



Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Sede Ibarra

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA:

La sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario de la mujer que se embaraza después de la comisión del delito: criterios para su procedencia.

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA

LÍNEA/S DE INVESTIGACIÓN:

13: Derecho, Participación, Gobernanza, Regímenes Políticos e Institucionalidad.

AUTORA: Mayra Dayana Salazar Flores

ASESOR: PhD.Merck Milko Benavides Benalcázar


IBARRA, Marzo – 2019

Ibarra, 01 de marzo de 2019

PhD. Merck Milko Benavides Benalcázar
ASESOR

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.

(f) 

PhD. Merck Milko Benavides Benalcázar
C.C.: 0400554606

PÁGINA DE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI):

(f): 

PhD. Merck Milko Benavides Benalcázar

C.C.: 0400554606

(f): 

Dr. Nelson Joaquín Lalama Proaño

C.C.: 1001772308

(f): 

Dr. Jimmy Ricardo Vásquez Bedon

C.C.: 1002190161

ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo Mayra Dayana Salazar Flores, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 165 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que manifiesta textualmente: “Se reconoce facultad de los autores y demás titulares de derechos de disponer de sus derechos o autorizar las utilidades de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen. Esta facultad podrá ejercerse mediante licencias libres, abiertas y otros modelos alternativos de licenciamiento o la renuncia”.

Ibarra, 01, marzo de 2019

f): 

Mayra Dayana Salazar Flores

C.C.:1004162861

AUTORÍA

Yo, Mayra Dayana Salazar Flores, portador de la cédula de ciudadanía N°1004162861 declaro que la presente investigación es de total responsabilidad del (los) autor (es), y eximo expresamente a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra de posibles reclamos o acciones legales.

f): 

Mayra Dayana Salazar Flores

C.C.:1004162861

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo: Mayra Dayana Salazar Flores, con CC: 1004162861, autor del trabajo de grado intitulado: “La sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario de la mujer que se embaraza después de la comisión del delito: criterios para su procedencia”, previo a la obtención del título profesional de “Abogada”, en la Escuela de Jurisprudencia.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede- Ibarra, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra a difundir a través del Repositorio Digital de la PUCESI el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ibarra, 01, marzo del 2019

f): 

Mayra Dayana Salazar Flores

C.C. 1004162861

Dedicatoria

Dedico este trabajo a Dios, el creador de todas las cosas, principalmente por haberme dado la vida, por haberme dado una familia hermosa y por haber hecho posible que llegue hasta este peldaño de mi vida el cual me llena de satisfacción.

A mi madre, con todo el cariño del mundo, quién ha sido el pilar fundamental en mi vida, siempre siendo un ejemplo de perseverancia, lucha, dedicación y amor incondicional, siendo mi apoyo y aliento en los días en que más necesitaba, ha sido la mejor madre del mundo y sé que todo tu sacrificio incesante, ha dado frutos al culminar esta etapa de mi vida.

A mi padre, aunque no esté presente físicamente, estoy convencida que siente la misma satisfacción y alegría, aunque la vida nos negó la oportunidad de que esté presente en cada etapa de mi vida acompañándome y apoyándome, lo llevo siempre en mi mente y en mi corazón, llevo en alto su nombre y las enseñanzas que desde niña me inculco, para mí siempre sera mi Héroe.

A Roger Flores, desde el fondo de mi corazón, aunque su partida fue muy temprana, lo llevo en mi mente como el más bonito recuerdo, por ser el apoyo en momentos difíciles de mi vida, en los que a pesar de su corta edad fue un amigo incondicional, hermano de mi corazón.

Al amor de mi vida, mi hermana Sarita, porque a pesar de lo dura que ha sido la vida y su enfermedad, ha sido luchadora, siempre con su sonrisa de ángel, porque para mí eso es mi ángel de la guarda, mi niña valiente.

Dayana Salazar

Agradecimiento

Principalmente a Dios porque sin él, no soy nada, a mis padres Mayra Rosana Flores Sarzosa y Diego Norberto Salazar Echeverría, por ser el pilar fundamental en mi vida, apoyarme incondicionalmente y ser mi pedestal para salir adelante.

A mi hermana Mishel Salazar, por ser parte fundamental de esta investigación, pero sobre todo de mi vida, por guiarme en cada paso que doy, ayudarme en los momentos que más le necesito y sobre todo amarme incondicionalmente.

A mis hermanas por siempre estar presentes a lo largo de mi vida, con quienes he reído y he llorado, pero sobre todo he superado las adversidades que se han presentado en mi vida cotidiana y universitaria, gracias por ser mi cobijo, siempre ayudándome y guiándome incondicionalmente.

Al señor Washington Haro por ser, un buen amigo incondicional, por haber compartido su experiencia, su conocimiento, sus consejos y sobre todo por estar presente en los momentos más difíciles de mi vida, siendo un gran ser humano, lleno de bondad.

A mis abuelitos, que han estado presentes en cada uno de las etapas de mi vida, agradezco con esmero el haber sido participe de sus valores, principios, consejos, sus enseñanzas, que han servido a lo largo de mi vida.

A mis amigos, “Los Peores “, más que un equipo somos una familia, ya que nos apoyamos en los momentos más difíciles, así mismo compartimos momentos muy gratos que llevo en mi mente y corazón, les agradezco por haberme enseñado el verdadero sentido de la amistad.

A mi querido tutor PhD. Merck Milko Benavides Benalcázar, un gran ser humano, quien ha sido mi ejemplo a seguir, me enseñó a amar mi profesión desde el salón de clases, y más aun siendo mi guía en el trabajo de investigación, le agradezco por toda la atención, paciencia y apoyo.

A todos mis docentes, quienes impartieron sus conocimientos para que desarrolle tanto mis actitudes y aptitudes, en el ámbito académico, pero sobre todo me enseñaron a amar la profesión que escogí para mi vida.

Por último, agradecerles a todas las personas que me apoyaron directa e indirectamente y creyeron en mí, en la realización de este trabajo de investigación.

Dayana Salazar

INDICE

1. RESUMEN	1
PALABRAS CLAVE:	1
2. ABSATRAC:	2
KEYWORDS:	2
3. INTRODUCCIÓN	3
4. ESTADO DEL ARTE	8
5. MATERIALES Y MÉTODOS	50
6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	51
7. CONCLUSIONES	113
8. RECOMENDACIONES	115
9. REFERENCIAS	117
10. ANEXOS	122

1. RESUMEN

La prisión preventiva es una medida cautelar de última ratio, excepcional, que responde a los criterios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y sobre todo el respeto a la presunción de inocencia que lleva implícito. En la actualidad, se sigue cometiendo arbitrariedades con respecto a esta medida cautelar privativa de libertad, se la utiliza como regla general y no como una excepcionalidad, es así como en nuestra legislación propendiendo el garantismo de los derechos existe la sustitución de la prisión preventiva, a la que cualquier ciudadano puede acogerse, sin embargo, en la actualidad no existe un criterio unificado ya que algunos jueces niegan la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario a las mujeres que se embarazan después de la audiencia de formulación de cargos, y otros la aceptan, sin tomar en cuenta que son un grupo de atención prioritaria con doble vulnerabilidad y merecen la protección estatal tanto para la madre, como para el nasciturus; es evidente que este tema se ha quedado en la invisibilidad, con la investigación se ha intentado esclarecer los criterios de aplicabilidad tanto para la prisión preventiva, cuanto para la sustitución de la misma evitando que se genere vulneración tanto a derechos constitucionales como a la seguridad jurídica. Es necesario que exista una interpretación en pro de los derechos de este grupo ya que, aunque la norma sea facultativa por establecer que el juez “podrá” dar la sustitución, o no. Nos encontramos ante una laguna legal que puede ser solventada con resoluciones emitidas por la Corte Constitucional, o por una corrección literal de la norma en al que se establezca que se “deberá” aplicar la sustitución, evitando así la vulneración a los derechos constitucionales y sobre todo evitando una inseguridad jurídica, ya que los jueces son quienes dan certeza jurídica a los ciudadanos ecuatorianos.

PALABRAS CLAVE:

Mujeres Embarazadas, Sustitución, Medidas Cautelares, Prisión Preventiva, Seguridad Jurídica, Criterios Unificados. Nasciturus, Ultima Ratio, Excepcionalidad, Derechos Constitucionales.

2. ABSATRAC:

The preventive detention is a precautionary measure of ultima ratio, exceptional, which meets the criteria of necessity, reasonableness, proportionality and above all respect for the presumption of innocence that is implicit. At the present time arbitrariness continues with respect to this precautionary custodial measure, it is used as a general rule and not as an exceptionality, this is how in our legislation procuring the guarantee of rights there is the substitution of preventive detention, a which, any citizen can avail, however at present there is no unified approach, since some judges deny the substitution of preventive detention for house arrest to women who become pregnant after the arraignment hearing, and others accept it, without taking into account that they are a priority attention group with double vulnerability and deserve state protection for both the mother and the nasciturus; It is evident that this issue has become invisible, with the investigation it has been tried to clarify the criteria of applicability both for preventive detention, and for the substitution of the same, avoiding the violation of both constitutional rights and legal security. . It is necessary that there be an interpretation in favor of the rights of this group, since, although the rule is optional to establish that the judge "may" give the substitution, or not. We are facing a legal loophole that can be resolved with resolutions issued by the Constitutional Court, or by a literal correction of the rule in which it is established that the "substitution" should be applied, thus avoiding the violation of constitutional rights and all avoiding legal uncertainty, since they are judges who give legal certainty to Ecuadorian citizens.

KEYWORDS:

Pregnant women, Substitution, Precautionary measures, Preventive Prison, Legal security, Unified Criteria, Will be born, final thought, Exceptionality, Constitutional Rights.

3. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es una medida cautelar que se encuentra inmersa en un cuerpo codificado, como lo es el Código Orgánico Integral Penal, en el que se establece, cual es la finalidad primordial de la aplicación de esta medida, en su artículo 534, establece que, la prisión preventiva sirve “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, 2014). Por lo expuesto cabe aludir que esta medida se la adopta para garantizar la correcta aplicación de las normas procesales penales y normas penales, garantizando la efectiva tutela judicial, derechos inherentes al ser humano, así como los principios procesales consagrados en tratados y convenios internacionales como los establecidos en la Carta Magna.

La aplicación de estas medidas cautelares privativas de libertad dan origen a una serie de problemas, entre ellos, está la falta de la aplicabilidad normativa en cuanto a la sustitución de la misma, ya que esta sustitución se estaría negando por parte de los juzgadores, en el caso de las mujeres que se encuentran en estado de gestación, después de haberse realizado la audiencia de formulación de cargos en donde se dictó la prisión preventiva y que al momento de quedarse embarazadas se encuentran cumpliendo la misma dentro de un centro de privación de libertad, lo cual afectaría de forma directa al principio de seguridad jurídica debido a que los jueces además de ser conocedores y garantistas de las normas y de los derechos, son razón e inteligencia de aplicación con respecto a las leyes, es así que deben precautelar siempre los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, deben, implementar soluciones que correspondan a nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, de acuerdo al presente caso se estaría vulnerando los derechos de atención prioritaria de la mujer embarazada, al mantenerla encerrada en un centro penitenciario, debido que al no poseer una sentencia definitiva, se podría dar cumplimiento al Artículo 537, Casos Especiales “Sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción la prisión preventiva podrá ser sustituida por arresto domiciliario y el uso de vigilancia electrónica,... Cuando la persona procesada es una mujer embarazada...” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Mientras esté

bajo esta medida cautelar y cumpla las condiciones fundamentales para ser parte del grupo al que se debe aplicar medidas especiales, es decir la sustitución de la prisión preventiva, de la cual deberían ser partícipes las mujeres en periodo de gestación y a las cuales los administradores de justicia deben garantizar, la atención prioritaria que tienen por ser un grupo de alta vulnerabilidad referente a las características estructurales de la sociedad, se debería permitir dicha sustitución, la cual se da, pero queda a interpretación del Juzgador ya que, la norma no tiene una limitación, ni mucho menos parámetros para la aplicabilidad de la misma, al no existir un criterio unificado en este ámbito se genera inseguridad jurídica que afecta directamente a las mujeres que quedan embarazadas cumpliendo esta medida impuesta. violentando así el derecho de igualdad formal y material, por lo cual es importante analizar el problema desde un punto de vista jurídico debido a que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar de ultima ratio, se deberían adoptar las medidas alternativas a ésta.

La sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario de la mujer que se embaraza después de la comisión del delito se ha convertido en un punto trascendental, debido a la falta de un criterio unificado por parte de los juzgadores en el momento de valorar la aplicación de las medidas cautelares que restringen el derecho de la libertad, lo cual evidencia la vulneración al principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado. Es así que a través de este estudio se pudo establecer el momento de aplicación de las medidas especiales para las mujeres que se encuentran en periodo de gestación; es decir antes, durante o después de la aplicación de las medidas privativas de libertad, para de esta manera no violentar derechos fundamentales a la dignidad humana desde la concepción. Por lo tanto, se busca establecer un enfoque directo y unificado para todos los juzgadores, para evitar que se incumpla con el derecho *Iura Novit Curia*, es decir que, por dicha mala interpretación restrictiva de las normas procesales penales, se violente el principio de seguridad jurídica establecido en nuestra Carta Magna.

Este trabajo se justifica, por la problemática evidenciada en la sociedad desde hace tiempo atrás, por ello se ha tratado de encuadrar la aplicación de la norma legal, en este caso la prisión

preventiva enfocada desde el punto de vista de la aplicabilidad, la interpretación que los administradores de justicia dan a dicha norma procesal penal, quedando a criterio razonable el aplicarlo o no, como es el caso de las mujeres que al realizar la audiencia de formulación de cargos no se encuentran en estado de gestación, pero que cumpliendo dicha medida se embarazan, por lo cual, se solicita a los jueces de garantías penales, sustituya dicha medida privativa de libertad por una medida no privativa de libertad, como es, el arresto domiciliario o el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, también llamadas medidas especiales.

Es así que se ha tratado de dar un criterio que resulte razonable a las partes procesales, pero sobre todo que no vulnere derechos, ni mucho menos viole principios procesales como el de seguridad jurídica, que a criterio personal, es uno de los más importantes en todas las constituciones, ya que, es el que imparte confianza a los ciudadanos de un Estado y genera estabilidad en el ámbito jurídico, sin dejar de observar los demás principios procesales que están interrelacionados con las normas, tanto penales como procesales penales que se deben aplicar correctamente, lo que se pretende es solventar o crear este criterio uniforme para que los beneficiados con este criterio puedan aplicarlo de la manera más favorable y procesal legal posible.

Las principales beneficiadas con este análisis, son las mujeres que quedan embarazadas después de la aplicación de la medida cautelar privativa de libertad, en la audiencia de formulación de cargos, a las cuales les ha sido negada la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, conforme lo establece el Código Orgánico Integral Penal, cuya normativa debe ser aplicada en cuanto a la sustitución de las medidas cautelares privativas de libertad por medidas especiales.

En este parámetro otros beneficiados son los jueces debido a que al tener la facultad punitiva del Estado en cuanto a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, interpretar la norma y aplicarla en el caso concreto, tendrán un margen de error mínimo, en cuanto a la interpretación y aplicación de las medidas especiales y por ende no caerán en error procesal o judicial, evitando que, recaiga sobre ellos un proceso de repetición si llega a establecerse vulneración

de derechos humanos, en resoluciones emitidas por estos jueces es así que, se minimizara la vulneración de derechos fundamentales y la violación a principios procesales como lo es, la seguridad jurídica,

Otro beneficiario principal será el niño que gracias a lo que establece la Constitución de la República del Ecuador, está respaldado y protegido desde la concepción, podrá nacer en un lugar adecuado y desarrollarse integralmente con lo cual se conseguirá que al infante no se le violen derechos fundamentales del ser humano y en este caso, los derechos del niño como son: derecho a la alimentación adecuada, a una familia, en sí, a lograr un desarrollo integro potenciando las capacidades del menor, brindándole desde la concepción la seguridad que todo ciudadano anhela. Además, se verán beneficiadas las familias de las mujeres, ya que podrán velar por el cuidado y protección tanto de la mujer embarazada como por el niño que está por nacer y, por último, la sociedad ya que al ser seres sociales se garantizará estabilidad jurídica y por ende existirá más confianza en el aparato judicial, por qué el derecho es dinámico y por ende debe ir mejorando día a día minimizando la violación de derechos humanos y sobre todo logrando la correcta aplicación de la normativa.

Cabe mencionar que el objetivo primordial de esta investigación, es analizar jurídicamente la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario de la mujer que se embaraza después de la comisión del delito, para evitar la violación del principio de seguridad jurídica. Así mismo para llegar a concretar el objetivo propuesto se necesita considerar los siguientes aspectos; primero, un análisis doctrinario, jurídico y jurisprudencial referente a la sustitución de la prisión preventiva y su alcance en las medidas especiales en aquellas mujeres embarazadas; segundo, determinar por medio de información proporcionada por los juzgadores el enfoque jurídico e interpretación que se le da a la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario; consecuentemente se va a desarrollar los criterios jurídicos de aplicación, de la sustitución de la prisión preventiva, por arresto domiciliario de la mujer que se embaraza después de la comisión del delito.

La investigación es aplicada desde un enfoque cualitativo, debido a que se realizó un análisis restrictivo y garantista a la vez, respecto a la norma y los principios aplicables al debido proceso, a la tutela efectiva y seguridad jurídica con sujeción a las medidas especiales en materia penal, pues se logró determinar el criterio de los juzgadores al momento de aplicar e interpretar la norma; también es explicativo, debido a que se determinaron las causas que conllevan a los administradores de justicia, a tomar cierta decisión; y esta investigación está apoyada en el método hermenéutico, ya que permitió el análisis y la interpretación que los jueces le dan a la norma concerniente a la sustitución de medidas cautelares, para efectuar este análisis se aplicó la técnica de la entrevista con preguntas abiertas a las y los juzgadores de la Corte Nacional de Justicia, Jueces Provinciales, Fiscales, Defensores Públicos. Otra técnica empleada fue la revisión documental, a través de un análisis doctrinario, jurídico y jurisprudencial referente al tema de la investigación, así como el análisis de caso referente a la aplicación de las medidas cautelares.

La relevancia socioeconómica y científica de este análisis hermenéutico referente a la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario se encontraba enmarcado en el Plan Nacional Para El Buen Vivir (2013), en el objetivo 6 “consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral en estricto respeto a los derechos humanos” (p. 233). Y objetivo 2 “auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión, la equidad social y territorial en la diversidad” p. 121. Posteriormente se emitió El Plan Nacional De Desarrollo Toda Una Vida (2017) en el cuál la investigación se enmarca en el Objetivo 1, “Garantizar una vida digna con iguales oportunidades para todas las personas” (p. 53). Y objetivo 7 “Incentivar una sociedad participativa, con un Estado cercano al servicio de la ciudadanía” (p. 97). Pues los objetivos se ven enmarcados en el servicio de la sociedad en sí, al acceso de la justicia y la seguridad de acceder a la misma en la que se evidencia el principio de seguridad jurídica.

Así mismo, se pretende reforzar y unificar los criterios de los juzgadores para así lograr la correcta interpretación y aplicación de la norma, referente a las medidas especiales, basados en el respeto de los principios procesales, generando una seguridad jurídica, de esta manera lograr el respeto e igualdad en los derechos humanos, así mismo se trata de establecer un

vínculo con el cual se reconozca a todos los individuos la igualdad formal y material, de la mano con la equidad social que establece los principios sociales para vivir en comunidad y propender el bien común.

La línea de investigación de acuerdo al Departamento de Titulación e Investigación de la PUCE, se ve enmarcada a la línea de investigación Nro.13: Derecho, Participación, Gobernanza, Regímenes Políticos e Institucionalidad.

4. ESTADO DEL ARTE

Estado garantista en el ámbito del Derecho Procesal Penal.

Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

El Estado, la base de toda sociedad, para poder lograr una armonía entre los miembros de una sociedad estos renuncian a su libertad de vivir en un Estado de naturaleza mediante un contrato social que les garantiza el goce de derechos y la protección de un Estado, es así como la Sociedad Ecuatoriana reafirma este contrato social en el año 2008, cuando se acepta mediante un referéndum la entrada en vigencia de una nueva Carta Magna, el 28 de septiembre, muchos de los criterios que se sostienen sobre la Constitución es la entrada al neoconstitucionalismo, en el que se reafirman las bases de los derechos humanos, tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como de la Convención interamericana de Derechos Humanos ratificado por el Ecuador en el año 1984.

En esta carta magna en la que existió un transcendental cambio de Estado de Derecho a Estado de Derechos, el primero en el que el gobierno está supeditado al Derecho es decir al sistema jurídico, se pretendía solucionar todo mediante el derecho, Ávila (2009), “lex dura lex, la ley mientras esté vigente debe cumplirse, aun cuando se piense que el resultado es una injusticia” (p.966). En esta frase esta resumido el Estado de derecho, un estado de imposición jurídica, con el cual se quiere solucionar los problemas de la vida real apegado a la ley, el Derecho está restringido al ámbito legal y el Estado de derechos el cual está afincado al Estado

constitucional de derechos y justicia en el cual el paradigma es radicalmente contrario al anterior ya que toda acción Estatal está sometida a los derechos, incluso el Derecho como tal está sometido a los derechos personales o colectivos.

Enmarcados en esta reforma Salgado (2009), enfatiza en que la actual carta Magna es “(...) muy progresista en materia de derechos y libertades (...)” (p.981). , calificándola como vanguardista, tomando en cuenta que en la actual Constitución no se ha acogido el término de derechos humanos, solamente se acogido el término “derechos”, cada derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador es importantísimo no existe un derecho más importante que otro, todos los derechos están en igual jerarquía, es así como el Estado juega un papel trascendental en el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, cabe recalcar que en la misma Carta Magna establece principios de aplicación para el efectivo goce de derechos.

Estos principios de aplicación de derechos, tienen como base la igualdad de derechos y condiciones ante la ley o incluso en una situación jurídica igual tratamiento legal, evidentemente queda radicalmente prohibida la discriminación cualquiera que fuese la causa, esta igualdad adquiere un trato especial, cuando hablamos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, cabe destacar que existe un capítulo importantísimo en la Constitución el cual está enmarcado a los grupos de atención prioritaria, el Estado garantiza medidas de acción afirmativa con las cuales estos grupos reciban atención prioritaria y especializada tanto en el ámbito público como privado.

De acuerdo a lo establecido en la carta fundamental, dentro de este grupo de atención prioritaria se encuentran las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y por ultimo personas que padezcan enfermedades catastróficas o de alta complejidad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).la plena vigencia de los derechos de estos grupos de atención prioritaria depende de la aplicación directa que exista de los mismo y sobre todo que su ejercicio se efectivice sin dilaciones.

Aludiendo al grupo de atención prioritaria en cuestión el cual es las mujeres embarazadas o en periodo de gestación podemos decir que de acuerdo al artículo 43, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), “el Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: (...) la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo parto y post parto”. Para Hernández (2017), lograr el amparo de los derechos de una mujer embarazada al ser un grupo de atención especializada es una obligación Estatal, atribuyéndole dicha obligación a todas las entidades que forman parte del Estado, evidentemente esta protección se efectiviza “eliminando impedimentos legales que imposibiliten el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales y legales” (p.1).

Ferrajoli (1995), enmarcado al Estado garantista en el sistema penal menciona que “Es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva” (p.852). Consecuentemente el modelo garantista presente en la actual carta Magna debe propender al respeto de los derechos constitucionales, sobre todo al efectivo goce y disfrute de los mismo tomando en cuenta que no es lo mismo que existan principios, derechos y garantías constitucionales presentes en la Carta fundamental, con que estos en la práctica tengan una efectiva aplicabilidad con respecto al ámbito penal, haciendo hincapié en que el contenido de la Constitución debe controlar, frenar el poder y derecho ilegítimo.

Cabe mencionar que las garantías nacen o se hacen posibles gracias a la estructura formal con la que nacen las Constituciones rígidas, como en el caso de la Constitución Ecuatoriana, mencionando así que lleva consigo el carácter positivo de las normas implementadas de forma escrita en el sistema jurídico, en este sentido se lo toma como el positivo jurídico existente sin embargo y apegado a aquella alusión podemos decir que un rasgo evidente del Estado Constitucional es la existencia de una producción jurídica, la cual se encuentra regulada por normas sustanciales y formales: las primeras establecen de una forma, abstracta, conceptual o teórica, es la cual se confiere, extingue o modifica derechos, mientras que las formales o adjetivas establecen la forma de la actividad jurisdiccional para la realización de dichos derechos. (Ferrajoli, 2004, p.19)

Es así como nace o se evidencia en el garantimos el ser y el deber ser, poniendo énfasis en que “el ser”.

(...) como tal es realizado por el hombre o más bien adaptado a las necesidades de los ciudadanos, lo que quieren o desean; mientras que en el “deber ser” se expresa sistemáticamente mediante normas positivas que buscan el efectivo goce de los derechos fundamentales estableciendo la validez de las mismas, mediante el deber ser que tiene el Estado se (...)establecen los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos. (Ferrajoli 1995, p.29)

Cabe destacar que mediante la aplicación de las normas formales mencionadas anteriormente no solo es condicionante sino también se condiciona, es decir en este sistema jurídico el Estado no solo se encarga de la producción normativa, sino también que en cuanto al contenido de las normas producidas estén primordialmente apegados a los principios y valores que se encuentran establecidos en la Constitución.

Tomando en cuenta que el deber ser y el ser de los derechos y garantías Constitucionales dependen imperativamente de las atribuciones y desempeño Estatal creando medidas que efectivicen el goce de los mismos por ende es obligación estatal crear los mecanismo que viabilicen el disfrute de los derechos incluso en la creación de las normas ya que producción jurídica siempre va a llevar consigo los principios y valores inmersos en la Carta Magna, si una norma formal aparentemente apagada a la legalidad choca con una norma sustancial esta se invalidará. Marcando énfasis en el “Deber ser” todo ciudadano está protegido por el Estado y por ende tiene que hacer efectivos sus derechos, y el aparato estatal tiene que por todos los medios cumplir con esta efectividad más aún si nos adentramos al ámbito penal, que es un ámbito netamente de Derecho Público.

Cabe mencionar que para Ferrajoli (1995), las garantías penales son “(...) vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos y, más en general, a los principios axiológicos sancionados por las leyes”(p.28).Estas garantías están dirigidas especialmente a la protección de bienes jurídicos importantes, como lo es el ámbito del Derecho Penal, en la que

las garantías están destinadas a la protección específica de la libertad personal de cada uno de los ciudadanos que forman parte del Estado, evitando así ilegalidades y arbitrariedades, como puede ser condenas arbitrarias, prohibiciones ilegítimas, esta protección constitucional está enmarcada a la legalidad en cuanto a los delitos como al ámbito procesal que primordialmente intenta en cada investigación encontrar la verdad procesal y formal para lograr un verdadero cumplimiento de las garantías preestablecidas en una normativa jurídica.

Para Pazmiño (2016) “El garantismo enarbola la bandera del derecho penal mínimo, el cual afianza una coherente, pero a su vez no discriminada relación entre el Estado y la sociedad civil” (p. 372). De esta manera podemos mencionar, que el garantismo afianza una intervención mínima en cuanto al derecho penal dejándolo como un derecho de última ratio, es decir agotando todas las medidas necesarias, garantizando el acceso a la justicia, y en el caso que la intervención inevitablemente sea del derecho penal, garantizando que este no transgreda ni el proceso, ni mucho menos derechos Fundamentales y sobre protegiendo a la personas más débiles o que se encuentran en un estado de vulnerabilidad.

Por otro lado, es preciso aludir lo que menciona el autor Benavides (2017), aduce que el Estado “Además, tiene por prioridad garantizar los bienes jurídicos protegidos, bajo una tutela judicial efectiva. Como dispone la normativa jurídica. Los jueces, eminentemente garantistas de los derechos de la víctima y el procesado, son los llamados a protegerlos” (p.270). Por lo expuesto, es necesario precisar que el Estado es garantista de derechos y por ende tiene el deber de proteger bienes jurídicos importantísimos, como lo es la libertad, siempre de la mano de los principios jurídicos que velan por el efectivo desenvolvimiento del proceso, apegado a aquellos de la mano de la tutela judicial efectiva la cual es el límite para aplicar justicia, ya que todos los parámetros de aplicabilidad deben ir encaminados al mismo. Al ser los operadores de justicia los que aplican la normativa jurídica correspondiente a cada caso, deben ser garantistas de derechos de la víctima y de los justiciables.

Es evidente la necesidad de una justicia imparcial y libre de arbitrariedades, propendiendo el bien común, por esto se puede decir que dentro de toda sociedad surge la necesidad de ser

legislado y más aún en un Estado constitucional de derechos y justicia, nace el Derecho Penal y consigo es imprescindible el Derecho Procesal Penal, ya que con esto se logra crear normas que ayuden a regular la conducta humana y aplicar coherentemente el procedimiento respectivo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, Baumann (1986), expresa que el Derecho Procesal Penal es “El conjunto de las normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal” (p.2). Siempre partiendo del aparato Estatal por ser la base de la sociedad, pero sobre todo porque es de interés público que el procedimiento que se tome sea adecuado para llegar a la consecución de la justicia mediante la verdad procesal, y así regular las actuaciones humanas en cuanto a procedimientos en el ámbito meramente penal.

