

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

El presente trabajo de titulación, en su totalidad o cualquiera de sus partes, a pesar de estar disponible sin restricciones en el repositorio institucional de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, **NO DEBE SER CONSIDERADO COMO UNA PUBLICACIÓN** y mantiene el carácter de un trabajo original e inédito. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en: <http://bit.ly/COPETheses>

La argumentación jurídica frente a la pretensión de medida cautelar privativa de libertad en el derecho penal ecuatoriano

The legal argument against the claim of a precautionary measure of deprivation of liberty in Ecuadorian criminal law

Autores

Ab. María Gabriela Palacios Palacios, Mgs. Agente Fiscal de la Fiscalía General del Estado, maestrante en Derecho Constitucional III Cohorte de la USGP, correo: toxycybag12@gmail.com / cuenta Orcid: 0000-0003-1277-915X

Ab. Jaime Pomerio Gómez Briones, Instructor de DD.HH de la Policía Nacional del Ecuador, maestrante en Derecho Constitucional III Cohorte de la USGP, correo: guapopoli@hotmail.com / cuenta Orcid: 0000-0003-1278-911X

Resumen

La aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar es un tema de amplio debate en donde se pone de manifiesto si el implicado en algún delito de flagrancia amerite en realidad la aplicación de la medida de carácter privativo de libertad. Siempre el argumento de base es el hacinamiento en las cárceles del país, pero en sí es buscar la raíz de la problemática en cuanto a determinar el estándar de argumento suficiente para motivar y justificar la solicitud de la prisión preventiva. La Fiscalía como entidad autónoma que dirige una investigación preprocesal y procesal penal tiene en su obligación el de solicitar la aplicación de las medidas cautelares correspondiente cuando el imputado corre riesgo de no comparecer a una audiencia o pueda fugar, este riesgo es inherente en los casos donde el delito ha sido en flagrancia y por accionar preventivo se solicita la medida cautelar, pero ¿Es necesario siempre la aplicación de esta medida? ¿Qué sucede con el principio de inocencia de la persona y el derecho a la libre movilidad en todo el territorio nacional? A estos cuestionamientos se trata de dar respuesta en la presente investigación con los referentes teóricos así como exposiciones acertadas de expertos en la materia penal.

Palabras claves: Fiscalía; flagrancia; medidas cautelares; prisión preventiva; proceso penal

Abstract

The application of pretrial detention as a precautionary measure is a subject of extensive debate where it is revealed whether the person involved in a flagrante delicto actually deserves the application of the custodial measure. The basic argument is always the overcrowding in the country's prisons, but in itself it is to seek the root of the problem in terms of determining the sufficient standard of argument to motivate and justify the request for preventive detention. The Prosecutor's Office, as an autonomous entity that directs a pretrial and criminal procedural investigation, has the obligation to request the application of the corresponding precautionary measures when the accused is at risk of not appearing at a hearing or may flee, this risk is inherent in cases where the crime has been in flagrante and for preventive action the precautionary measure is requested, but is the application of this measure always necessary? What happens to the principle of innocence of the person and the right to free mobility throughout the national territory? It is a matter of responding to these questions in the present investigation with theoretical references as well as accurate presentations by experts in criminal matters.

Keywords: Prosecutor's Office; flagrancy; precautionary measures; preventive prison; criminal process

Introducción.

La aplicación de la prisión preventiva tiene sus significados concretos tanto si se la entiende como una pena anticipada pero justa para un posible culpable el cual, al aplicarse como medida cautelar no tenga alguna alternativa de eludir el debido proceso, mientras para otros elimina la presunción de inocencia.

La práctica de la prisión preventiva en el Ecuador muestra una discrepancia notable entre la letra de la Ley y su aplicación. Mientras el objetivo del legislador del Código Orgánico Integral Penal (COIP), de agosto de 2014, era contener el uso de la prisión preventiva a través de elevar los requisitos legales y poner de relieve su carácter de excepcionalidad, su realidad es el abuso como regla.

Pero que conlleva al uso a veces desmedido de la petición de la prisión preventiva, y tiene que ver con la argumentación jurídica adecuada o a veces inadecuada, el presente trabajo de investigación entra en el campo del análisis concreto del porqué pedir la prisión preventiva, y por qué el de abstenerse de hacerlo en un momento que se deba requerir.

El objetivo general de esta investigación es determinar un estándar objetivo de argumentación suficiente en las solicitudes de prisión preventiva por parte de la fiscalía general del estado. y analizar el fundamento de la argumentación jurídica mediante un esquema para motivar la solicitud de la prisión preventiva en ciertos casos, para también comprender el incremento desmesurado del número de privados de libertad en el Ecuador que genera el hacinamiento en todas las cárceles del país y de qué manera este argumento jurídico es utilizado.

El sistema acusatorio adversarial, los fiscales y los abogados defensores litigan frente a un juez imparcial. Pero las reformas a los sistemas de justicia de América Latina se orientaron y tuvieron un enfoque fundamentalmente punitivo, contraviniendo la lógica, el sentido común y sobre todo, las recomendaciones especializadas. Observando que en el Ecuador lo que se conoce como unidades de Flagrancia, que son instalaciones judiciales de carácter emergente, para procesar a personas aprehendidas por el supuesto cometimiento de un delito flagrante, en realidad, pocos son los casos flagrantes en rigor. La mayoría de casos no tienen esta característica y de ahí deriva el exceso muchas veces del uso de la prisión preventiva como medida cautelar.

