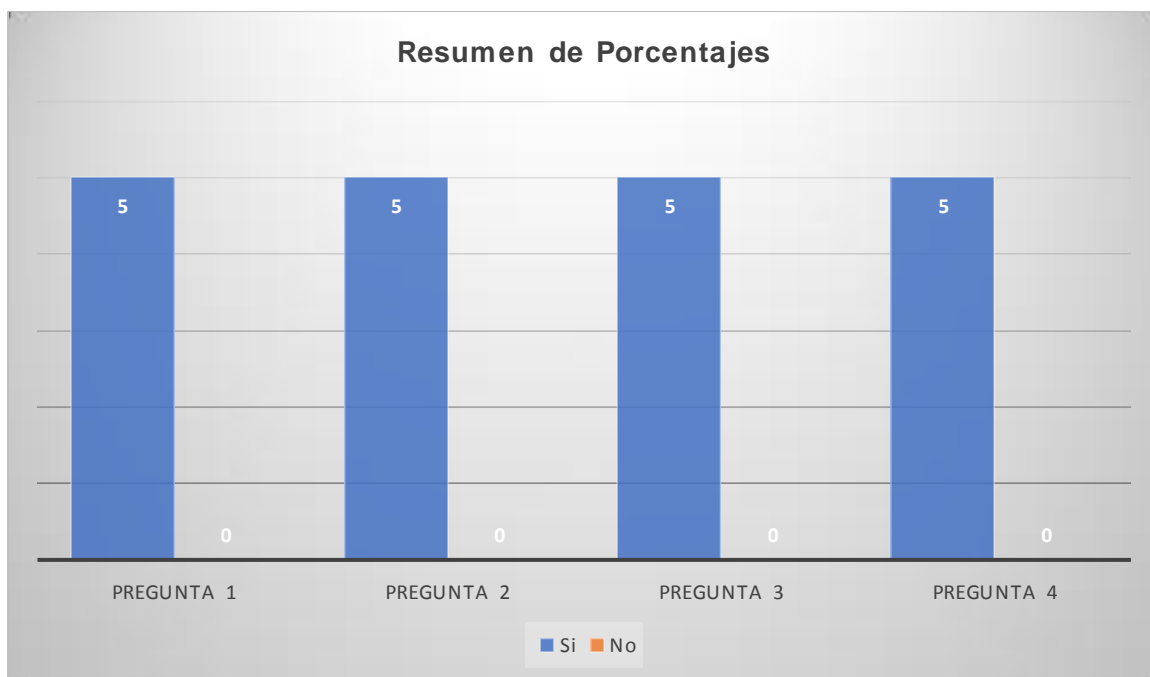
3.1.5.4 La totalidad de constitucionalistas consideran importante que se declare inconstitucional el inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, sobre la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra media cautelar cuando se trate de reincidencia lo que garantizará el principio de igualdad y el debido proceso.

¿Considera usted importante declarar inconstitucional el inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Interl Penal a fin de garantizar el principio de igualdad y el debido proceso?



■ Si ■ No ■ ■

Elaboración Propia



Elaboración Propia

4. DISCUSIÓN

El problema de fondo es que la inconstitucionalidad del artículo 89 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal vulnera la seguridad jurídica, esto se demuestra con los criterios de los tratadista citados en el presente artículo al igual que la normativa que respalda que este artículo es contradictorio a la norma suprema, y que la manera de subsanar es declarando la inconstitucionalidad del artículo mencionado para con esto poder sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar y así evitar esta inseguridad jurídica por parte del estado ecuatoriano.

Una constitución rígida en primer lugar es escrita y, en segundo término, está protegida, garantizada contra la legislación ordinaria en donde, además, se deben distinguir dos niveles en el que la Constitución está por encima de la legislación común, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por esta última.

Para Arenal (2015), puede establecer que en nuestra legislación no se garantiza el ejercicio de los derechos, esta Constitución debe de cumplirse a cabalidad en su integridad ya que por supremacía constitucional toda norma que esté en contra carecerá de eficacia jurídica, aquí debe de actuar la tutela judicial efectiva por parte del estado en beneficio de las personas.