Apegado a lo expuesto Echandía (2004) nos menciona que “(...) responde a una necesidad, que es la de encauzar mediante el Estado, la acción de los asociados en el deseo de proteger sus intereses (...), bien sea en presencia de una amenaza o de un hecho perturbatorio consumado” (p.39). Por ello el Estado debe brindar seguridad a los ciudadanos y esto se logra mediante la protección de los intereses sociales, frente a los delitos presentes en nuestra sociedad. Mediante el Derecho Procesal Penal se dirige la acción penal presentada por los ciudadanos, encaminándola a la construcción de la justicia y que el quebrantamiento de la ley no quede impune.

Giuseppe Bettiol en Devís Echandía (2012) menciona, que dicha actividad procesal “se desarrolla en una serie de particulares relaciones jurídicas entre diversos sujetos, con vista a un determinado resultado que ser alcanzando en el momento en que el juez pronuncie la sentencia definitiva” (p.5). El proceso penal es una actividad procesal con el que se pretende encontrar la verdad procesal en cuanto al cometimiento de una infracción penal, teniendo como finalidad una sentencia, en la cual se establezca la responsabilidad y actuación en la infracción penal.

Para Manzini Y Claria Olmedo en Devís Echandía (2012) el Derecho Procesal Penal tiene, “la doble función de prevenir y reprimir los delitos, por una parte y de tutelar la garantía procesal de la libertad individual y la dignidad de las personas, por la otra, son inescindibles y coexisten necesariamente, en el derecho procesal” (p. 10). Cabe recalcar que el derecho procesal penal tiene una doble función, estas no se pueden separar la una de la otra porque se perdería el fin primordial del proceso penal, ser un mecanismo de defensa para toda la sociedad, reprimiendo las ilegalidades y propendiendo a la aplicación de la justicia ordinaria y no una justicia subjetiva no reconocida aplicada por mano propia, sino más bien la protección a las personas que se encuentren frente a un proceso judicial a que se cumpla con las solemnidades del proceso penal, brindando una tutela judicial efectiva, así como seguridad jurídica por medio de la aplicación correcta de las normas, mediante la interpretación razonable de los jueces.

Echandía (2004) “que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla” (p.41). Se puede decir que el derecho procesal es un vínculo jurídico que nace entre el Estado, demandante y el demandado, en el cual se exige actos que tienen que llevarse a cabo a lo largo del proceso y si estos no se llevan a cabo se da una insatisfacción procesal, la cual concluye en la pérdida de un derecho procesal y por ende falta de aplicación de la normativa penal, dejando en la impunidad un crimen sin que se llegue a la consecución del fin primordial del estado que es la Justicia, los delegado por la función judicial de administrar justicia son los Jueces, quienes deben velar por la correcta aplicación de las normas y sobre todo por llegar a ejecutarlas.

Baratta (2004) nos menciona que al hacer referencia a la aplicación y funcionamiento de la justicia empieza un criterio de selección en lo que respecta a la protección de bienes jurídicos o en cuanto al proceso de criminalización, tomando en cuenta que como destinatarios principales están los grupos sociales de atención prioritaria o más débiles así valorados en nuestra sociedad, poniendo en evidencia la población que permanece en las cárceles, aunque comportamiento sancionables exista en todas las clases sociales asumiendo que “las violaciones más graves a los derechos humanos ocurran por obra de individuos pertenecientes

a los grupos dominantes o que forman parte de organismos estatales u organizaciones económicas privadas, legales o ilegales”(p.301). Es decir, que en nombre de su poder o cargo, desempeñan una función legítima en la que cada acto o decisión tomada es aparentemente legal, sin embargo, muchas de las decisiones tomadas en nombre de la ley pueden evidenciar falta de interpretación, falta de aplicabilidad normativa e incluso un error judicial, el cual incurrirá en una falta grave atentando contra los principios procesales, constitucionales como lo es el de la seguridad jurídica, y derechos humanos.

Benavides (2017) al referirse al procedimiento penal nos menciona que, “Todo trámite pre-procesal y procesal penal, debe desarrollarse al respeto incondicional de los derechos y garantías de la víctima y victimario”(p.269).Consecuentemente los procesos penales deben desarrollarse siempre en completa armonía tanto con la Constitución de la República del Ecuador como los tratados y convenios internacionales aprobados y ratificados por el Estado, poniendo énfasis en lograr una eficiente administración de justicia sobre todo evitando ilegalidades.

Medidas cautelares en el Estado Constitucional de derechos y justicia.

La sustitución como precepto para la protección de los grupos de atención prioritaria y más aún para las mujeres embarazadas, no es nuevo cabe recalcar que viene establecida desde un Estado Social en el Ecuador, contenida en el (...) artículo 58 del Código Penal, que apareció en la ley N. ° 106-PCL, publicada en el Registro Oficial 365, del 21 de julio de 1998. (Neira, 2005) “al ser reconocida esta protección dio paso a que exista abusos con respecto a que si una mujer estaba embarazada no podía ser privada de su libertad por lo cual para que no restrinja esta protección estatal se reformo es así como el Código de Procedimiento Penal”(...) publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 360, del 13 de enero del 2000, en su artículo 17, determinó en su último inciso “que cualquiera que fuere el delito la prisión preventiva será sustituida por arresto domiciliario, en todos los casos en que la imputada o acusada sea una mujer embarazada y hasta 90 días después del parto(...)” (Neira, 2005), es así

como se da una medida alternativa a la prisión preventiva garantizando la vida del niño y de la madre, así como el procesamiento penal.

Cabe mencionar que desde la entrada en vigor de la Constitución de la República del Ecuador la estructura normativa debió modificarse y adaptarse al contenido de la carta magna es por ello que en el año 2014 se planteó el Código Orgánico Integral Penal, el cual unificaba tanto el Código Penal como el Código de Procedimiento Penal, al entrar al pleno existieron ciertas acotaciones una de ellas y la que más sobre sale es la sustitución de la prisión preventiva en la cual el entonces presidente, proponía que “no se acoja dentro de los casos especiales a las mujeres embarazadas por ser el nuevo “*Modus operandi*” de las bandas organizadas ya que acogiéndose a su estado de gravidez evitaban la prisión, acaso se planteaba el entonces presidente ¿ que exista la cárcel para embarazadas?” Celi,(s/f).

Pues desde toda perspectiva, tanto constitucional , enmarcada a los derechos humanos y penal esta era una atrocidad un atropello a los derechos humanos y desde el ámbito penal era un mal enfoque a la medida cautelar que propende la privación de la libertad, se la toma ya como una pre pena, no se tomaba en cuenta que una persona mientras se encuentre con una medida cautelar, ya sea presentación periódica, arresto domiciliario , uso del dispositivo de vigilancia electrónica etc., mantiene el estado de inocencia hasta que dentro de un proceso se dicte una resolución en la que se demuestre que es culpable de lo que se le acusa.

Sin tomar en cuenta todas estas acotaciones se quiso quitar de estos casos especiales en los que se dicte sustitución de la prisión preventiva a las mujeres en estado de gravidez sin tomar en cuenta ni el delito ni la pena con la que se sanciona el mismo, no se hizo un análisis profundo en que estas mujeres pertenecen a dos grupos de atención prioritaria, es decir presentaban doble vulnerabilidad y el Estado tiene la obligación de crear medida de acción afirmativa para efectivizar sus derechos, no crear normas que restrinjan derechos y más aún contravengan la Constitución de la República del Ecuador.

Tampoco se tomó en cuenta que aparte de la protección a la madre lo que se pretendía con la sustitución de la prisión preventiva es la producción del producto es decir el niño o niña que está por nacer, tomando en cuenta que el estado debe proteger a este grupo de atención prioritaria desde la concepción, procurando tenga un desarrollo integral y una vida digna.

Para nadie es un secreto que nuestras cárceles no le pueden brindar ni una vida digna ni un desarrollo integral al niño que está por nacer, como pretendían castigar a un niño desde su gestación por un hecho cometido por su madre que ni siquiera esta aun probado, que está en etapa de investigación y que para su madre todavía está vigente el principio de presunción de inocencia.

Gracias a varias oposiciones en la Asamblea, se logró instaurar este mecanismo que es la sustitución en el Código para acoger a este grupo de atención prioritaria, ahora solo cabe evidenciar si este mecanismo se pone en práctica ¿se lo aplica?, ¿bajo qué criterios se lo aplica?, ¿se está protegiendo los derechos de las mujeres embarazadas? Son preguntas que pretenden ser respondidas a lo largo de este trabajo.

La prisión preventiva en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Antecedentes históricos de la prisión preventiva.

Haciendo hincapié en la historia cabe mencionar que, al hombre primitivo, no se le ocurrió privar de la libertad a otra persona, el hombre primitivo no se desarrolla en una sociedad estructurada, esté en lo único que pensaba era en la venganza, sería ilusorio pensar en ese entonces en una cárcel, en dónde se prive de la libertad a un ser humano. Las sociedades están en constante cambio y por ende surge la reclusión, como resultado de una sociedad mucho más estructurada, logrando con esto la detención de una persona, en sus inicios la privación de libertad no tenía como fin el castigo.

Ulpiano en López (2014) menciona que las prisiones se crearon en la antigüedad para “retener personas, no para castigarlas” (p.49). Es así como desde el antiguo Egipto existieron estos lugares de retención en este caso para los presos del faraón que hubiesen incurrido en un delito y cumplieran un castigo impuesto por el mismo, se las conocía como mazmorras, en las que no se respetaban condiciones humanas del preso, se puede aludir que la prisión más antigua la mando a construir en 1166, Enrique II, es evidente que la cárcel en ese entonces era una especie de presidio en el cual se retenía a la persona.

Cabe destacar que Alfonso X de castilla en las siete partidas, estableció que la cárcel era un medio para guardar a los presos no para ningún fin maléfico, sin embargo se ha logrado determinar que la institución preventiva como tal nace en Roma, recalando que los rasgos principales de esta institución se mantienen hasta la actualidad, haciendo hincapié en los periodos de la monarquía e inicios de la República, aludiendo que la religión era la norma suprema que incluso se imponía al Derecho, las máximas autoridades romanas imponían como una medida de coerción, al constituirse como tales se dieron muchas arbitrariedades y abusos, para frenar dichos abusos López (2014), menciona que se expidieron “leges Porciae, dictadas en el siglo VI, con el fin de limitar el abuso y las arbitrariedades”(p.50). Desde ese entonces e intento frenar las arbitrariedades en cuanto a la detención preventiva.

Sin embargo, a todos estos antecedentes, encontramos que, con la promulgación de las doce tablas, en el siglo V, en esta época el inculpado o procesado no entraba en detención más bien se dio la institución de *custodia libera* con la cual esta persona queda en custodia de los particulares quienes debían responder como fiadores con la figura de *vades publici*. Cabe recalcar que en esta etapa se garantizaba la igualdad a las partes ya que tanto el procesado, como el imputado gozaban de plena libertad y mantenían está en el desarrollo del proceso, sin dejar de lado que la institución de la prisión preventiva se la aplicaba en casos de conmoción como lo eran los delitos que atentaban contra la seguridad del Estado, en delitos flagrante, o si la persona confesaba el cometimiento del hecho.

Desde el Imperio existía la concepción acertada en cuanto a que la prisión preventiva, no debe ser tomada ni aplicada como una pena, respecto del cometimiento de un delito que aún no ha sido comprobado, aunque el delito se conmoviera y grave, no era razón suficiente para detener a una persona, es así como nacieron se podría decir ciertas garantías que protegen las libertades de los ciudadanos como lo es *liberalis causa*, encaminada a la inmediata recuperación de la libertad personal, protegiéndose de arbitrariedades, la cual en la actualidad podría ser tomada como una acción jurisdiccional, como lo es el Habeas Corpus, destinado a la recuperación inmediata de la libertad ya sea por una detención ilegítima o arbitraria.

Haciendo alusión a la edad media, podemos referir dos sistemas predominantes el primero, sistema acusatorio, el cual propendía a la protección de los derechos del procesado; sin embargo el segundo contemplado como indagación, en el cual estos derechos no existían o más bien no se los aplicaba, es así como este sistema inquisitorio o de indagación pasa a ser el principal sistema, con lo cual se genera una gran regresión en cuanto al reconocimiento de los derechos del imputado y más aún con respecto a la prisión preventiva que era una excepción mínimamente aplicada pasa ser aplicada constantemente como regla general. Comenzaron las barbaries, se crea una falsa expectativa con respecto a la prisión preventiva ya que, en el siglo XVIII, empezaron prácticas de intimidación pretendiendo prevenir los delitos.

Donna (2000) nos expresa que, la protección al derecho fundamental contra la privación de libertad e ilegal, fue formulada por Coke de la siguiente forma: "*No man can be taken, arrested, attached, or imprisoned, but by due process of law and according to the law of the land*" es así que de la Carta Magna Inglesa de 1215, nace el artículo 39 "ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado, proscrito o de alguna manera destruido, salvo decisión judicial basada en la ley" (p.9). La protección a la libertad siempre ha sido primordial y un bien jurídico valioso para cada ciudadano, la libertad es el resultado de muchas luchas constantes en contra de los poderes absolutos, que han querido manipularla a su antojo, sin embargo y aludiendo a lo mencionado por Coke podemos decir que luego de una constante lucha este derecho se hizo palpable y por ende se limitó el poder, así la

detención preventiva no puede darse sino existe una decisión legitimada y sobre todo necesaria, desde entonces se precautelaba la libertad locomotiva del ser humano.

Afincándonos en la época moderna, finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, basados principalmente en el resultado de la dinámica de la prisión preventiva en cuanto a la libertad, el art 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) “es necesario destacar que en esta época y aplicando estos mecanismos para limitar el derecho a la libertad personal era necesario el quebrantamiento de la inocencia del ciudadano, mediante una decisión judicial”, con sustento a aquello se desarrollaba un juicio previo, sin embargo este no fue un limitante para aplicar el encierro preventivo decisión judicial. Cabe destacar que un principio en cuanto al procedimiento penal y a la consecución del mismo, la privación preventiva es excepcional y la libertad es la regla imperante, a esta excepcionalidad se le atribuyen principalmente fines netamente procesales encaminados, primeramente, a la participación del acusado en el proceso evitando una posible fuga, así mismo evitar se dificulte la averiguación de la verdad.

Con alusión a cada acontecimiento Maier (2009) menciona que, ha existido una transición en la que hemos pasado de un “Derecho Penal direccionado hacia atrás, orientado por la provocación de consecuencias desagradables en el mundo real, se ha pasado a un Derecho Penal preventivo, dirigido a evitar riesgos futuros” (p.404). Esta transición afecta directamente al Derecho Procesal Penal ya que en el mismo al tener una sociedad de riesgo se pretende prevenir en su gran mayoría estos riesgos creados por una sociedad cuya cultura está basada en el miedo, es así como emergen medidas de seguridad y coerción, consagrando a la prisión preventiva como un mecanismo aislante del peligro de riesgo.

En la aplicación de mecanismo que se crean con el Derecho Procesal Penal para asegurar el cumplimiento de sus fines más preciados, se destaca una medida cautelar personal como lo es la Prisión preventiva, con la cual aun manteniendo el estado de inocencia de la persona inmersa en un proceso se la limita de ejercer su derecho de libertad y esta pasa a estar en detención provisional hasta que exista una sentencia condenatoria o una ratificación de

inocencia sin embargo y aludiendo a la misma López (2014) “la prisión preventiva es una medida cautelar procesal de carácter personal, no punitiva, formal, excepcional, de ultima ratio , subsidiaria y provisional, consistente en la privación de la libertad, que procede cuando se ha motivado sus razones y con el fin de garantizar la comparecencia del procesado a juicio o evitar el peligro de que el procesado ponga en riesgo la averiguación de la verdad, la misma que solo puede ser ordenada por el juez competente” (p. 53).

Cabe destacar que esta limitación al disfrute del derecho a la libertad como lo es la prisión preventiva se la puede considerar como una pena anticipada que mediante decisión judicial razonable se aplica siendo esta una medida rigurosa, contra un ser humano que no se le ha comprobado todavía el cometimiento de un delito ya que desde la aprensión hasta que exista una resolución emitida por un juez y esta se encuentre ejecutoriada, se puede considerar inocente, sin embargo más en la actualidad se la ha tomado como una garantía con la cual un posible delincuente se encuentra apartado de la sociedad y al vivir en una sociedad de miedo en la cual lo que se pretende es evitar hechos futuros. la situación cambia en gran medida y sobre todo se agrava.

Así mismo se la toma como una medida que más lesividad o daño le causa al imputado, desde toda perspectiva, psicológica, social, cultural, económica, el daño al aplicar esta medida es evidente, comprobable y palpable, sin embargo esta pre pena, al ser aplicada en la consecución del proceso penal en la sociedad tiene un grave impacto, aunque no exista sentencia condenatoria, la sociedad lo condena por el hecho de estar bajo esta medida cautelar que restringe la libertad personal y se lo hace desde la perspectiva que al ser una medida excepcional quién se encuentre con la misma tiene cierto grado de peligrosidad, o cometió un delito eminentemente grave, por ello se alude que la prisión preventiva afecta al procesado desde toda perspectiva, y se la aplica siempre y cuando se cumpla con los presupuestos formales y materiales que cada legislación establece según sus necesidades, señalando que no cambian del todo según las legislaciones, ya que la mayoría de países la aplican de acuerdo a los mismo lineamientos.

Garzón (2009), menciona que esta medida de carácter personal, no se la puede aplicar como regla general a todos los casos, porque existirían privaciones de libertad arbitrarias y sobre todo que vulneran principios constitucionales y derechos fundamentales; dejando en evidencia la importancia de la dignidad de los seres humanos, ante todo. Hace hincapié en que se debe “establecer entonces límites normativos, a la solicitud de la prisión preventiva como medida cautelar de parte de Fiscales, y a su aceptación por parte de Jueces” (p.11). Ya que no está de por medio solo la correcta aplicación en contexto del procedimiento Penal, sino también el imponer una pre pena, sin respetar la libertad, ni el principio de Inocencia, cabe destacar que los administradores de justicia pueden aplicar una o varias medidas cautelares sean de carácter real o personal.

La prisión preventiva debe darse siempre y cuando no haya otro mecanismo de asegurar la comparecencia del procesado, si no se caería en la ignorancia de imponer un castigo injusto, en el caso de que al imponer esta medida cautelar se emita un dictamen abstentivo, es así como antes de que un agente fiscal solicite esta medida restrictiva de la libertad de carácter personal debe, primero estudiar el caso y segundo no solicitarla en todos los casos y también es trabajo de los jueces frenar el abuso de la implementación de la misma.

Como hemos mencionado anteriormente al estar en un Estado en el que se deben proteger derechos tanto de la víctima como del procesado, el fiscal no puede perder esta objetividad y en caso que eso suceda el llamado de atención debe provenir de los jueces quienes son garantistas de derechos y deben velar por la correcta aplicación de las normas así y el correcto tratamiento, con respecto a los mecanismos cautelares, sin restringir derechos y mucho menos en un estado de Inocencia, cabe recalcar que con esta medida no se ha comprobado ni el cometimiento del delito ni la participación en el mismo, por ello es necesario no pasar la delgada línea entre hacer lo correcto y justo, cometer una arbitrariedad.

Cabe mencionar la normativa ecuatoriana en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva, los requisitos para que esta medida cautelar se aplique, conforme a el Código Orgánico Integral Penal:

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

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

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Concordando con varios doctrinarios con respecto a la finalidad de la prisión preventiva, la cual es la comparecencia del procesado y el cumplimiento de la pena, es así como en la normativa vigente se ha establecido cuatro parámetros que deben cumplirse para que un fiscal de manera motivada requiera a un Juez la aplicación de esta medida cautelar privativa de libertad, por ende para solicitar esta medida, el agente fiscal tiene que tener la plena convicción y elementos que sean relevantes para comprobar realmente que existe una infracción, correspondiente al ejercicio público de la acción penal; así mismo deben existir elementos claros y concisos de que la persona contra la cual se pretende dictar una medida cautelar es parte del cometimiento del delito, sea como autor o cómplice; se tiene que dejar claro ante el juzgador porque las medidas cautelares que no restringen el derecho a la libertad, no son suficientes para lograr la comparecencia al proceso penal y el cumplimiento de la pena.

Por último que la infracción por la cual se le está procesando supere un año de pena privativa de libertad, estos requisitos son indispensables que existan, al momento que el fiscal haciendo práctica del principio de objetividad que está tiene, solicite la prisión preventiva si llega a faltar uno de ellos: el administrador de justicia es garantista de derechos por ende, tiene que precautelar los mismos, es así que de forma motivada el juzgador negará esta medida cautelar personal, e impondrá una medida cautelar no privativa de libertad, tomando en cuenta que la

prisión preventiva tiene que ser aplicada de ultima ratio atendiendo a los criterios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Faustin Helie (como se citó en Arturo J. Zavaleta, 1954) “la prisión preventiva es, a la vez, una medida de seguridad, una garantía de ejecución de la pena y un medio de instrucción” (p.58). la prisión preventiva es una medida de seguridad para asegurar la comparecencia al proceso, así mismo esta fórmula está enfocada a la no reiteración evitando el cometimiento de un delito, ya que se mantiene la idea que el procesado al estar en libertad, puede cometer otro delito de la misma índole u otro que este tipificado y sancionado, se alude a la obstaculización de la investigación, ya que se cree que al estar en libertad puede obstaculizar el ejercicio de la acción pública, así como la recolección de pruebas, porque este puede alterar los mismos, con esta medida se propende a el cumplimiento de la pena en caso de ser condenado, por ende no puede evadir las reparaciones a las cuales está obligado, así mismo lo toma como un medio de instrucción, es decir mediante la aplicación de esta medida cautelar se da inicio al proceso penal, cabe recalcar que con esta fórmula están de acuerdo varios autores franceses que se ocupan del tema.

Zavaleta (cita en Jamais, Martin, Lapeyre, Jofre y Moreno, 1954), los cuales se han enfocado en el ámbito positivo de la aplicación concreta de la prisión preventiva, como medida de seguridad, ya que se tiene al procesado vigilado o más bien sometido al poder punitivo del Estado, obligándolo a permanecer en prisión mientras se lleva a cabo su proceso penal, tiene la idea de que si no se aplica la medida cautelar personal de la prisión preventiva muchos de los delitos quedarán en la impunidad, reconociéndolo como el método más seguro en cuanto al posible cumplimiento de la condena dejando de lado la presunción de inocencia, cabe recalcar que no lo toman como una pre-penas sino más bien, como un método inequívoco para la consecución del fin primordial del Estado que es la justicia (p.58).

Cabe analizar las posturas que se apartan de esta fórmula planteada anteriormente mencionando a Jiménez Asenjo quien hace hincapié en que la prisión preventiva Zavaleta (1954) “es la situación permanente y definitiva por la que se priva judicial y formalmente al

inculpado de su libertad durante el tiempo que se estime conveniente a los fines de la justicia” (p.59). Desde esta postura se afirma que existe una limitación gravísima a la libertad personal, por una decisión meramente judicial, en la cual el objeto principal es adscribir al procesado a un centro en el cual permanecerá hasta que se defina su situación jurídica, sea esta con la ratificación de inocencia en cuyo caso se habrá violado su derecho a libertad personal, o recibir una condena.

Según Zavaleta (1954) es menester aludir algunos autores como, “Manassero, a los españoles, Jimenez Asenjo y Fenech; y sudamericanos como Aldama, Tostes, Malta, Maximo Castro, Vélez Mariconde Y Zimmermann” (p.58). Tienen una particularidad, en cuanto a que la prisión preventiva es una medida de seguridad, que adopta un administrador de justicia respecto de una persona, fundamentándose en motivos para creer que es la autora del cometimiento de un delito, es decir existen los indicios y elementos de convicción suficientes para creer que la persona a la cual se le quiere imponer esta medida es la autora de una infracción penal y con la imposición de esta medida cautelar se está asegurando la comparecencia al proceso y posteriormente el cumplimiento de la pena.

Zavaleta, (1954) Opuesto a los autores antes mencionados, cabe precisar a Aldama quien manifiesta “un tercer motivo para justificarla (a la prisión preventiva); la utilidad para el levantamiento del sumario, de que el funcionario de instrucción tenga siempre al inculpado a su disposición, esto es substituir la idea de necesidad a comodidad” (p.65). Hace mención que el único motivo por el cual un fiscal, priva del derecho de libertad a un individuo es por razones de comodidad, con carácter investigativo ya que incluso la persona a la cual se le atribuye el cometimiento de una infracción penal del ejercicio público de la acción, es capaz de concurrir con su propia voluntad y libertad, la finalidad de la prisión preventiva, no va relacionada con la facilidad de la investigación al tener a la persona a disposición todo el tiempo, es decir su esencia no es facilitar el trabajo del fiscal o de los agentes de investigación, esta medida, tiene su esencia en precautar los fines del derecho procesal penal.

Haciendo un análisis entre los doctrinarios penalistas Zaffaroni y Beccaria, es evidente el criterio dispar que sostienen en cuanto a la privación de libertad y más aún en cuanto a la prisión preventiva como una medida cautelar restrictiva del derecho a la libertad personal es así como Beccaria (1993), menciona:

La ley, pues, determinará los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que lo sometan a un examen o a una pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero del delito, las amenazas y la constante enemistad del ofendido, el cuerpo del delito y otros indicios similares, son pruebas suficientes para capturar a un ciudadano. (p.20)

Para este autor es evidente el criterio legalista que sostiene en cuanto a que, si la ley establece los parámetros requisitos para que sea factible la privación de libertad como medida cautelar enfocándose en los indicios que se establezcan tomando en cuenta desde el mínimo indicio , hasta su comportamiento, tomando en cuenta la fama que este tenga ante la sociedad, una confesión extrajudicial que dé como resultado reconocerlo como el presunto autor del delito, estos elementos facultan al Estado para privar de libertad a una persona. Sin embargo, Zaffaroni (como se citó en Flores, 2014) menciona que, la prisión preventiva es un medio de represión por parte del Estado, con la cual se intenta tener controlada la criminalidad por medio de la facultad punitiva del estado ejercida por los jueces es así que:

Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción -que solo los autistas jurídicos niegan- se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho. (p. 35)

Por ultimo Zaffaroni, menciona que la prisión preventiva vista desde cualquier perspectiva es considerada como una pre pena, o como la puerta de entrada la pena, o como literalmente lo expresa que sea la sentencia condenatoria ya que si un administrador de justicia dicta el auto de prisión preventiva , la sociedad lo condena y el mismo sistema busca los mecanismos suficientes para que al procesado, quien está cumpliendo esta medida cautelar privativa de libertad sea a quien se le encuentre culpable , tomando en cuenta que al estar en una sociedad de riesgo, una sociedad que le teme al procesado en el ámbito penal no existe la posibilidad de

considerarlo inocente, tomando en cuenta que hasta aplicada esta medida una persona tiene el derecho legítimo de presumirse inocente, es así como este autor niega enfáticamente que sea una medida razonable para la consecución del proceso penal.

La prisión preventiva como medida de excepción.

La aplicación de la prisión preventiva desde toda perspectiva es la injerencia más grave del Estado en la libertad individual de un ser humano, sin embargo, al aplicar esta medida no siempre se lo ha hecho como una medida de ultima ratio, este instituto jurídico ha sido utilizado erradamente es así que López (2014) menciona que en “(...)América Latina, ha existido un uso abusivo de la prisión preventiva, pues la han convertido en la práctica de un adelantamiento de pena., haciendo que el injusto de su aplicación afecte (...) al privado de la libertad y a su entorno familiar” (p.55). Este mecanismo desde toda perspectiva altera la vida de un ser humano, más aún cuando de este ser humano dependen otras vidas, sea emocionalmente, socialmente y mucho más económicamente. Es así que desde toda perspectiva esta medida debe ser aplicada como excepción, y más aún, cuando una persona se encuentra en un estado de vulnerabilidad.

La aplicación de este mecanismo en ningún momento de la historia fue el de imponer castigo, ni mucho menos imponer una pena anticipada pues se estaría violando el principio de presunción de inocencia y más aun aplicando todo el rigor de la ley en una persona a la cual se le atribuye el cometimiento de un delito pero, no se le ha comprobado el cometimiento de la infracción penal, sin embargo, el aplicar ilegítimamente este mecanismo, dio lugar a que en el siglo XVIII apareciera el primer principio de fundamental aplicación, como un direccionaste y limitante a esta medida de carácter cautelar y personal y este es el principio de excepcionalidad.

Desde toda perspectiva procesalista el Derecho Procesal Penal, en cuanto a la aplicación excepcional de esta medida cautelar, vigila y aplica a la libertad como regla general y la privación como una medida de excepción, en casos eminentemente necesarios, para esta

excepción se ha tomado algunos criterios, el primero desde la perspectiva procesal en la que no se puede juzgar a un ausente en nuestra legislación como en otras legislaciones es imposible juzgar a un ausente excepto en los delitos establecidos tanto en la Constitución como en el Código Orgánico Integral Penal, sin embargo como regla general se tiene que hacer valer el derecho a la defensa en cada etapa, es así que este mecanismo es utilizado para evitar el riesgo de fuga inminente que puede existir con determinada persona.