En la actualidad, a nivel general se demuestra que operadores jurídicos no realizan adecuadamente una argumentación jurídica dentro de los requerimientos de prisión preventiva, siendo estos utilizados para vulnerar el derecho a la libertad consagrado como principio fundamental; así como, vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

Problema Jurídico.

Los derechos humanos tienen una vital misión dentro del campo del derecho y es el de proteger los mismos derechos del ser humano, y que cae en el entredicho de las medidas que son dadas para una efectiva protección. De esta manera es necesario destacar la importancia de reconocer y defender los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución para que no se conviertan en meros enunciados, sin embargo, en la actualidad no es suficiente reconocer los derechos de las personas. El problema es determinar cuáles son los instrumentos para potenciar su protección; en este sentido nuestra Constitución ha considerado necesario establecer medios para la protección de nuestros derechos fundamentales, a través de las llamadas Garantías Jurisdiccionales. La prisión preventiva pese a ser la medida cautelar privativa de libertad de última ratio cuando ya no es suficiente otros recursos jurídicos y que es garantizada según la Constitución de la República del Ecuador, es una medida impuesta en los últimos años de manera arbitraria sin la debida fundamentación y o motivación de parte de los agentes fiscales en todo el país en los casos de delito flagrante.

La prisión preventiva es un tópico de mucho interés en los actuales momentos, porque al ser una medida de carácter personal es abusada por los operadores jurídicos y que conlleva a que sea observada por jueces macros de la Corte Nacional y Corte Constitucional, y emitir un punto de vista desde el marco jurídico de las propuestas en las vías de los recursos jurisdiccionales. En base a este cuestionamiento sobre la motivación en la petición de la prisión preventiva se desarrolló una reforma al Art. 534 anunciando los parámetros y/o requisitos indispensables para fundamentar la petición de la prisión preventiva. Por lo tanto, se estableció la reforma en base a la RESOLUCIÓN No. 14-2021 y que dentro de todo lo que esgrime dicha resolución se llegó a lo siguiente: RESOLUCIÓN DE FÁCIL COMPRENSIÓN: La prisión preventiva debe justificarse correctamente y de conformidad con la ley. Se ordenará solo si se ha demostrado que la persona investigada podría fugarse, caso contrario, se deben dictar otras medidas menos severas para garantizar su presencia al juicio. Aquí vale preguntarse: en todos los casos, después de dicha reforma, las personas a las que se le aplicó la prisión preventiva demostraron realmente peligro de fuga? Respuesta que aún está lejos de ser alcanzada, pues como es de conocimiento general, en nuestro país, el uso de desmesurado de la prisión preventiva ha sido una realidad innegable desde la expedición del Código Orgánico Integral Penal, ya que los agentes fiscales siguen en la petición desmedida de la prisión preventiva sin el análisis ni motivación razonada

La prisión preventiva no debe ser usada como un recurso de fácil aplicación, y ser los jueces más estrictos al momento de aceptar la argumentación por parte del agente fiscal. Mayor hacinamiento o cárceles más poblada no significa que la justicia en el país está

realizando una excelente labor, al contrario, demuestra la fragilidad o el desconocimiento que se da en cuanto se observa a diario “ dictan prisión preventiva” “ la medida cautelar de la prisión preventiva fue aplicada...” violentando la presunción de inocencia y aumentando la población carcelaria y de personas privadas de la libertad sin sentencia. viviendo un limbo jurídico sin solución inmediata.

Metodología

El presente estudio se realizó aplicando mediante la metodología jurídico-descriptiva que permitió analizar la argumentación jurídica que indica la sustentación debida y técnica que permite al ente estatal punitivo es decir la Fiscalía General del Estado para solicitar una medida cautelar de carácter personal privativa de libertad como es la prisión preventiva en los procesos penales.

El estudio es de tipo bibliográfica realizado mediante un proceso de selección rigurosa que unifica análisis e interpretación de información especializada obtenida del marco jurídico regulatorio, doctrina, jurisprudencia y normas del derecho comparado.

La investigación se apoyó en el método analítico para examinar detalladamente los diferentes elementos que conforman la prisión preventiva y como este permite ser argumentado identificando su objeto, naturaleza, alcance, requisitos, funcionamiento, así como eficacia de la garantía. Para este trabajo de investigación también se ha utilizado el método inductivo deductivo.

Por cuanto al utilizar el método inductivo permite partir de aspectos, condiciones, análisis o resultados particulares para llegar a generalizaciones, es decir, de lo particular a lo general, mientras que la aplicación del método deductivo partió de aspectos, condiciones, análisis o resultados generales para aplicarlos a situaciones particulares. La consideración en la aplicación de los métodos antes mencionados permitió analizar teorías, leyes, bibliografía y el impacto en la sociedad, generando mediante el análisis documental jurídico, extrayendo aspectos necesarios en el campo del derecho constitucional.

Problema Jurídico.