El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni en su libro de Derecho Penal Moderno establece que al enemigo no merece el trato de persona, esto lo hace desde la concepción del garantismo penal, el trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que derecho le niega su condición de persona cuando es considerado bajo un aspecto de ente peligroso o dañino.

No estoy de acuerdo porque no se está respetando sus derechos por lo tanto entra en conflicto con el garantismo constitucional, en el derecho penal del siglo XX, admitiendo que algunos seres humanos son peligrosos y deben ser segregados o eliminados provocando por ello una injusticia incomparable y Cesar Lombroso en su teoría tipos de delincuente señala que por características físicas o su fisonomía una persona era un delincuente realizandodiscriminación por su físico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanosa lo largo de su jurisprudencia ha enfatizado que la medida de prisión preventiva debe ser la excepcional más no la regla general. En consonancia con la norma que mantiene nuestra Constitución en el artículo 77 numeral 1, ya que constituye la medida más severa que se puede imponer al procesado.

Esta excepcionalidad, radica también en el carácter procesal más no punitivo que debe revestir a la medida, analizándose que las restricciones a la libertad deben valorarse en función de la necesidad y buscando que no se convierta en unamedida de anticipo de la pena. La Corte inclusive ha llegado a establecer que la regla general debe ser la libertad, mientras se espera la resolución de la situación jurídica.

El amplio catálogo de derechos de la Constitución de la República no garantiza su plena vigencia y protección. Lo que tenemos los individuos son pretensiones sobre el ejercicio de esos derechos en situaciones fácticas concretas y posiciones jurídicas diversas que requieren mecanismos de protección y reparación.

Los pronunciamientos de los organismos internacionales siempre protegen a la persona que se encuentra en desigualdad de condiciones y que un Estado opresor es el causante de que se produzca estas discriminaciones a las personas dentro o fuera de un proceso judicial. Por lo que, existen criterios que justifican que en verdad existe la inconstitucionalidad de esta norma penal que limita la sustitución a la prisión preventiva, por eso debemos realizar un estudio integró de las normas de jerarquía inferior para así dar a las personas una seguridad jurídica y una tutela judicial efectiva.

La Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en su artículo 89 contempla al final del artículo 536, agréguese el siguiente párrafo: “Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia”. Existe discriminación a las personas procesadas que son reincidentes, por su pasado judicial, violentando la presunción de inocencia que tiene esta persona procesada, muchos piensan que por estar dentro de un proceso penal como persona procesada ya es culpable.

Del análisis mantengo un criterio muy apegado a lo que manifiesta el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni dentro de su conversatorio de Derecho Penal, donde manifiesta que: “No existe la necesidad de que se dicte la prisión preventiva dentro de un delito menor por el solo hecho de ser reincidente, existiendo otras medidas como lo es la detención; y, si se tiene riesgo a que evada la Justicia, ahora en la actualidad con la cooperación de la Interpol, pone alerta roja la detención de una persona que es requerida por la justicia de un país, en la actualidad es difícil que una persona este prófuga por más de 6 meses” (Zaffaroni, 2021).

En la reincidencia se podría afirmar que no se puede atribuir a una persona, que se le promete rehabilitarse y se le sumerge en un ambiente de violencia en las cárceles. La reincidencia es la demostración del fracaso del sistema penitenciario y no el fracaso de la persona.

El criterio emitido por el Dr. Ramiro Ávila Santamaría sobre el abuso de la prisión preventiva: “El encierro dentro del proceso penal significa tratar como culpable a una persona. En encierro, dentro de una cultura penal vengativa y punitivista, es una pena anticipada. Quien diga que el encierro durante proceso es una mera medida cautelar, que vaya a la cárcel, viva un día y me diga la diferencia entre medida cautelar o condena.