Como segundo criterio para la aplicación excepcional de la prisión preventiva para Maier (2009), es “peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad” (p.402). Sin embargo, este es un criterio genérico en el que se ve inmerso el juzgador ya que determinar esta peligrosidad de la destrucción de la prueba o alteración de la misma puede darse por mano propia del procesado o por un tercero, tomando en cuenta que la finalidad de la privación de la libertad no está direccionado directamente a la investigación, la cual debe desarrollarse integralmente tanto por el agente fiscal como por los agentes investigadores.

Cabe destacar que la privación de la libertad en forma preventiva no debería causar sufrimiento inminente, o un sufrimiento preponderante incluso más que la pena que se amenaza con imponerle, tomando en cuenta que para la pena con sentencia ejecutoriada existen mecanismos con los cuales se puede quedar en libertad de forma condicional y con la prisión preventiva que meramente persigue la consecución y terminación del proceso penal existen más restricciones, en cuanto a proporcionalidad de aplicabilidad este mecanismo deja mucho que desear ya que se convierte en un castigo o una pre-pena.

La prisión preventiva valorada como un mecanismo preventivo, desde esta perspectiva se evalúa el peligro por la gravedad del crimen, intentando evitar la fuga del procesado, así como, el peligro de reiteración sin embargo estos dos parámetros más que guardar seguridad para el desarrollo del procedimiento judicial penal, representa el derecho penal encaminado a la prevención, así mismo es necesario precisar que con este derecho preventivo lo que se ha generado es una sociedad de riesgo, y por ende el desarrollo de una alarma social constante que no tolera la excarcelación por ningún motivo.

El carácter excepcional de la prisión preventiva surge debido a la existencia del derecho humano a la libertad, así como a la negativa de aplicar una pre-pena sin obtener una sentencia condenatoria firme (Garzón, 2009) “intenta evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia” (p.19). Cabe destacar que con esto se intenta aplicar de manera limitada esta medida cautelar personal logrando así una mínima intervención penal, generando estabilidad jurídica y sobre todo evitando arbitrariedades que vulneren derechos humanos, es por ello que esta medida cautelar desde toda perspectiva debe ser utilizada cuando ningún otro mecanismo asegure la comparecencia del procesado que aún mantiene su estado de inocencia en cada etapa del proceso penal.

La excepcionalidad de la aplicación de la prisión preventiva como medida de coerción es parte de las normas procesales en las cuales se establece las reglas para la aplicación de la misma obligando (Bovino, 2006.) “en primer término, al poder legislativo, cuando desempeña su facultad de regular legislativamente el régimen de la coerción procesal y, en segundo lugar, a los jueces y tribunales, en todos los casos en los cuales cumplen su tarea de interpretación y aplicación práctica de las disposiciones legales referidas al encarcelamiento preventivo” (p.455). Por ende al aplicar una medida cautelar de carácter personal, en la que se restrinjan derechos como en este caso es el derecho a la libertad se debe tomar en cuenta la legalidad de la aplicación y la necesidad que esta tiene, como el autor señala, en cuanto al ámbito legislativo poniendo límites al legislar, crear normas de coerción procesal penal que no violen derechos humanos y que permitan que estas medidas de coerción sean aplicadas en casos necesarios y exclusivos, así mismo obliga a los administradores de justicia, a interpretar las normas de forma restrictiva, es decir aplicar en menos casos posibles la medida de coerción, siempre apegada a la legalidad.

Medidas Alternativas a la Prisión Preventiva en el Código Orgánico Integral Penal.

Haciendo hincapié en el fracaso que ha tenido el encarcelamiento en nuestra sociedad desde toda perspectiva, ya que se ha comprobado su ineficacia como medio social para combatir el delito, es así como en el Derecho penal Moderno se ha tratado de buscar sustitutivos, cabe destacar que si no se han implementado en algunos Estados los sustitutivos es por miedo, es así que nuestro sistema de enjuiciamiento no respeta el principio de Inocencia que todo ser humano posee, se ha viciado este principio presumiendo culpable a todos mientras en juicio no demuestren lo contrario .

Jiménez y Gómez (2007), menciona que un “experto de Naciones Unidas opina que resulta trágico en Latinoamérica reconocer que apenas se encuentran sentenciados el 40% de la población total privada de libertad” (p.143). Es así como se debe restringir o más bien fiscalizar la aplicación de esta medida cautelar, ya que es evidente que en América latina el uso excesivo de este mecanismo, evidencia la falta de compromiso de los Estado para con sus Ciudadanos y con el respeto de los derechos de los mismos, imponiendo un castigo, que aparentemente beneficia la seguridad del Estado pero que lo único que logra es una inminente inseguridad jurídica.

Cabe recalcar que aunque el Ecuador a partir de la Implementación de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, se plasman más derechos para las personas privadas de libertad, en la práctica se verifica vulneración a los derechos contenidos en la Carta Magna y es así como lo representa el Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas realizada en el año 2013, la cual estaba destinada al control de esta medida cautelar y a verificar como se la aplica, dando una estadística en que el 1 de agosto del 2012 existían 19,177 En centros de privación de libertad, sin embargo 9,409 (49%) no se encontraban sentenciados (8,630 se encontraban en un proceso judicial como procesados, 377 contraventores, 402 con medidas de apremios.

Cabe recalcar que, en estas estadísticas emitidas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, también se ha abordado el índice delincencial por sexo evidenciando que el (91.8%) son hombres y el (8.2%) son mujeres, un grupo de atención prioritaria que merece

una atención especializada y que por medio de las medidas de acción afirmativa que deben ser planteadas por el Estado garantizar que no se vulneren sus derechos.

Haciendo referencia a lo que el Defensor Público General del Ecuador Ernesto Pazmiño,(2013) Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, mencionó que “para conseguir que baje el uso excesivo de la prisión preventiva se debe trabajar ciertas líneas de acción como lo es (..) priorizar el uso de salidas alternativas y medidas sustitutivas a la prisión preventiva”, es así que el Estado Ecuatoriano con la implementación la Nueva Carta Magna del 2008, se tuvieron que acoplar varias normativas entre ellas, el Código Orgánico Integral Penal, aunque para la aprobación en cuanto a las medidas sustitutivas existió mucha controversia entre el Legislativo y el Ejecutivo, finalmente lo aceptaron, es así como en la actualidad se encuentra el cuerpo legal, tratando de activarse como una institución penal.

El Código Orgánico Integral Penal se plantean medidas sustitutivas a la prisión preventiva, en el artículo 536, nos establece que, “la sustitución de la prisión preventiva, se puede dar por otras medidas cautelares, las cuales están destinadas a garantizar y proteger los derechos tanto de la víctima como de quienes intervengan en el proceso penal, así mismo para lograr la comparecencia del procesado, estableciéndose que no puede ser juzgado en ausencia, logrando así se brinden las garantías para que el procesado cumpla la pena en caso de resultar culpable, y se active la reparación integral obligatoria, así mismo se propende a encontrar la verdad procesal evitando se alteren las pruebas importantes para el establecimiento de las mismas”.

En la normativa legal se ha adoptado varias medidas cautelares tanto de carácter real como de carácter personal, es así que en el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal (2014), establece a la prohibición de ausentarse del país, encaminada a la restricción de la libertad desde la perspectiva que si existe esta medida cautelar en contra de una persona esta no podrá movilizarse fuera del país ya que para ello las autoridades correspondientes emitirán la respectiva notificación, otra medida es la obligación de presentarse periódicamente ante la o

el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe, esta presentación periódica se la hace con el fin de asegurar la comparecencia al procesado, para la misma se toman ciertas precauciones como lo son las garantías de si tiene un trabajo estable, un domicilio estable entre otras.

Así mismo el arresto domiciliario, es una medida cautelar de carácter personal en la que el juzgador dispone que la persona que se encuentra bajo un proceso legal, comparezca al juicio, encaminada a garantizar los derechos de las personas que por una u otra condición no pueden estar bajo la prisión preventiva o simplemente se trata de minimizar el impacto en cuanto a lo riguroso del proceso penal, para verificar el cumplimiento de esta medida no es necesario que la persona se encuentre acompañada todo el tiempo de la Policía Nacional, lo que es obligatorio es el sometimiento al dispositivo de vigilancia electrónica, el cual es un dispositivo que se encuentra constantemente monitoreado por la Policía Nacional permitiendo establecer en tiempo real la ubicación del procesado, evitando una posible fuga.

Por último, la detención, la cual es una medida de carácter personal con la que se puede solicitar la detención de una persona con fines investigativos no más de veinticuatro horas, la sustitución cabe por cualquiera de estas medidas cautelares.

Sin embargo, la sustitución dentro de nuestra normativa legal trae consigo una excepción, la cual establece que no se puede sustituir la prisión preventiva, si la infracción por la cual se le investiga está tipificado y sancionado con una pena privativa de libertad superior a cinco años, es decir la sustitución aplica para los delitos menores, en los cuales existen bienes jurídicos protegidos, pero son penas mínimas comparadas a los delitos mayores, los cuales en muchos de los casos sobrepasan los 20 años de pena privativa de libertad.

Haciendo hincapié en las medidas cautelares mencionadas así como en la sustitución de la prisión preventiva por una de estas medidas Rodríguez (2004), *Cárcel Electrónica Versus Prisión Preventiva*, refiere a la prisión preventiva desde la perspectiva positiva en la que algunos autores se encuentran a favor de la implementación de un dispositivo electrónico, aludiendo que puede ser una medida de fuerza que puede ahorrar recursos para el Estado,

pero que de acuerdo a su criterio y siguiendo el orden procesal que imponen las garantías al derecho de libertad y principio pro libértate, “la libertad es el oxígeno que permite que respire la democracia, debemos ser ambiciosos en su consagración”. Es así que se establece un paradigma referente a la dignidad humana, porque en la Consagración de los Derechos Humanos la cual es inalienable, hace referencia a la importancia de la prisión preventiva que debe ser implementada como una medida accesorias, es decir que para que se aplique esta disposición en cierta persona debe establecer su peligrosidad para la sociedad de acuerdo al delito cometido (p.1).

El Fiscal para poder solicitar al juzgador prisión preventiva debe haber recabado los suficientes elementos de convicción, en su investigación o en su caso, tiene que aplicar el principio de objetividad con la finalidad de no mandar a un inocente a la cárcel, durante las etapas del proceso para lo cual deberá solicitar medidas sustitutivas Rodríguez (2004), Cárcel Electrónica Versus Prisión Preventiva, “siempre que sean respetuosas con los derechos fundamentales y con el principio de seguridad jurídica)” (p. 2). Aludiendo a la prisión preventiva se evidencia que esta, es injusta y que no previene de una solución lógica, en gran medida se trata de que el Estado brinde seguridad jurídica por medio de la función judicial, trabajando desde su estructura, ya que debe existir claridad y objetividad, ya que no se trata de un sistema en donde más presos mejor justicia, sino en un análisis investigativo procesal que lleve a la verdad, por otro lado no se ha puesto en consideración la real protección a las mujeres embarazadas dentro de las medidas especiales a la prisión preventiva.

Sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario de la mujer embarazada después de la comisión del delito.

La sustitución es el mecanismo adecuado para frenar el abuso de la prisión preventiva sin embargo, esto no siempre se cumple, la sustitución se la ha dejado escrita en papel muerto a pesar de que la Constitución de la República del Ecuador respalda que el derecho penal se, lo utilice de ultima ratio, es evidente que la Constitución no prohíbe el uso de la prisión preventiva, lo que prohíbe es el uso arbitrario y desmedido proporcionalmente, vulnerando

derechos inherentes al ser humano y más aún si se trata de una persona que pertenece a un grupo de atención prioritaria, como lo es, en este caso la mujer embarazada que se encuentra cumpliendo con esta medida cautelar de la prisión preventiva a pesar de su estado de gravidez, a pesar de que en su ser, lleva una vida que está por nacer, aludiendo así mismo que el Estado Ecuatoriano protege la vida desde la concepción, pero de qué protección se habla cuando son evidentes estas arbitrariedades desmedidas, al parecer en el Estado se empieza a poner prioridad al procesamiento penal antes que la vida que está por nacer.

Cabe recalcar que esta medida cautelar personal, como lo es la prisión preventiva no es la única que puede ser aplicada, sin embargo en el Ecuador se la está aplicando erróneamente desde una perspectiva totalmente equivocada, obviando desde el principio los fines de la prisión preventiva, las características de la misma pero sobre todo haciendo caso omiso a la Constitución garantista y más aún a los derechos humanos, que son producto de una lucha social imperante, la prisión preventiva utilizada como un mecanismo de represión estatal, el derecho es dinámico, pero ese dinamismo, debe ir siempre en pro de la sociedad, no se puede cambiar una situación para mal y mucho menos vulnerar derechos de un ser que aún no ha nacido, cabe hacer la plantearnos la interrogante que está sucediendo con los administradores de justicia, llamados a hacer justicia y a proteger a los oprimidos a los vulnerables, son la boca de la ley, pero evidentemente esto no está sucediendo.

En todo el mundo más de medio millón de mujeres se encuentran privadas del derecho a la libertad, debido a la indiscriminada aplicación de la prisión preventiva convirtiéndose en un blanco fácil de abusos y abandonos, solo en América Latina se ha dado un incremento considerable en tan solo 5 años, el factor desencadenante para el mismo en la mayoría de países es la pobreza, la mayoría de mujeres que es tan bajo esta pena anticipada han cometido delitos sancionados con penas mínimas, con lo cual se evidencia que los sistemas han ido convirtiendo la prisión preventiva en la regla general y no en una medida cautelar de última ratio y de aplicabilidad excepcional como debe ser (Campaña Global para la Justicia Previa al Juicio- Región América Latina).

Estas mujeres que cumplen esta medida cautelar por lo general lo hacen en lugares inapropiados, que fueron creados para las necesidades y espacio físico de los varones, haciendo evidente la falta de un espacio físico y un entorno propicio para estas mujeres privadas de libertad; por lo general la sociedad las aísla, y por ende las castiga, ya que el castigo no es solo la pérdida de libertad, sino también como la sociedad lo juzga anticipadamente, sufren el olvido por parte de sus familiares y seres querido , en su gran mayoría al ser parte de un conglomerado precario económicamente no cuentan con los medios económicos para poder afrontar un juicio penal, sufren una constante violación a sus derechos reproductivos, son víctimas de un sistema que las trata como culpables, sin haber siquiera una sentencia o resolución firme, desde el momento que son privadas de la libertad, así sea con una medida cautelar, están cumpliendo con una pena, que en casos no amerita la privación personal, porque no cumple con los presupuestos del Código Orgánico Integral Penal.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 537, establece que los casos especiales en los que la sustitución de la prisión preventiva, es obligatoria, ya que esta otorgada en función de los grupos de atención prioritaria consagrados en la Carta Magna, es así que textualmente dice:

Artículo 537.- Casos especiales. Sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, en los siguientes casos:

1. Cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentre hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que requieren cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días más(...). (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Con lo antes plasmado se evidencia que la sustitución preventiva es un mecanismo por el cual, si existe un hecho nuevo o una condición especial se puede aplicarlo, es así como el artículo 537, nos establece claramente que, la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario puede ser solicitada si la persona a quien se le quiere dar la sustitución pertenece a uno de estos casos especiales, enmarcándonos en el numeral 1 nos establece a la mujeres embarazadas que pertenecen a un grupo de atención prioritaria como lo establece la Carta Magna, es decir que para estos grupos de atención prioritaria, haciendo uso de sus derechos, y

siendo el Estado quien tiene que garantizar los mismo, no se tomará en cuenta ni la pena con la que se sanciona la infracción, esto como una medida de acción afirmativa implementada por el Estado, para proteger a estos grupos de atención prioritaria.

La Constitución de la República del Ecuador alberga varios derechos, constitucionales, que tiene que prevalecer ante cualquier decisión ilegítima y arbitraria e incluso si no existe tal decisión debe velar por la efectividad de la aplicación y goce de estos derechos constitucionales, y más aún al referirnos a un grupo de atención prioritaria, partiendo desde la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

El Ecuador al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, nos menciona que para el efectivo goce de los derechos Constitucionales, la Constitución de la República del Ecuador Artículo 11, numeral 2, “Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), sobre todo para este ejercicio de los derechos nadie podrá ser discriminado por ninguna condición, que pretenda evitar el renacimiento y ejercicio de los derechos, en el caso pertinente las mujeres por su condición de genero históricamente han sido relegadas, discriminadas, en contra de ellas se ha cometido muchos abusos y arbitrariedades es por ello que mediante la obligación del Deber “ser” del Estado Ecuatoriano y mediante lo estipulado en la Carta Magna en el artículo mencionado en el último párrafo menciona que “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), se puede evidenciar que la Constitución establece la obligación a los mandantes de crear medidas y mecanismos para que si una persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad, encuentre las alternativas para el desarrollo integral y sobre todo el efectivo goce de derechos igual que los demás ciudadanos que son parte del Estado.

En este caso cabe mencionar que se deben adoptar las medidas necesarias para que la mujer que se encuentra bajo prisión preventiva, acceda a los mecanismos como en este caso es la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, propendiendo el bienestar tanto

de la mujer que se encuentra en periodo gestacional como `por el *nasciturus* la vida que está por nacer, por ende en estos derechos son de aplicabilidad inmediata y directa, todo servidor perteneciente al Estado tanto administrativa como judicialmente tiene que velar por la aplicabilidad y efectividad de los derechos constitucionales, es así como los jueces, fiscales, defensores públicos, abogados en libre ejercicio, tienen la obligación de proteger los derechos de todas las personas inmersas en un proceso penal , y más aún si son parte de un grupo de atención prioritaria.

Cabe recalcar que la Constitución reconoce algunos grupos de atención prioritaria y los reconoce debido a la condición y vulnerabilidad que estos tienen frente a otros colectivos, a otros ciudadanos, es así que el Estado tiene la obligación de brindar una atención oportuna, eficiente pero sobre todo prioritaria, tanto en el ámbito público, como privado para asegurar la igualdad en cuanto a la accesibilidad y aplicación de los derechos constitucionales, en estos grupos de atención prioritaria se encuentran en el artículo 35, “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad(.....)El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). La norma constitucional es clara, hace evidente la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer embarazada, que se encuentra privada de libertad por una medida cautelar, vulnerando claramente los derechos que tiene como ciudadana y más aún como miembro de un grupo de atención prioritaria, que tiene doble vulnerabilidad, tanto por ser una mujer embarazada, por encontrarse privada de la libertad, y aunque el menor no ha nacido es sujeto de protección estatal.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en el artículo 45 menciona que “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.”, es evidente que al estar en un estado garantiza, se protegen los derechos, en este caso se protege la vida del niño que está por nacer lo protege desde la concepción, el Estado debe garantizarle una vida digna, un desarrollo integral desde que está

en el vientre de su progenitora, la mujer que está embarazada es sujeto de protección, una protección integral y especializada.

Hablando de esta protección estatal cabe mencionar el artículo 46, numeral 8, menciona que el Estado brindara la “ Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad”.(Constitución de la República del Ecuador, 2008),una medida estatal que se debe tomar es asegurar que el niño que está por nacer se desarrolle en un lugar digno, esta protección esta destina a efectivizarse más aún, si la madre esta privada de libertad, en estos casos es factible que se aplique la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario como una garantía estatal para el cumplimiento de lo antes mencionado.

El cuidado para la mujer embarazada debe ser especializada, no solo por garantizar la vida del menor, sino la de ella mismo, hay que considerar que al llevar una criatura en su vientre ya se encuentra en una situación de riesgo y más aún si esta privada de la libertad, aun sin una resolución firme, está mujer es considera inocente hasta que en el proceso penal se demuestro lo contrario, por ello con respecto a la mujer embarazada el articulo 43 hace hincapié, en que el Estado debe garantizar “3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto”, el Estado al ser el responsable de velar por la salud integral de la mujer que se encuentra embarazada debe propender a que los servidores públicos, lo hagan y más aún los administradores de justicia, la manera de efectivizar esta protección estando bajo una medida cautelar es aplicando medidas sustitutivas a la prisión preventiva.

El articulo 77 numeral 11,” La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora, y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada”.(Constitución de la República del Ecuador, 2008) Mencionando así que los administradores de justicia utilizarán a la prisión preventiva de ultima ratio y sobre todo de forma excepcional, ya que en este caso la

regla general es utilizar medidas alternativas a la privación de la libertad evitando que se menoscabe o viole el derecho a la libertad, para el cumplimiento de esta normativa constitucional y como lo establece la norma penal, en el caso de los grupos de atención prioritaria, más enfocados en las mujeres embarazadas. No se tomaran en cuenta los criterios que establece la Constitución para la aplicabilidad de la medida cautelar, ya que claramente menciona la obligatoriedad de aplicar la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, acompañado del dispositivo de vigilancia electrónica sin importar el delito ni la pena con la que se sanciona la infracción por la cual se encuentran en prisión preventiva, correspondiendo así con las acciones afirmativas del Estado para lograr la eliminación de toda imposibilidad legal para el pleno ejercicio de los derechos de la mujer embarazada y del nasciturus.

Esto amparado en el artículo 51, referente a las personas privadas de libertad, en el numeral 6, donde dice que, las personas a las cuales se les limita su derecho a la libertad tienen derecho a “recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Este trato especializado en muy pocos casos puede darse en nuestro Estado ya que para ello deberían diseñarse centros exclusivos para mujeres, que se encuentren en periodo de gravidez, que satisfagan todas las necesidades que una mujer embarazada tiene, no se cumple en el país en cárceles para mujeres y hombres no existe un lugar condicionado para estos casos, o más bien jamás un centro de privación de libertad será ideal para el desarrollo de la vida y mucho menos de un niño.

El artículo 363, de la Constitución de la República del Ecuador menciona que el Estado es responsable de asegurar “acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto”(Constitución de la República del Ecuador, 2008), no se refiere solo a la salud en este artículo está encaminado a todos los derechos que tiene una mujer por la condición de serlo, por estar embarazadas, por estar privada de la libertad con una medida cautelar y por el

niño que está por nacer, logrando un desarrollo integral de las mujeres, que en muchos casos son víctimas de abusos, incluso en el ámbito de la salud.

Afincándonos en la Carta Magna, nos menciona en el artículo 66, que, “se reconoce y garantiza a todo ser humano,2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Al hablar de una vida digna nos referimos al respeto y al ejercicio de los derechos como son la salud, tanto para la mujer en estado de gravidez como para el niño que está a punto de nacer, tener unas revisiones periódicas, acceso gratuito a los medicamentos, vitaminas y lo necesario para el desarrollo normal de un embarazo, a una alimentación sana y equilibrada en un centro de privación, esto es imposible, por más que intenten satisfacer los requerimientos para una mujer en periodo gestacional, hay que tomar en cuenta que aunque el Estado invierta en Infraestructura el ambiente para este grupo de atención prioritaria no es el adecuado, ya que puede generar estrés al feto y existir complicaciones, a la sustitución no se la debe tomar como una medida que sirve para evitar la cárcel o creer que se está dejando en la impunidad un delito, más bien esta medida se adapta a las necesidades de un niño que está por nacer, para el desarrollo del mismo, dando plena vigencia a los derechos humanos.

Cabe recalcar que artículo 66, numeral 3, literal b, alude que “El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños,(...) y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad (...)”(Constitución de la República del Ecuador, 2008), al no aplicar esta norma obligatoria, se genera violencia en contra de este grupo de atención, prioritaria, ya que el lugar en el que se encuentran no es el adecuado, para el desarrollo del nasciturus poniendo en una situación de riesgo tanto la vida de la madre, como la del niño, los jueces tienen la obligación de aplicar la sustitución de la prisión preventiva, sin embargo en el Ecuador esto no sucede por varios factores que desencadenan una ola de inseguridad jurídica en nuestro Estado.

No hace falta una resolución constitucional, sino más bien una aplicación correcta de los sustitutivos de la prisión preventiva respetando el principio de proporcionalidad, es por esto que se debe regular la sustitución de la prisión preventiva, se la ha considerado a la prisión preventiva como una forma de pena anticipada es así como al poner énfasis en la prisión preventiva en cuanto al principio de proporcionalidad y racionalidad, se ha dejado de lado el estudio de las personas que según la carta magna son la excepción para esta sustitución de la prisión preventiva, así como forman parte del grupo de personas que deben recibir atención prioritaria, por ende lograr aplicar las acciones afirmativas y políticas establecidas por el Estado para garantizar el disfrute de un vida digna en la que están inmersos todos los derechos humanos. Zambrano (1986).

Cabe mencionar que la prisión preventiva es “*per se* incompatible con los cuidados requeridos por las mujeres en estado de gravidez, se suma que el encierro puede tener un efecto negativo sobre la salud de la mujer y el curso del embarazo” (Di Corleto y Monclús.2009. p.289). Es así como el Estado para evitar un embarazo riesgoso y sobre todo proteger la vida del que está por nacer debe adoptar las medidas necesarias para satisfacer las necesidades de la madre y sobre todo proteger a la vida que está por nacer.

En nuestro país en la actualidad a pesar de que existe mucho más control con respecto a la aplicación de la prisión preventiva., esto no obsta para que se violen derechos constitucionales con respecto a las medidas cautelares impuestas, cabe recalcar que las mujeres que en su gran mayoría se encuentran con prisión preventiva son acusadas por delitos mínimos que atenta contra la propiedad, contra la salud el estado, ocasionales son los casos que hayan cometido un acto lesivo contra la vida, sin embargo la prisión preventiva sigue prevaleciendo como regla general, quizás por no acceder a la sustitución, por miedo a que les nieguen la solicitud, porque evidentemente en casos posteriores se negó la sustitución, ya sea porque el fiscal no solicita, porque el defensor público o abogado en libre ejercicio muy pocas veces lo ha solicitado y hasta por el desconocimiento ya que es evidente que en algunos casos se confunde el accionar procesal procedente, ya que piden la revocatoria de la medida cautelar, en vez de pedir la sustitución que es lo procedente.

Haciendo hincapié en la sustitución de la prisión preventiva es necesario recalcar que así como quien evalúa la aplicabilidad de la prisión preventiva es el juez, así mismo la aplicabilidad de la sustitución de la prisión preventiva en los casos establecidos claramente en la ley, sin embargo quien de manera motivada debe solicitar la prisión preventiva es el fiscal es así como en el (Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013, p.90) “(...)debería ser el fiscal quien explique y sustente por qué en el caso concreto no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad”. Enfocado desde la perspectiva legalista y constitucional del Estado el proceso está en manos del fiscal, así como el solicitar una medida cautelar no privativa de libertad o privativa de libertad.

Por otra parte el juez tiene que hacer un análisis sobre la factibilidad de aplicar o no dicha medida solicitada por el fiscal, si este aplica la prisión preventiva”(...)tiene el deber de motivar y razonar suficientemente la necesidad y proporcionalidad de su aplicación.(...)” (Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas,2013, p.90), ya que el juez tiene que razonar haciendo un análisis en el que no se comprometan derechos, sin embargo y aludiendo el derecho a la defensa cabe recalcar que este para hacer efectivo este derecho de la persona procesada tiene que alegar que esta medida es excesiva y “(...)centralizar la discusión en las cuestiones concretas del análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas que se consideren(..)(*ibid.*). Es así el proceder en una audiencia en la que se va a aplicar la prisión preventiva, todos los agentes que intervienen en la misma tienen la obligación de velar por los derechos de la persona procesada.

Así mismo en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva, estos agentes tienen la obligación de velar por el nasciturus y madre gestante es así como el fiscal si tiene conocimiento de que una mujer esta privada de libertad y en su vientre lleva una criatura, debe solicitar la sustitución de esta medida cautelar, más aun el defensor de la procesada, sea otorgado por el Estado o pagado por los medios económicos de la procesada tiene que solicitar esta sustitución velando por los derechos humanos de la misma, y por último el juez al ser garantista de derechos tiene que aplicar lo que dice la ley y más aún si se hace un análisis en

cuanto a los derechos que se vulneran si una mujer que conserva su estado de inocencia, se encuentra cumpliendo una medida cautelar en condiciones negativas para ella y el niño que está por nacer .

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), en su informe sobre *“las medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”*, hace hincapié en la importancia que tienen las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, en el caso de las mujeres hace un llamado a los Estados para que se lleven a cabo medidas necesarias e integrales, alude que solo de esta forma se podrá garantizar los derechos para que sean respetados y protegidos contra cualquier arbitrariedad, por ende menciona que como parte de represión a la aplicación la prisión preventiva recomienda la sustitución de la misma por otros mecanismo y recoge la *“la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física”*(p.86). Alude a las medidas sustitutivas, las cuales sirven de ayuda para frenar la aplicación de la prisión preventiva, entre estas un mecanismo de vigilancia electrónica que debe ser utilizado conjuntamente con el arresto domiciliario, hace alusión tanto a la mínima aplicación que debe existir en cuanto a la prisión preventiva, así mismo mención los derechos del grupo de atención prioritaria que son las mujeres y por ende la sustitución de esta medida cautelar sin embargo no profundiza en cuanto a los criterios que los administradores de justicia deben aplicar para hacer uso de la prisión preventiva y más aun de las mujeres que se embarazan, dentro de los centros de privación de libertad teniendo como punto de referencia determinado, el domicilio o lugar establecido por sus beneficiarios.

Criterios en el uso de la prisión preventiva y la sustitución de la misma.