El fin principal que tienen las organizaciones de derechos humanos es proteger los mismos derechos en la persona que sea dentro de un proceso, el de la víctima y también del procesado De esta manera es necesario destacar la importancia de reconocer y defender los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución para que no se conviertan en meros enunciados, sin embargo, en la actualidad no es suficiente reconocer los derechos de las personas. El problema más serio es determinar cuáles son los instrumentos para potenciar su

protección; en este sentido nuestra Constitución ha considerado necesario establecer medios para la protección de nuestros derechos fundamentales, a través de las llamadas Garantías Jurisdiccionales constitucionales. La prisión preventiva pese a ser la medida cautelar privativa de libertad de última ratio garantizada según la Constitución de la República del Ecuador, pero no sustentada debidamente en ocasiones con una argumentación jurídica valedera ha permitido que sea la medida más impuesta de manera petitoria por los encargados o peritos judiciales en los procesos penales de delitos flagrantes que llevó a una reforma al Art. 534 anunciando los parámetros y/o requisitos indispensables para fundamentar la petición de la prisión preventiva, o que conlleva a otro problema en que el ente estatal se vea sin refuerzo de alguna manera de poder amparar sus peticiones conforme a derecho a cuando en realidad está argumentada la prisión preventiva dentro del proceso y cuando no debe darse dicha petición.

Como es de conocimiento general, en nuestro país, el uso de desmesurado de la prisión preventiva ha sido y es una realidad innegable desde la expedición del Código Orgánico Integral Penal, los jueces han abusado de la medida cautelar que debió haber sido siempre la de menos uso, y los fiscales en este caso hacen el uso excesivo de la petición en base a argumentaciones jurídicas de corte punitivo sin analizar ni motivar su aplicación en cada caso.

Marco teórico y discusión.

La prisión preventiva.

En un estudio realizado por (Krauth, 2018) expresa que el sistema carcelario debe tener muy en cuenta sobre el número de encarcelamiento que tiene, no es el sistema más seguro aquél que más preso tiene. Esto en una acepción que aún tiene mucho que ver en el sistema de rehabilitación social. Este uso desmedido de la prisión preventiva hace que exista hacinamiento en varios sistemas carcelarios del mundo, en donde el estado no es garante de una auténtica rehabilitación social.

Si bien, la finalidad de este artículo es definir la argumentación jurídica en el proceso de la petición de la prisión preventiva, como antecedente es necesario la revisión sobre cómo se da este proceso en varios lugares del mundo. Por ejemplo, en el sistema carcelario peruano, hay una investigación realizada por (Solar, 2019) en el trabajo realizado por el autor en la parte introductoria establece que la prisión preventiva se enmarca dentro del tema del abuso por el uso excesivo de la petición de la prisión preventiva. Por esta razón parte desde el hecho de que la libertad se ve coartada, desde el momento en que se investiga sobre la imputabilidad de la comisión de un hecho delictivo es o no responsable penalmente de los

cargos formulados en su contra, es decir la persona se le priva de la libertad a pesar de gozar de la presunción de la inocencia.

La prisión preventiva, como se expresó en el apartado anterior, es entendida como una medida cautelar y según la RAE es destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultar. Acción , procedimiento , sentencia cautelar (Guamán, 2022) expresa en su investigación que debe haber un respeto a la presunción de inocencia cuando se antepone el recurso de prisión preventiva relatando el descubrimiento de las contradicciones existentes entre el Derecho Penal y el Derecho procesal. Es un estudio interesante que pone el tapete sobre el problema del abuso reiterado de la prisión preventiva en contra inclusive de los consagrados en la Constitución del Ecuador; así como también con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, irrespetando el principio constitucional de presunción de inocencia por parte de fiscales y jueces de garantías penales.

Sobre la argumentación jurídica.

Según Manuel Atienza, jurista español, citado por (Santiago Elías Cárdenas Villacrés, 2020) la argumentación jurídica procedimiento que tiene su accionar en la resolución de problemas y toma de decisiones según la subsunción de los hechos a las normas, pero al referir dentro del campo jurídico como tal, el proceso debe ser manejado por el uso y las destrezas legales que tiene las herramientas técnicas legales y el uso de los instrumentos para sustentar un elemento por parte del emisor se denomina argumentación jurídica.

La argumentación jurídica debe ser emitida de manera correcta, es decir debe manejarse adecuadamente las técnicas sobre la argumentación que debe derivar en un perfeccionamiento de la litigación penal acusatoria y en la solicitud de la prisión preventiva y como esta debe ser argumentada. Para (Granados, 2019) el tener una buena argumentación, hay que ser específico, no tener un lenguaje lleno de ambigüedades ni tecnicismos vacuos, sino sustentado en la realidad jurídica de lo que se plantea y se desarrolla, manejando la retórica como fundamentación jurídica del argumento.

La oratoria, dentro de la argumentación jurídica se debe basar en el postulado de Aristóteles que expresa lo siguiente: Por lo que concierne a la acusación y a la defensa, consideraremos a continuación a partir de cuántas y cuáles premisas se deben hacer los silogismos. Tres son los temas que hay que estudiar: primero, por cuáles y cuántas causas se comete injusticia; segundo, en qué estado se encuentran aquellos que la cometen; y tercero, contra quiénes se comete y estando en qué disposición (Aristóteles, 2015).

La argumentación jurídica se complementa cuando se dice que es el razonamiento jurídico de cualquier operador puede utilizar para apoyar de manera técnica su petición

jurídica, así este no se ampare en las normas jurídicas sino más bien en las máximas de la experiencia jurídica y es este tipo argumentaciones que vemos muy seguido en las resoluciones judiciales (Coral Corpus, 2020)

Por otro lado, es importante definir los límites y la función que tiene la argumentación jurídica, (Guibourg, 2018) define la argumentación como la principal tarea que deben tener los abogados ya que el argumentar es dar razones, pero lo mejor es dar el entendimiento de argumento más que de razón, ya que es la garantía de llegar al camino correcto de lo que se quiere plantear, en el caso del desarrollo de la presente investigación, es la prisión preventiva.