Los aportes a la sociedad y a la legislación por parte del Dr. Ramiro Ávila Santamaría es fundamental comparto con los criterios acertados que establece en la absolución de consultas, es notoria la vulneración de derechos dentro de una normativa penal que limita la sustitución a la prisión preventiva, la desigualdad y la discriminación por parte del Estado hacia las personas procesadas está vigente porque aún no es declarada la inconstitucional, sobre la reincidencia de una persona es culpa de un estado que no garantiza una rehabilitación social adecuada, nace una interrogante:

¿ Que sucede cuando una persona procesada le dicta prisión preventiva y dentro del centro de rehabilitación muere de manera violenta por venganza o por conflicto entre bandas criminales de las cárceles, donde está el garantismo constitucional y penal, y más aún al final de un proceso dicta sentencia absolutoria o rectifican el estado de inocencia, como el Estado repara a la persona que estuvo privado la libertad erróneamente?

Debemos ponderar lo que manifestó en el voto concurrente el Doctor Ramiro Ávila Santamaría que se debe realizar un control idóneo de Constitucionalidad al ordenamiento jurídico para que no exista vulneración por parte de un Estado y tener en claro que la persona procesada en un proceso penal mantiene su estatus jurídico de presunción de inocencia y mirar la proporcionalidad del daño causado a la víctima.

En nuestra legislación una mala aplicación puede acabar con la vida de una persona, como es de conocimiento general los hechos suscitados en los Centro de Privación de Libertad del Ecuador por parte de bandas criminales que se han apoderado de estos centros se debe aplicar medidas cautelares proporcionales. Se han establecido que han muerto personas que no estaban cumpliendo una sentencia condenatoria, sino que estaban con una medida cautelar de prisión preventiva.

La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico y no exclusivamente ante la ley, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En cambio, la igualdad material introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico la realidad de la persona.

Con lo citado por el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, podemos deducir que la igualdad formal todos la tenemos ya que existe la normativa que nos garantiza eso, al hablar de igualdad material es la materialización de los derechos, cuando se cumplan estas dos igualdades no existirá una discriminación ya que en toda sociedad existen diferencias personales es ahí donde actuar el Estado protegiendo de manera eficaz a la sociedad y si existen diferencias sociales debe de erradicar para así lograr una Justicia justa.

La prisión preventiva que llega a convertirse en una forma de pena anticipada, aunque no sea esa su finalidad, no debe ser manifiestamente violatoria de cualquiera presupuesto de política criminal y de racionalidad. Es una forma preponderante de coerción penal que produce como principales efectos los desintegradores de la personalidad, de los operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatizaciones cuando se trata de prisión preventiva.

Por otro lado, la medida cautelar de prisión preventiva es mediante la cual el estado realiza el poder punitivo realizando el garantismo penal, nosotros debemos siempre manejar el estatus de inocencia de la persona procesada, al aplicar esta medida cautelar en casos de reincidencia realizan una discriminación total por el

pasado judicial, realizando una injusticia a la persona procesada y como consecuencia hacinamiento en los centros de rehabilitación social.

Una vez analizado con criterios emitidos por los juristas nacionales e internacionales podemos determinar que el abuso de la prisión preventiva puede causar efectos irreversibles en las personas procesadas, al basarnos específicamente en la sentencia de la Corte Constitucional No. 8-20-CN/2, de fecha Quito, D.M. 18 de agosto de 2021, existen criterios relevantes para la justicia ecuatoriana al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se debe respetar la norma suprema y si existen normas de jerarquía inferior contrarias a la Constitución carecerán de eficacia jurídica.

Con esta absolución de consulta queda claro que si existe un control por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, pero se genera un inconveniente cuando la alta Corte resolvió de manera íntegra la consulta realizada es decir no se resolvió de manera íntegra el artículo que consulto, ya que el caso concreto los procesados no eran reincidentes, bajo ese argumento la Corte Constitucional no resolvió sobre el artículo 89 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal.

Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia. En base a ello concuerdo con el criterio emitido por el Dr. Ramiro Ávila Santamaria en su voto recurrente de que se debió resolver de manera íntegra la constitucionalidad y no solo el inciso primero ya que tienen la obligación de realizar un Control Constitucional aun cuando el caso solo se refiera al primer inciso del artículo enviado a consulta a la Corte Constitucional, cuando no se realiza un Control de Constitucionalidad idóneo estaremos frente a una inseguridad jurídica provocando vulneración de derechos a las personas fuera y dentro de un proceso judicial.

Para dar cumplimiento al objetivo general se sugiere que la Corte Constitucional haciendo uso del control de constitucionalidad concentrado declare inconstitucional el inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, sobre la limitante que tienen las personas procesadas de solicitar la sustitución a la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de reincidencia a fin de garantizar el Estado

Constitucional, de derechos y justicia con una aplicación adecuada del principio de igualdad y el debido proceso.

5. CONCLUSIONES

Se concluye que los criterios emitidos por tratadistas y pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional como máximo organismo de la justicia Constitucional al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la inconstitucionalidad de una norma estableciendo que la prisión preventiva no es la regla general en el Derecho Constitucional.

Podemos concluir que el control de constitucionalidad es un deber de los jueces y de la Corte Constitucional, este control se debe hacer de manera íntegra para una adecuada administración de justicia y determinamos que el inciso final del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, es inconstitucional por trasgredir la norma suprema en su mayoría, durante la promulgación en el registro oficial de este artículo los procesados no ha tenido dentro del proceso penal una seguridad jurídica idónea afectado directamente al debido proceso.

Es importante reconocer que dentro de la normativa constitucional protege y garantiza los derechos constitucionales y es deber de las autoridades velar por el cumplimiento de estos derechos como la supremacía constitucional, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, que protege a las personas en general teniendo en cuenta que toda norma debe tener concordancia con la Constitución de la República del Ecuador y si no la tiene es inconstitucional.

Desde que la prisión preventiva se volvió la regla general, toda persona que esta inmiscuido dentro de un proceso penal prefiere evadir la justicia que asumir su responsabilidad, dentro de lo que se refiere a una defensa técnica resulta mejor realizar con la persona procesada en libertad para tener una defensa técnica y eficaz, muchos tratadistas justifican con sus pronunciamientos que existe una inconstitucionalidad cuando una norma de jerarquía inferior vulnera derechos que están contemplados en la norma suprema la Constitución de la República del Ecuador.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA ZAVALA, José Francisco, (2012) Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Editorial EDILEX S.A., Guayaquil, Ecuador.

ARA Editores E.I.R.L. Lima, Perú. ZAVALA EGAS, Jorge / ZAVALA LUQUE, Jorge / CABANELLAS Guillermo, (2012) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

CARBONELL, Miguel / PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, (2000) Elementos de Técnica Legislativa, Editorial DR. Universidad nacional Autónoma de México. México D.F., México.

CHAVARRI Eladio, (1990) Ensayos en Torno a la Racionalidad, Editorial San Esteban, Salamanca, España.

GARCIA FALCONI, Ramiro / PEREZ CRUS, Agustín / GUEVARA BÁRCENAS, Alba, (2014) El Proceso Penal, Derechos y Garantías en el Proceso Penal Tomo I, Editorial ARA Editores E.I.R.L. Lima, Perú.

GORDILLO GUZMÁN, David, (2015) Manual Teórico Práctico del Derecho Constitucional, Primera edición, Editorial Workhouse Procesal, Quito-Ecuador.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, (2009) Manual de Práctica Procesal Penal, Editorial

ZAVALA EGAS, Jorge, (2014) Código Orgánico Integral Penal (COIP) Teoría del Delito y Sistema Acusatorio, Editorial Murillo Editores. Guayaquil, Ecuador.

7. LINGÜÍSTICA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Suplemento del Registro Oficial 449, del 20 de octubre del 2008.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Suplemento del Registro Oficial 180, del 10 de febrero del 2014.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Suplemento del Registro Oficial 544, del 09 de marzo del 2009.