Es así que, evidenciando las categorías, criterios que se deben tomar en cuenta tanto para la aplicación de la prisión preventiva como, para la aplicación de la sustitución de la misma podemos evidenciar que existen ciertos parámetros y criterios que constan en la legislación nacional, pero que se encuentran amparados y que son tomados en cuenta internacionalmente.

Criterio de presunción de inocencia.

(Beccaria, 1993) A un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó (p.13). Basado en la presunción de inocencia, menciona que todas las personas tienen que recibir la protección del Estado, por ende y de la mano con el carácter excepcional en la normativa vigente y doctrina, nos establece que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, el Estado reconoce esta inocencia, y la niega en los casos en los que exista una verdadera certeza del tribunal con respecto a la existencia de un hecho punible atribuible al acusado, por ende, si se tiene que enfrentar a un proceso penal debería hacerlo de forma libre, por ello la presunción de inocencia ha dado paso a la modernidad en la que los procesados pueden llevar su proceso penal en plena libertad, lo que se ha establecido como regla general y en casos excepcionales se aplique la privación de libertad, en los que realmente sea necesaria la presencia de esta medida cautelar.

Criterio de excepcionalidad.

La prisión preventiva es una medida muy grave, ya que entraña una restricción a la libertad el criterio que sostiene el Juez Sergio García en cuanto a la prisión preventiva no es aislado de muchos doctrinarios que negativizan la práctica de la misma, aludiendo que no difiere del todo con la pena punitiva impuesta por el Estado cuando existe una sentencia condenatoria”(…) ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. (...) Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva” (Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas,2013, p.59 y 60).

Claramente establecido el principio de excepcionalidad, fue creado para evitar el uso excesivo y arbitrario en la aplicación de la prisión preventiva y por ende esta medida cautelar solo podrá

ser aplicada en los casos en los que otra medida sustitutiva no asegure los fines o la prosecución del proceso penal, las medidas sustitutivas deben ser aplicadas desde las perspectivas constitucionales y siempre apegados al principio” *pro hominis*”, es decir propendiendo el efectivo disfrute de los derechos que más favorezcan al ser humano, es por ello y como claramente lo establece nuestro articulado en el Código orgánico integral penal en el caso de las mujer por este principio *pro hominis* debe aplicarse la sustitución que favorece tanto a la madre como al “*nasciturus*”, y en el caso que se restrinjan derechos la interpretación por parte de los juzgadores debe ser restrictiva evitando que se lesionen derechos constitucionales.

Criterio de necesidad.

El Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, menciona que “(...) En caso de resultar necesaria la detención del acusado durante el transcurso de un proceso, su posición jurídica sigue siendo la de un inocente (...)” (p.56). Es por ello que a pesar de estar con una medida cautelar las personas que se encuentran privadas de la libertad obligatoriamente deben recibir un trato diferente, y más aún en el caso de una mujer embarazada, esta tiene que recibir un trato preferencial y no discriminatorio, ya que ante la ley con esta medida cautelar sigue siendo inocente y no se deberían vulnerar sus derechos, principios jurídicos aplicables a esta medida de ultima ratio.

En cuanto al criterio evaluado por los administradores de justicia referente a la necesidad, este principio va encaminado al cumplimiento de los fines primordiales de la prisión preventiva, que en su gran mayoría es el aseguramiento de la comparecencia del procesado, al juicio penal en todas sus fases, ya que sin la presencia del imputado no se puede llevar a cabo el proceso y por lo cual se vuelve un fin netamente procesalista, así mismo lo que se evita con la prisión es la Fuga del imputado, en muchos casos la prisión preventiva se impone con el propósito de que no se altere al prueba, y la investigación se lo más transparente posible, la necesidad en el ámbito procesal penal es importante debido a que si no se justifica esta necesidad se estaría incurriendo en una falta gravísima, se estaría imponiendo una medida cautelar restrictiva de la

libertad sin tener fundamento, lo que la convertiría en una medida ilegítima, “por lo tanto, el criterio de necesidad no solo es relevante al momento en que se decide la aplicación de la prisión preventiva, sino también al momento de evaluar la pertinencia de prolongación en el tiempo”(p.66). Cabe mencionar que esta necesidad debe justificarse en todo el tiempo en que la persona se encuentre privada de libertad, es así que pesa sobre el órgano al cual este a cargo esta persona, que si se desvanecen o se modifican los motivos por los cuales sustentaron la aplicación de la prisión preventiva, este inmediatamente debe incluso de oficio cesar la misma.

En el caso aludido se toma en cuenta el principio de necesidad desde otra perspectiva se aplica desde la necesidad y obligatoriedad que tienen los órganos judiciales para ser garantistas de Derechos y aplicar la sustitución enmarcado a las necesidades de la madre gestante y del niño que está por nacer, apenas se tenga la leve sospecha de que una mujer que se encuentra con esta medida cautelar, está en periodo de gravidez se le debe sustituir por el arresto domiciliario, logrando así se efectivicen sus derechos, cabe recalcar que la sustitución en ningún momento es considerada como la libertad, más bien esta se adecua a que la mujer cumple la prisión preventiva, pero desde su domicilio, que en la mayoría de los casos es un lugar mucho más aceptable que la prisión, sobre todo puede desarrollar su embarazo de una forma más saludable, protegiendo al *nasciturus* desde que se encuentra en el vientre materno.

Criterio de proporcionalidad.

Cabe recalcar que, desde la aplicabilidad de la Prisión preventiva en canto al principio de proporcionalidad, en muchos casos se aplica la prisión preventiva desde la perspectiva de la gravedad del delito y la pena que se le acusa al procesado, sin embargo, la aplicación de la prisión preventiva en la audiencia de formulación de cargos en función del peligro de fuga por la infracción por la que se le acusa, lo que estaría logrando es juicio anticipado con respecto a la responsabilidad.

El principio de proporcionalidad implica, además una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho

a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción (Informe Para el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas,2013, p.67). La proporcionalidad lo que intenta es que la medida cautelar impuesta no resulte ser más grave que la pena a imponerse en caso de demostrar la culpabilidad en el proceso penal, es así que esta privación no se puede dar si los hechos de convicción y los hechos que se investigan son los suficientemente gravoso para dictarla, en caso de que no exista esta convicción el juez debe aplicar otras medidas cautelares que no implique la privación de la libertad, por esto la aplicación de la prisión preventiva en infracciones con penas mínimas, resulta incompatible en cuanto a la proporcionalidad.

Criterio de razonabilidad.

En cuanto a la razonabilidad, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 75 dice, “impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar” (Informe Para el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas,2013, p.69). Alude a la responsabilidad de los administradores de justicia a no exceder en los plazos razonables, de privación de libertad como una medida cautelar, es así que la razonabilidad se aplica desde la perspectiva en la que si la aplicación de esta fue fundamentada, esta debe ser puesta en libertad en el momento en que esta medida cautelar se ha convertido en una pena, impuesta a alguien que mantiene su presunción de inocente, se tiene que evitar la pena privativa de libertad irrazonable , la cual consiste en imponer una medida cautelar por un tiempo que supere la pena a la cual estaría sujeto por la infracción cometida de encontrarlo culpable, es por ello que en el Código Orgánico Integra penal, no se puede aplicar la prisión preventiva, en delitos de la acción privada, ni delitos sancionados con pena privativa de libertad que no exceda de un año y en contravenciones es decir que es improcedente por ende se estaría aplicando la razonabilidad en las medidas cautelares restrictivas del derecho a la libertad.

La seguridad jurídica en el proceso penal.

“La seguridad jurídica es la certeza respecto de: 1) el contenido de las normas jurídicas vigentes, y; 2) el hecho de que son ampliadas de acuerdo con su contenido” (García, 2007, p.154). Cabe recalcar que esta bidimensionalidad de la seguridad jurídica está enmarcado a la protección y seguridad del derecho mismo, en cuanto al contenido y aplicación de las normas jurídicas de un Estado que tenga plena vigencia y valides, partiendo de que lo más importante en la seguridad jurídica es la aplicación de la normativa y que el contenido de esta sea favorable para el ciudadano y, sobre todo, que la aplicación de esta normativa sea general en los casos específicos.

Haciendo hincapié en la seguridad jurídica Cabanellas menciona que es una.

Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran, representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. a su vez la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico la seguridad jurídica solo se logra en los estados de derecho porque, en los regímenes autocráticos y totalitarios, las personas están siempre sometidas a las arbitrariedades de quienes detentan el poder. (Cabanellas, 2012.p.874)

La seguridad jurídica es esencial en una sociedad, que tiene un ordenamiento jurídico el cual debe seguir, representa así la manifestación máxima de la autoridad judicial, en cuanto a la aplicación objetiva y concreta de la ley, esto se da gracias al conocimiento que tienen los ciudadanos en cuanto a sus derechos y sus obligaciones, al ser parte de una Nación, esta seguridad jurídica se ve expresada y es evidente cuando nos encontramos en un Estado de derecho, en el cual no se permiten arbitrariedades, y si estas llegan a suscitarse por el incumplimiento de una norma , esta automáticamente genera una reacción estatal “la cual unas veces requiere de la manifestación expresa de la pretensión de un sujeto de Derecho a través del ejercicio de una acción, y otras veces dicha reacción opera a través de una institucionalidad que ha previsto su propio impulso”(Hernández , 2004.p.19). Esto depende de la importancia del bien jurídico protegido que se pretende salvaguardar, es así que esta ópera siempre y

cuando en la legislación exista detallada la consecuencia que depara en cuanto al incumplimiento de la aplicabilidad normativa.

La seguridad jurídica se alcanza siempre y cuando el derecho judicial se alcance, recalcando siempre que las decisiones judiciales deben acatar la normativa, sobre todo al estar en un Estado Constitucional de Derechos y justicia, el cual protege al ciudadano , ante cualquier arbitrariedad, por ello (Hernández, 2004) “(..)el derecho más cierto, más afirmado como seguro , es el que ha pasado por el Tamiz del proceso, en cuanto este tiene por fundamental designio la consecución de la paz social” , el cumplimiento con respecto a la normativa debe ser de carácter voluntario, e imperante en cuanto a lo establecido en la carta magna, cabe recalcar que la justicia en todo estado es indispensable, pero esta justicia tiene que llegar con celeridad y sobre todo de la manera más acertada posible.

Es por ello que, en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 82, se menciona claramente a la seguridad jurídica el cual tiene su fundamento en “(...) el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En cuanto a la Carta Magna se aplica siempre la supremacía constitucional, es así que la Constitución de la republica esta sobre cualquier otra normativa, aplicadas de acuerdo al orden jerárquico establecidos en el mismo, alude una mínima intervención penal, pero sobre todo al ser las normas instauradas con antelación, al ser claramente establecidas en cada normativa legal, al ser de conocimiento general, trascendentalmente la aplicación de esta normativa debe ser correcta libre de arbitrariedades y siempre por la autoridad competente debidamente legitimada.

En cuanto a la seguridad jurídica la Corte Constitucional, es el máximo órganos de control, interpretación constitucional y de administración de justicia, se ha pronunciado varias veces, esto es en la sentencia N°175-14-SEP-CC, dictada el 15 de octubre de 2014, dentro del caso N°1826-12-EP”la seguridad jurídica es un derecho constitucional transversal a todo el ordenamiento jurídico por cuanto garantiza el respeto a la Constitución como norma

jerárquicamente superior(...)",(Corte Constitucional, 2017,p.7). Primordialmente lo que este órgano ha querido plasmar, es que nuestra base normativa es la Constitución por ende se tiene que respetar todo el contenido de la misma que brinda garantías al ciudadano, las cuales pueden estar plasmadas formalmente y materialmente, al ser interpretada por los administradores de justicia, ya que esta representa nuestra máxima jurídica la cual tiene que ser respetada y aplicada.

Así mismo la sentencia N°247-17.SEP-CC, dictada el 9 de agosto de 2017, dentro del caso N°0012-12-EP" Se busca lograr certeza y confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, pues mediante este derecho el Estado garantizara a las personas que toda actuación se realizara acorde a la Constitución" (*ibid*.p.8), esta seguridad jurídica es evidente siempre y cuando se respete los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado, una sociedad sin confianza ni certeza jurídica es propensa al caos y a la inestabilidad jurídica, por ende la aplicación de la seguridad jurídica es muy importante porque con ella se evidencia el actuar de cada uno de los poderes, la sociedad deposita toda sus confianza en los poderes por ello quienes representa los mismo tienen una responsabilidad inmensa pues, su margen de error tiene que ser mínimo, de lo contrario no habría esta certeza y cada uno tomaría la ley por mano propia, generando caos y decadencia.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación se aplicó desde un enfoque cualitativo, debido a que permitió tener un análisis subjetivo respecto a la norma y los principios que son aplicables al debido proceso, tutela efectiva y seguridad jurídica con respecto a las medidas especiales; como lo es la prisión preventiva en el caso de las mujeres que quedan en estado de gravidez después de la comisión de un delito, pues de esta manera se logró determinar el criterio de los juzgadores al momento de aplicar e interpretar la norma, es así como se logró responder a las interrogantes que existían a lo largo del desarrollo de la investigación, por ende se determinó la eficacia de sus decisiones referente a la aplicabilidad de la sustitución de la prisión preventiva en estos casos.

El nivel de investigación que se aplicó en el presente trabajo permitió determinar, las causas que conllevan a los administradores de justicia, a tomar determinada decisión respecto a la prisión preventiva de aquellas mujeres que se encuentran en gestación posteriori de haberse aplicado esta medida de ultima ratio y los efectos que acarrear la violación de derechos, principios y de la norma al no establecerse el alcance que ésta tiene.

La investigación se apoyó en el método hermenéutico, debido a que la problemática que se investigó tuvo el objeto primordial de realizar un análisis enfocado a la ausencia de un criterio unificado por parte de los juzgadores al aplicar la sustitución de la prisión preventiva en la mujer que se embaraza después de cometer un ilícito. Es decir, la interpretación que estos sostienen en cuanto a la norma concerniente a la sustitución de medidas cautelares, con lo cual se logró determinar una evidente violación a la seguridad jurídica, a pesar de que los administradores de justicia en ejercicio de sus funciones, deben ser garantista de derechos, al ser todos ellos jueces constitucionales, que deben respetar las normas, e interpretarlas de la manera más favorable y sobre todo sin vulnerar principios ni derechos constitucionales.

En relación con el método aplicado, se utilizó como técnica de apoyo la entrevista la cual se aplicó en base a preguntas abiertas, se realizaron ocho entrevistas distribuidas: tres entrevistas a jueces de la Corte Nacional de Justicia, una entrevista a un juez de la Corte Provincial de Imbabura; una entrevista a un fiscal de la provincia de Imbabura, una entrevista a un defensor público, y dos entrevistas a dos asesores de la Corte Nacional de Justicia en el ámbito Penal. Con la misma importancia se utilizó la técnica documental, debido a que se realizó un análisis doctrinario, jurídico y jurisprudencial referente al tema de la investigación, en el cual se analizó dos casos prácticos, de acuerdo a ello en él un caso se acepta la solicitud de sustitución de la prisión preventiva y en el otro caso se niega la misma.

6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

6.1 Resultados

6.1.1 Resultados obtenidos en las entrevistas.

- *Entrevista a los jueces de la Corte Nacional de Justicia.*

Pregunta 1	¿Qué criterios se toman en cuenta para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma?
Entrevistado 1	Dr. Alejandro Arteaga García
Los criterios son los que están establecidos en el Código Orgánico Integral Penal que considero debe haberlos revisado de que se cumplan ciertas formalidades como el tipo de delito, la cuantía de la pena de estos delitos la naturaleza del delito la gravedad etc. esos serían los requisitos formales y en cuanto a la sustitución también establecidos en el Código Orgánico Integral Penal entre otros pues la presencia de datos relevantes o alguna condición especial por parte de quien se le deba imponer esta medida cautelar.	
Entrevistado 2	Dr. José Luis Terán
Los jueces para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma deben aplicar lo que está establecido en la ley penal	
Entrevistado 3	Dr. Richard Villagómez Cabezas
Usted plantea dos preguntas la primera en cuanto a los requisitos de la prisión preventiva hay requisitos de orden legal previstos en el Código Orgánico Integral Penal y hay otros requisitos desde la perspectiva convencional, sobre el último ratio de la medida cautelar, cuando un juez dicta una medida cautelar tiene que verificar tres tipos de control, convencional constitucional y legal, tanto más cuando se trata de la privación de la libertad personal; lo mismo para la sustitución	
Análisis	Los jueces coinciden en que los criterios tomados en cuenta para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma, se encuentran claramente detallados en el Código Orgánico Integral Penal, tomando así en cuenta la gravedad del delito y el tiempo con el que se sanciona la infracción penal, sin embargo uno de ellos

	<p>mencionó que estos requisitos contemplados en el Código Orgánico Integral Pena, son meramente formales y que se debe tomar en cuenta también los criterios convencionales, con lo cual se hace tres tipos de control convencional, constitucional y legal, así mismo la sustitución de la prisión preventiva se le debe tomar en cuenta estos requisitos pero relevantemente esta sustitución deberá ser aplicada por una condición especial que presente la persona a quien se la deba imponer.</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>Pregunta 2</p>	<p>¿Qué criterio tiene acerca de si una mujer en la audiencia de formulación de cargos no está embarazada, pero queda embarazada luego de aplicada la prisión preventiva? ¿Qué procede jurídicamente?</p>
<p>Entrevistado 1</p>	<p>Dr. Alejandro Arteaga García</p>
<p>Revisando la normativa, respecto del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a la sustitución señala de manera taxativa, la prisión preventiva podrá ser sustituida por medidas cautelares establecidas en el código, no cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad mayor, Si se incumple la medida sustitutiva el juzgador dejará sin efecto , en cuanto a los casos especiales señala que sin el perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción, la prisión podrá ser sustituida por el arresto domiciliario, si es que sería lo pertinente para la pregunta que usted me hace, y el uso del dispositivo de vigilancia en los siguientes casos, cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentre hasta en los 90 días posteriores al parto, en los casos de que el hijo nazca con enfermedades que requieran cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta por un máximo de 90 días, ésta norma no establece diferencias, en un antes o en un después no pone como condición que el embarazo sea anterior al procesamiento ni excluye que éste embarazo haya sido posterior al procesamiento en consecuencia, jurídicamente considero que no existe manifestación taxativa expresa de la norma, que impida que una mujer que se embarazó posterior a su procesamiento a su formulación de cargos no pueda beneficiarse de la sustitución de la</p>	

prisión preventiva como caso especial.	
Entrevistado 2	Dr. José Luis Terán
<p>El juez tiene la obligación de verificar que la finalidad de la prisión preventiva, es asegurar la comparecencia del procesado y el cumplimiento de la pena en esos casos dependerá de las circunstancias, es de que disponga o no la sustitución de la prisión preventiva dependiendo de las circunstancias del caso, en vista de que la norma es una norma facultativa, dice el juez podrá sustituir, no tiene el juez la obligación de dar la sustitución por lo tanto para ordenar la sustitución debe asegurarse de que la persona, cuyo beneficio de sustitución se va a dar, no corra el peligro de que se fugue, o de que no se lo encuentre posteriormente para que comparezca al juicio y al cumplimiento de la pena.</p>	
Entrevistado 3	Dr. Richard Villagómez Cabezas
<p>Si el embarazo es post eso no obsta para que se aplique la disposición constitucional inherente a la sustitución de la prisión preventiva, nuestro marco normativo no diferencia entre el embarazo ex-ante o el embarazo ex-post pese a que el caso en el que usted plantea, en esa hipótesis se estaría evidenciando que la mujer está embarazándose con el claro propósito de obtener la sustitución de la medida.</p>	
Análisis	<p>En esta pregunta dos de los tres jueces coinciden en que la sustitución de la prisión preventiva, no lleva una manifestación taxativa expresa de la norma, en cuanto al embarazo debe ser ex-ante o ex.post de la aplicación de la prisión preventiva, por lo tanto mencionan que la temporalidad del embarazo no obsta para la aplicación de la sustitución de la prisión preventiva, sin embargo, uno de los jueces menciona que la finalidad de la prisión preventiva, es la comparecencia al proceso y el cumplimiento de la pena, menciona además que, depende del juez la aplicación o no de la sustitución de la prisión preventiva, y que la norma es facultativa, dice que el juez “podrá sustituir”, para lo cual menciona que, para dar la sustitución, el juez debe asegurarse de que a la persona a quien se le va a aplicar la sustitución no corra el peligro de</p>

	fuga.
--	-------

Pregunta 3	En la actualidad al pedir la sustitución de la prisión preventiva de la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito algunos juzgadores la aceptan y otros la niegan ¿Qué criterio sostiene ante esta situación?
-------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Entrevistado 1	<i>Dr. Alejandro Arteaga García</i>
-----------------------	--------------------------------------------

Pienso que los jueces no deben generar requisitos que no están previstos en la ley , considero que los jueces en materia penal deben ser claros, si estamos hablando del Código Orgánico Integral Penal, que el artículo 13 señala que, la interpretación de la ley penal debe ser restrictiva exacta no debe extenderse ni tampoco disminuirse, en tal virtud de acuerdo con la norma que le di lectura contenidas en el artículo 536, 537 del Código Orgánico Integral Penal, los requisitos no hacen diferencias ni tampoco establecen condiciones por lo tanto, los jueces debiendo aplicar la palabra exacta en la ley sin encontrar que la condición del embarazo sea anterior o posterior al procesamiento es indiferente para la norma , el solo hecho de que se comunique y de que se verifique, el estado de gestación es suficiente para cumplir con el mandato de la norma que deviene de la disposición constitucional, de proteger a estos grupos vulnerables y en este caso, de doble vulneración, para que pueda se pueda llegar a buen término sin las complicaciones que implican desarrollarse en un sitio donde posiblemente no haya las condiciones adecuadas para este proceso de gestación, por lo tanto, considero que los jueces no deben generar requisitos que no están previstos, ni hacer ningún tipo de inferencia pues la norma penal es exacta por lo cual se la entiende con claridad, al menos, yo la entiendo con claridad.

Entrevistado 2	<i>Dr. José Luis Terán</i>
-----------------------	-----------------------------------

Qué es totalmente legal porque la norma habla de una facultad, ya que la norma dice podrá y queda a criterio del juez el conceder o no conceder dicha sustitución

Entrevistado 3	<i>Dr. Richard Villagómez Cabezas</i>
-----------------------	----------------------------------------------

La interpretación dispar por parte de los jueces obedece, entendería yo, a lo que está

dentro del proceso, pero conforme usted ha planteado, en los embarazos ex post no obsta para que se provoque la sustitución que dispone la Constitución.	
Análisis	Dos de los tres jueces, coinciden en que no se debe generar más requisitos que los establecidos en la ley, mencionando que en el COIP los jueces deben desarrollar una interpretación restrictiva, es decir, aplicar lo que en el mismo dice y no hacer alusión, sí el embarazo fue anterior o posterior a la audiencia de formulación de cargos, es así como al ser un grupo de atención prioritaria con doble vulnerabilidad, se debe cumplir con los mandatos constitucionales para garantizar el desarrollo del nuevo ser, la norma es clara y debe ser aplicada; sin embargo, uno de los jueces está de acuerdo con que exista varios criterios en cuanto a la aplicación de la sustitución de la prisión preventiva, ya que menciona que la norma da una facultad, por lo tanto, queda a criterio del juez el aplicar o no esta sustitución.

Pregunta 4	¿Cree que existe un vacío legal en cuanto al momento oportuno de la aplicación de la prisión preventiva en las mujeres embarazadas, dejando a interpretación estrictamente del juez la aplicación de las medidas sustitutivas?
Entrevistado 1	Dr. Alejandro Arteaga García
Es lo que le acabo de explicar, no existe ningún vacío legal, la norma no establece requisitos de verificación, si la concepción del embarazo es anterior o posterior no se trata de un premio, se trata una disposición constitucional cuyo fin, es proteger al que está por nacer y proteger la matriz, proteger a la madre que va a tener ese ser, que tiene que cuidarlo hasta que nazca, no establece la norma y no podemos hablar de interpretación del juez, el juez no debe interpretar la norma, el juez debe aplicarla conforme manda el direccionamiento constitucional para la protección de estos derechos, por lo tanto, considero que no existe vacío legal que requiera ser ni aclarado, ni siquiera	

<p>mejor detallado, lo que si debe llamar debería, talvez la Corte Nacional es hacer énfasis, en cómo debe entenderse la ley, y no generar condiciones que no están establecidas no hacer ningún tipo de inferencia que generalmente son particulares de aquellos operadores de justicia.</p>	
Entrevistado 2	Dr. José Luis Terán
<p>No existe ningún vacío legal, la sustitución puede darse en cualquier momento hasta antes de la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, por lo tanto, tan pronto se presente la solicitud o la pertinencia de la misma se procederá a darla o sea, no existe ningún vacío legal, al contrario la norma legal es suficientemente clara.</p>	
Entrevistado 3	Dr. Richard Villagómez Cabezas
<p>Siempre va a haber un margen de interpretación por el Juez, el asunto es que si esa disposición constitucional, tiene que ser restringida o no por el hecho de que sea posterior el embarazo, a mi modo de ver eso no obsta para que se dé la sustitución por el arresto domiciliario.</p>	
Análisis	<p>Menciona que no existe requisitos de verificación si el embarazo es anterior o posterior , por lo cual, los jueces no deben interpretar la normas, sino aplicarla ya que, con el mandato constitucional lo que se trata es de proteger al que estar por nacer y a la madre que tiene que cuidarlo, no existe un vacío legal que requiera ser aclarado o detalla; además, se insta a la CNJ a hacer énfasis en cómo debe ser aplicada la sustitución de la prisión preventiva, evitando generar condiciones que no están en la normativa. Sin embargo, otro juez menciona que siempre existirá un margen de interpretación, pero el hecho de un embarazo posterior, no obsta para la aplicación de la sustitución; así mismo otro juez menciona que la sustitución puede darse en cualquier momento, hasta la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, mientras más rápido se presente o sea pertinente se procederá a dar la misma, por lo cual la normativa es clara .</p>

Pregunta 5	¿Qué opinión le merece la falta de un criterio unificado en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por medidas sustitutivas en las mujeres que se embarazan después de la comisión del delito?
Entrevistado 1	Dr. Alejandro Arteaga García
<p>Mire cuando una persona entra al círculo de cuidado del Estado, por ejemplo, una persona privada de su libertad, sea por una medida cautelar o sea ya por la ejecución de la sentencia, el cumplimiento de la sentencia debe pasar al cuidado del Estado, estas personas que están privadas de libertad no se las puede negar la posibilidad de que busquen mecanismos para mejorar su condición de estadía o su condición, mediante la ejecución de la pena o de la medida cautelar mientras se esté ejecutando la medida cautelar y por ende no podríamos recriminar esta actitud e insistir, no podríamos hablar de que es un castigo, que como castigo no hay la sustitución porque este embarazo se hizo posiblemente a propósito posterior al procesamiento para obtener el beneficio que manda la ley. Eso no puede ser tomado por el juzgador como una razón para privarle del derecho porque ahí estaríamos incumpliendo el mandato constitucional que es superior al nuestro.</p>	
Entrevistado 2	Dr. José Luis Terán
<p>Los jueces no tienen que interpretar la norma, ya que en la misma no existe una obligación, ya que le faculta al juez a aplicar en unos casos la sustitución de la prisión preventiva y en otros casos no, según el criterio y las circunstancias presentes.</p>	
Entrevistado 3	Dr. Richard Villagómez Cabezas
<p>Es propio del sistema nuestro porque la casuística con sus detalles, con sus particularidades, en el caso en mención se entiende que existe un margen de interpretación de los jueces, la segunda consideración es que los jueces siendo seres humanos en diferente formación aunque básica, siendo de Derecho, unos son más legalistas que otros, otros son más constitucionalistas, lo correcto y lo cierto es que para resolver estos casos que tienen en discusión las medidas cautelares tienen que hacerse tres niveles de control Constitucional, convencional y legal, los jueces generalmente se centran en la interpretación legal en el cumplimiento de los presupuestos previstos en la</p>	

ley pero tampoco entran en un análisis de orden constitucional y peor aún de orden convencional; si usted analiza con precisión tanto lo constitucional cuanto lo convencional enfatizan en la última ratio de la medida cautelar de orden personal, sin embargo, el marco normativo legal, simplemente enumera los requisitos por los cuales debe dictarse la prisión preventiva, quizás los jueces se limitan a hacer un análisis meramente legal, pero no constitucional.