Dentro del entendimiento de la argumentación jurídica se debe tener en claro que el derecho es un lenguaje en palabras expresas de (Carrillo, 2021) y que está involucrado proposiciones lingüísticas por lo que en el ejercicio del derecho se estructuran argumentos que hace que la actividad siga siendo lingüística.

En un libro publicado por (Nava, 2020) expresa que uno de los problemas es el enfoque se le da a la argumentación jurídica, en la cual, toma como referencia literal la frase de Ludwig Wittgenstein “ Todo aquello que puede ser dicho, puede decirse con claridad: y de lo que no se puede hablar mejor es callarse” esto demuestra la falta de conocimiento en la argumentación jurídica.

El mismo autor relata que la argumentación jurídica suele estudiarse desde el cielo de los conceptos jurídicos que es cuando el concepto no entra en la deformación de las personas legisladoras, y en otro caso la argumentación jurídica es estudiada desde la perspectiva práctica en la cual es fácil deformar el argumento mediante la apelación de cuestiones fáctica y procesales

En otra investigación de (Cárdenas et al, 2020) da a entender que la argumentación jurídica es un mecanismo complejo que debidamente procesado facilita el convencimiento del receptor en lo referente al ejercicio del derecho y su su aplicación es de orden absoluto en cada exposición de motivos al realizar las peticiones a los administradores de justicia, explicando con claridad la necesidad y pertinencia de las peticiones realizadas. El autor infiere que con la debida argumentación jurídica el derecho y su aplicación no es una simple voluntad sino que debe limitarse a la discrecionalidad y la subjetividad ya que el proceso técnico de argumentar es una actividad razonada, encaminado a solucionar un problema jurídico, en base a la existencia de criterios a partir de los cuales una argumentación puede ser evaluada como válida, sólida, convincente, persuasiva.

También en el ejercicio del derecho se entiende que este es una práctica interpretativa que integra todo un sistema. Esta interpretación no es solo descriptiva sino moral y holística a palabras de (Guette Hernández, D. M., & Rodríguez Cuadrado, A. C. 2021) por lo que una propuesta de argumentación jurídica debe ser también aplicada y con metodología jurídica, metodología ética y que la unión de ellas dos conjugan la integridad. La importancia de lo anteriormente descrito radica en que el derecho se convierte en una práctica interpretativa que debe entenderse a partir de la noción de integridad y coherencia.

La litigación oral es una parte fundamental en la argumentación jurídica y esto se refleja en que hay una deficiente o nula aplicación de las técnicas de litigación oral y la argumentación jurídica en todo el régimen procesal ecuatoriano como lo expresa (Quichimbo, B. E. O., & Peñafiel, S. A. O. 2022) ya que esto es un problema en el profesional del derecho al momento de argumentar un juicio. Sabido es por estudios previos que el sistema penal en el país ha tenido múltiples variaciones a lo largo de los años, en donde el Juez dejó de ser la figura decisiva como dueño de la ley y pasó a ser parte principal el proceso oral acusatorio. El mismo autor señala en su investigación que la oralidad está sustentada en la constitución actual y desde la anterior, es decir la constitución de 1998. Por lo que a entender general la argumentación jurídica y su parte de la oralidad se basa también en el principio de congruencia, de oralidad, y de inmediación. El principio de oralidad también está relacionado con los principios de inmediatez, concentración, sencillez, publicidad, contradicción e incluso el de celeridad.

También es importante revisar en la investigación realizada por CITA que la argumentación jurídica debe intentar lograr un equilibrio entre el estado de derecho y la argumentación como tal y formar dos ideas de consenso. Esto da la siguiente premisa argumentativa que: Quien argumenta razonablemente se esfuerza por encontrar puntos de acuerdo reales que puedan servir como base para lograr un nuevo acuerdo, o sea, para pasar de lo aceptado a lo aceptable por lo que se debe aplicar la racionalidad en el operador judicial correctamente como la lógica regule para controlar su validez y motivación interna en la decisión judicial.

Prisión preventiva y constitucionalismo ecuatoriano.

La prisión preventiva tiene una relación directa con la garantía constitucional. Con la aplicación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 se renovó la estructura del Estado trayendo consigo un nuevo orden jurídico eliminando limitadas garantías jurisdiccionales especiales o constitucionales anteriores dadas en la Constitución

Política del Ecuador de 1998 denominadas garantías secundarias o de segundo orden y que dichas garantías en los procesos Grijalva (2012), eran de tipo constitucional, legal, internacional e incluso se podían establecer por vía de jurisprudencia. Es decir, que los jueces eran los entes supremos que diseñaban y crean ciertas garantías para proteger ciertos derechos en el proceso (Sotomayor, 2021).

¿Qué sucede en la Constitución del 2008?, resulta que se abre un abanico amplio a las garantías básicas de los derechos fundamentales para dar la protección efectiva de dichos derechos brindando con sujeción a los principios de inmediación y de celeridad exhortando a los entes a los administradores de justicia a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales.

Más adelante se observa que hay una Constitución que permite el cumplimiento total de los derechos del justiciable frente al órgano penal en Ecuador. Entonces con la Constitución del 2008, se actualiza la legislación penal ya que la implementación del Código Orgánico Integral Penal, con sus múltiples reformas se tornó necesario por el carácter garantista de dicha Constitución que exigía ya la necesidad de una reestructuración de normativa, con el fin de mantener un orden del funcionamiento jurídico, político y administrativo que garantice y efectivice la aplicación de nuestros derechos.

Por esta razón la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, que al ser una decisión del órgano judicial que afecta y vulnera derechos fundamentales de las personas como el de la libertad, el de la libre circulación, y que solo tiene como finalidad asegurar la comparecencia en el juicio.

Mínima intervención penal.

En una investigación realizada por (Carrión, 2019) en lo referente a la aplicación de penas en delito de narcotráfico expresa que la vigencia del Código Orgánico Integral Penal a partir del 10 de agosto de 2014, tiene un avance en materia de derecho y de relación con garantías en dicho delito asumiendo la división en escala para designar una sanción que sea proporcional a cada caso diferenciando así de penas generalizadas en base a leyes anteriores que no distinguía la cantidad de sustancia que poseía el infractor al momento de su detención. De esto se desprende interpretaciones en que no hubo una correcta aplicación de la norma que abrió camino para que los jóvenes entren en el mundo de las drogas siendo así que el año 2015, se procede a la primera reforma al capítulo de escalas del delito. Entonces, hablar de una mínima intervención penal en este caso se da por la aplicación de sanciones proporcionales disminuyendo el ius puniendi del estado.

Por otro lado (Guerrero, 2022) de manera acertada manifiesta que el derecho penal desde un punto de vista subjetivo tiene facultad de castigar o imponer penas que corresponde exclusivamente al Estado y que el poder punitivo estatal no puede ser de carácter ilimitado ya que la misma constitución con sus garantías limita el ejercicio penal. Y en materia de interpretación se añade que las garantías constitucionales es en ocasiones para quien comete el delito colocándolo durante el proceso punitivo como el “débil”. El mismo autor señala que en el delito, la persona que ejerce la infracción usa la fuerza y la violencia; ya dentro del proceso, la policía, el agente fiscal y los jueces pueden detener, privar de manera preventiva la libertad. Por otro lado, encontrados los elementos necesarios pueden acusar hasta conseguir la sanción o condena. Esto lleva a dilucidar que por las garantías constitucionales previstas el que comete el delito tiene derecho a que no le quiten de la libertad por medio de la medida cautelar de la prisión preventiva, que tiene derecho al debido proceso; el condenado tiene derecho a que sus derechos no sean vulnerados más allá de lo que permite la ley.

La Prisión Preventiva Como Medida Cautelar y el Principio de Mínima Intervención Penal

Debido al debate que hay entre el principio de inocencia y la prisión preventiva; existe la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad, rompiendo el fundamento principal de inocencia, en base a una “mayor seguridad” aplicando la estrategia punitiva contra los infractores, así como la reparación a la víctima; el encarcelamiento preventivo, tiende a responder a otros fines, por lo que de esta manera se proporciona a la ciudadanía la efímera sensación de que todo se soluciona con la prisión preventiva y es lo que los fiscales no argumentan de manera técnica el porqué de solicitar la prisión preventiva que lleva al abuso de en el uso de la prisión preventiva.

La prisión preventiva se debe tener claro que no es una pena, pero sí constituye una auténtica privación de uno de los derechos más sagrados del hombre, su libertad, y que en caso de condena se computa incluyéndose en el tiempo de prisión impuesto, pero, que pasa cuando la persona después de un tiempo es declarada inocente y quién es capaz de devolverle el tiempo que estuvo privado de su libertad por la mera petición de un fiscal que no argumentó debidamente si era o no necesario la privación de la libertad violentando el principio de presunción de inocencia (Guamán, 2022).

Elementos jurídicos en la argumentación de la prisión preventiva. Su excepcionalidad

Antes de entrar en los elementos jurídicos que entran parte de la aumentación para la solicitud de la prisión preventiva por parte de fiscalía debe tener en claro de las características de la prisión preventiva diferenciando las mismas, tomando como punto de referencia las normas constitucionales, supra constitucionales y las contenidas en el derecho adjetivo penal :

Es una medida cautelar de carácter personal.

Se adoptará por dos motivos: garantizar la comparecencia del acusado al proceso para evitar la obstaculización del juicio o la fuga del mismo y para asegurar el cumplimiento de una posible pena.

Se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria.

Es de duración determinada, ya que tiene tiempo de caducidad según la complejidad del delito.

El Fiscal es quién la solicita y deberá hacerlo de manera motivada, no por el solo hecho de solicitar por forma y conveniencia subjetiva en querer dar un mejor papel y debe demostrar la necesidad de aplicación de dicha medida cautelar.

Para dictarla debe encontrarse debidamente motivada y fundamentada su procedencia.

Después de haber entendido estas características se debe tener en cuenta los principios básicos para que avalan la institucionalidad de la prisión preventiva en el momento de la motivación y argumento jurídico, estos son :

Jurisdiccionalidad, es entender que al disponer se procederá por orden escrita por parte de juez competente, en razón de territorio, grado o materia.

Excepcionalidad, sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la Constitución y la ley.

Proporcionalidad, es decir distinguir la idoneidad de la medida para conseguir el fin propuesto y su necesidad en sentido estricto.

Cautelar, asegurar el normal desarrollo del proceso penal y la posible eventual ejecución de la pena, que permita la eficacia del proceso sustantivo penal, sin que esto signifique que se viole el principio de presunción de inocencia ni la prisión preventiva sea entendida como una pena impuesta sin condena.

Recurribilidad, se debe considerar que la persona afectada por la prisión preventiva, podrá interponer el respectivo recurso de apelación, teniendo en cuenta que encontrarse encarcelada de manera injusta, desencadenaría en un gravamen irreparable en sentido intangible.

Motivación de los autos de prisión preventiva.

En el marco del Estado Constitucional de derechos, justicia, garantías todas las decisiones tomadas y ejecutadas de las autoridades judiciales y administrativas deben ser motivadas correctamente, y que sea sustentada con razones del porque de la decisión que tiene su repercusión en el ámbito del Derecho Penal, marcar la vida o la libertad de una persona. En la solicitud de la prisión preventiva como medida cautelar no puede ser la excepción a esa exigencia y deber constitucional que es motivar.

Antes de entrar en la discusión de este apartado, en el presente artículo es necesario saber que es la motivación. Manuel Atienza señala que: “En principio argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar.” Entonces, la claridad de lo que expone el jurista es que para solicitar debe tener el peso jurídico que sea indiscutible pero dentro de la necesidad absoluta no sólo para garantizar la seguridad de “burbuja” que percibe el ciudadano, sino que debe tener varios elementos que establecerán su efectiva aceptación por las partes.

El mismo Manuel Atienza señala también que: “En el Derecho podemos, pues, distinguir entre las decisiones encaminadas a resolver problemas prácticos y las razones en las que se apoyan esas decisiones.” El autor, de manera objetiva señala que, la decisión debe estar directamente relacionada con las razones. Por otro lado, de manera acertada señala Omar Vásquez Sánchez sobre la motivación es que: “La nueva óptica de la motivación no solo se integra por la perspectiva ‘privatista’ de las partes y ‘burocrática’ de los tribunales; se integra ahora desde una óptica democrática que muy pocos cuestionan, pues el ‘controlador’ es el pueblo mismo.” Las razones deben tener coherencia con los hechos planteados y el problema a resolver, sustentadas éstas en principios y valores constitucionales.(Vásquez, 2009)

El deber de motivar.

Se considera un deber porque debe ser cumplido por las autoridades (judiciales o administrativas) bajo los principios constitucionales y del derecho al debido proceso contemplados en la Constitución de la República y demás normas que la amparan. La motivación tiene mayor fuerza cuando el Estado Constitucional y democrático legitima las decisiones, el mismo Omar Vásquez señala que: En los Derechos de tipo continental, la obligación y la práctica de la motivación de las sentencias es un fenómeno reciente. Comienza, cabría decir, en la segunda mitad del S. XVIII y sufre una aceleración después de

la segunda guerra mundial, a medida que se va afirmando el modelo del Estado constitucional.

En el Ecuador el deber de la motivación jurídica está dentro de los derechos del debido proceso contemplados en el artículo 76 de la Constitución de la República tal como lo establece la Constitución en el numeral 7, literal 1) del citado artículo:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Este deber no debe ser inobservado ni ignorado por las autoridades e instituciones públicas, y de no cumplir con lo anteriormente establecido toda resolución carece de eficacia y consecuentemente es considerada nula. Vale recalcar también que la Corte Constitucional del Ecuador en sentencias No. 133-14-SEP-CC y 077-15-SEP-CC, ha establecido que la motivación consiste en la explicación de los principios y normas jurídicas en los que se argumenta la decisión, es decir, la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, de tal forma que las resoluciones sean concordantes con los antecedentes y coherentes con lo que se resuelve. La motivación se compone de tres elementos que son: razonabilidad, que establece que la decisión debe estar fundamentada en principios constitucionales y en disposiciones jurídicas pertinentes al caso en concreto; la lógica, que es cuando las premisas que integran la decisión deben encontrarse formuladas en un orden sistemático, relacionadas entre unas y otras; y, la comprensibilidad, es decir que la decisión se encuentre en un lenguaje claro que debe ser entendido por las partes involucradas en el proceso.

El papel del Juez en la motivación jurídica.

El juez ya no es solo un elemento espectador, sin participación de interpretación menos de de crear normas mediante la ponderación para resolver los casos que ameritaban una mayor motivación y que no encontraban la solución en la ley, y es en la actualidad que el Juez es garante de los derechos y garantías constitucionales de todos los ciudadanos y con capacidad de crear reglas jurisprudenciales que permitan resolver el caso en concreto.

La Constitución de la República en los artículos 195 y 196 expresa las atribuciones que tiene la Fiscalía General del Estado, lo cual indica que su ejercicio de acción pública

debe sujetarse a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, por lo cual, la prisión preventiva, debe estar absolutamente justificada para su aplicación y segundo lugar cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 534 del COIP, pero en lo estadístico es lo contrario a su aplicación.

El juez, al momento de aceptar la prisión preventiva debe tener siempre en cuenta estos elementos: a) elementos de convicción suficientes de la existencia de un delito de acción pública, b) el procesado es autor o cómplice del mismo; c) debe haber sólidos indicios que permitan evidenciar que las medidas cautelares son insuficientes y d) la pena privativa de libertad por el delito cometido sea mayor a un año, es decir no se puede ordenar ni solicitar la prisión preventiva de manera improvisada (Valdiviezo, 2019).

En una investigación realizada por (Sacoto P, Erazo J. & Álvarez C, 2020) establece que en la actualidad la justificación del neoconstitucionalismo es decir pasamos de un estado constitucional de derecho a estado constitucional de derechos. Por esta razón, se establece el respeto de la siguiente manera “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso [...]” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 76) lo que constituye la parte medular respecto al ámbito penal y cuya sustanciación inicia en principio con la etapa de instrucción fiscal donde se trata el eje principal, a la institución jurídica denominada prisión preventiva.

De lo anterior expuesto, se infiere que el proceso lo que encausa la medida preventiva para asegurar la comparecencia de la persona en el proceso penal correspondiente. Los mismos autores establecen que hay criterios o patrones que prevalecen, lo que genera confusiones y que lleva a la vulneración de los derechos individuales y que siendo inocentes permanecen reclusos injustamente so pretexto de esta figura,

Fundamentar y motivar no son sinónimos ya que fundamentar ha de entenderse como la elaboración de una explicación precisa que determine por qué una norma jurídica se destina a un caso en particular. Bajo esta aclaración el agente fiscal objetivamente debe justificar la solicitud de procedencia de una disposición legal, argumentando y demostrando su necesidad mediante la exposición clara y precisa de los requisitos formales y materiales, generales y específicos de la medida, estableciendo la protección máxima de los derechos constitucionales del procesado y argumentar con pruebas que otras medidas alternativas son infructuosas, por lo tanto es inevitable solicitar la prisión preventiva como medida cautelar.

Los presupuestos procesales contenidos en el Art. 534 del COIP son obligatorios que debe generar una imperativa fundamentación dirigida a su consumación y retroalimentación en conjunto con un análisis y justificación jurídica de cada uno de ellos, en especial, del numeral tercero donde tiende a confluir la mayor dificultad para su procedencia y apenas ahí analizar la posibilidad de avanzar hacia la siguiente etapa de valoración objetiva por parte del juez, quien motivadamente tomará la decisión.

Como ejemplo de la sustitución se toma el siguiente elemento correspondiente a la causa 13283-2022- 00195: En la ciudad de Portoviejo, 14 de octubre, a las 14h30 , ante el señor Juez de la Unidad Judicial Penal de la Ciudad de Portoviejo y Secretaria del Juzgado , Comparece el procesado M.E.L.C. CC. 13x5xx927x, con la finalidad de presentarse a la Medida Alternativa al Auto de Prisión Preventiva, con el objeto de dar cumplimiento a lo ordenado en autos sobre la disposición de la medida sustitutiva de conformidad a lo que dispone el Art. 522 numeral 2 del Código ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, que establece lo siguiente: Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. La sustitución de la prisión preventiva tiene sustento en dos motivaciones principales: a) La falta de motivación en las resoluciones que ordenan la prisión preventiva constituyen per se nulas de pleno derecho, por cuanto lesionan las garantías básicas del debido y justo proceso, que tienen errores que salen de análisis superficiales efectuados y que no hay la correlación entre la disposición coercitiva con las circunstancias fácticas a través de una explicación imparcial de los razonamientos que llevaron al juez a tomar esa decisión, y de la cual se deduce que afecta el derecho por elemental lógica, a la seguridad jurídica.

b) De acuerdo al precepto constitucional y demás razones la garantía motivadora no puede circunscribirse solo a las sentencias sino que debe abarcar a todas las decisiones que acojan las autoridades públicas, entre estas, claro está, las resoluciones o autos que ordenan la detención provisoria, lo que es ratificado en el referido Art. 520 núm. 3 del COIP, y vale añadir que la toma de la decisión judicial siempre será en audiencia oral pública y contradictoria.

En otro momento que se vivió en el país, se refiere a la emergencia sanitaria, la prisión preventiva fue revocada en delitos y aplicación del sistema de protección a la víctima de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar por los órganos jurisdiccionales durante el periodo de emergencia sanitaria a nivel nacional, lo que permitió disminuir en cierta medida el hacinamiento y que dejó de manifiesto que la no aplicación indebida de la prisión preventiva es posible con la justificación jurídica razonada.

Conclusiones.

El hecho de que se absuelva a una persona de un hecho delictivo que se investiga para llegar a la verdad histórica pone en entredicho la legitimidad inherente a la regulación jurídica, al proceso judicial. Especialmente en un estado constitucional como el Ecuador, donde gobierna el máximo órgano supremo de control, entra en juego el constitucionalismo de los derechos y al no fundamentar adecuadamente y motivar la prisión preventiva se puede caer en el error de dejar en libertad a personas de alta peligrosidad con otras medidas cautelares que no van a asegurar la comparecencia del procesado.

El conflicto suscitado en personas en donde se plantea la duda si es o no viable que esté bajo prisión preventiva se debe principalmente a la indebida justificación de la demanda y la falta de motivación para autorizar la acción por parte de los jueces penales que se amparan en el artículo 534 de los tribunales en el ejercicio de sus facultades judiciales. El COIP pretende aplicar la ley según su discrecionalidad y razonable crítica, pero en realidad es una tarea mucho más complicada, con criterios absurdos como la presunción de culpabilidad y la privación de libertad que para muchos entendidos en la materia debe ser abolida por generar injusticia.

Por último los jueces están obligados a aplicar estrictamente las normas legales relativas a la justificación del uso de la prisión preventiva dentro de las facultades reparatorias y exigibles que les confiere el código orgánico judicial. El principio de libertad y presunción de inocencia para las personas debe ser considerado en todo el proceso. La primacía de la ley radica en la Constitución, su aplicación es de aplicación directa e inmediata.

Bibliografía

Alejandro Nava Tobar Instituto Nacional de Ciencias Penales. (2020).

Argumentación Jurídica. Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Aristóteles. (2015). *Retórica Libro 1*. Editorial Gredos, España, p.109.

Camarillo Hinojoza, H. M. (2021). Literacidad en el derecho. Aproximaciones a partir de un corpus de ensayos sobre argumentación jurídica.

Lenguaje, 49(1), 135–164.

<https://doi.org/10.25100/lenguaje.v49i1.10485>

- Coral Corpus, K. M. (2020). *Inadecuada Argumentación Jurídica en los Requerimientos de Prisión Preventiva de Robo Agravado del Distrito Fiscal del Callao-2019*. Universidad César Vallejo.
<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/63160>.
- Del Solar, J. M. (2019). *Uso Y Abuso De La Prisión Preventiva En El Proceso Penal Peruano*. Universidad de Lima Perú
https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/5073/5430.
- Dictamen No. 133-14-SEP-CC, de 17 de septiembre de 2015 y No. 077-15-SEP-CC, de 15 de abril de. (2015).*
- Ecuador, C. (s/f). Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de. *Registro Oficial, 449*.
- Espinoza Guamán, E. E. (2022). La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia. *Sociedad & Tecnología, 5(2)*, 351–364. <https://doi.org/10.51247/st.v5i2.219>
- Granados, L. E. C. (2019). *Características de la correcta argumentación jurídica como herramienta definitiva dentro del procedimiento penal acusatorio en México*. Perfiles de las Ciencias Sociales
<https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/3387/2525>.
- Granda Valdivieso, D. C. (2019). *Propuesta de reforma al Art. 187 del Código Orgánico Integral Penal*. Editorial Académica Española.
- Guamán, E. E. E. (2022). *La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia*.
<https://institutojubones.edu.ec/ojs/index.php/societec/article/view/219/506>.
- Guette Hernández, D. M., & Rodríguez Cuadrado, A. C. (2021). La forma como debe decidir el juez Hércules. Descripción y análisis de la teoría de la argumentación jurídica desde la visión de Ronald Dworkin. Estudio de

caso basado en la jurisprudencia colombiana. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 231–255. <https://doi.org/10.7764/r.482.10>

Guibourg, R. A. (2018). *Función y límites de la argumentación jurídica*. *Revista de Derecho (UCUDAL)*
<http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n19/2393-6193-rd-19-17.pdf>.

Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador. Defensoría pública del Ecuador, serie defensa y justicia*.
<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>.

Leonardo Felipe Guerrero-Ramírez, K. M.-B. (2022). *Análisis del principio de mínima intervención penal frente a la vulneración de la presunción de Inocencia en la legislación ecuatoriana*. Polo del conocimiento.

Montoya Carrión, L. (2019). *La mínima intervención penal en el COIP en la imposición de la pena en delitos de narcotráfico. 85 p. Tesis (Maestría en Derecho Penal)*.

Quichimbo, B. E. O., & Peñafiel, S. A. O. (2022). Las técnicas de litigación oral y argumentación jurídica: su incidencia e importancia en el proceso penal. *Dominio de las Ciencias*, 8(1), 64.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8383514>

Ruiz Vaca, M. (2019). *El estado de derecho y la argumentación jurídica: apuntes para su análisis conceptual*. Facultad de Jurisprudencia , (6), 337-358. <https://doi.org/10.26807/rfj.vi6.218>.

Sacoto, P., Martín Erazo, J., & Álvarez, J. C. P. (2020). Enrique Eugenio Narváez Zurita, Ivonne Iustitia Socialis. *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 5, 465–492.

Santiago Elías Cárdenas Villacrés, Héctor Wilson Cárdenas Vallejo, Luis Raúl Chasi Carbo, Javier Filiberto Vera Álvarez. (2020). *Argumentación jurídica y la reconstrucción de argumentos escritos*. Ciencia y

Educación <https://docs.google.com/document/d/1OqjgWAfIUzpv-akBG2GJ58EmxnqxNdCMjjuXRptN84/edit>.

Vásquez, L. E. S. (2021). *La Prisión Preventiva Frente a las Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Universidad San Gregorio de Portoviejo Departamento de Posgrado.
<http://repositorio.sangregorio.edu.ec/handle/123456789/2102>.

Vásquez, O. (2009). de lo que la Teoría de la Argumentación Jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 12.

Villacrés, S. E. C., Vallejo, H. W. C., Carbo, L. R. C., & Álvarez, J. F. V. (2020). Argumentación jurídica y la reconstrucción de argumentos escritos. *Ciencia y Educación*, 1(10), 65–71.
<https://www.cienciayeducacion.com/index.php/journal/article/view/53>

(S/f). Prisonstudies.org. Recuperado el 15 de febrero de 2023, de <http://www.prisonstudies.org/coun>