Análisis	<p>Cuando una persona se encuentra privada de libertad, pasa a estar bajo el cuidado del Estado por lo tanto no se le puede prohibir la sustitución como un castigo porque el embarazo fue posterior a la privación de la libertad, además mencionan que puede existir ciertos criterios no tan concordantes, debido a la formación de cada juez, pero que para la aplicación de esta medida cautelar como de la sustitución, debe realizarse una interpretación legal, convencional y constitucional, muchos de estos se centran en la interpretación meramente legal, en el cumplimiento de los presupuestos de la ley más no, en un análisis constitucional en el que se deje a esta medida cautelar como una medida de ultima ratio, así mismo un juez menciona que la falta de un criterio unificado se debe a que la norma es facultativa por ende la sustitución se puede dar como no.</p>
-----------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Pregunta 6	<p>¿Cuáles cree que son los parámetros y criterios doctrinarios, legales y constitucionales que se debe tomar en cuenta para aplicar la sustitución de la prisión preventiva en la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito?</p>
Entrevistado 1	Dr. Alejandro Arteaga García
<p>Bueno legales la norma que le dije, constitucionales, me parece que articulo 35 y siguientes de la Constitución donde se hablan de estos grupos, doctrinarios, hay mucha literatura podría precisar qué a Pietro Sanchís, talvez nuestro propios constitucionalistas</p>	

Ramiro Ávila y algún otro pero la coincidencia está en que la aplicación de los derechos de la Constitución debe ser de manera progresiva y no debemos generar ningún tipo de formula restrictiva en el ejercicio de estos derechos y aquí el ánimo no es proteger en estricto en esencia la culminación del proceso penal, este es un tema coyuntural que se aparta del tema procesal penal, que es el tema del embarazo, es decir la gestación de un nuevo ser. Se aparta del tema procesal y entonces el Estado debe cuidar con relevancia, proteger este nuevo ser y proteger a quien mantiene a este nuevo ser con vida por lo tanto no debe enlazárselo al proceso penal, debe tratárselo independientemente siempre y cuando el Estado cuide y tiene que hacerlo, cuide y que no signifique una forma de evadir la futura responsabilidad porque no se olvide que la prisión preventiva no es condena es una medida cautelar: es decir todavía está vigente el principio de inocencia por lo tanto no podemos realizar este tipo de condicionamientos, no es loable, es lo que le puedo decir.

Entrevistado 2 | **Dr. José Luis Terán**

Los mismo que se aplican para todos los casos que están claramente establecidos en el COIP, el juez en el derecho público no puede crear o inventarse más requisitos o presupuestos de los que están establecidos en la ley entonces el juez para dictar la prisión preventiva tiene que motivar su decisión, en derecho esto es en la ley, igual para conceder o no conceder, igual debe motivar su decisión en derecho y de acuerdo con la ley, por lo tanto los criterios doctrinarios o legales van encaminados en ese sentido, en que lo importante es que se garantice el derecho y los derechos de las personas y esa es la facultad que tiene el Juez , pero para que prevalezcan los derechos el juez tiene que cumplir el derecho y si el juez no cumple el derecho ahí está afectando el derecho.

Entrevistado 3 | **Dr. Richard Villagómez Cabezas**

E insistido en que tienen que existir tres niveles de control el constitucional, convencional y legal, además la doctrina y la jurisprudencia, tanto de esta corte nacional de justicia como de La corte constitucional en su momento expresaron sobre la última ratio de la prisión preventiva, es decir el modelo de Estado que nosotros tenemos actualmente es un Estado Constitucional de derechos y justicia, que se cimienta sobre la

<p>última ratio de la prisión preventiva y eso significa que la prisión preventiva tiene que dictarse como excepción y no como regla, tanto más que en el caso de la mujer embarazada existe disposición constitucional expresa que ordena, no faculta, ordena al Juez, para que se dicte una sustitutiva en virtud de esa condición , porque lo que se está tutelando es definitivamente la vida del producto que la lleva la madre con independencia de que sea anterior o posterior el embarazo</p>	
<p>Análisis</p>	<p>Menciona que los criterios legales a observar son los establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, así mismo en cuanto a los constitucionales, los derechos de los grupos de atención prioritaria, doctrinarios nombra a Sanchís y Ávila aludiendo que estos coinciden en que, los derechos de la Constitución deben ser aplicados de forma progresiva sin generar ninguna restricción que limite el ejercicio de los derechos, alude que el fin máximo no es la culminación del proceso penal, sino más bien al ser que está por nacer y a la persona que lo lleva en su vientre, es así como menciona que se lo debe apartar del proceso penal , y el Estado debe cuidar por este grupo, brindar cuidado sin que esto signifique evadir la responsabilidad, tomando en cuenta que aún está presente el principio de inocencia; se menciona que para la aplicación de la prisión preventiva o la sustitución de la misma, el juez debe emitir su resolución motivada, y que esta resolución no vulnere derechos; por último, un juez menciona que debe existir una interpretación legal, convencional y constitucional por lo tanto alude que existe una disposición constitucional que ordena, no faculta, independientemente de si el embarazo fue antes o después .</p>

<p>Pregunta 7</p>	<p>¿La falta de este criterio unificado por parte de los juzgadores genera vulneración a derechos y principios constitucionales, en especial, al principio de seguridad jurídica?</p>
<p>Entrevistado 1</p>	<p><i>Dr. Alejandro Arteaga García</i></p>

Mire yo no me iría al tema de la falta de seguridad jurídica, seguridad jurídica si existe, lo que tenemos que lograr porque la norma es clara, que yo sepa no ha merecido un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre su inconstitucionalidad o sobre cómo debe entender.

No estoy hablando de la falta de seguridad jurídica, o sea a que me refiero que la norma está vigente en su claridad entonces los jueces deben justificar una u otra razón al respecto, si es verdad está el vocablo de una manera facultativa, pero tiene que justificar la esencia es que en principio, el principio es que se debe conceder pero este facultativo no está en si se embarazo antes o después, no lo establece la norma no está como requisito pero entonces, es progresivo debe propender a cuidar los derechos del ser que está por nacer y de la madre, posiblemente que si encuentra el juez y tendría que justificarlo de la forma, no porque se embarazo después, solo que encuentre el juez que el arresto domiciliario, no reúne las garantías, no tanto de seguridad sino de salud, de cuidado porque tenemos que tener en cuenta que el arresto domiciliario no significa libertad, libertad de movimiento, el arresto domiciliario significa tener un sitio específico que cumpla con los requisitos para el mantenimiento de esta persona porque no puede salir, tiene que mantenerse, entonces alguien tiene que proveerle alimentación y en el Estado de gestación tienen que proveerle cuidado no solo para la madre sino también para el que está por nacer medicinas, atención especializada, entonces el juez si le niega la sustitución no debe ser porque el embarazo es posterior al procesamiento, sino porque tal vez faltan estas condiciones, el lugar donde se realizaría el arresto domiciliario no ejerce estas condiciones de seguridad alimentaria de salud y hasta psicológica de la madre.

No es que mire tenemos que hacer no una ponderación porque es un tema constitucional, pero tendríamos que sopesar los sitios, si el centro donde va a estar la persona cumpliendo la prisión preventiva tiene mejores condiciones que el supuesto domicilio donde cumpliría el arresto domiciliario el juez tal vez decida esto porque el mejor ejemplo en el centro donde se encuentre hay servicio de salud, hay servicio de atención directa solo para mujeres, etc. hay que analizar posiblemente sea mejor, el principio es

primera regla conceder el arresto domiciliario, ahora la condicionante de la norma es en cuanto si este sitio dónde se ejercitaría el arresto domiciliario reúne las condiciones adecuadas para la permanencia de estas personas que tienen una condición especial, si no los reúne y si lo tiene este centro de acá, se preferirá este centro o si el centro donde esta no reúne las condiciones adecuadas y la vivienda que presento la parte interesada tampoco habría que buscar un lugar donde si haya las condiciones más adecuadas, pero este lugar generalmente está a cargo el Estado, pero lo que deben estar muy claros también las personas que están en esta situación me refiero a las mujeres embarazadas es que el embarazo y la protección que el Estado le tiene que dar a la mujer que está en estado de gestación y que se encuentra en esta situación procesal penal no es para que obtengan la libertad, el Estado lo que debe precautelar es que ella este en buenas condiciones como madre y el niño resulte en buenas condiciones como producto, eso es lo que busca el Estado, ellos también la parte procesada tiene un criterio equivocado de lo que significa el arresto domiciliario piensan que es la libertad o que es un mecanismo para conseguir la libertad, claro es terrible de ese lado pero una vez que ya está, tenemos que analizar la condición ultra o superior de la situación del que está por nacer y la situación de la madre que es la matriz de gestación.

Le cuento no hay inseguridad jurídica lo que debe buscarse es que los jueces justifiquen razonadamente su decisión para conceder o no conceder, tenemos que separaren este caso específico el tema de la gestación no es un problema que tenga que ver con el problema procesal penal es aparte, ahí el juez tiene que separar esos dos ámbitos, claro que es coyuntural porque hay una coyuntura esta señora se dice que participo en un delito penal y por lo tanto está buscando la forma de evadir la responsabilidad de cumplir con el proceso penal , pero que hacemos sancionamos a la criatura que está por nacer por las formas de actuar de su progenitora, ese es el gran dilema que se obtiene como juez , entonces tenemos que separar los dos aspectos: lo veo así es un análisis producto de las experiencias jurisdiccionales, y también de las lecturas doctrinales y legales, existen jueces legalistas, pero el legalismo requiere razonamiento si ellos aplican el legalismo tiene que ser razonado porque podría ser que la norma establezca una excepción

taxativa, entonces si hay una excepción tal y que tendríamos que analizar si se contrapone o no se contrapone con el mandato constitucional , ni aun ahí el juez podría actuar tendríamos que ir en consulta a eso , entonces el legalismo no implica una fría, ciega aplicación de la norma, también implica un razonamiento de la aplicación de la norma y uno de eso razonamientos es que virtud del principio de legalidad porque no podríamos como jueces penales o en ninguna materia no podríamos movernos en ningún proceso si no hacemos eco primero del principio de legalidad lo que diga la norma, sino como sería una arbitrariedad un caos total, cuando dicen que son legalistas no son ni más ni menos, tenemos que ser legalistas y dentro de la legalidad está también la aplicación constitucional , lo que tenemos que ser es razonados, tenemos que aplicar lógica y razonabilidad y hacer que usted me comprenda como dice la Corte Constitucional.

Entrevistado 2 | **Dr. José Luis Terán**

Ahí existe un error de concepto en la pregunta, porque el hecho de que el juez acepte o no la sustitución no afecta a la seguridad jurídica, podría atentar a la tutela judicial o al acceso, o al mismo proceso porque la norma es clara, en el hecho que el juez podrá sustituir; por lo tanto por el hecho de que acepte o no acepte la sustitución de la medida queda a criterio del juez y, por dicho aspecto si en unos casos lo hace y en otros casos no, no está afectando de ninguna manera a la seguridad jurídica.

Entrevistado 3 | **Dr. Richard Villagómez Cabezas**

Por supuesto que sí y eso puede ser materia de discusión, en dos ámbitos el uno puede ser motivo de una garantía de habeas corpus, note usted que por esa vía, se tendría que activar la jurisdicción constitucional, la ley orgánica de garantías jurisdiccional y control constitucional, que permitirían que un tribunal de corte provincia analice y revise los fundamentos para la dictación de la prisión preventiva y la negativa de la sustitución por arresto domiciliario y la otra vía que se provee es una vía e orden legal en la que a medida cautelar, la prisión preventiva está sujeta a recursos de apelación, son dos vías diferentes con el propósito de precautelar el Derecho a la libertad, es decir la persona que se crea afectada tiene las dos opciones para activar la jurisdicción y activar la respuesta que sea conforme con lo que manda la Constitución.

<p>Análisis</p>	<p>Dos de los tres jueces mencionan que no existe vulneración del principio de seguridad jurídica, ya que no existe un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, por ende la normativa es clara , a pesar de que en la norma existe un término facultativo, los derechos son progresivos por ende se debe propender a cuidar los derechos del nuevo ser, no por el presupuesto de que es embarazo después de aplicada la medida, a menos, que está el justificativo de que el arresto domiciliario, no reúne las garantías, no tanto de seguridad sino más bien de salud, ya que se debe tener en cuenta que el arresto domiciliario significa, tener un lugar específico que cumpla con todas las condiciones que garanticen una vida digna; el juez para negar esta sustitución debe hacerlo de forma motivada, haciendo hincapié al lugar en donde se pretende cumplir con el arresto domiciliario, al Estado lo que le compete es el bienestar de la madre y del niño que está por nacer, alude que si un juez es legalista debe utilizar este accionar de una forma razonada.</p> <p>Entonces el legalismo no implica una fría y ciega aplicación de la norma, es decir, se debe llevar de la mano la legalidad y la aplicación de un razonamiento con respeto a la Constitución; otro juez menciona que no se afecta la seguridad jurídica desde ninguna perspectiva, que quizás se afectaría la tutela judicial efectiva, pero en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva, queda a criterio del juez; mientras que un juez está de acuerdo con que esto evidentemente genera la violación al principio de seguridad jurídica y, haciendo evidente esta vulneración se puede menguar dicha violación a la seguridad jurídica en dos aspectos: 1.- por la vía jurisdiccional mediante un Habeas Corpus y, 2.- por la vía legal mediante la apelación; para que así se revisen los fundamentos que motivaron la aplicación de esta medida cautelar y la negativa de la sustitución por arresto domiciliario, la persona que se sienta afectada</p>
------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	tiene estas dos opciones tratando de precautelar su derecho de libertad
--	-------------------------------------------------------------------------

- **Entrevista a Asesores de la Corte Nacional de Justicia**

Pregunta 1	¿Qué criterios se toman en cuenta para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma?
Entrevistado 1	<i>Dra. Ana María Vinueza</i>
<p>Buenos días , los parámetros son los que constan en el artículo 534, lo fundamental es que se quiere asegurar que la persona se someta al proceso, y en caso de que se encuentre como culpable y responsable por el delito que se le está juzgado, cumpla con la pena, eso es lo fundamental, lo otro, como lo es el 534 en el que se encuentra la finalidad y los requisitos, que menciona que, para garantizar, la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena y que haya elementos de convicción suficientes sobre el delito de ejercicio público de la acción, en el numeral 2 dice elementos de convicción claros y precisos de que la persona que está siendo procesada es el autor o cómplice de la infracción, el 3, indicios de los cuales se desprenda que las medidas no privativas de la libertad son suficientes, es decir que no garantizan que esta persona ni con el dispositivo electrónico, ni con la presentación periódica, se garantice que realmente cumpla con esto, porque se han dado casos de personas que tenían que presentarse periódicamente, lo hacen hasta un punto pero luego evaden eso y simplemente huyen, hasta que ya no puedan ser detenidos, es decir prescriba la acción, la otra es de que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. Y eso debe ser claro si es que es una pena privativa de 6 meses a un año en ese caso, no es prudente ni tampoco los jueces pueden tomar esta medida cautelar de prisión preventiva, no lo pueden hacer.</p>	
Entrevistado 2	<i>Dr. Washington Ludeña</i>
<p>En primer lugar, para la aplicación de la prisión preventiva tenemos que remitirnos a lo</p>	

que dice la ley, en la ley se establece en qué casos procede la prisión preventiva esos son los casos sancionados con pena privativa superior a un año, a más de otros requisitos que están establecidos en la ley, eso es lo primero que se debe observar sin embargo también es importante tomar en cuenta lo que establece la Constitución de la República en su artículo 77, numeral 1, antes decía que, la prisión preventiva era una medida de ultima ratio, hoy en realidad eso se ha reformado ya no es una medida de ultima ratio, sin embargo es una medida que se la aplica, luego de ver la posibilidad de ver otra serie de medidas, entonces no todo nos lleva a que sea la prisión preventiva para eso están las medidas alternativas que los jueces cuentan por mandato de la propia ley y la Constitución, también. Ahora en cuanto al tema de las mujeres embarazadas puedo incluir en este punto la ley manda obligatoriamente a que, si una mujer está embarazada no puede estar privada de su libertad, sino que debe someterse a la medida sustitutiva de arresto domiciliario, así lo establece el art 537 del Código Orgánico Integral Pena, entonces es un tema mandatorio, no es un tema para que el juez si lo desea lo aplique o no, no olvidemos que el trato a una mujer embarazada, debe ser visto desde la perspectiva de la Constitución, que la ubica como un grupo prioritario, entonces el juez debe observar esto so pena que un habeas corpus le cause efectos muy graves al mismo juez por no dar cumplimiento. Igual para la sustitución hay que tomar en cuenta que lo primero no es la prisión preventiva, se debe observar otras serie de medidas, como lo es el mismo arresto domiciliario o los dispositivos de vigilancia electrónica, la presentación periódica, la prohibición de salida del país, a más de las medidas cautelares reales, que si es que son necesarias evita que se aplique la prisión preventiva, porque además de todo las condiciones de nuestras cárceles no son lo mejor o los centros de privación de libertad para la prisión preventiva, así sean de menor dureza pero a la final, no están tan adecuados como querríamos o como la política criminal lo establece, entonces siempre se debe observar estas medidas sustitutivas antes que la prisión preventiva.

Análisis	Los dos asesores de la Corte Nacional de Justicia, coinciden en que los requisitos para la aplicabilidad de la prisión preventiva son los que están establecidos en el Código Orgánico Integral Penal , tomado en cuenta
-----------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>que si no se cumple alguno de los presupuestos, se debe aplicar una medida cautelar no privativa de libertad, evidenciando en estos criterios, la necesidad de imponer una medida cautela como es la prisión preventiva, y la proporcionalidad que vaya de acuerdo a la infracción cometida, además, menciona que si una mujer está embarazada la Constitución ordena, a que se aplique la sustitución de la prisión preventiva, prioritariamente se tomara en cuenta otras medidas cautelares, si no se considera dicha disposición, so pena, que el juez pueda imponer un Habeas Corpus. Se recalca que las condiciones carcelarias en nuestro país no son las más adecuadas a los requerimientos de lo que la política criminal establece .</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Pregunta 2	<p>¿Qué criterio tiene acerca de si una mujer en la audiencia de formulación de cargos no está embarazada, pero queda embarazada luego de aplicada la prisión preventiva? ¿Qué procede jurídicamente?</p>
-------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Entrevistado 1	<i>Dra. Ana María Vinuesa</i>
-----------------------	--------------------------------------

<p>Haber me parece una pregunta como que no está en la realidad en qué sentido , en que si una persona va por una medida cautelar en prisión preventiva a la cárcel no le veo la manera de embarazarse a no ser que tenga visitas conyugales, porque sería la única forma y si es que se embaraza el 537 es clarito, para mi modo de ver se le tendría que otorgar una medida cautelar diferente a la prisión preventiva, porque en este caso no solamente se está hablando de la seguridad de la madre gestante si no del niño y en este instante hay que proteger el bien superior que en este caso si bien no ha nacido todavía pero una persona que está sometida a detención no puede tener las mejores condiciones para que su hijo este bien porque se genera estrés, porque está encerrada son una serie de condiciones, es la aplicación de lo que dice la ley el 537 dice cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentra hasta en los 90 días posteriores al parto, pero si se embaraza en ese transcurso no sé cómo se podría embarazar pero si así sucediera, si bien es verdad hay que precautelar lo que significa por ejemplo el hecho penal por el cual está</p>	
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

<p>siendo procesada, cabría una valoración, pero para mí siempre hay que valorar el hecho de que no solamente se le está protegiendo a la madre gestante, sino también al hijo que lleva en su vientre</p>	
<p>Entrevistado 2 Dr. Washington Ludeña</p>	
<p>Ya, la máxima, de la ley es que la mujer embarazadas no puede estar en prisión preventiva, si es que ocurres esto y luego de que se ordene la prisión preventiva, queda embarazada y como ha habido muchos casos, el juez tiene que ordenar la sustitución de la misma no puede permanecer estando embarazada bajo prisión preventiva, esta situación que cambia según la ley y cuando ya existe una sentencia condenatoria, donde tampoco se le puede notificar la sentencia y obligarla a cumplir la pena cuando está embarazada y hasta tres meses luego de que ha dado a luz , pero a ante la dificultad de que exista un lugar donde pueda cumplir un arresto domiciliario la ley prevé se adecue ciertos sitios especiales para que cumpla con esta pena lamentablemente en nuestra realidad no existe pero esa es la verdad, el momento en que ha ocurrido , en que se han embarazado cuando estaba bajo prisión preventiva por ejemplo por la situación de visitas conyugales y situaciones peores ha ocurrido y los jueces están obligados a apartarles de ese medio , de apartarles de ese lugar donde cumplen la prisión preventiva y cumplir una medida sustitutiva.</p>	
<p>Análisis</p>	<p>Se le hace difícil creer a uno de los asesores, mientras que el otro menciona que existen muchos casos que una mujer con prisión preventiva pueda quedar embarazada, pero si esto pasara se tiene que estar a lo dispuesto por el Artículo 537, en cuanto a la aplicación de la sustitución de la prisión preventiva , porque no solo se habla de la seguridad de la madre , si no del niño que está por nacer y en una cárcel, no puede existir las condiciones adecuadas para el desarrollo, además menciona que si no existe un lugar adecuado con el cual se le pueda dar el arresto domiciliario el Estado adecuará un lugar para el cumplimiento de esta medida cautelar, las circunstancias por las cuales han quedado embarazadas son diversas , unas por las visitas</p>

	conyugales, y otras por circunstancias peores, por lo cual los jueces están obligados a apartarles de esos lugares.
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Pregunta 3	En la actualidad al pedir la sustitución de la prisión preventiva de la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito algunos juzgadores la aceptan y otros la niegan ¿Qué criterio sostiene ante esta situación?
-------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Entrevistado 1	<i>Dra. Ana María Vinuesa</i>
<p>Creo que debería existir un pronunciamiento por parte de la corte nacional de justicia como un órgano de justicia ordinaria, a como se debería a actuar para tener una línea de conducta en esos casos, pero reitero si una persona se encuentra embarazada y esta con prisión preventiva se le debe otorgar para mi modo de ver una medida cautelar distinta</p>	

Entrevistado 2	<i>Dr. Washington Ludeña</i>
<p>Esta es un situación que debe ser respetada obligatoriamente porque se encuentran en un grupo vulnerable que considera así la Constitución por lo tanto merece todos los respetos a sus derechos no olvidemos que estamos en un Estado constitucional de Derechos y justicia y los derechos están por encima hasta de la ley por lo tanto el juez tiene la obligación de cumplir so-pena de que sea denunciado, a los organismos respectivos , por ejemplo en el caso del juez al consejo dela judicatura, quien obligatoriamente tendrá que abrir un expediente administrativo para analizar esa situación y actuación del juez que al ser contraria a la ley puede acarrearle graves consecuencias.</p>	

Análisis	<p>Menciona que para su criterio debe existir un pronunciamiento por parte de la Corte Nacional de Justicia, para que emita una línea de conducta en cuanto a la aplicación de estos casos, los dos concuerdan en que los derechos de la mujer que se encuentra embarazada se deben cumplir, al estar en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se debe respetar los derechos, y en caso de no cumplir con los mismo el juez podrá ser denunciado por su actuación</p>
-----------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Pregunta 4	¿Cree que existe un vacío legal en cuanto al momento oportuno de la
-------------------	---------------------------------------------------------------------

	<p>aplicación de la prisión preventiva en las mujeres embarazadas, dejando a interpretación estrictamente del juez la aplicación de las medidas sustitutivas?</p>
Entrevistado 1	<i>Dra. Ana María Vinuesa</i>
	<p>No creo que exista un vacío legal es clarísimo el 537 en el numeral 1, no dice, al contrario, es más si el niño nace con alguna enfermedad podrá extender por 90 días más es más ni siquiera queda a la interpretación del juez, si una mujer está embarazada tienen que darle una medida sustitutiva a la prisión preventiva</p>
Entrevistado 2	<i>Dr. Washington Ludeña</i>
	<p>Si en realidad hay jueces que tienen dudas probamente para ellos puede haber un vacío legal, pero no olvidemos que estamos en un Estado constitucional de derechos y justicia el juez tiene que cambiar su modo de pensar, de épocas de un Estado social de Derecho o épocas donde solamente primaba la ley y las declaraciones de la Constitución eran solamente eso declaraciones de la Constitución, ahora no ahora se llevan a ejecución entonces si un derecho que está protegido por la Constitución pasa a ser vulnerado por un juez este prima sobre la decisión del juez, por lo tanto yo considero que en este caso no hay vacío legal pero además la Constitución si está por encima y lo que estamos hablando es de un derecho.</p>
Análisis	<p>Los dos consideran que no existe un vacío legal en la normativa, es más, mencionan que debe existir un cambio de paradigma de pasar del Estado Social que teníamos a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, mencionan que ahora no son meras declaratorias, en la actualidad la Constitución se ejecuta por lo tanto se deben proteger los derechos de la madre así como aplicar la sustitución de la prisión preventiva.</p>
Pregunta 5	<p>¿Qué opinión le merece la falta de un criterio unificado en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por medidas sustitutivas en las mujeres que se embarazan después de la comisión del delito?</p>

Entrevistado 1	<i>Dra. Ana María Vinuesa</i>
<p>El tema es que es preocupante que estos hechos sucedan, hay que dar respuestas a esa situación sui generis, ya que si puede ser mal interpretada, de si yo me embarazo y con eso evito estar en prisión no cierto, pero hay que ver la misma naturaleza de la prisión preventiva, si bien es para asegurar que el procesado se someta al proceso y cumpla la pena en caso de resultar culpable, la libertad es uno de los bienes más preciados de todo ser humano y considero que hay que ver alguna garantía o suficientes garantías por ejemplo para esa persona y una de las fundamentales y una de las garantías, y ha pasado en algún caso la corte a una persona que sé que estaba embarazada y detenida por un delito de narco tráfico se le otorgo automáticamente aquí en la corte nacional una medida sustitutiva a la prisión preventiva, se puede dar en la realidad pero como digo lo que hay que proteger en este caso es la vida de ese niño, protegerle a la madre embarazada y que ella este en las mejores condiciones y lo que si hay que asegurar es el hecho de que si esa persona, tenga el arraigo suficiente, es decir que de esa persona se conozca el domicilio, que de esa persona cumpla con todo lo que le ordena el juez y como se queda en el domicilio se supone que tiene policías que se aseguran que esa persona no pueda salir del domicilio por que tiene que cumplir obligatoriamente la orden de privación de libertad en el domicilio, entonces no es muy fácil que una persona que esté sometida a una prisión domiciliaria y a una detención domiciliaria pueda evadir esa circunstancia que es muy complicado porque normalmente tienen vigilancia todo el tiempo, no pueden salir del domicilio o si no se podría otorgar por parte de la prisión domiciliaria el hecho del dispositivo electrónico que también serviría para asegurar que la persona se encuentra dentro de su domicilio.</p>	
Entrevistado 2	<i>Dr. Washington Ludeña</i>
<p>Creo que el criterio debería unificarse en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva, y más aún en los casos especiales del artículo 537 ya que la norma es clara y lo que se propende es el desarrollo y cuidado del niño que está por nacer</p>	
Análisis	Los asesores están de acuerdo en que se debe unificar un criterio ya

	<p>que, la normativa vigente es clara, así mismo mencionan que es preocupante que estos hechos sucedan, y se lo puedan malinterpretar pensando que, la mujer se embaraza para que le den la sustitución de la prisión preventiva ,hay que establecer la naturaleza de la prisión preventiva, que asegura que el procesado se someta a juicio, menciona además, que se tiene que velar por el niño que está por nacer dando una sustitución de la prisión preventiva, asegurándose de que existan los arraigos suficientes, tomando en cuenta que al estar bajo el arresto domiciliario no tienen libre movilidad y están vigiladas todo el tiempo.</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>Pregunta 6</p>	<p>¿Cuáles cree que son los parámetros y criterios doctrinarios, legales y constitucionales que se debe tomar en cuenta para aplicar la sustitución de la prisión preventiva en la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito?</p>
--------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>Entrevistado 1</p>	<p><i>Dra. Ana María Vinueza</i></p>
------------------------------	---------------------------------------------

	<p>Doctrinarios, me referiría de manera importante a lo que dice la Convención Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema de la prisión preventiva, y tomarse encuentra lo que dice el artículo 7,1. 2 .3 de la Comisión, que se establece en la declaración de derechos humanos, también es lo primero que se tiene que mirar tomando en consideración que nosotros somos, por el o como está el Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia y lo que debe prevalecer son los derechos, yo pienso que ahí tenemos todo un paraguas que cubre a las personas si bien es verdad esa persona se quedó a propósito embarazada si bien busco eso a propósito lamentablemente no se puede afectar al niño que está en su vientre entonces hay que cumplir lo que dice el 537 y hay que cumplir lo que dice que solamente en casos excepcionales la prisión preventiva es susceptible y yo me sigo manteniendo en ese sentido en el que uno no pude permitir que sea la regla general se supone que el poder punitivo del Estado debe estar pero en los casos más graves, en los que realmente no haya una forma una manera de sostener a esa persona además acuérdesese de algo que la prisión preventiva es clarita por</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ejemplo no puede pasar de un año en delitos de reclusión y de seis meses en los casos de delitos de prisión no puede tener que ser específicamente ahí, la caducidad es una forma para que la prisión preventiva no constituya una pena anticipada, hay sentencias que se vuelven emblemáticas dictadas por la corte interamericana de derechos humanos como lo es el caso tibi vs Ecuador, los excesos de la prisión preventiva, la corte se ha pronunciado en que no puede constituirse en que sea una forma que se generalice cuando excepción y luego que no puede constituirse en una pena anticipada en la caso tibi esta persona paso con prisión preventiva 3 años, lo cual significo para el Estado ecuatoriano la erogación de mucho dinero que tenia que el estado como forma de indemnización cubrirle, las personas tienen el derecho a defenderse en libertad y en casos extremos debe adoptarse la prisión preventiva y creo que en las mujeres embarazadas la norma está en el 537 y si es que hay un mal uso o a mi forma de ver una manera irresponsable de ver a las mujeres embarazadas de embarazarse para evitar la prisión preventiva, lamentablemente no se puede afectar a su hijo.

Entrevistado 2 | **Dr. Washington Ludeña**

Empezamos con la Constitución, que considera un grupo de atención prioritaria, que considera a la mujer embarazada, seguimos con la Constitución en cuanto a la prisión preventiva que no es la primera medida, sino que se debe observar otras medidas antes que ella, que explica que la mujer embarazada no puede estar bajo prisión preventiva, eso es básicamente lo que tenemos que tomar en cuenta,

Análisis	<p>Concuerdan en que los criterios que se deben tomar en cuenta están claramente establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, aluden en que la prisión preventiva se la debe tomar como una excepción, aunque en la actualidad se la está tomando como la regla general, así mismo la protección que la Constitución le da a las mujeres embarazadas por pertenecer a un grupo de atención prioritaria, y en este caso con doble vulnerabilidad. Sin embargo, menciona que se debe tomar en cuenta todos los derechos establecidos en la convención interamericana de derechos humanos donde es evidente los derechos</p>
-----------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	que tienen las personas privadas de la libertad.
--	--------------------------------------------------

Pregunta 7	¿La falta de este criterio unificado por parte de los juzgadores genera vulneración a derechos y principios constitucionales, en especial, al principio de seguridad jurídica?
Entrevistado 1	<i>Dra. Ana María Vinueza</i>
La seguridad jurídica puede verse en gran medida afectada si los jueces no sustituyen una medida cautelar privativa de libertad por otra no privativa de libertad en los casos en los que la privada de libertad este dentro de este grupo de atención prioritaria.	
Entrevistado 2	<i>Dr. Washington Ludeña</i>
La seguridad jurídica es aplicar la ley, pero la interpretación que dan los jueces puede llevarle más allá de lo que dice la ley o simplemente es la interpretación entonces podría considerarse una vulneración a la seguridad jurídica más que todo porque se violenta la Constitución	
Análisis	Concuerdan en que la falta de aplicación de la sustitución de la prisión preventiva, genera vulneración al principio de seguridad jurídica, aunque los jueces tienen que interpretar las normas, la seguridad jurídica es aplicarla ley algo que no se está cumpliendo a cabalidad y por ende se está violentando la Constitución.

- **Entrevista a la representante de los defensores públicos**

Entrevistado/a:	María Belén Páez
Pregunta 1	¿Qué criterios se toman en cuenta para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma?
Buenos días, muchas gracias por tomarme en cuenta para la entrevista, bueno con respecto a esta pregunta, la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, el fin es garantizar la comparecencia de la persona procesada ante el juicio y con respecto a la sustitución de la prisión preventiva la misma nos menciona igual el	

<p>código orgánico integral penal y que su palabra misma la refiere que es ver otra medida alternativa a la prisión preventiva que en este caso, puede ser la presentación periódica un arresto domiciliario, entre otras que nos menciona el Código Orgánico Integral Penal</p>	
Análisis	<p>Menciona que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, cuyo fin es garantizar la comparecencia del procesado al proceso Penal, así mismo la sustitución de la prisión preventiva, es aplicar otra medida que no sea de carácter personal, como lo son las medidas cautelares del Código Orgánico Integral Penal que están claramente establecidas, como puede ser el arresto domiciliario la presentación periódica entre otras.</p>
Pregunta 2	<p>¿Qué criterio tiene acerca de si una mujer en la audiencia de formulación de cargos no está embarazada, pero queda embarazada luego de aplicada la prisión preventiva? ¿Qué procede jurídicamente?</p>
<p>Bueno en este caso, en primer lugar considero que si una persona procesada, estando ya en un centro de rehabilitación, es responsabilidad exclusivamente del director nacional de rehabilitación social, poner en conocimiento, de que tiene una persona procesada que se encuentra en Estado de Gestación, adicionalmente y jurídicamente, yo, como defensa de la procesada solicitaría de inmediato ante el juez de la unidad penal competente, la sustitución de la prisión preventiva , esto es ver una medida alternativa y solicitar para este cambio el arresto domiciliario, conforme lo establece los artículos los artículos 522 525 537 del Código Orgánico Integral Penal.</p>	
Análisis	<p>Menciona que si existe una persona que se encuentra con prisión preventiva en estado de gestación es obligación, del director del centro de rehabilitación social poner en conocimiento de este acontecimiento, así mismo la defensa solicitar la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, de acuerdo a lo estipulado en el Código Orgánico Integral Penal.</p>
Pregunta 3	<p>En la actualidad al pedir la sustitución de la prisión preventiva de la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito</p>

	<p>algunos juzgadores la aceptan y otros la niegan ¿Qué criterio sostiene ante esta situación?</p>
<p>Considero que estamos en Estado constitucional de derechos en el que se debe garantizar y prevalecer sobre todo los derechos fundamentales de todas las personas, en estos casos si está bien cuando los jueces aceptan la misma ya que están aplicando derechos fundamentales, disposiciones constitucionales, internacionales y legales, al indicar que existen jueces que niegan este pedido esta sustitución de la prisión preventiva a personas que se encuentren embarazadas, considero que se están vulnerando los derechos fundamentales de las mismas y adicionalmente considero que en este caso los jueces deben ser garantistas, y más que obvio el fin como ya lo explique anteriormente a veces niegan y obviamente existe una negativa por parte de fiscalía también es porque ellos consideran que dentro de un proceso existe un riesgo de fuga, pero en este caso se debe aplicar lo que dice la Constitución de la República del Ecuador y sobre todo tratados internacionales.</p>	
<p>Análisis</p>	<p>Menciona que al encontrarnos en un Estado constitucional de derechos y justicia, se deben respetar los derechos consagrados en la Constitución, está de acuerdo en que se debe aplicar la sustitución de la prisión preventiva porque entonces se estaría respetando la normativa nacional e internacional , al existir jueces que niegan esta sustitución menciona que están vulnerando derechos fundamentales, alude que quizás existe esta negativa por el peligro de fuga pero que sobre toda normativa esta la Constitución.</p>
<p>Pregunta 4</p>	<p>¿Cree que existe un vacío legal en cuanto al momento oportuno de la aplicación de la prisión preventiva en las mujeres embarazadas, dejando a interpretación estrictamente del juez la aplicación de las medidas sustitutivas?</p>
<p>Más que un vacío legal, al momento de revisar nuestras normas la Constitución de la República del Ecuador es clara, ya que las personas que se encuentran embarazadas, forman parte del grupo de atención prioritaria, en el que los jueces deben aplicar y velar</p>	

<p>por los derechos de las mismas, adicionalmente, yo creo que la ley es clara con respecto a este tema, sin embargo hemos visto en la realidad que tanto fiscales como jueces niegan este derecho de la persona procesada argumentando que existe riesgo de fuga, ya que no puede comparecer ante el juicio y eso es lo que se ve en la realidad pero considero más que un vacío legal he observado obviamente que aquí los jueces, si bien deben tener sus maestrías en el ámbito de derecho penal, también deben especializarse exclusivamente en el tema de los derechos humanos que yo considero que si se les tan vulnerando sobre todo en estos casos, cuando se les niega el arresto domiciliario, ya que le arresto domiciliario si sería una medida para que garantice la comparecencia en el juicio de una mujer embarazada.</p>	
Análisis	<p>Menciona que no existe un vacío legal, debido a que la Carta Magna, es clara, en cuanto a que las mujeres en periodo de gestación son un grupo de atención prioritaria, en la que ellos jueces deben aplicar y velar por los derechos de las mismas, sin embargo menciona que este derecho es negado argumentando que existe peligro de fuga , menciona que los juzgadores, fiscales y defensores, tiene que tener su especialización, maestría en el ámbito penal, no obstante se tienen que especializar en derechos humanos, para que no se cometan estas vulneraciones, como lo es al negar la sustitución de la prisión preventiva.</p>
Pregunta 5	<p>¿Qué opinión le merece la falta de un criterio unificado en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por medidas sustitutivas en las mujeres que se embarazan después de la comisión del delito?</p>
<p>Considero, que y como se ha revisado casos en la que algunos jueces aceptan y otros niegan, considero que existe una falta de socialización, entre las judicaturas a nivel nacional, ya que yo creería que existe una línea jurisprudencial, que yo me imagino que la corte nacional de justicia, la corte constitucional y sobre todo la corte interamericana de Derechos humanos, ya se ha pronunciado con respecto a estos temas, existe una línea jurisprudencial , pero que es lo que pasa no llega pero sobre todo a provincias, este tipo de información en la que los jueces ya se pronunciaron con respecto a esta vulneración</p>	

<p>de los derechos de las mujeres procesadas en estado de gestación, considero que el problema es que existe una falta de socialización , que ahí el consejo de la judicatura es su deber indicar, fortalecer y especializar a los jueces a que sean más garantistas y que se cumpla y no se vulneren los derechos de las personas procesadas y sobre todo de las que se encuentran embarazadas</p>	
<p>Análisis</p>	<p>El que no exista un criterio unificado, se debe a la falta de socialización entre las judicatura a nivel nacional, menciona que debe existir una línea jurisprudencial, en la que se han pronunciado, la Corte Nacional de Justicia, la Corte Constitucional o incluso la Corte Interamericana, en cuanto a la vulneración de derechos de las mujeres procesadas en Estado de Gravidéz, menciona que el Consejo de la Judicatura es el encargado en socializar estos temas y direccionar a los jueces que sean mucho más garantistas.</p>
<p>Pregunta 6</p>	<p>¿Cuáles cree que son los parámetros y criterios doctrinarios, legales y constitucionales que se debe tomar en cuenta para aplicar la sustitución de la prisión preventiva en la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito?</p>
<p>En este caso, sí es necesario indicar que en el Ecuador en nuestras leyes, si existe una buena fuente legal para con respecto, a esto analizando la constitucional de la Republica en el artículo 35, claramente sabemos que las mujeres embarazadas pertenecen al grupo de atención prioritaria, obviamente se debe velar y garantizar los derechos fundamentales, sobre todo por estas personas que están en el grupo de atención prioritaria, adicionalmente nuestra Carta Magna indica en el artículo 46 que garantizara a las mujeres embarazadas la protección prioritaria y cuidado de la salud integral durante el embarazo y parto, entonces yo juez garantista, viendo estas disposiciones estoy en toda la facultad de garantizar en este caso si bien una persona procesada que se encuentre embarazada que aquí no importa si fue antes del cometimiento del delito o después, sino que yo juez garantista yo debo velar por que ella se encuentre bien en protección de la salud, sobre todo que hago yo teniéndole en un centro de rehabilitación social, en este</p>	

<p>caso yo estoy vulnerando este derecho, adicionalmente el Código Orgánico Integral Pena menciona en el artículo 537 numeral 1, está claro, ésta norma porque existen los casos especiales sobre todo los que puede dar la sustitución de la prisión preventiva aquí habla sobre todo que la persona procesada embarazada, es un caso especial en el que se debe analizar sobre todo que se aplique la sustitución y sobre todo si yo le doy un arresto domiciliario estoy garantizando que ella va a estar compareciendo ante el juicio</p>	
Análisis	<p>Hace hincapié en que en el Ecuador existe una muy buena fuente legal, es así como la Carta Magna, menciona que las mujeres embarazadas pertenecen a un grupo de atención prioritaria, así mismo establece garantías Estatales en cuanto al cuidado y salud integral de la mujer embarazada, alude que no importa el momento del embarazo si fue antes o después, solo importa que el juez garantice los derechos de esta mujer y del niño que está por nacer , así mismo la normativa penal claramente alude que a las mujeres embarazadas se les debe sustituir la prisión preventiva por el arresto domiciliario, garantizando así la comparecencia al proceso y por ende efectivizando su derechos.</p>
Pregunta 7	<p>¿La falta de este criterio unificado por parte de los juzgadores genera vulneración a derechos y principios constitucionales, en especial, al principio de seguridad jurídica?</p>
<p>Si, totalmente de acuerdo consideró que si se está vulnerando la seguridad jurídica que establece la Constitución de la república del Ecuador, adicionalmente se están vulnerando en este caso derechos fundamentales en la persona procesada, incluso si la defensa tiene que indicar y justificar , mediante el certificado médico que la señora se encuentra embarazada, pero los jueces siendo garantistas deben garantizar que se cumplan todos estos de derechos fundamentales y sobre todo el de la seguridad jurídica, si se está vulnerando la seguridad jurídica.</p>	
Análisis	<p>Menciona que si se está vulnerando la Seguridad Jurídica, como lo establece la Constitución de la República del Ecuador, así mismo se están vulnerando derechos de la persona procesada, ya que la defensa</p>

	justifica con el examen médico, el embarazo de la mujer y el juez debe garantizar sus derechos.
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------

- **Entrevista Fiscal de la provincia de Imbabura**

Entrevistado	Dr. Jhony Hurtado
Pregunta 1	¿Qué criterios se toman en cuenta para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma?
<p>Para la aplicación de la prisión preventiva tenemos que analizar que estén reunidos los cuatro requisitos del artículo 534 del código integral penal es decir dice claros y precisos de la persona procesada, primero de la existencia de un delito de la acción pública, también que esa persona sea autora o cómplice de esa infracción publica que las medidas cautelares alternativas de la prisión preventiva no garanticen la comparecencia a juicio y que ese delito no sea sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año esto para la prisión preventiva en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva ,hay que analizar si la mujer está embarazada si es una persona mayor a 65 años o si sufre una enfermedad catastrófica o incurable estos son los parámetros que se deben analizar para otorgar la prisión preventiva o para sustituir la prisión preventiva.</p>	
Análisis	Menciona que los requisitos que se tienen que tomar en cuenta para la aplicación de la prisión preventiva están claramente establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual esta enunciada cuatro requisitos que se tienen que cumplir para aplicar la medida, así mismo para la prisión preventiva menciona que se tienen que analizar si la persona la cual va a pedir la sustitución de la prisión preventiva.
Pregunta 2	¿Qué criterio tiene acerca de si una mujer en la audiencia de formulación de cargos no está embarazada, pero queda embarazada luego de aplicada la prisión preventiva? ¿Qué procede jurídicamente?
Bueno cada caso es distinto hay que analizar las circunstancias de cada caso porque	

jurídicamente la ley no nos dice se debe sustituir la prisión preventiva a una persona que se embarazo no lo dice así lo que dice en si es cuando la procesada es una mujer embarazada que se le debe aplicar la sustitución preventiva lo que se entiende que la persona cuando está embarazada y se le procesa ahí se le debe suspender la prisión preventiva pero si esa persona se embaraza una vez que ya se lea dictado la prisión preventiva es decir se embaraza ya cumpliendo la prisión preventiva .yo pienso ya quedaría a criterio de cada juez el ordenar o no la suspensión de la prisión preventiva dependiendo de los casos por que en ciertos casos no es necesario de que la persona este embarazada puede ser un hombre obviamente no puede embarazarse sin embargo puede dictar una medida distinta a la prisión preventiva cuando se han desvanecido los elementos de convicción que motivaron la prisión preventiva si en este caso queda a criterio del juez si se le puede sustituir o no la prisión preventiva personalmente considero que se debe analizar cada caso ya que se debe analizar el interés superior del niño una no es que nazca en ese centro carcelario .

Análisis	Menciona que existe una particularidad por cada caso, alude que cada caso es distinto y jurídicamente la ley no dice se debe sustituir, menciona cuando que procede, si la mujer está embarazada en la audiencia de formulación de cargos, pero queda a criterio del juez si la mujer se embarazad cumpliendo esta medida cautelar privativa de libertad.
----------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Pregunta 3	En la actualidad al pedir la sustitución de la prisión preventiva de la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito algunos juzgadores la aceptan y otros la niegan ¿Qué criterio sostiene ante esta situación?
-------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tiene relación con la anterior eso es lo bonito del derecho penal no, que cada caso es diferente ningún caso es igual a otro entonces cada circunstancia es diferente es por eso que los jueces tienen esa potestad de analizar si debe o no sustituir la prisión preventiva en determinados casos hay juzgadores que lo hacen hay otros que no hay otros que envían a las personas embarazadas a una casa asistencial a quito mientras dure el

<p>embarazo y hasta 90 días después del parto inclusive hay otros que no ordenan la sustitución y hay mujeres que están cumpliendo la pena aquí en Tulcán pero obviamente el estado a través de los representantes de los centros carcelarios debe preocuparse de estas personas no estas personas no es qué están cumpliendo con todas las mujeres están cumpliendo en un lugar dentro de la cárcel de mujeres en un lugar aislado solamente para las personas que tienen niños .</p>	
Análisis	<p>Menciona que el derecho penal es bonito, porque cada caso es diferente, por ello queda a criterio del juez el sustituir o no la prisión preventiva, estas mujeres que se encuentran con prisión preventiva en estado de gravidez están en un lugar apartado de las otras mujeres, existen jueces que les envían a casas asistenciales.</p>
Pregunta 4	<p>¿Cree que existe un vacío legal en cuanto al momento oportuno de la aplicación de la prisión preventiva en las mujeres embarazadas, dejando a interpretación estrictamente del juez la aplicación de las medidas sustitutivas?</p>
<p>Eso es lo que te decía no vacío legal me parece que no existiría porque la ley es clara dice que la persona procesada a la persona que este embarazada y procesada se le debe dictar sustitución de la prisión preventiva si esa persona se embaraza a futuro en el interior del centro carcelario pues habrá que analizar las circunstancias, el juzgador si ese embarazo es riesgos o si le puedo ocasionar la muerte del bebe o de la mama para que el juez pueda sustituirle la prisión preventiva vacío legal no me parecería la verdad es como la prisión preventiva, la prisión preventiva como tal existe no es cierto pero hay jueces que la dan y hay otros que no la dan hay casos en los que si les dan y otros que no les dan y es precisamente esa potestad que tiene el juez y por eso tiene que ser personas probas no tiene que aprobar un concurso para poder tomar estas decisiones lo mismo sucede acá con la prisión preventiva se debe analizar cada caso particular y tomar decisiones.</p>	
Análisis	<p>Menciona que no existe un vacío legal en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva, sino más bien la ley es clara y se le debe aplicar la sustitución siempre y cuando proceda, menciona que para que exista la</p>

	<p>sustitución si la mujer se embarazada dentro del centro de privación de libertad habrá que analizar las circunstancias, es decir si el embarazo es riesgoso, existen jueces que la dan y otros que no la dan eso es cierto pero esa facultad es la que tiene el juez , por ello un juzgador tiene que tener el principio de probidad</p>
Pregunta 5	<p>¿Qué opinión le merece la falta de un criterio unificado en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por medidas sustitutivas en las mujeres que se embarazan después de la comisión del delito?</p>
<p>Más que una falta de criterio unificado considero que lo mismo, lo que te digo no que cada caso es singular pueden ser los mismos casos de violación igual ,pero las circunstancias se presentando diferente manera entonces es precisamente esa es la potestad del juez de que en qué momento se debe sustituir la prisión preventiva no creo que exista una falta de uniformidad en el criterio de los juzgadores sino más bien creo que cada circunstancia es diferente y ellos deberán aplicar en cada caso .</p>	
Análisis	<p>Menciona que esto se debe a que no todos los casos son iguales, en un delito de violación, el tipo penal es el mismo pero las circunstancias no son las mismas, no creo que exista una falta de uniformidad en los juzgadores, sino que cada caso es diferente y ellos deberán aplicar lo que amerite.</p>
Pregunta 6	<p>¿Cuáles cree que son los parámetros y criterios doctrinarios, legales y constitucionales que se debe tomar en cuenta para aplicar la sustitución de la prisión preventiva en la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito?</p>
<p>Esa es la potestad que tiene el juez las partes llevarnos los elementos de convicción y ellos son los que deciden de verdad dice la persona procesada no dice se podrá reformular cargos mediante el embarazo, pero también hay que analizar, el principio de inmediación si esa persona va a garantizar, existe alguna garantía que esa persona se va a presentar a la etapa de juicio para el cumplimiento de una pena por qué pasa si es que se aplica la norma a eso todas las mujeres se va a embarazar créame porque qué mujer va a</p>	

querer estar presa entiendo que es fatal esta situación si estar un día preso dice que es un infierno las personas que van a cumplir un año dos años tres años diez años de prisión yo preferiría como mujer embarazarme pues si yo sé que voy a pagar diez años mejor me embarazo y me dan la sustitución

Hablemos de un asesinato prisión preventiva un año en el segundo mes de prisión preventiva sé que voy a estar un año con prisión preventiva y se yo que yo le mate sé que me van a dar 22, 16 años o no se veinte y cinco entre cumplir veinte años de prisión y salir en libertad prefiero embarazarme en verdad no se pone en riesgo la seguridad jurídica la comparecencia el principio de inmediación créame que los centros carcelarios se quedaran con el uno por ciento de las mujeres que no puedan embarazarse porque si en la práctica utilizan muchas artimañas los procesados para salir en libertad a veces también ayudan los abogados si le damos esta arma legal diciendo que toda mujer embarazad así se embarace después créeme que se van a embarazar todas y talvez se queden internas las que no pueden embarazarse biológicamente es por es por eso que yo creo que se debe quedar a criterio de los jueces según cada circunstancia de cada caso.

Análisis	Menciona que las partes son quienes llevan los elementos de convicción así mismo, hay que analizar el principio de inmediación, si existe alguna garantía de que esa persona se va a presentar a la etapa de juicio, menciona que si fuese obligatorio todas las mujeres se embarazarían porque estar en la cárcel un día es lo más feo ,menciona que si esto se da los centros de privación de libertad se quedarían con el uno por ciento de mujeres, solo las que biológicamente no pueden embarazarse.
----------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Pregunta 7	¿La falta de este criterio unificado por parte de los juzgadores genera vulneración a derechos y principios constitucionales, en especial, al principio de seguridad jurídica?
-------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

considero que como norma más importante del ecuador creo que se debe analizar la Constitución de la república en el art 43 numeral 3 otorga derechos a las personas embarazadas dice la atención prioritaria a la salud integral y de su vida durante el

embarazo parto y post parto es por eso que te decía que no es que en un centro carcelario están todas en un mismo lugar las mujeres que están embarazadas tienen hijos porque hay varias no son pocas son muchas y no es solamente que pasa en Ecuador si no a nivel mundial estas personas están aisladas precisamente se ha hecho eso para garantizar el interés superior del niño para que crezca en un ambiente al menos un poco más saludable que estar con el resto de mujeres procesadas y privadas de libertad y luego hay que recurrir a la normativa legal el art 537 del Código Orgánico Integral Penal ahí nos indica los casos especiales de la sustitución de la prisión preventiva a una persona una de ellas es cuando una persona está embarazada pero dice la persona procesada no dice en qué momento: no por que la persona procesada es desde cuando el fiscal formula cargos desde ahí es procesada mediante la instrucción fiscal incluso hasta la etapa de juicio si reformamos esa situación y decimos que así se embarace en el proceso penal se corre el riesgo tal vez de que nos quedemos sin mujeres en las cárceles porque la verdad recurrirán a esto pero si a esto le ponemos el arresto domiciliario o el brazalete electrónico o estos no son seguros ?

Si son seguros pero no tan seguros porque son violables, porque no podemos tener un policía para cada mujer procesada a nivel de Ecuador son miles las mujeres procesadas no sería dable ya que la actualidad no tenemos miembros policiales ni siquiera para la fiscalía existe agentes policiales para agentes investigativos entonces darle un policía a cada mujer embarazada no sería dable primero los brazaletes electrónicos hoy por hoy suspendieron porque no existe el número de brazaletes adecuados para ponerles a todas las personas entonces sin embargo no es que yo me cierre a la posibilidad de la suspensión de la prisión preventiva no es que yo me cierre por que se embarazo en el proceso penal no debe ser sustituida no, pero sí creo que el juez debe analizar cada caso que sé yo si el embarazo es riesgoso el interés de la madre el interés superior del niño en esos casos yo creo que se les debe sustituir la prisión preventiva de esa persona.

Creó que no se encuentra viola el principio de seguridad jurídica por que la norma es clara ya que el art 537 nos indica cuando se debe suspender la prisión preventiva no nos dice que definitivamente no se debe sustituir si es que se embarazo mientras está

<p>cumpliendo a prisión preventiva pero ahí queda a criterio del juez y del fiscal ya que es el quien pide la prisión preventiva es por eso que se debe elegir bien las personas que van a emanar justicia ya que se supone que pasa por un proceso de pruebas psicológicas para tomar estas decisiones tan importantes que es la vida de un ciudadano.</p>	
Análisis	<p>Menciona que si se reforma esto, se corre riesgo de que muchas mujeres recurrirán a esto en las cárceles, menciona que si se le impone el arresto domiciliario o el brazalete electrónico y si estos no son seguros, menciona que los dispositivos de vigilancia electrónica son seguros pero no lo suficiente, no se puede tener un policía para cada mujer en arresto domiciliario , ya que ni siquiera para la fiscalía hay agentes de investigación , menciona que no está en contra de que se aplique la sustitución de la prisión preventiva pero que está de acuerdo en que el juez debe hacer un análisis , menciona que no se encuentra vulnerado el principio de seguridad jurídica porque la normas es clara, ya que el articulo 537 menciona cuando debe sustituirse, no nos dice que definitivamente.</p>

- **Entrevista Juez de la Corte Provincial de Imbabura**

Entrevistado	Dr. Javier de la Cadena
Pregunta 1	¿Qué criterios se toman en cuenta para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma?
<p>Hay que tomar en cuenta la disposición constitucional en la que se habla que esta medida cautelar es de ultima ratio, que implica esto que cuando existan las otras medidas y garanticen la presencia del procesado a la audiencia de juicio, así como el cumplimiento de la pena, no se la aplica a la prisión preventiva, en definitiva, la prisión preventiva se aplica como última alternativa, siempre y cuando las otras medidas no satisfagan los requerimientos constitucionales y legales.</p>	
Análisis	Menciona que se tiene que tomar en cuenta la disposición

	<p>constitucional de esta medida cautelar que es de ultima ratio, esto es que si existen otras medidas alternativas a la prisión preventiva que aseguren la comparecencia del procesado y el cumplimiento de la pena, se la aplica siempre y cuando otras medidas cautelares no satisfagan los requerimientos tanto constitucionales como legales.</p>
Pregunta 2	<p>¿Qué criterio tiene acerca de si una mujer en la audiencia de formulación de cargos no está embarazada, pero queda embarazada luego de aplicada la prisión preventiva? ¿Qué procede jurídicamente?</p>
<p>La norma nos dice que ninguna mujer embarazada será recluida sino hasta noventa días después del parto, muchas veces hemos visto que se han embarazado justamente con la finalidad de aprovecharse de esta disposición constitucional, en ese sentido nosotros tenemos el criterio de si el embarazo es posterior, debe seguir cumpliendo la prisión preventiva, porque implica justamente, se podría decir una viveza embarazarse posteriormente, para beneficiarse de esta situación entonces pues nosotros consideramos de que no es aplicable este beneficio en caso de que sea posterior a la prisión preventiva el embarazo.</p>	
Análisis	<p>Menciona que la norma dice que ninguna mujer será recluida sino hasta 90 días después del parto, sin embargo alude que existen mujeres que se embarazan con el propósito de ser parte de esta disposición constitucional, hace hincapié a la temporalidad del embarazo, y menciona que si este es posterior no aplican la sustitución de la prisión preventiva, lo toma como una artimaña por parte de la procesada.</p>
Pregunta 3	<p>En la actualidad al pedir la sustitución de la prisión preventiva de la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito algunos juzgadores la aceptan y otros la niegan ¿Qué criterio sostiene ante esta situación?</p>
<p>Justamente que había manifestado anteriormente, hay que hacer una ponderación de derechos, por un lado está el derecho a la mujer embarazada y por otro lado está el derecho a la tutela judicial efectiva, en este caso pues si el derecho humano de la mujer</p>	

<p>embarazada tiene mucha importancia y primaria el momento que el embarazo es posterior, este derecho se convierte en un derecho viciado, al ser este un derecho viciado al ser este un derecho viciado pesa por encima de este, la tutela judicial efectiva que implica también la seguridad ciudadana. Es decir, los derechos colectivos siempre serán mayores que el derecho individual</p>	
<p>Análisis</p>	<p>Menciona que se debe realizar una ponderación de derechos, por un lado los derechos humanos en cuanto a la mujer embarazada y por otro lado, el ámbito procesal penal, el cual está enmarcado en la tutela judicial efectiva, alude que si el embarazo es posterior el derecho estaría viciado, al ser viciado, menciona que más trascendencia tiene la tutela judicial efectiva, la seguridad ciudadana y por ende el bien común, del colectivo sobre el derecho individual.</p>
<p>Pregunta 4</p>	<p>¿Cree que existe un vacío legal en cuanto al momento oportuno de la aplicación de la prisión preventiva en las mujeres embarazadas, dejando a interpretación estrictamente del juez la aplicación de las medidas sustitutivas?</p>
<p>Bueno por lo pronto tenemos las disposiciones legales que nos dan una orientación respecto a esto, la Corte constitucional quien en todo caso es la mayor interprete de las disposiciones constitucionales en el Ecuador ha hecho algunas interpretaciones de tal forma que, al ser las resoluciones de la corte constitucional parte del bloque de constitucionalidad , se constituye en una fuente del derecho, nos permite llenar el vacío legal , en todo caso yo considero que no existe un vacío, lo que existiría es una laguna del derecho que es una situación muy diferente.</p> <p>Una laguna es un vacío que no ha sido cubierto, pero cuando tú te refieres a un vacío legal estás hablando de una anomia, una falta de normativa. las lagunas del derecho en cambio implican también lo que forma parte de todas las fuentes del derecho para la aplicación de la justicia, dentro de lagunas podemos hablar también tienes una norma, tienes una anomia, pero tus llenas ese vacío con una interpretación constitucional o legal que te puede dar la corte nacional o la corte constitucional</p>	

Análisis	Menciona que no existe un vacío legal, que lo que existe es una laguna legal, la cual debe ser satisfecha con una interpretación constitucional o legal que puede ser emitida por la corte nacional de justicia o la corte constitucional, la última siendo el órgano máximo para la interpretación de la normativa constitucional.
Pregunta 5	¿Qué opinión le merece la falta de un criterio unificado en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por medidas sustitutivas en las mujeres que se embarazan después de la comisión del delito?
Bueno, como dije anteriormente siempre habrá criterios, sin embargo, tenemos precedentes jurisprudenciales que son aquellos que nos guían en este sentido en definitiva pues los jueces estamos en la obligación de aplicar estos precedentes respecto a los casos que se van dando.	
Análisis	Menciona que los administradores de justicia están en la obligación de aplicar los cuerpos legales y en cuanto a los criterios que cada uno tome deben guiarse de los precedentes jurisprudenciales, en los casos que se van generando
Pregunta 6	¿Cuáles cree que son los parámetros y criterios doctrinarios, legales y constitucionales que se debe tomar en cuenta para aplicar la sustitución de la prisión preventiva en la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito?
Los criterios que se tienen que tomar en cuenta para aplicar la sustitución de la prisión preventiva, son los Constitucionales los establecidos en la Constitución, como la última ratio de la prisión preventiva, los derechos de los grupos de atención prioritaria, los legales, los que están establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, jurisprudenciales los análisis y resoluciones emitidas por la Corte Constitucional, el máximo órgano de análisis de la norma constitucional, pero tomando en cuenta los filtros restrictivos y filtros regulativos, con los cuales se hace un análisis y se pondera el derecho individual y los derechos colectivos.	
Análisis	Menciona que se tiene que tomar en cuenta criterios constitucionales,

	<p>legales y jurisprudenciales, esto es la última ratio de la aplicación de la prisión preventiva, así mismo los derechos de la mujer embarazada, en cuanto a la sustitución en el Código Orgánico Integral Penal, los casos especiales en los que se basan para otorgar o negar la sustitución de la prisión preventiva así como las resoluciones del análisis constitucional emitido por la Corte Constitucional, pero siempre haciendo que prevalezca el bien común, aun que esto signifique restricción de derechos individuales.</p>
<p>Pregunta 7</p>	<p>¿La falta de este criterio unificado por parte de los juzgadores genera vulneración a derechos y principios constitucionales, en especial, al principio de seguridad jurídica?</p>
<p>Cuando estas reclusas saben que no tienen que embarazarse, entonces el momento que tú te embarazas se presume que es de mala fe, se presume que existe la intención de beneficiarte por eso, entonces ahí tú tienes el derecho individual de la persona que es un derecho humano, justamente está regulado pero no todos los derechos son absolutos, por eso tenemos lo que se llaman los filtros regulativos y los filtros restrictivos, entonces los derechos se los restringe o se los regula con la finalidad de beneficiar al bien común, en este caso por decirse, por decirse se trata de una asesina que se embaraza intencionalmente para beneficiarse intencionalmente para beneficiarse de esto, sale pierde la sociedad, se restringen derechos individuales, para beneficiar derechos colectivos derechos de la Sociedad.</p>	
<p>Análisis</p>	<p>Menciona que si una mujer se encuentra privada de libertad, tiene que obligatoriamente saber que no tiene que embarazarse, porque si una mujer lo hace, se lo toma como un embarazo de mala fe, lo toma como un beneficio pues menciona que en este momento tendría un derecho humano individual vigente, pero que no todos los derechos son absolutos, alude que existen filtros regulativos y filtros restrictivos, sirven para restringir o regular derecho con la finalidad de proteger el bien común, se restringen derechos individuales para proteger derechos</p>

	colectivos.
--	-------------

6.1.2 Resultados obtenidos en el análisis de caso.

- *Análisis del caso práctico en el que se niega la sustitución de la prisión preventiva.*

Fiscalía General del Estado de la provincia del Carchi			
Numero de Juicio:	04281-2018-00044	Expediente fiscal:	040101818010091
Fecha de detención:	13/01/2018	Fecha de audiencia	14/01/2018
Fecha de libertad:	26/04/2018	calificación de flagrancia:	
Delito del que se le acusa:	Art. 220 numeral 1 literal D		
Criterios para la aplicación de la prisión preventiva.	<p>Califica la detención legal y constitucional, analiza el artículo 534, analiza los elementos aportados por fiscalía.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Justificada la infracción, siendo un delito de acción pública • Existen los indicios suficientes que los procesados que los procesados tienen responsabilidad del delito imputado • Las medidas alternativas no justifican su presencia a juicio. • La pena es mayor a un año. 		
Auto de prisión preventiva:	El juez de la Unidad Judicial Penal de Tulcán dicta en contra de los ciudadanos, Manuel Mesías Puentestar Estrada y Carmen Amelia Quishpi Carchi, auto de prisión preventiva		
Hecho			
El día 13/01/2019, fueron detenidos Manuel Mesías Puentestar Estrada y Carmen Amelia Quishpi Carchi, al registrar el vehículo en la Unidad de Antinarcoáticos del Carchi , la Policía Nacional logra determinar que el piso tenía modificaciones doble fondo (caletas),			

encontrando varios paquetes con envoltura cinta de embalaje color café , encontrando peso bruto 62.355 posible base de cocaína y peso neto 59.580 posible base de cocaína, por lo cual y cumpliendo con el procedimiento los movilizan hasta el hospital de Tulcán en donde emiten los respectivos certificados médicos, al día siguiente se realiza la audiencia de calificación de flagrancia en la que se dicta un auto de prisión preventiva en contra de los mencionados procesados, por consiguiente, presenta varios arraigos de que la señora es microempresaria, certificado del Servicio Nacional de Contratación Pública ,haciendo constar la capacitación en compras públicas emprendimiento de catálogo, del SRI ,IESS , así mismo la partida de nacimiento de sus tres hijos, certificado de asistencia a clases, así mismo los servicios básicos de la casa en donde Vivian entre otros .se cierra la instrucción fiscal y se pide señalar audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, presenta una copia del certificado médico del 08/02/2018 en el cual la prueba de embarazo en sangre sale positivo , de fecha 15/02/2018 se hace un control prenatal En el que se determina que tiene 6,5 semanas de embarazo; se lleva a cabo el 01/03/2018 , la audiencia, en la que la defensora solicita de conformidad al 536 537 numeral 1 y 603 numeral 7 del COIP. Solicita la revisión de la medida prisión preventiva para su defendida, ya que con los documentos que se presenta en esta audiencia se encuentra en estado de embarazo de seis semanas, pertenece al grupo de atención prioritaria conforme al Art, 35 de la CRE, el juez conforme al Artículo. 608 del COIP, dicta auto de llamamiento a la etapa de juicio, confirma la prisión preventiva y se ordena la prohibición de enajenar sus bienes, así el juez motiva la resolución con respecto al auto de llamamiento a etapa de juicio el 16 /07-2018, motiva respecto a todo lo actuado, pero con respecto a la medida cautelar solo la confirma y ratifica.

Normas legales que protegen al procesado en cuanto a la medida cautelar	Constitución de la República del Ecuador	Art. 35
	Código Orgánico Integral Penal	536 537 numeral 1, 603 numeral 7 525. 521 y 203
Bien jurídico	Libertad y el interés superior del niño	

protegido.		
Hecho nuevo para tomar en cuenta en la medida cautelar privativa de libertad	Semanas gestacionales	6,5
	Fecha del FUM:	31/12/2017
	Fecha de conocimiento del embarazo:	08/02/2018
	El hecho nuevo para considerar la medida cautelar es el nuevo ser que está por nacer y que la Constitución lo protege desde la concepción, así como el Código Orgánico Integral Penal, lo prevé en el artículo 537	
Análisis referente a la medida cautelar		
<p>En el presente caso, hay que recalcar que el día 13 de enero del 2018, fueron detenidos los señores, detenidos Manuel Mesías Puentestar Estrada y Carmen Amelia Quishpi Carchi, se les prácticos el respectivo examen médico, en el cual no consta que la señora se encontraba en periodo de gestación, es por ello que al pasar casi un mes el 08 de febrero del 2018, se entera que se encuentra de seis semanas de embarazo es por ello que la defensora amparada en la normativa legal en cuanto a la sustitución es decir el artículo 536 que hablan claramente de la sustitución de la prisión preventiva, así mismo el artículo 537 numeral 1 prevé la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario y el dispositivo de vigilancia electrónica, en este caso y amparado a la Constitución en el artículo 35, 43 y 51 que menciona los grupos de atención prioritaria y en ellos se enmarca a la mujeres embarazadas y al estar privadas de libertad tienen doble vulnerabilidad por lo cual el Estado tiene la obligación de velar por este grupo vulnerable, es así como la defensora solicito la revisión de la medida para que se aplique la sustitución como es constitucional y legal, pero en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, como consta en el acta resumen, el juez, anuncia la validez del proceso, fiscalía emite un auto de llamamiento a juicio y en cuanto a la prisión preventiva textualmente “se confirma la prisión preventiva y se ordena la prohibición de enajenar sus bienes “; lo mismo se establece en la resolución motivada aparentemente sin embargo, hay que recalcar que de acuerdo al artículo 521, si existe un hecho nuevo se</p>		

podrá solicitar la sustitución de la prisión preventiva, un hecho nuevo es que un niño está por nacer, en el artículo 520 “numeral 3. La o el o el juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria. De ser el caso, se considerará las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto.” Se llevó a cabo la audiencia oral, con respecto a la audiencia devaluatoria y preparatoria de juicio, pero en ningún momento se motivó la decisión en cuanto a la negativa de la sustitución y esta motivación debía realizarse de acuerdo al artículo 76 de la Constitución de la república del Ecuador numeral 7 literal L, respecto al derecho a la defensa es decir las normas y principios jurídicos en los cuales tiene fundamento para negar la sustitución, al no existir esta motivación, podría declararse la nulidad y más aún si lo que se está vulnerando es el derecho a la libertad, el derecho a que se aplique una medida alternativa a la privación de libertad , de acuerdo al artículo. 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador, considerando que la mujer en esta etapa, aun es considerada inocente, no ha perdido esta calidad, además que es un momento procesal oportuno de acuerdo al artículo 603 numeral 7 en la que se puede pedir la sustitución de las medidas cautelares, no solo es obligación del Juez también de quienes dirigen estos centros de privación de libertad de acuerdo al artículo 203 numeral 4 en estos centros se tomaran medidas de acción afirmativa para proteger los derechos, de las personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria. Hay que recalcar que el estado tiene que proteger a la madre y al niño desde la concepción como lo establece el artículo 45 , por todo lo enunciado se evidencia que existió una vulneración tanto a los derechos constitucionales, tratados y convenios internacionales, normativa legal del Coipa así como principios procesales, y lo más evidente es que esta resolución en la que solo se ratifica la prisión preventiva, genera vulneración al principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 82 de la Carta Magna” El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”(Constitución de le República del Ecuador, 2008). Claramente el juez no respeto la Constitución y tampoco aplico correctamente la normativa , este tipo de

actuaciones genera en la sociedad rechazo, esta señora paso privada de su libertad, hasta que en la resolución final el 26 de abril del 2018, en la cual se RATIFICÒ SU ESTADO DE INOCENCIA, en este caso la prisión preventiva, se aplicó de manera deliberada, existían arraigos suficientes para que se dicte una medida alternativa, sin embargo se hizo caso omiso, paso 5 meses en prisión , cumpliendo una pre pena aunque era inocente, estos casos no deben darse , la sociedad necesita una justicia, real que no se sacrifique y mucho menos que restrinja derechos.

- *Análisis del caso práctico en el que se acepta la sustitución de la prisión preventiva.*

Fiscalía General del Estado de la provincia del Carchi			
Numero de Juicio:	04281-2015-00312	Expediente fiscal:	04010181505016
Fecha de detención:	25/05/2015	Fecha de audiencia calificación de flagrancia:	26/05/2015
Fecha de libertad:	29/05/2015		
Delito del que se le acusa:	Art. 220 numeral 1 literal D		
Criterios para la aplicación de la prisión preventiva.	<p>Aprueba, en base a los indicios suficientes que justifican, la existencia de una infracción y sobre su responsabilidad penal.</p> <p>Qué la detención del procesado es legal y alude que existen los requisitos del Art 534 del Código Orgánico Integral Penal,</p>		
Auto de prisión preventiva:	Por lo cual en calidad de juez competente dicta auto de prisión preventiva en contra de las ciudadanas Nelly Paola Yandun Diaz y Carmen Yamile Yandun Diaz.		
Hecho			
El 25 de mayo del 2015, en el Puente internacional de Rumichaca, detienen a un vehículo Mazda con procedencia de Colombia, en cuyo interior estaban Héctor Iván Rojas Lucero,			

Nelly Paola Yandun Díaz y Carmen Yamile Yandun Díaz, la policía Nacional de Antinarcóticos les reviso las mochilas, una verde, azul y vino tinto, en el cual encuentran 26 paquetes que contenían una sustancia vegetal verdosa con características a estupefaciente que al ser sometida a los reactivos químicos Duquenois y Ácido Clorhídrico, dio positivo para posible marihuana con un peso bruto total de 13.773 gramos, es así como el día de la detención a Carmen Yamile Yandun Díaz, por el hecho de estar en estado de gestación queda ingresada en la Unidad Antinarcóticos de la Sub Zona Carchi N° 04 bajo custodia policial y posterior los otros detenidos ingresaron al Centro de detención provisional de esta Tulcán. De esta forma se lleva a cabo la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, el 26 de mayo del 2015, en la cual el fiscal, solicita la prisión preventiva y medidas cautelares reales, así mismo se abstienen de formular cargos en contra del señor Rojas lucero. el abogado defensor de Nelly y Carmen impugna la petición del fiscal y solicita medidas alternativas a la prisión preventiva artículo 522 numeral 1 y 2 y para la señora Carme medidas sustitutivas por estar en estado de embarazo , a lo cual el Juez califico de legal la detención por existir los elementos de convicción por el delito tipificado en el Artículo 220 numeral literal d y dicto un auto de prisión preventiva en contra de Carmen y Nelly y dispuso la inmediata libertad del señor Rojas , después de la petición realizada por el Fiscal se llevó a cabo la audiencia de sustitución revisión, revocatoria suspensión de medidas cautelares, en la cual el juez impone la medida cautelar de arresto domiciliario conforme al 525 del Código Orgánico Integral Penal, bajo vigilancia policial permanente y obligatoriamente el uso del dispositivo de vigilancia , arresto que se cumplirá en la avenida Pedro Vicente Maldonado y Chimbacalle, de la Provincia de Pichincha , luego decide someterse al procedimiento abreviado, entra al grupo de protección a víctimas y testigos, la llevan a Tulcán para que dé alumbramiento al nuevo ser y los 90 días este con su hijo, para luego ser notificada con la respectiva sentencia.

Normas legales que protegen al	Constitución de la República del Ecuador	Art. 35, 51 y 82
---------------------------------------	------------------------------------------	------------------

procesado en cuanto a la medida cautelar	Código Orgánico Integral Penal	537 numeral 1, 525
Bien jurídico protegido.	Libertad y el interés superior del niño	
Medida cautelar privativa de libertad	Semanas gestacionales	27,3
	Fecha de nacimiento:	30/06/2015
	para considerar la sustitución de la medida cautelar es el nuevo ser que está por nacer y que la Constitución lo protege desde la concepción, así como el COIP, lo prevé en el art, 537 numeral 1	
Análisis referente a la medida cautelar		
<p>En el presente caso, hay que recalcar que el día 25 de mayo del 2015, fueron detenidos los señores, Héctor Iván Rojas Lucero, Nelly Paola Yandun Díaz y Carmen Yamile Yandun Díaz, se les practicó el respectivo examen médico, en el cual consta que la señora Carmen Yamile Yandun Díaz, se encontraba en periodo de gestación, es así que el fiscal en el defensor público en la audiencia de formulación de cargos pide la medida sustitutiva de acuerdo al artículo 537 numeral 1 prevé la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario y el dispositivo de vigilancia electrónica, el juez dicta un auto de prisión preventiva en contra de las procesadas y el 29 de mayo a petición del fiscal se lleva a cabo la audiencia prevista en el artículo 521 Audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de medida cautelar y protección., en la cual amparado en el artículo 537 numeral 1 y en este caso y amparado a la Constitución en el artículo 35,51 y 82 que menciona los grupos de atención prioritaria y en ellos se enmarca a la mujeres embarazadas y al estar privadas de libertad tienen doble vulnerabilidad por lo cual el Estado tiene la obligación de velar por este grupo vulnerable, cabe recalcar que en la audiencia de formulación de cargos y calificación de flagrancia la motivación del juez fue mínima en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva y en la audiencia de la sustitución se enmarcó en unos cuantos artículos, el artículo 520 “numeral 3. La o el o el juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria. De</p>		

ser el caso, se considerará las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto”, es así como a pesar de que no existió una motivación amplia, se dio la sustitución de la prisión preventiva, por el arresto domiciliario con vigilancia permanente y dispositivo de vigilancia electrónica, en este caso se protegido a la mujer embarazada privada de la libertad perteneciente a un grupo de atención prioritaria, con doble vulnerabilidad y se sostuvo esta protección logrando en mayor medida, el desarrollo integral del niño así como de la madre, la madre fue sentenciada, pero se le notifico la sentencia 90 días después del parto , es decir se evidencia las acciones afirmativas encaminadas para este grupo detención prioritaria tomando en cuenta que el SISTEMA DE PROTECCIÓN A VICTIMAS Y TESTIGOS, tomo cartas en el asunto y velo por la seguridad de la madre y el desarrollo integral del menor, y el juez ordenó que se continúe protegiendo al menor cuando la madre ya sea notificada con la sentencia condenatoria.

6.2 Discusión.

La presente investigación tuvo como propósito fundamental, realizar un análisis jurídico sobre la sustitución de la prisión preventiva, por el arresto domiciliario de la mujer que se embaraza después de la comisión del delito, analizando los criterios para su procedencia, evitando que se genere la violación al principio de la seguridad jurídica, para lo cual se realizó un análisis documental, doctrinario, jurídico y jurisprudencial, encontrando casos prácticos, así mismo se aplicó una entrevista a expertos en el tema como lo son cuatro jueces de la Corte Nacional de Justicia, un Juez de la Corte Provincial de Imbabura, un Fiscal de la Provincia de Imbabura, una Representante de la Defensoría Pública del Ecuador y dos Asesores de la Corte Nacional de Justicia, encontrando así respuesta a los cuestionamientos generados al tema principal tomando en cuenta que las mujeres embarazadas, que se encuentran con una medida cautelar son un grupo de atención prioritaria, con doble vulnerabilidad, así como el niño que está por nacer, que tiene protección Estatal desde la concepción.

En cuanto a los criterios de aplicación para la prisión preventiva y sustitución de la misma, los expertos han mantenido una postura similar, en cuanto a que la prisión debe ser aplicada tomando en cuenta el artículo 534, del Código Orgánico Integral Penal (2014), cuyo artículo menciona “los requisitos que tienen que cumplirse para que la prisión preventiva sea aplicada, estos considerados como los requisitos de carácter legal que se tienen que tomar en cuenta”, sin embargo cabe recalcar que uno de los jueces mencionó que, así como se observan los requisitos legales, se tiene que hacer un análisis de carácter convencional, esto es la última ratio en cuanto a la aplicación de la medida cautelar.

En cuanto a esta aplicación de ultima ratio, excepcional y necesaria, la Constitución de la República del Ecuador lo establece claramente en el artículo 77, numeral 1, “La Jueza o Juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), es así que los administradores de justicia tienen la facultad de ordenar medidas cautelares no privativas de libertad, pero para ello, cuando un juez dicta una medida cautelar, tiene que verificar tres tipos de control, convencional, constitucional y legal y más aún, si esta medida restringe el derecho a la libertad, mencionan también, que la prisión preventiva tiene que ser aplicada siempre y cuando no satisfagan requerimientos constitucionales y legales las otras medidas cautelares.

Es necesario recalcar que, la prisión preventiva tiene como fin primordial la comparecencia del procesado a juicio y el cumplimiento de la pena, sin embargo esta medida cautelar tiene ciertos límites que los juzgadores deben cumplir, es así como, se puede solicitar la sustitución de la prisión preventiva la cual, está establecida en el artículo 536, del Código Orgánico Integral Penal (2014), los jueces coinciden que para la aplicación de la sustitución de la prisión preventiva, se tienen que tomar en cuenta los requisitos y criterios jurídicos, contemplados en el cuerpo legal mencionado, así mismo, para que surta efecto esta sustitución, el peticionario tiene que tener una condición especial o datos relevantes por la cual se le debe aplicar otra medida cautelar.

Por otro lado un experto menciona que para sustitución de la prisión preventiva surte el mismo procedimiento es decir se debe realizar un control legal, constitucional y convencional, tomando los parámetros pre establecidos, por ello es necesario mencionar los criterios para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma, que son similares, de acuerdo a la investigación realizada y a lo establecido en el Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013, los criterios encontrados son la presunción de inocencia, criterio de necesidad, criterio de excepcionalidad, criterio de proporcionalidad y el de razonabilidad, haciendo énfasis en la importancia de tomar en cuenta estos criterios al momento de aplicar o sustituir la prisión preventiva.

Por último y en cuanto a lo evidenciado en el análisis de los casos prácticos, se observa que para la aplicación de la prisión preventiva los jueces hacen un análisis de los requisitos previstos en la normativa penal, haciendo un mínimo énfasis en la normativa constitucional, sin embargo, control convencional no existe, actúan apegados a la normativa en el primer caso, el juez motiva la aplicación de la prisión preventiva detallando cada uno de ellos, en el segundo caso no existe una motivación respecto el cumplimiento de los requisitos, solo existe una enunciación de la normativa aplicable, en los dos casos se dicta un auto de prisión preventiva en contra de las procesadas.

Cabe recalcar que en el primer caso, la sustitución se solicita en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, al pedir la sustitución el juez la niega, y ratifica la prisión preventiva de la mujer embarazada sin motivar la decisión de no sustituir la prisión preventiva, en el segundo caso luego de estar en prisión preventiva, tres días después se lleva a cabo la audiencia establecida en el artículo 521, del Código Orgánico Integral Penal (2014), en este caso el juzgador acepta la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario con vigilancia permanente y obligatoriamente el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

En cuanto al criterio que los expertos sostienen que, sí una mujer en la audiencia de formulación de cargos no está embarazada, pero queda embarazada luego de aplicada la prisión preventiva, jurídicamente, mantienen criterios distintos, unos expertos sostienen que si

una mujer se queda embarazada, estando con prisión preventiva, se debe aplicar el artículo 537, del Código Orgánico Integral Penal (2014), menciona que, la norma es taxativa, en cuanto si una mujer se encuentra embarazada entra en los casos especiales y por ende se debe aplicara la sustitución por arresto domiciliario y dispositivo de vigilancia electrónica, ya que la ley no pone un condicionamiento de que si el embarazo se da ex ante o ex post, un experto menciona que, es difícil de creer que esta situación se genera a menos que sea por visitas conyugales, sin embargo otro experto menciona que se suscita por vistas conyugales y por situaciones peores las cuales no nombra pero son evidentes, menciona que los jueces están obligados a apartarles de ese lugar donde cumplen la medida cautelar.

Aluden que no se trata solo de la seguridad y salud de la madre sino también del niño que está por nacer y, un centro de detención no tiene las mejores condiciones, mencionan también que si esto sucede es responsabilidad del director nacional de rehabilitación social poner en conocimiento que existe una mujer embarazada privada de libertad con prisión preventiva, por ende tomar medidas de acción afirmativa para proteger los derechos de este grupo de atención prioritaria como lo establece el artículo 203, numeral 4, de la Constitución de la República del Ecuador (2008), dice que, ni siquiera con una sentencia condenatoria le ley permite que se le notifique hasta 90 días después del parto, en la prisión preventiva que guarda aun el principio de inocencia porque tendría que ser más rígida,

Existen posiciones diferentes en cuanto a lo que jurídicamente procede en el caso de una mujer que se embaraza después de la audiencia de formulación de cargos, entre estos está la de tres expertos que menciona que la finalidad de la prisión preventiva es la comparecencia del procesado y el cumplimiento de la pena por ello todo dependerá de las circunstancias del caso, que se tiene que realizar un análisis de las circunstancias de cada caso, ya que menciona que la norma es facultativa, porque en su contenido literal establece que “ el juez podrá sustituir ”, no obliga a juez a sustituir la prisión preventiva, por lo tanto para dar esta sustitución tendrá que asegurarse que no exista peligro de fuga, además mencionan que si sucede este caso la mujer se embarazaría con el evidente propósito de obtener la sustitución.

Sin embargo, la Constitución, de acuerdo a su supremacía constitucional contenida en el artículo 424, prevalece sobre cualquier norma jerárquicamente inferior, así mismo el Estado protege la vida desde la concepción como lo establece el artículo 45 “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008), por ende, la protección va destinada a la madre, pero también al niño que está por nacer y al estar inmerso en la normativa constitucional los jueces tienen la obligación de aplicarla, siempre en pro del disfrute y goce de los derechos constitucionales.

El artículo 13, del Código Orgánico Integral Penal, en el numeral 1, menciona que, “La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos(Código Orgánico Integral Penal,2014), por ende los jueces e materia penal siempre tienen que acogerse a lo que dice la normativa penal, la interpretación y aplicación de las normas legalmente conlleva a que no exista restricciones de derechos ni afectación a bienes jurídicos protegidos, desde toda perspectiva tienen que aplicar la norma como está contenida en los cuerpos jurídicos, pero siempre en beneficio de los derechos humanos.

En cuanto a los casos prácticos analizados cabe recalcar que las mujeres no se embarazaron con el propósito de que se les aplica la medida sustitutiva en el primer caso, ella entro con auto de prisión preventiva embarazada pero no sabía, cuando se entero tenía 6,5 semanas de gestación, en el otro caso ella estaba embarazada en el momento de la aprensión, cabe recalcar que a la segunda le dieron medidas sustitutivas y a la primera no, por ende se está evidenciando que no existe la igualdad ante la ley como lo establece el artículo 11, existe una vulneración a los derechos y a la norma constitucional.

En cuanto al criterio que sostienen acerca de la situación jurídica, de que algunos juzgadores aceptan y otros niegan la sustitución de la prisión preventiva cuando esta es solicitada después de la audiencia de formulación de cargos, mencionan que los jueces no deben generar requisitos que no están previstos en la ley, tienen que aplicarla de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 13, numeral 2, menciona que, la interpretación de la normativa

penal debe hacerse de una forma restrictiva, ” Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma”. (Código Orgánico Integral Penal,2014), es así como no tiene trascendencia la temporalidad del embarazo pudo ser antes o después eso es indiferente para la norma, el solo hecho de que exista pleno conocimiento de que una mujer se encuentra en estado de gravidez es suficiente para que se cumpla con la normativa que deviene del mandato constitucional de proteger a los grupos de atención prioritaria.

Es así que la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece en el artículo 35, que, son grupos de atención prioritaria, las mujeres embarazadas, los privados de libertad y los niños niñas y adolescentes entre otros son grupos que necesitan especial cuidado del Estado; sin embargo, para dar una salvedad a cerca del criterio dispar de los Jueces un experto mencionó que se debe a lo que se ha desarrollado dentro del proceso.

Así mismo establecieron que quizás para tener una línea de conducta en estos casos debería existir un pronunciamiento por parte de la Corte Nacional de Justicia, como el Órgano Supremo de la Justicia Ordinaria, siempre aludiendo que al estar en un Estado Constitucional de derechos y justicia como lo Establece el artículo 1, de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto a los principios fundamentales que tiene nuestro Estado siempre garantista de derechos y estos están por encima hasta de la ley, por lo tanto mencionan, que el juez tiene la obligación de aplicar, esta medida sustitutiva, so pena de que sea denunciado, ante la dirección del consejo de la judicatura, al dar la negativa los jueces están vulnerando derechos constitucionales, al mismo tiempo están olvidando su papel fundamental en cuanto a ser jueces garantistas, defiende la postura de fiscal en cuanto a no pedir dicha sustitución por peligro de fuga.

Sin embargo dos expertos mencionan que esto, es totalmente legal, porque la norma habla de una facultad , al ser el Derecho Penal dinámico, los casos son diferentes, los jueces al ejercer la facultad punitiva otorgada por el Estado tiene la facultad de dar o no la sustitución de la prisión preventiva, en otros casos aluden que los jueces solicitan el traspaso a casas de acogida

y otras a que se encuentran con prisión preventiva en el centro de detención para personas en conflicto con la ley, por ultimo manifiestan que se debe realizar una ponderación de derechos, por un lado el derecho de la mujer embarazada y por otro la tutela judicial efectiva, hace énfasis en que la importancia cambia si el embarazo es posterior, por lo cual el derecho se convierte en un derecho viciado, por ende los derechos colectivos siempre serán mayores a los derechos individuales haciendo alusión al análisis que debe existir por parte de los administradores de justicia.

Cabe recalcar que el artículo 77, numeral 11, “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.36). Por ende, en este caso las medidas cautelares son de ultima ratio, no se puede aplicar la prisión preventiva como regla general, así mismo el artículo 11, numerales 5 y 8 establecen que, los derechos se desarrollaran en forma progresiva y los servidores judiciales deben aplicar la norma e interpretar la norma de la forma que más favorezca el ejercicio de estos derechos y su vigencia.

El encargado de garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio es el Estado, mediante la normativa, jurisprudencia, medidas de acción afirmativa, el artículo 11, numeral 8, en su último párrafo alude que “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Con esta disposición constitucional queda más que evidente que si no se aplica la normativa en beneficio de este grupo de atención prioritaria, será declarada inconstitucional con sus respectivas consecuencias.

El criterio que sostienen sobre la existencia de un vacío legal en cuanto al artículo 537, del Código Orgánico Integral Penal (2014), numeral 1, y al momento oportuno de la aplicación de la sustitución de la prisión preventiva, dejando estrictamente a interpretación del juez la aplicación de la misma, tuvieron un criterio unificado al respecto, manifestaron que no existe un vacío legal sin embargo la interpretación que un experto le da, es muy diferente a la que la

mayoría sostuvo es así, que en el sentido positivo en el que manifiestan no existe un vacío legal que requiera ser ni aclarado, ni mejor detallado, los expertos mencionan que la norma no establece un criterio de verificación, si el embarazo fue antes de aplicar la medida cautelar o después.

Aluden, que no es un premio, más bien es una disposición constitucional que debe ser acatada con el fin de proteger al que está por nacer y proteger a la madre, como lo dispone el artículo 11, numeral 9, “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” por ende los servidores públicos y mucho más quienes administran justicia deben respetar y hacer prevalecer los derechos de los seres humanos, por ende esta norma no debe ser interpretada sino aplicada conforme las direcciones constitucionales.

En otra perspectiva menciona que si en la actualidad existen jueces que tienen dudas, para ellos puede existir un vacío legal pero a estar en un Estado constitucional de derechos y justicia, ya no en un Estado social de derecho; donde primaba la ley y las declaraciones constitucionales eran solo declaraciones, en la actualidad las declaraciones constitucionales se las ha llevado hasta la ejecución, por lo tanto un derecho prima sobre la resolución de un juez, así mismo menciona que para el ámbito penal debería existir una preparación minuciosa, es decir que los fiscales, jueces y defensores públicos deberían especializarse en el campo Penal, tener sus maestrías, pero sobre todo especializarse en el tema de los derechos humanos, tomando en cuenta que en el ámbito del Derecho Penal están juego bienes jurídicos mucho más delicados, como lo es la libertad.

Un experto menciona que no existe un vacío legal, que lo que puede existir es una laguna legal, que quedaría satisfecha con la interpretación de la Corte Constitucional, siendo este órgano el mayor interprete de las disposiciones constitucionales, estas resoluciones se convierten en parte de las fuentes del derecho, haciendo hincapié en que un vacío legal es una falta de normativa, es decir una anomia que no puede concretamente ser satisfecha por una resolución, por ende menciona que los jueces en casos de una laguna legal deben tomar en

cuenta para su análisis las resoluciones que emita el órgano supremo de interpretación Constitucional.

Sobre las mujeres en estado de gravidez, el derecho a su integridad personal, sobre todo mencionando que no puede ser privada de la libertad porque esto afecta la seguridad jurídica existe un pronunciamiento por la Corte Constitucional como lo es en la sentencia N°247-17.SEP-CC, caso N°0012-12-EP, de fecha 09 de agosto de 2017, “ en la que se menciona que la imposición de una medida de prisión a una embarazada, pone en riesgo su integridad y su vida, debido a que las condiciones de vida al interior de un centro de privación de libertad, (..) no son las misma que en el exterior”(p.20). Este pronunciamiento deja claro que es innecesario, ilegítimo y arbitrario, no solo en el ámbito legalista sino más bien en el ámbito de la humanidad, en el ámbito de los derechos humanos, no se puede privar de la libertad a una mujer en estado de gravidez, porque se está poniendo en riesgo claramente al Nasciturus y a la madre, en esta resolución se aplicó una acción jurisdiccional como lo es el habeas corpus.

No es factible, legal, ni lógico esperar que se activen las garantías jurisdiccionales, para garantizar un derecho, más aún si los administradores de justicia en el Estado Ecuatoriano son garantistas sin excepción, no se debe esperar esta acción para que los juzgadores apliquen la normativa correctamente, porque lo que se evidencia es un desconocimiento de la normativa y de la jurisprudencia que como ya lo menciono un experto es fuente del Derecho reconocida por nuestra Carta Magna.

Desde otra perspectiva o más bien análisis un experto manifiesta que, la norma es clara en cuanto a que se debe dictar la sustitución de la prisión preventiva a una mujer embarazada sin embargo, si está procesada se embaraza a futuro, se debe analizar las circunstancias, poniendo énfasis en la salud del niño que está por nacer o la madre, es decir si esta corre riesgo inminente permaneciendo en un centro de privación de libertad, hace una similitud con la prisión preventiva mencionando que hay juez que dan la prisión preventiva y otros que no porque tienen esa facultad, alude que por ello quien ostente este cargo debe ser una persona considerada proba para analizar cada caso y tomar una decisión.

Sin embargo la norma constitucional el artículo 66, numeral 4, “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”, no cabe hacer una distinción o analizar un caso en particular, si cumple los parámetros legales tiene que ser otorgada la sustitución de la prisión preventiva a toda mujer que esté embarazada, no porque su embarazo sea posterior se tiene que hacer una distinción, o por el riesgo que esta tiene o él bebe, cabe recalcar que un centro de privación nunca va a ser un sitio adecuado para una madres gestante o para un niño, por el estrés y la depresión que este puede desarrollar en un ser humano, entre otras condiciones que agravan la situación no puede ser discriminada ninguna mujer, tomando en cuenta que la sustitución no es un premio, la sustitución es el cambio de una media privativa de libertad por otra medida como lo es el arresto domiciliario, no se le está otorgando la libertad, simplemente se le está asegurando una vida digna.

Cabe recalcar que la disposición de la Constitución de la República del Ecuador (2008) menciona en el artículo 363, numeral 5, que el Estado tiene que “Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Estas acciones propenden generar iguales condiciones de acceso a los servicios públicos y más aún proteger la vida del que está por nacer.

Desde el punto de vista, de los expertos en cuanto a la falta de un criterio unificado por parte de los juzgadores, tienen criterios un tanto variados por ello mencionan que si una persona, esta al cuidado del Estado, estando privada de libertad no se le puede negar la posibilidad de que busque mecanismo para mejorar su condición de vida mientras se encuentran en procesamiento penal, esto no puede ser recriminable, ni mucho menos se puede negar la sustitución como un castigo, el juez no puede dejar de aplicar la misma, menos por una convicción personal de que se embarazo para obtener este beneficio que dispone la ley el artículo 76, numeral 7, literal I menciona que una garantía de derecho a la defensa es solicitar que “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.”(Constitución de la República del Ecuador, 2008), por lo tanto si un juez considera que no es dable una sustitución

debe motivarla, en audiencia oral publica enunciando las normas legales y constitucionales así como los principios jurídicos, que la respaldan, si no está decisión carecería de validez.

Recalcan que existe cierto nivel de interpretación por parte de los juzgadores y que existan varios criterios es normal, sin embargo y debido a que los jueces han tenido una formación en derecho esta ha sido diferente con lo cual el resultado es que unos sean más legalista que otros, sin embargo para resolver este caso en particular se debe realizar un análisis constitucional , convencional y legal, generalmente se centran en el cumplimiento de os presupuestos legales, no se realiza los dos otros análisis, ya que tanto el convencional como el constitucional, ponen a la medida cautelar como una medida de ultima ratio, esta limitación puede generar varios criterios, pero están de acuerdo en que la medida se tiene que dar tomando en cuenta los respectivos requisitos, es más los arraigos, el lugar del domicilio entre otras, para que se de esta sustitución debe existir un domicilio ubicado detallado en donde se va a dar la respectiva vigilancia, para que se cumpla con esta medida.

Sin embargo, algo que me llamo la atención es que un experto menciono que quizás esto se da por falta de socialización, sobre pronunciamientos con respecto al tema y que el encargado en difundirlos es el Consejo de la judicatura, debe especializar y fortalecer a los jueces para que sean mucho más garantistas, sin embargo, uno de los expertos y precisamente un juez menciono que existen precedentes jurisprudenciales y que están en la obligación d aplicarlos más aun a la Constitución, opuesto a este criterio dos expertos mencionan que es normal y legal porque la norma es facultativa, no obliga al juez, lo aplicarán según las circunstancias y criterios, piensan que no existe una falta de unificación en el criterio sino que los casos que se presentan son diferentes.

En cuanto a los parámetros doctrinarios, legales y constituciones para que proceda la sustitución de la prisión preventiva alude que son los que establece el Artículo 537, del Código Orgánico Integral Penal, constitucionalmente menciona en los artículos 35, 46, entre otros que protegen a estos grupos de atención prioritaria, doctrinariamente alude que existe mucha literatura, haciendo alusión a, Prieto Sanchís, menciona que hay que tomar en cuenta a un

constitucionalista muy reconocido, Ramiro Ávila, y coinciden en que la aplicación de los derechos de la Constitución deben ser de manera progresiva y sobre todo no se debe generar ningún tipo de fórmula restrictiva en el ejercicio de estos derechos, menciona que este tema se debe ser tratado por un lado el tema procesal penal, en cuanto a los fines del proceso y por otro lado hablar del nasciturus, en el que el Estado debe garantizar los derechos, tomando en cuenta que se trata de una medida cautelar y que está vigente la presunción de inocencia.

Así mismo se ratifica que dentro del control convencional legal y constitucional, se encuentra todos los requisitos para la aplicabilidad de la sustitución, recalando que el poder punitivo debe estar presente pero en los casos más graves, en la que no haya una medida más segura que la prisión preventiva, sin embargo en el desarrollo de la investigación es evidente que en cuanto al mayor índice de criminalidad, está en los sectores más precario, es decir, la mayoría de mujeres que están en centros de privación de libertad son mujeres de bajos recursos, la mayoría comete delitos en contra de la propiedad o delitos en contra de la salud pública como el microtráfico.

Un experto, alude que, si no se lo deja a criterio del juez y se aplica indistintamente, la sustitución de la prisión preventiva, se lo utilizará como un mecanismo para salir en libertad o acogerse a esta sustitución, aludiendo que en la práctica se utilizan muchas artimañas, incluso los abogados les ayudan, considera que se convertiría en un arma legal y que las mujeres se van a embarazar para salir y solo quedarán las que biológicamente no puedan embarazarse.

Por lo cual partiendo de que no salen en libertad, solamente se las cambia de medida acautelar que va en pro de sus derechos, se puede aducir que no se la puede tomar como una medida de represión a la prisión preventiva, ya que aún se mantiene la presunción de inocencia, no es una arma legal, no se puede tomar a la prisión preventiva como la regla general, y a la sustitución como una forma de escapar del procedimiento, solo es una medida alternativa para salvaguardar la integridad de la madre y del niño que está por nacer, embarazarse por conseguir un sustitutivo me parece utópico debido a que si la mayoría de mujeres viven en una situación precaria como podrían traer un nuevo ser, en los dos casos prácticos analizados no existió malicia o aprovechamiento, las mujeres se encontraban embarazadas cuando se dictó

el auto de prisión preventiva, por ello solicitaron la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, pero sin existir una motivación solo a una de ellas se le brindo la protección estatal, y se le concedió.

La pregunta planteada a lo largo de la investigación, consistió en que si esta falta de un criterio unificado por parte de los juzgadores en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario en las mujeres embarazadas, vulnera el principio de seguridad jurídica, tres expertos afirman que se vulnera el principio de seguridad jurídica, ya que la seguridad jurídica es aplicar la ley, pero la interpretación que dan los jueces puede llevarle más allá de lo que dice la ley pero siempre en forma progresiva, afirman que sí, se vulnera el principio a la seguridad jurídica, por ende este puede ser motivo de discusión en dos ámbitos el primero de una acción jurisdiccional constitucional , mediante la ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y control constitucional que permitirían que un tribunal de corte provincial analice y revise los fundamentos en los que está basado el auto de la prisión preventiva y la negativa de la sustitución por arresto domiciliario, es decir con la interposición de un Habeas Corpus.

La otra vía que se prevé es una vía ordinaria en la esta medida cautelar o la negativa de la sustitución la cual está sujeta a recursos de apelación, es decir mediante la apelación a la resolución de imponer la medida cautelar o negar la sustitución de la prisión preventiva. En la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76, numeral 7, literal m, en el cual menciona que se tiene derecho a “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, p. 34). Es así como la persona que se sienta afectada en sus derechos puede apelar, se puede apelar la negativa de sustituir, ratificar revocar las medidas cautelares, son dos vías diferentes con el propósito de precautar el Derecho a la libertad, es decir la persona que se crea afectada tiene las dos opciones para activar la jurisdicción y activar la respuesta que sea conforme con lo que manda la Constitución.

Desde otra perspectiva consideran, que no afecta a la seguridad jurídica porque la norma es clara, que, por eso, no ha existido un pronunciamiento por la Corte Constitucional sobre su inconstitucionalidad o sobre cómo se la debe aplicar, aluden que no existe vulneración a la seguridad jurídica. aunque el vocablo esta de forma facultativa, pero el juzgador tiene que justificar el esencia de conceder o no la sustitución, pero siempre siendo progresista en cuanto a los derechos del que está por nacer, recalcan que el arresto domiciliario no es obtener la libertad, significa tener un sitio específico que cumpla con los requisitos para el mantenimiento de esta persona porque no puede salir, alguien tiene que proveerle alimento, cuidado, quizá la negativa puede ser porque no cumplen las condiciones, al darle el arresto domiciliario no existiría la seguridad alimentaria, ni acceso a salud ni física, ni psicológica de la madre y por ende del niño.

Aluden que, si se dan estos casos, se haría una ponderación so pesando si en el domicilio podrá ejercer sus derechos, el principio es conceder arresto domiciliario la condicionante, si se cumple con los requerimientos legales y constitucionales, por lo tanto, están en desacuerdo en cuanto a la vulneración del principio de seguridad jurídica, más bien mencionan que existe vulneración al principio de legalidad, debido a que deben justificar su decisión.

Menciona que los juzgadores deben motivar sus resoluciones, así se evita violación a derechos constitucionales, en estas resoluciones en cuando a la sustitución de la prisión preventiva deben mencionar en que se fundamentan para aceptar o negar la solicitud, tomando en cuenta que, si son legalistas, tienen que aplicar la normativa razonablemente por que puede existir excepciones taxativas, aplicar la lógica y razonabilidad y hacer comprensibles las decisiones. Si se da el caso que el arresto domiciliario es perjudicial para la criatura y la madre, existen alternativas, que pueden ser satisfactorias como lo es, darle la sustitución por arresto domiciliario y que el Estado busque un lugar donde la mujer embarazada pueda permanecer; como son las casas de acogida, los centros de privación de libertad no son una opción para una mujer en estado de gestación, por ende, al ser principios vinculados la legalidad debe ser imperante pero una legalidad aplicada desde la perspectiva constitucional, garantista, pero sobre todo razonada.

Lo que me llama la atención es el criterio que sostiene uno de los expertos ya que menciona que cuando una mujer se encuentra privada de libertad sabe que no debe embarazarse, ya que si lo hace, lo haría de mala fe, se presume que existe la intención de beneficiarse, para ello existen los filtros regulativos y los filtros restrictivos, entonces los derechos se los restringe o se los regula con la finalidad de beneficiar al bien común, menciona que si es una asesina que se embaraza para que le den la sustitución de la prisión preventiva se restringe su derecho individual para satisfacer los derechos colectivos, aluden que por ello se han creado espacios en los centros de privación de libertad para garantizar el interés superior del niño.

7. CONCLUSIONES

- En conclusión al estar en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el cual ha tenido cambios significativos, desde la Carta Magna que entró en vigencia en el año 2008, hasta la normativa penal que tuvo que adaptarse a este nuevo modelo de Estado, lo primordial es que el Estado a través “ Deber ser”, no solo implemento garantías en la Constitución, además las lleva hasta su ejecución, garantizando así el ejercicio de los derechos y el disfrute de los mismos por parte de la ciudadanía, de igual manera el derecho procesal penal al ser una normativa que regula la actividad procesal, siempre tiene que ser legítima sin arbitrariedades, pero sobre todo en pro de los derechos de los seres humanos.
- La prisión preventiva, al ser utilizada para asegurar la comparecencia al proceso, como el cumplimiento de la pena tiene que ser utilizada como una medida de última ratio, en todos los casos, aplicando los criterios jurídicos, convencionales, constitucionales y legales, en el cual se tome en cuenta, la necesidad, la excepcionalidad, proporcionalidad, la presunción de inocencia, y la razonabilidad, recalando que en la actualidad la mayoría de jueces aplican la prisión preventiva, si el procesado cumple con los requisitos contemplado en el Código Orgánico Integral Penal, sin hacer un

análisis íntegro de la norma Internacional, constitucional y legal para la aplicación de la misma.

- En cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario después de la audiencia de formulación de cargos, cabe recalcar que es procedente y constitucional, ya que la misma normativa penal establece que si existe un hecho nuevo por el cual se debe cambiar de medida cautelar, se debe realizar una audiencia, con la cual se garantice la igualdad formal y material, la no discriminación de la mujer embarazada, la protección al niño que está por nacer, sobre todo haciendo efectiva la protección Estatal y más aún al ser parte de un grupo de atención prioritaria, que tiene doble vulnerabilidad.
- Los jueces al tener una formación en derecho, pero no generalizada, pueden diferir en ciertos criterios, sin embargo la línea constitucional y garantista está plenamente marcada por lo cual, para la aplicación de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario de una mujer embarazada después de la comisión del delito, no se debe establecer requisitos o criterios que no están claramente en la ley, no se debe poner énfasis en la temporalidad del embarazo si es ex ante o ex post, la verdad es que los jueces tienen que garantizar los derechos de este grupo de atención prioritaria, aplicando la norma con una interpretación restrictiva, como lo establece el Código Orgánico Integral Penal y la Constitución de la República del Ecuador.
- La norma legal establecida en el Código Orgánico Integral Penal en cuanto a los casos especiales para la sustitución de la prisión preventiva ha sido redactada de forma facultativa, por lo cual, la norma se hace permisiva en cuanto al criterio de aplicar o no la misma, sin embargo en la investigación se ha plasmado que no puede ser facultativo o dejar a interpretación del juez, la sustitución de la medida cautelar, esta tiene carácter obligatorio, ya que ha sido creada en función de la protección estatal, que se debe brindar a los grupos de atención prioritaria, esto se ha generado gracias a la creación de medidas afirmativa en pro de los derechos del nasciturus.

- Esta errónea interpretación y aplicación de la sustitución de la prisión preventiva claramente vulnera el principio de seguridad jurídica, ya que no está brindando certeza a los ciudadanos de que la aplicación normativa, se está llevando a cabo de forma correcta, sino más bien, se está aplicando la normativa, utilizando un análisis jurídico personal con el cual no se garantiza los derechos de la mujer embarazada y mucho menos los derechos del nasciturus, comprendiendo que un centro de privación de libertad nunca será un lugar propicio para el desarrollo de un nuevo ser, por todas las consecuencias que esto acarrea.

8. RECOMENDACIONES

- Claramente ante estos criterios diversificados, debe existir un pronunciamiento por parte de la Corte Nacional o Corte Constitucional para que se dicte una línea de aplicación de la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario para que, si en realidad existe una laguna jurídica, por la redacción de la norma, esta se satisfaga y se cumpla con los preceptos constitucionales garantistas de derechos.
- Para que exista unificación de criterios es necesario que los jueces , fiscales, y defensores estén correctamente preparados, tanto en el ámbito penal como en el ámbito de los derechos humanos, logrando así la correcta aplicación de la normativa en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario de la mujer que se embaraza después de la comisión del delito, minimizando la vulneración de derechos constitucionales de las mujeres procesadas quienes mantienen su estado de inocencia.
- Aplicar la normativa Constitucional siempre en beneficio de los grupos de atención prioritaria y de la ciudadanía en general, para que en lo posterior no activen una garantía jurisdiccional o se quejen ante el Consejo de la Judicatura, solicitando se sancione al funcionario que aplicó mal la normativa, y que dicha aplicación a

vulnerado derechos constitucionales, generando así, que las personas que han sido víctimas de una violación de derechos, exijan su derecho de repetición en contra del Estado.

- Que los jueces garantistas de Derechos, apliquen sin temor la sustitución de la prisión preventiva como lo que es, la aplicación de otra medida cautelar que no tiene carácter privativo de libertad, no como un premio o una salida para evitar el proceso, considero que se debe ampliar el conocimiento en cuanto a este mecanismo, que está garantizado por la Constitución de la República del Ecuador y Tratados Internacionales ratificados por el Estado.

9. REFERENCIAS

Ávila, R. (2009). El constitucionalismo ecuatoriano breve caracterización de la constitución de 2008. Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica, p.953-p.980. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2701/34.pdf>

Alberto Bovino, El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos, programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Argentina, Ed. del Puerto, 2006, p.429.

Baratta, A, (2004). Principios de Derecho Penal mínimo. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f.

Bauman, J. (1986). Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma

Beccaria, C. (1993). Del delito y de las penas, Heliasta, Bs. As. (pp.13 y 20)

Benavides, M. (marzo 2013). La prisión preventiva y el respeto de los derechos fundamentales. *Revista jurídica de la Corte Nacional de Justicia*, pp35-49.

Benavides, M, (2017). El principio de oportunidad como mecanismo de política criminal: Un estudio exploratorio, a partir del criterio de la eficiencia procesal. *Revista Publicando*, 4 No 13. No. 2. 2017, 266-282. ISSN 1390-9304. Recuperado de <file:///C:/Users/Andres%20Imbacuan/Documents/849-3348-1-PB.pdf>

Cabanellas. G. (2012). Diccionario de ciencias jurídicas. Buenos aires, Argentina: Heliasta

Di Corleto, J y Monclús, M (2009). El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l

Donna, E. (2000). Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Argentina: Editores Rubinzal Culzoni

Echandía, D. (2004). Teoría General del Proceso. Buenos aires, Argentina: Editorial Universidad S.R.L

Echandía, D.H. (2012). Principios Fundamentales del derecho procesal penal, Bogotá, Colombia: Grupo editorial IBAÑEZ.

Ferrajoli, L. (1995). Derechos y razón: Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trota.

Ferrajoli, L. (2004). Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trota.

Hernández, M. (2004). Seguridad jurídica. Guayaquil, Ecuador: Editorial EDINO
Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas,2012. p.90)

Hernández, V. (2017). El derecho constitucional de la mujer embarazada privada de su libertad en la acción constitucional de Habeas Corpus. Diario Constitucional y Derechos Humanos,p.1-p.3.Recuperado de <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/12/Hern%C3%A1ndez-Constitucional-18.12.pdf>

García. R. (2007). El valor de la seguridad jurídica. Coyoacán, México: Distribuciones Fontamara.

Garzón, E. (2009). Título de la tesis doctoral o tesis de maestría (Programa de maestría en derecho procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito). Recuperada el 17/04/2018 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/329/1/T716-MDP-Garz%C3%B3n-La%20prisi%C3%B3n%20preventiva.pdf>

Jiménez, M y Gómez. (2007). Desaparición de la prisión preventiva IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. (núm.19), Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222926008.pdf>

López, W. (2014). La prisión preventiva en el Estado Constitucional. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Maier, J. (2009). La privación de libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s, r, l.

Pazmiño, E. (2016). “Los principios constitucionales del proceso penal y la defensoría pública”. Quito: Corte Nacional de Justicia.

Rodríguez, F. (2005). Cárcel electrónica versus prisión preventiva. p1-p2. Consultado el 15/04/2018 Recuperado de http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf

Salgado, H. (2009). La Nueva Dogmática constitucional en el Ecuador. Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica, p.981-1002. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2701/35.pdf>

Zambrano, A. (1986). Temas de criminología. Guayaquil, Ecuador: Offset Graba

LINKCOGRAFIA

ASILEGAL, (**Campaña global para la justicia previa al juicio- región América latina**) recuperado de www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina33918.pdf

Celi, E.(s/f). Controversia por Cárcel para embarazadas. El Comercio. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/controversia-carcel-embarazadas.html>

Corte Constitucional, (2017). Resolución N°247-17.SEP-CC, dictada el 9 de agosto de 2017, dentro del caso N°0012-12-EP. Recuperado de http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/247-17-SEP-CC/REL_SENTENCIA_247-17-SEP-CC.pdf

Flores, E. (2014). La interposición del recurso de apelación en la prisión preventiva: derechos de la libertad del procesado, celeridad, economía procesal y seguridad jurídica. (Maestría en Derecho Penal y Criminología, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Lugar). Recuperada de dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/1914/1/TUAMDP002-b2015.pdf

Neira, M. (16 de agosto de 2005). Embarazadas, con garantía del arresto domiciliario. El Universo. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/2005/08/16/0001/10/CEC6ECC52C2540558568DCD96168F1EE.html>

MATERIALES JURÍDICOS

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro oficial N°449, 20 de octubre del 2008.

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro oficial. N° 180, lunes 10 de febrero del 2014.

CIDH. (2017), Informe sobre las medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, Doc. 105. Consultado el 17/04/2018. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>

CIDH. (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Consultado el 02/01/2019. Recuperado de www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf

Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. (2013), Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, Quito, aprobado el 24 de junio de 2013, mediante Resolución N.º CNP-002-2013.

Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. (2017), Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida, Quito, aprobado el 22 de septiembre de 2017, mediante Resolución N.º CNP-003-2017.

10. ANEXOS

ANEXO I, PREGUNTAS REALIZADAS EN LA ENTREVISTA



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE IBARRA

PUCE-SI

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Entrevista dirigida: las y los juzgadores de la República del Ecuador que desempeñan esa facultad punitiva emanada del Estado, fiscales, defensores públicos, asesores de la Corte Nacional de justicia.

Objetivo: Obtener Información referente a la sustitución de la prisión preventiva de la mujer que se embaraza después de la comisión del delito, identificando si existe vulneración al principio de seguridad jurídica, logrando establecer los criterios para la procedencia de la aplicación de las medidas especiales.

Indicaciones

Escuchar con atención la pregunta y responda lo más claro posible.

1. ¿Qué criterios se toman en cuenta para la aplicación de la prisión preventiva y la sustitución de la misma?
2. ¿Qué criterio tiene acerca de si una mujer en la audiencia de formulación de cargos no está embarazada, pero queda embarazada luego de aplicada la prisión preventiva? ¿Qué procede jurídicamente?
3. En la actualidad al pedir la sustitución de la prisión preventiva de la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito algunos juzgadores la aceptan y otros la niegan ¿Qué criterio sostiene ante esta situación?
4. ¿Cree que existe un vacío legal en cuanto al momento oportuno de la aplicación de la prisión preventiva en las mujeres embarazadas, dejando a interpretación estrictamente del juez la aplicación de las medidas sustitutivas?

5. ¿Qué opinión le merece la falta de un criterio unificado en cuanto a la sustitución de la prisión preventiva por medidas sustitutivas en las mujeres que se embarazan después de la comisión del delito?
6. ¿Cuáles cree que son los parámetros y criterios doctrinarios, legales y constitucionales que se debe tomar en cuenta para aplicar la sustitución de la prisión preventiva en la mujer que queda embarazada después de la comisión del delito?
7. ¿La falta de este criterio unificado por parte de los juzgadores genera vulneración a derechos y principios constitucionales, en especial, al principio de seguridad jurídica?

**ANEXO II. OFICIO DIRIGIDO A LA DELEGADA PROVINCIAL DEL CONSEJO
DE LA JUDICATURA, SOLICITANDO CASOS EN LOS QUE EXISTAN MUJERES
EMBARAZADAS CON PRISION PREVENTIVA.**

**ANEXO III. RESPUESTA DEL OFICIO DIRIGIDO A LA DELEGADA
PROVINCIAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA, SOLICITANDO CASOS EN
LOS QUE EXISTAN MUJERES EMBARAZADAS CON PRISIÓN PREVENTIVA.**

**ANEXO IV. OFICIO DIRIGIDO AL FISCAL PROVINCIAL DE IMBABURA,
SOLICITANDO CASOS EN LOS QUE EXISTAN MUJERES EMBARAZADAS CON
PRISION PREVENTIVA.**

**ANEXO V. OFICIO DIRIGIDO A LA DIRECTORA DEL CENTRO DE PRIVACION
DE LIBERTAD DE PERSONAS ADULTAS EN CONFLICTO CON LA LEY-
TULCÁN, SOLICITANDO CASOS EN LOS QUE EXISTAN MUJERES
EMBARAZADAS CON PRISION PREVENTIVA.**

**ANEXO V. OFICIO DIRIGIDO AL FISCAL PROVINCIAL DEL CARCHI,
SOLICITANDO CASOS EN LOS QUE EXISTAN MUJERES EMBARAZADAS CON
PRISION PREVENTIVA.**

ANEXO VI: OFICIO APROBANDO LA FACTIBILIDAD DEL TEMA

ANEXO VII: CONSTANCIA DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS.