



FACULTAD DE DERECHO

**TÍTULO: LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN
PREVENTIVA, EN LOS JUZGADOS DE GARANTÍAS PENALES DE LA
PROVINCIA DE PICHINCHA, EN EL PERÍODO DE ENERO A DICIEMBRE
DEL AÑO 2011.**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor guía

Dr. Mauricio Xavier Hernández Yépez

Autora

Erika Mabel Samaniego Samaniego

AÑO

2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante Erika Mabel Samaniego Samaniego, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Dr. Mauricio Xavier Hernández Yépez
Ab. De los Tribunales y Juzgados de la República
No. C.I 170921366-2

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Erika Mabel Samaniego Samaniego.

No. C.I 060397123-5

AGRADECIMIENTOS

Expreso un sincero agradecimiento a la Universidad de las Américas por concederme la oportunidad de obtener un título profesional, así como también a los docentes de la carrera de Derecho por sus sabias enseñanzas que robustecieron mi formación académica.

Un perdurable agradecimiento al Dr. Mauricio Hernández Yépez, por su apoyo brindado en la cristalización de la presente investigación y tan acertada dirección de la misma.

DEDICATORIA

A mis padres y a mi hijo con mucho amor y agradecimiento por haber comprendido mi inmenso afán de superarme, gracias por toda la colaboración incondicional que ayudó a vencer las barreras presentadas en el transcurso de mi formación profesional y por enseñarme que todo en la vida es una obligación con todos aquellos que nos aman y por supuesto con uno mismo.

RESUMEN

Una vez culminado el proceso de investigación del proyecto denominado “Los efectos jurídicos de la caducidad de la prisión preventiva, en los juzgados de garantías penales de la Provincia de Pichincha, en el período de enero a diciembre del año 2011”, se ha podido determinar, que la prisión preventiva no debe constituir la regla general como expresamente se determina, que los plazos razonables estipulados en la ley, en los casos de delitos con mucha complejidad, no son suficientes para abarcar todo el proceso; que es necesario revisar y reformar nuestra Ley, conforme a la realidad de nuestro país.

La tesis se divide en cuatro capítulos; el primero se refiere a los objetivos, características y naturaleza jurídica de la prisión preventiva, hace referencia además a los principios que se deben observar y aplicar, entre los que están: el principio de jurisdiccionalidad, inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, inmediación, legalidad y celeridad, se expone además lo que es el debido proceso; el capítulo segundo, trata de las medidas cautelares, y dentro de esta esfera se analiza a la prisión preventiva, en nuestra realidad, y ala luz de la Constitución y los tratados Internacionales; los presupuestos contenidos en el art. 167 del Código de Procedimiento Penal; los indicios y la evidencia. En el capítulo tercero, se analiza el procedimiento garantista para ordenar la prisión preventiva; la audiencia de control de flagrancia y la audiencia de formulación de Cargos en los delitos no flagrantes. En el Capítulo cuarto, se analiza dos causas penales, se presenta la propuesta de reforma al Código de Procedimiento Penal, específicamente en su Art. 169, por último se realizan las conclusiones y recomendaciones.

ABSTRACT

Once completed the investigation process of the project titled: **“Los efectos jurídicos de la caducidad de la prisión preventiva, en los juzgados de garantías penales de la Provincia de Pichincha, en el período de enero a diciembre del año 2011”**, it has been possible to determinate that the preventive detention must not be the general rule, as it is expressly established, that the reasonable limits prescribed bylaw; in the cases of crimes complex, this period are not enough to cover the who le process; I consider that it is necessary to review and reform our Law, according to the reality of our country.

The thesis is divided into four chapters: the first is relates with the objectives, characteristics and legal nature of the detention, al soitre fers to the principles which must be observed and applied, among these we have: the principle of jurisdictionality, innocence, exceptionality, proportionality, provisionality, immediacy, legality and speed, it also exposes what is the due process. The second chapter's peaks about the precautionary measures and within this area analyzed the custody, in our country, with our Constitution and withies established in the international treaties, the legal statements contained in Art. 167 of the Código de Procedimiento Penal, the clues and evidence. In the third chapter, we analyze the guarantee of the process to order the preventive detention, the hearing flagrante, the control audience and the formulation he a ring of charge in not flagrant crimes. In the fourth chapter, we analyze two criminal causes, we present the proposed to amendment the Código de Procedimiento Penal, specifically in its Article 169; finally we done the conclusions and recommendations of this investigation.

ÍNDICE DEL CONTENIDO

1. Capítulo I. Generalidades y Principios de la Prisión Preventiva

1.1.	Concepto	3
1.1.1.	Naturaleza	5
1.1.2.	Necesidad de la prisión preventiva	6
1.1.3.	Objetivos	6
1.1.4.	Características de la prisión preventiva	6
1.1.5.	Naturaleza jurídica	7
1.2.	Principio de la prisión preventiva	10
1.2.1.	Principio de jurisdiccionalidad	11
1.2.2.	Principio de inocencia	12
1.2.3.	Principio de excepcionalidad	17
1.2.4.	Principio de proporcionalidad	19
1.2.5.	Principio de provisionalidad	22
1.2.6.	Principio de inmediación	23
1.2.7.	Principio de legalidad	26
1.2.8.	Principio de celeridad	28
1.3.	El debido proceso	29
1.3.1.	El debido proceso penal	30

2. Capítulo II. Las medidas cautelares en el Ecuador

2.1.	La prisión preventiva	35
2.2.	Regulación de la prisión preventiva	37
2.3.	Marco constitucional de la prisión preventiva y los Tratados Internacionales	41
2.4.	Los presupuestos contenidos en el Art. 167 C.P.P.	48
2.5.	Caducidad de la P.P en el Ecuador y el Derecho Comparado	52
2.5.1.	El plazo para la caducidad de la prisión preventiva	55

2.6.	La revocatoria, suspensión y sustitución de la P.P	61
2.7.	Responsabilidad extracontractual del Estado	63
2.7.1.	Sistemas de responsabilidad	65
2.7.2.	Indemnización por privación ilegal de libertad	68
2.8.	Los indicios y la evidencia	71

3. Capítulo III. Proceso garantista para decretar la prisión preventiva

3.1.	La audiencia de control de flagrancia	82
3.2.	La audiencia de formulación de cargos en los delitos no Flagrantes	90

4. Capítulo IV. Análisis de los procesos que sufrieron caducidad de prisión preventiva y los efectos jurídicos que causaron

4.1.	Causas	
4.1.	Nro. De causa: 2011-0134	95
4.2.	Nro. De causa: 9280-2009-0431	98

INTRODUCCIÓN

La libertad individual que la Constitución de la República garantiza a todos los ciudadanos sin distinción alguna, encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva, cuya finalidad no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso, para asegurar el cumplimiento de la pena, así lo dispone el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución de la República, por lo que el derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado Constitucional de Derechos, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto. Sin embargo es necesaria su aplicación en casos en los que se corre el riesgo de impunidad, a través de fuga o de no comparecencia de los justiciables; así como es necesario también que exista celeridad en la justicia, que si bien los plazos razonables de caducidad de la prisión preventiva, en delitos con mucha complejidad no bastan, también es cierto que ha existido en muchas ocasiones irresponsabilidad de los funcionarios judiciales, errores al momento de disponer las audiencias, en una misma hora a un mismo fiscal, lo que ha conllevado que hoy por hoy sea uno de los motivos que causan la caducidad de la prisión preventiva.

Una vez culminada la revisión bibliográfica y la investigación de campo, se ha podido sistematizar la problemática, buscando y descubriendo las causas, efectos y naturaleza que motivaron el mismo, al tiempo de encontrar soluciones alternativas. Se recopiló información científica en libros, códigos, sentencias, y tratados, para conocer, interpretar, comparar y enfocar criterios, opiniones, conceptualizaciones, conclusiones y recomendaciones de distintos autores, expertos o especialistas en el área de la administración de justicia constitucional y penal.

Se pudo determinar que los plazos de la caducidad de la prisión preventiva, según expertos en el área penal, no alcanzan para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, especialmente en casos complejos, como el tráfico de drogas y estupefacientes; y, más aun cuando son varios los involucrados.

El Ecuador ha suscrito tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos o Pacto de San José de Costa Rica, que han sido citados en cuanto al respeto del derecho a la libertad, mismos que son vinculantes para el Estado Ecuatoriano, por lo tanto nuestro sistema de garantías constitucionales y procesales, incluyendo el de excarcelación, responde mejor a un concepto de derecho internacional de los derechos humanos y a una propuesta de derecho penal humanitario.

Con todo lo expuesto y tomando en cuenta lo que el Art. 7 n. 5 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, establece que “toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de **UN PLAZO RAZONABLE** o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”, es decir en este Tratado no especifica tiempos; por lo tanto sería bueno que nuestros legisladores tomen en cuenta la complejidad del delito, es decir la gravedad del mismo, y se reforme el Art. 169 del C.P.P., tal como se sugiere en la propuesta de tesis; y creo que con ello no se estaría vulnerando con lo que estipulan los Tratados Internacionales de los cuales es signatario el Ecuador.

CAPÍTULO I

1. GENERALIDADES Y PRINCIPIOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Para adentrarse en el tema de investigación en cuestión, es necesario entender que la prisión preventiva o prisión provisional es una medida cautelar no de regla general, que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso de tiempo más o menos prolongado, por lo que sólo procede cuando las demás medidas cautelares existentes en nuestra legislación son insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal, solo entonces el juez, aplicando su mejor criterio, deberá dictar prisión preventiva por existir un riesgo de fuga que puede poner en peligro el cumplimiento de la pena en el caso de que el juicio finalizase con una sentencia de culpabilidad, por lo que una vez realizada esta acción, el imputado o acusado de un delito deberá obligatoriamente ingresar en prisión durante la investigación criminal, hasta la celebración del juicio, en donde se emitirá la correspondiente sentencia condenatoria o absolutoria.

Según Victoria Adato Green, “la prisión preventiva inicia con el auto de formal prisión y concluye con la sentencia ejecutoria, y solo opera a propósito de delitos que tengan señalada como pena la prisión. En el caso de que la pena aplicable sea alternativa, es decir prisión o multa, no procede la prisión preventiva” (Adato. 2008. p. 49).

1.1. Concepto

La prisión preventiva o provisional, de acuerdo con la doctrina, “es una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso; y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estriba en que el proceso fluya normalmente y si al concluir el mismo, se acredita una responsabilidad penal por parte de la

autoridad judicial, que se aplique la pena con toda certeza y en la medida que la ley dispone” (Cárdenas. 2004. p. 4).

Rafael de Pina señala que la prisión preventiva es “la privación de la libertad corporal destinada a mantener a los procesados en seguridad durante la tramitación del sumario, en aquellos casos expresamente señalados por la ley” (De Pina. R. y De Pina. R. 2001. Óp. Cit. p. 22).

Alberto Castillo concibe a la prisión preventiva diciendo que “es la privación de la libertad de ambulatoria derivada de un auto emitido dentro de la tramitación de un juicio con el ánimo de que el detenido no se sustraiga al ejercicio de la acción judicial, pero sin que haya resuelto sobre su culpabilidad en la comisión del ilícito que origina el juicio”. Considera también a la prisión preventiva como una medida de seguridad. (<http://www.buenastareas.com/ensayos/Conceptos-de-Prisión-Preventiva/4253372.html>).

El Dr. Walter Guerrero Vivanco señala “...Es aquella que puede ordenar el juez de instrucción, de policía, de derecho, en los enjuiciamientos por delitos perseguibles de oficio, cuando se encuentran reunidos los requisitos del Art. 167 del Código Procedimiento Penal...” (Guerrero. 2002. p. 334).

El Tratadista Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su obra “El Proceso Penal Tomo III”, sostiene que “La privación de la libertad como medida cautelar constituye una seguridad para el Estado y la Sociedad. Para el Estado porque evita que el agente del delito prosiga la alteración del orden jurídico que el Estado está obligado a mantener y para la Sociedad por cuanto asegura la defensa de la misma, impidiendo nuevos atentados contra los derechos públicos e individuales y ratifican la confianza de los individuos y de la comunidad en el ordenamiento jurídico que los protege” (Zabala. 2008. p. 200).

1.1.1. Naturaleza

Solo en casos estrictamente necesarios y en la medida que sea imprescindible para garantizar los derechos de los demás por las exigencias del bien común, se puede restringir la libertad; pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse sea conjugando con el del individuo sometido a un proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, o sea el derecho del estado de reprimir y el derecho inicial del hombre a ser libre.

Una parte de la doctrina consultada, señala “que la prisión preventiva como medida cautelar, no se considera atentatoria al principio de presunción de inocencia, pues ésta es una de las formas de garantizar que el proceso penal continúe en la forma en que la ley lo establece, así de ninguna manera implica que al dictar la prisión preventiva se le esté considerando culpable a la persona, pues aún restringidos sus derechos a la libertad, no pierde la calidad de inocente y no sólo esto, sino que debe ser tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia condenatoria ejecutoriada”.

El inciso tercero del Art. 5 n 3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos indica que la pena no puede trascender de la persona al delincuente, el inciso sexto del mismo artículo al referirse a las penas privativas de la libertad, indica que tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (<http://www.oas.org/dil/esp/tratados-B-32-Convencion-Americana-sobre-Derechos-Humanos.htm>); de lo que se colige tanto de la Constitución de la República, como de ésta Convención Internacional, que se excluye al régimen carcelario como castigo, pues el derecho constitucional a la libertad, es un derecho que fundamentalmente debe ser preservado a cualquier persona, pero cuando se ve limitado por el sometimiento de una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías constitucionales, reglas del debido proceso y las legales; más aún hoy las personas detenidas tienen especiales derechos señalados en el Art. 51 de la Constitución de la República.

1.1.2. Necesidad de la prisión preventiva

Si bien la aplicación de la prisión preventiva congestiona aún más los centros carcelarios del país, no es menos cierto que ésta medida cautelar asegura la comparecencia del procesado al juicio, evitando de esta manera que se pueda esconder evidencias que aporten a esclarecer la verdad para determinar una sentencia que ` pudiera ser condenatoria o absolutoria, sin embargo también es verdad que la prisión preventiva aunque dictada legalmente y legítimamente durante un proceso, puede constituir un adelanto de pena que no puede operar contra el procesado, lo cual se encuentra expresamente prohibido por tratados internacionales ratificados por nuestro país, entrando en contradicción con lo que estipula la Constitución de la República, respecto al derecho de movilidad.

1.1.3. Objetivos:

Los objetivos de la aplicación de esta medida cautelar son:

- Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del procesado;
- Asegurar el éxito de la instrucción fiscal;
- Evitar la frustración de futuros medios de prueba;
- Evitar la reiteración delictiva por parte del procesado, basados en criterios de conductas habituales de aquél;
- Satisfacer las demandas sociales de seguridad;
- El juez debe tener en cuenta que la prisión preventiva es una medida cautelar no de regla general, y no una pena anticipada; y,
- La prisión preventiva no debe superar el mínimo legal de la pena establecida en abstracto para el delito objeto del juzgamiento.

1.1.4. Características de la prisión preventiva

Dentro del ordenamiento jurídico la prisión preventiva tiene características que la distinguen y que pueden ser: **Revocable**, cuando se hubieran desvanecido

los indicios que la motivaron o cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído; **De plazo razonable**, toda vez que no puede exceder de seis meses en los delitos reprimidos con prisión, y un año en casos de delitos reprimidos con reclusión, busca evitar que la privación de la libertad del imputado se prolongue fuera de un plazo razonable, sin embargo tal intención deriva que a falta de una justicia pronta y eficaz el acusado tenga derecho a obtener la libertad con fundamento en la Constitución, provocando que los imputados de un delito salgan a las calles haciendo uso de un derecho que permite que quede en la impunidad delitos graves contra la sociedad; y, que como consecuencia de ello se incremente la inseguridad; **sustituible**, ya que se establecen medidas alternativas a su aplicación; e **impugnable**, pues el imputado, el fiscal o el acusador particular pueden apelar de la medida.

Pero también tiene limitaciones por cuanto no se la puede ordenar en los delitos de acción privada, en las infracciones cuya pena no exceda de un año, independiente de la condena que se imponga, así como en los delitos que no tengan previsto pena privativa de la libertad, y en el caso que el grado de participación sea de encubridor (<http://www.derechoecuador.com/index.php>).

1.1.5. Naturaleza jurídica

La sanción privativa de la libertad tiene dos formas en su aplicación, una es la prisión considerada como pena, es decir, como la consecuencia impuesta por un juez de garantías penales con motivo de la comisión de un delito, mediante una sentencia condenatoria que ha causado ejecutoria, y la segunda es la prisión como medida de seguridad, también llamada prisión preventiva, que es a la que un presunto delincuente se hace acreedor mientras se ventila su causa en un proceso. Su naturaleza es un hecho cierto y no admite discusión, en el proceso penal las medidas precautorias, se desarrolla y adquiere su propia fisonomía e importancia en el proceso penal.

Jesús Rodríguez y Rodríguez señalan que la prisión preventiva presenta los siguientes propósitos y fines:

Propósitos generales

a) Indirectos

1. Garantizar una buena y pronta administración de justicia.
2. Garantizar el orden público, restableciendo la tranquilidad social perturbada por el hecho delictivo.
3. Garantizar el interés social en la investigación de los delitos.
4. Garantizar la seguridad de terceras personas y de las cosas.

b) Directos

1. Asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el caso de su violación.
2. Asegurar el éxito de la instrucción preparatoria, así como el desarrollo normal del proceso.
3. Facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el inculpado.

Fines específicos

1. Asegurar la presencia del imputado, durante el desarrollo del juicio, ante la autoridad que debe juzgarlo.
2. Garantizar la eventual ejecución de la pena.
3. Posibilitar al inculpado el ejercicio de sus derechos de defensa.
4. Evitar su fuga u ocultamiento.
5. Salvar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, cuerpos del delito, etc.

6. Prevenir la posibilidad de comisión de nuevos delitos por o contra el inculcado.
7. Impedir al inculcado sobornar, influir o intimidar a los testigos o coludirse con sus cómplices (<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/705/4>).

Afirma Carlos Fontan Balestra que, “la prisión preventiva tiene como meta exclusiva el aseguramiento del proceso. La prisión preventiva es un mal necesario, se fundamenta en la necesidad que tiene la sociedad de tomar medidas de precaución contra quienes presuntamente ha cometido un delito; es una medida de seguridad, un medio para instruir los procesos y una garantía de que se cumplirá la pena” (Reynoso. R. 1996. p.109).

Beccaria intenta legitimar el encarcelamiento preventivo, destacando el único argumento válido y razonable, que es la necesidad. Referente a esto señala que “la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia sino cuando la necesidad obliga. La cárcel es sólo la custodia de un ciudadano hasta en tanto sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible, y debe ser la menos dura que se pueda”, (Beccaria. C. 2005. p. 52), y agrega que “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida” (Beccaria.C.2005. Óp. Cit. p. 40)

Carrara en este mismo sentido subordinó el uso de la prisión preventiva “a las necesidades del procedimiento, haciendo hincapié en que tiene que ser brevísima, que no es tolerable sino en graves delitos y que hay que procurar suavizarla mediante la libertad bajo fianza; admitiendo su prolongación solo para dar respuestas a las siguientes necesidades:

1. De justicia, para impedir la fuga del reo;
2. De verdad, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos;

3. De defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno” (Cárdenas. R. 2004. Óp. Cit. p. 6).

La figura de la prisión preventiva provoca dos actitudes legítimas, pero opuestas que buscan por un lado garantizar el derecho de la sociedad a su protección y seguridad, y; por otro, el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia del imputado.

La prisión preventiva es una restricción a la libertad del imputado para poder conseguir los fines del proceso, en cambio la prisión provisional es una medida cautelar o de coerción procesal, destinada a garantizar el curso normal del proceso penal y el cumplimiento efectivo de la sentencia, y está estructurada sobre presupuestos materiales que necesariamente deben acreditarse

1.2. PRINCIPIOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La nueva regulación constitucional recoge los principios básicos que deben presidir ésta institución, ya que cuando se trata de prisión preventiva, los derechos fundamentales constituyen limitaciones normativas, por lo tanto es necesario e importante, que antes de la adopción de esta medida cautelar se debe interponer el principio de inocencia y el respeto a la libertad como garantías constitucionales, ya que los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir constitutivo del orden jurídico; partiendo de esto, y en vista de que la Constitución de la República y Código Procesal Penal se ha instaurado y regulado la Prisión preventiva como medida cautelar, se deben analizar los principios básicos que son de carácter prácticamente obligatorio observar. Entre los más relevantes se encuentran:

1.2.1 Principio de la jurisdiccionalidad

La Constitución de la República ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales sobre la base de la necesidad del proceso penal o

principio de jurisdiccionalidad, mismo que tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone sólo por los tribunales; y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.

Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden, tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico jurídicas, muchas de las cuales han sido positivadas en la Constitución de la República o en la ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal.

La Constitución de la República ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la **jurisdicción penal**, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en el ámbito procesal penal son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra.

Sostiene Luigi Ferrajoli que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. De igual manera, insiste el mismo autor, la principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de

jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), que tiene su origen en el Art. 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia; en tal virtud esta garantía de jurisdiccionalidad, en sentido estricto, exige la acusación, la prueba y la defensa.

En consecuencia se puede afirmar que, este principio hace referencia a que sólo podrá imponerse pena o medida de seguridad por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos, es decir solo se podrá disponer que proceda por orden descrita de jueza o juez competente.

1.2.2 Principio de inocencia.

“La inocencia es asumida tanto constitucional como legalmente como uno de los fundamentos del debido proceso, en general, y del debido proceso penal, en particular. El Código de Procedimiento Penal asume la inocencia como uno de los principios fundamentales, y es así como el Art. 4 textualmente dice: “Todo imputado es inocente, hasta que en sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”.

El tratadista Dr. Zabala Baquerizo manifiesta que, “uno de los presupuestos importantes del proceso penal que está relacionado más íntimamente con la persona, es el derecho a la inocencia” (Zabala. p.1997).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la vez señala que, efectivamente: “la presunción de inocencia salvaguarda los derechos de las víctimas del delito y los de la sociedad en general, al castigar con elementos de prueba irrefutables y conforme a derecho, a quien verdaderamente corresponda. Se alude al concepto garantista de la presunción de inocencia; su tratamiento por el derecho internacional de los derechos humanos” (<http://vlex.com/vid/presunción-inocenciaconstitucional-mexicano-452376>).

Ulpiano habla sobre la inocencia y dice, “que nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente” (Campbell. 2007. p. 347).

Posteriormente en el año de 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, entra en plena vigencia este principio, como una forma de recuperar los derechos de las personas. En su Art. 9 se establece por primera vez, la presunción de inocencia.

Jorge Zabala Baquerizo en cambio manifiesta: “Es tradicional dentro de la mayoría de Constituciones Políticas, nuestras y del mundo entero, así como en la mayoría de los Tratados, Convenciones y Declaraciones Internacionales, referirse a la “inocencia” expresando que se trata de una “presunción”, dando así una falsa idea de lo que realmente es, en derecho constituye la inocencia como un bien jurídico. La inocencia no es una presunción; es un bien jurídico que vive en el hombre y que genera un derecho subjetivo, con características propias que le permiten exigir la garantía del Estado. El bien jurídico de la inocencia vive en el ser humano desde que nace hasta que muere. No necesita que alguien, ni los hombres, ni el Estado, concedan, donen, o endosen la inocencia; ésta vive con el hombre y con él muere. (Zabala. 1997. p. 287).

El tratadista Dr. Zabala Baquerizo se apega no solo a la realidad jurídica, sino también a la humana, el principio de inocencia en ningún caso debe presumirse, porque es un principio como él bien lo manifiesta, nace con la persona, y está ligado con otros principios y derechos como el derecho a la vida y a la libertad, mientras a la persona no le prueben lo contrario, no le pueden acusar del cometimiento de algún delito, sin embargo en la práctica se ha venido haciendo lo contrario, esto es primero detienen a la persona y luego empieza la investigación, pero el Dr. Zabala Baquerizo está defendiendo uno de los derechos del individuo, esto es la libertad. Con su criterio, ya se anticipó a lo que hoy manifiesta la Constitución la de República, en su artículo 76 numeral 2.

“En materia de prisión preventiva, el principio de inocencia es fundamental, ya que es el punto de partida para que se dicte ésta medida cautelar. Según la formulación tradicional del principio, se impone una exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia” (Bovino. 2006. p. 437).

La doctrina procesal moderna ha desarrollado el concepto de estado de inocencia en forma extensa, ya no como presunción, la misma que indica que no lo es, sino como un principio informador del procedimiento penal, dándole así una nueva perspectiva a partir de dos presupuestos que son inherentes a todo sistema procesal: “El primero es el de la carga y la valoración de la prueba, elementos necesarios para formar la convicción del juzgador; y, el segundo es el de la sentencia fundada o motivada, que le exige contar con razonamientos o consideraciones tanto en lo que se refiere al establecimiento de los hechos por los medios de prueba existentes en el proceso como en la invocación de la aplicación al caso de las normas *decisoria litis*. Así, el establecimiento de los hechos, en esencia la existencia del hecho punible, la participación como autor, cómplice o encubridor; las circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes y el grado de consumación constituyen los elementos que permitirán dictar en el proceso las resoluciones necesarias en su sustanciación y la sentencia definitiva” (Campbell. 1996. p. 349).

El criterio de Campbell, favorece al principio de inocencia, pues le permite a la persona que se le trata de imputar algún delito, tener la oportunidad de defenderse en libertad, aportando pruebas favorables a su convencimiento de inocencia, para que el juez las valore y así tenga los elementos necesarios para fundamentar su resolución.

El Código de Procedimiento Penal de nuestro país, en su Art. 4 dice: “Todo procesado es inocente, hasta que en sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.” (Código de Procedimiento Penal. 2010. p. 2). El Art. 76 numeral 2 de

la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el principio de presunción de inocencia: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Constitución de la República del Ecuador).

En concordancia con la interpretación anterior, la presunción de inocencia es también una consecuencia de la necesidad de juicio previo, (Maier. 1996. p. 490), derecho fundamental que está consagrado en el Art. 1 del Código Procesal Penal. Lo que significa que en nuestro país “el orden jurídico comienza a tratar a una persona como culpable desde el momento que la sentencia de condena queda firme” (Bovino. 2005. p.94-95) y no antes, además de la derivación del derecho a un juicio previo como del derecho a la presunción de inocencia se establece como principio “el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que, necesariamente, deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o la verosimilitud de la imputación” (Bovino. 2005. p. 38).

Este criterio es similar al de Campbell, ya que solamente cuando existe una sentencia ejecutoriada que haya declarado la culpabilidad del imputado, dejaría de existir el principio de inocencia, mientras tanto durante el trámite de la causa penal, este principio precisamente, le da la oportunidad al presunto infractor a que pueda aportar las pruebas que crea necesaria en su defensa, defensa que debería realizarla en completa libertad.

La libertad del imputado en el procedimiento, no solo que es también un efecto de viniente del ejercicio del derecho a la presunción de inocencia como del juicio previo, sino también de la vigencia del derecho a la defensa. Existen quienes sostienen que la prisión preventiva, no debería existir, así tenemos a Luigi Ferrajoli quien ha manifestado: “El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto

inocente, sino también porque lo es, es decir sobre todo por necesidades procesales: para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente su defensa; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas". (Luiggi. 2006. p. 553).

La CIDH, entiende que el principio de inocencia obliga al Estado a demostrar la culpabilidad del imputado, respetando las garantías del procedimiento que protegen su equidad e imparcialidad. Agrega que conforme a las "normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad". (Bovino. 2005. p. 439). El Art. 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, establece, que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". (Convención americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 02.02.09). Este principio construye una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia de condena; y, "por ende la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado" (Maier. 2005. p. 257).

La situación jurídica de inocencia no ha sido siempre aceptada pacíficamente, pues algunos autores como Vicenzo Manzini afirman que "el reconocimiento de la mencionada situación jurídica significa enervar la prisión preventiva, por ejemplo hasta que no se hubiere dictado la sentencia condenatoria firme" (Manzini. 2004. P. 189). Tal posición es errada, pues, como bien dice Clariá Olmedo, "No cabe duda, que todos esos actos del órgano acusador o del órgano de la jurisdicción que fundamentalmente se cumplen durante el trámite del proceso, afectan al imputado poniendo en tela de juicio su inocencia frente al posible hecho afirmando. Por eso es precisamente que debe abrirse o

proseguirse el proceso penal en su contra, solo él ha de proporcionar el juicio lógico de culpabilidad” (Olmedo. 2001. p. 121).

Es necesario destacar que las medidas cautelares de carácter personal no tienen relación alguna con la situación jurídica de inocencia, pues aquella, como dice la ley procesal penal, tiene fines que limitan el derecho a la libertad y el derecho a la propiedad, limitaciones que están permitidas constitucionalmente y esos fines se encuentran previstos en los Arts. 159 y 167 del Código de Procedimiento Penal, en los que se establece que la prisión preventiva tiene como finalidad “garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso....” (Art. 159), y “garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar en cumplimiento de la pena....” (Art. 167). No es que se limita el derecho a la libertad del sujeto pasivo del proceso por considerarlo culpable, sino porque se aspira a asegurar la presencia del justiciable durante el desarrollo del proceso, en cuyo desarrollo goza de la presunción de inocencia. Las medidas cautelares tienen finalidades de carácter procesal y no afectan la situación jurídica de inocencia.

1.2. 3. El principio de excepcionalidad.

La ley fundamental considera que, el estado natural de la persona es la libertad, por lo que la privación de ese derecho es la excepción y nunca la regla, cualquier restricción a la libertad de movimiento por la autoridad estatal no puede ordenarse sino bajo condiciones estrictas.

El principio de excepcionalidad también hace referencia a que el encarcelamiento durante el proceso debe ser siempre el último recurso para evitar la fuga del imputado. Por tal razón, el Código Procesal Penal ha previsto una serie de medidas de coerción sustitutivas de la prisión preventiva, con el objeto de otorgar variantes que permitan no enviar a prisión, por los efectos que de por sí ésta produce, por lo tanto la prisión preventiva sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley.

El carácter excepcional de esta medida cautelar es también reconocido constitucionalmente por lo dispuesto en el Artículo 77 numerales 1 “La privación de la libertad no será la regla general, y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima de un delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicaran de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”, y; 11 “La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.3 se establece que “...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...”; (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 02.03.09). las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) establece en su disposición 6.1 que “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso...”; (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad , 04.02.09); y, el principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, determina que “Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.”

En pocas palabras, en la colisión de intereses entre la libertad del procesado versus el posibilitar la administración de justicia, únicamente puede prevalecer la segunda alternativa cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados. En fin, la prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo como lo es su libertad, necesariamente debe estar debidamente regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se le utiliza en una etapa procesal en que el procesado cuenta a su favor con un estado de inocencia, garantizado en nuestro ordenamiento jurídico como lo hemos visto antes.

1.2.4. El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, uno de los principios fundamentales del derecho penal, se refiere a la calidad del proceso, es decir a la ecuanimidad respeto de los derechos de defensa y equilibrio de las partes y la eficaz proporcionalidad y celeridad. Proporcionalidad entre las garantías de defensa que se deben al imputado en cuanto al ser humano, y las garantías de eficacia de la investigación, en relación a la gravedad del delito, que se deben al resto de los individuos de la sociedad no imputados.

La proporcionalidad entre la defensa y la eficacia de la investigación constituye un principio que debe incorporarse a las legislaciones procesales junto al de legalidad y reserva, a fin de procurar una efectiva vigencia de los derechos humanos.

El principio de proporcionalidad es aquel que permite lograr un equilibrio en la correcta administración de justicia en materia penal, por cuanto el delincuente es un ser humano que de encontrarle responsable de un delito, tiene el derecho a que se le imponga una pena acorde al daño ocasionado a la víctima.

El principio de proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conlleven una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible, ya que la justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para aquel.

El principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso, está integrado por otros principios, así el principio de finalidad, vendría en primer lugar a establecer como presupuesto que el fin perseguido por la norma deba ser legítimo, es decir, el bien o interés protegido a través de la limitación debe estar amparado constitucionalmente; el principio de adecuación, vendría a operar como un examen de idoneidad y coherencias con el fin perseguido; el principio de necesidad por su parte exigiría que la intervención de la norma produzca el menor daño posible, y que no exista otra medida alternativa que sea igualmente eficaz; mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto vendrá a establecer una ponderación racional entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado.

El límite temporal se fundamenta en el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir una proporción entre la pena en expectativa y el lapso de privación de libertad que cumple el imputado, como en el estado de inocencia ya analizado, puesto que durante toda la tramitación del proceso penal, el procesado, goza del estado o principio de inocencia, motivo por el cual, la prisión preventiva que es un instituto de pura esencia procesal, no puede convertirse en una pena anticipada, puesto que la pena se aplica únicamente al sentenciado.

En consecuencia, no se autoriza el encarcelamiento procesal, cuando en el caso concreto, no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. Por lo demás, “en los casos que admiten la privación anticipada de libertad, ésta no puede ser más prolongada que la pena eventualmente aplicable” (Bovino. 2003. p. 457).

Castillo Alva manifiesta: “Para el Derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia. En sentido negativo el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto” (Castillo. 2004. p. 280).

De lo manifestado se desprende que, el principio de proporcionalidad, debe aplicarse tomando en cuenta los presupuestos legales y formas previstas, guardando la debida proporcionalidad, es decir sin imposición desmedida de sanciones; sean éstas, penas o medidas de seguridad, ya que ello significaría una restricción o privación abusiva y arbitraria de derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que: “si el tiempo pasado por un detenido en régimen de prisión preventiva en espera de juicio, rebasa el período de la pena que se impondría si se le reconociera culpable y se le condenara, la detención constituiría una grave violación a los derechos del detenido a que se le formulen las acusaciones y se le reconozca culpable antes de que se le castigue” (Bovino. p. 457). Este antecedente reviste suma importancia, pues permite afirmar que, la vulneración del principio de proporcionalidad será considerada una violación del principio de inocencia, ya que la duración máxima de la prisión cautelar debe estar limitada por la duración máxima de la pena que podría imponerse en el caso concreto.

Existen otros criterios para aplicar este principio de proporcionalidad, conocido también como el principio de prohibición de exceso, que supone correlación entre la medida y la finalidad, se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida. Consiste en la utilización de técnicas de contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del

caso concreto que importa el sacrificio de los intereses individuales para dar prioridad al interés estatal que se pretende salvaguardar. La finalidad que se pretende alcanzar es la realización de la justicia que implica el sacrificio legítimo de otros bienes entre ellos la libertad del imputado, a través de la prisión preventiva.

La medida debe durar lo estrictamente necesario, en función a los fines que se persigue; por ello son provisorios. La permanencia de la medida está subordinada a otros aspectos, como el riesgo de la fuga, de ocultamiento de bienes, siempre y cuando se manifiesten indicios objetivamente verificables que el imputado pretende sustraerse de la justicia o de depredar su patrimonio, cuando no existen otros medios lesivos idóneos para asegurar los fines del procedimiento, el juzgador deberá evaluar las características y particularidades del caso concreto, a efecto de determinar la idoneidad y necesidad de la medida y considerando la gravedad del delito perseguido, la calidad de los autores, los elementos de la convicción, las pruebas que se pretende recoger, etc.

1.2.5 Principio de provisionalidad

Las medidas coercitivas tienen un tiempo límite o máximo de duración, su duración no es ilimitada ni mucho menos dura lo que dure el proceso. Incluso, antes que finalice el tiempo límite previsto por ley, pueden variar debido que se encuentran subordinadas a la permanencia de los presupuestos materiales.

Aquí se materializa la regla del rebus sic stantibus que no es otra cosa que las medidas coercitivas pueden ser reformables, aun de oficio si favorece al imputado, cuando varían los presupuestos en que fueron aceptadas o rechazadas.

El principio de provisionalidad faculta continuar con la detención, sólo si persisten los sucesos que instituyeron la privación de libertad, ya que la

detención preventiva sólo se legitima a través de la existencia de todos sus presupuestos, en el momento en que desaparezca alguno de éstos requisitos, la prisión preventiva debe cesar. En este sentido, se señala que la “privación de libertad durante el proceso deberá finalizar no bien cesen las causas que la justificaron. El imputado recuperará su libertad inmediatamente después de que desaparezca el peligro de fuga o se haya asegurado la prueba, cuya adquisición podría ser perturbada por él” (Bovino. 2003. p. 464).

Para San Martín Castro Cesar, “Las medidas de coerción personal son provisionales, se cumplen por determinado plazo. Además se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación en tanto perdura el proceso declarativo, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial” (San Martín. 2003. p. 1080).

Es decir, este principio debe tener relación directa con el de proporcionalidad, ya que esta medida debe durar lo estrictamente necesario, de conformidad con los fines que se persigue. De acuerdo con el artículo 9 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso, sólo puede deberse a la necesidad de asegurar "la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo"(Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. 1966).

Nuestro Código de Procedimiento Penal en el Art. 170, numeral 1, indica que cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron, se puede revocar esta medida.

1.2.6 Principio de inmediación.

El principio de inmediación se enuncia diciendo que el titular del órgano jurisdiccional penal no solo debe dirigir personalmente la práctica de un acto

procesal de prueba para valorar en el momento oportuno, sino que , además, debe tomar contacto directo con las partes procesales y con los terceros que intervinieron de una u otra forma durante el desarrollo del proceso. Por la inmediación el juez no solo toma conocimiento directo del medio de prueba sino también de sus órganos, como en el caso del testimonio cuyo contenido es la prueba y cuyo órgano es el testigo. Es decir entra en relación directa con la prueba, con el medio de prueba y con el órgano de la prueba; de ésta manera está en capacidad de valorar dicha prueba de manera integral. Este principio adquiere importancia especial en el sistema acusatorio, pues el tribunal de sentencia no asume la prueba a base de actas en donde se perpetúa la práctica de actos procesales de prueba realizados por otros titulares del órgano jurisdiccional penal, sino que asume la prueba por inmediación directa con la misma.

En consecuencia se podría decir que este principio promueve la relación directa entre el juzgador con las partes procesales y con todos los actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal, pasando por alto todo aquello que, de manera indirecta pueda llegar a conocimiento del juez , como son las diligencias sobre actos practicados sin la dirección inmediata del juez, o informes de personas que no han sido nominadas por el juez para la práctica de un acto procesal de reconocimiento de huellas, instrumentos etc. De allí que los alegatos de los sujetos procesales activo y pasivo del proceso deben ser expuestos oralmente ante el tribunal de juzgamiento.

De acuerdo a lo expuesto por Par Usen la inmediación implica dos aspectos importantes:

1. El contacto directo del juez con los elementos probatorios en que ha de basar su juicio y decisión; y,

2. El contacto directo de todos los sujetos procesales entre si, en el momento de recibir esas pruebas. La intermediación implica que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las que se encuentran bajo su acción inmediata; y, para ello requiere del desarrollo de ciertas cualidades de observación, receptividad, reflexión y análisis (Reglas de Tokio 02.03.09, en http://www.unhchr.ch/spanish/html/mlmenu3/b/h-comp46_sp.htm).

El principio de intermediación tiene como finalidad mantener un estrecho contacto entre el juzgador de una parte y los litigantes, y la totalidad de los medios probatorios de la otra, desde que comienza el proceso hasta la sentencia final, esto con el propósito de que no existan intermediarios, y de que lo recogido directamente por el juez de garantías penales, durante todos los actos procesales, sirva para plasmar en el fallo, ya que la meta de todo proceso, “es la búsqueda de la verdad, pero no de la verdad formal, sino de la verdad material, y para ello se encontrara el juez en mejores condiciones si se entiende directamente con las partes y la prueba, que si lo hace de manera indirecta” (Fairen. 1958. p. 265).

Existe una resolución de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la República Dominicana que dice: “Dentro de las causales que motiva la aplicación de la prisión preventiva en la República Dominicana en el nuevo Código procesal está el peligro de fuga, dicha causal es poco controvertida ya que la misma es aceptada por su compatibilidad con la presunción de inocencia. La doctrina alemana y también la latinoamericana en general la estiman conforme a dicho principio, puesto que se encuentra en sintonía con los objetivos del proceso, alegan que no es posible la aplicación de la ley penal sin la presencia del imputado, indicando que no se puede condenar a un sujeto en ausencia, visto que es una consecuencia del derecho de audiencia el cual se deriva a su vez del derecho de defensa. Refieren estas doctrinas que resulta lógico, que en caso de que el imputado se quiera fugar o se sustraiga a la justicia, lo más recomendable es que se ordene la privación de su libertad, para

con ello cumplir la realización del juicio oral y contradictorio (<http://www.jusrionegro.gov.ar//jurisprudencia/ver.jurisprudencia.php-20368>), se puede concluir entonces que, el principio de inmediación de las partes es vital en todas y cada una de las etapas procesales penales, ya que a través de la estrecha comunicación entre los sujetos procesales, durante todo el proceso, se puede evitar que se suspendan los procedimientos o se declaren nulidades, que vulnere el derecho a la defensa.

1.2.7. Principio de legalidad.

El segundo principio fundamental reconocido expresamente por el Código de Procedimiento Penal es llamado "principio de legalidad" enmarcado en el Art. 2, que textualmente dice: "Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida "La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución la suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa"

La Constitución de la República, específicamente el artículo 76 numeral 3 señala que: "nadie podrá ser Juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se la aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento"

El principio de legalidad comprende no solo la prohibición de que una persona sea reprimida por un acto que no esté previamente descrito como infracción por la ley penal, o recibir una pena que ella no hubiera previsto , sino que extiende

su mandato al caso en que la ley posterior a la comisión del delito derogue la ley que previó dicho delito, pues en este caso, por haber dejado de ser la anterior una conducta antijurídica, la ley posterior se retrotrae al tiempo en que se cometió la infracción para enervarla; y, en consecuencia, liberar a la persona que hubiere sido condenada por dicha conducta anteriormente delictuosa, a extremos tales que se extingue la pena, aun en el caso que se estuviera cumpliendo.

La legitimidad de la prisión preventiva está condicionada a la concurrencia de presupuestos materiales y formales, cuyos fines son los de asegurar la pretensión punitiva estatal, que se materializan a través de la condena, así como de realizar una actividad probatoria que pueda reconstruir el hecho punible tal y como aconteció en realidad.

Para que el principio de legalidad no sea vulnerado, los plazos de la prisión preventiva, deben durar lo estrictamente necesario para alcanzar los fines propuestos en el proceso, procurando cumplir con lo establecido en la ley, ya que de lo contrario esta medida se convierte en arbitraria e inconstitucional.

El Código de Procedimiento penal establece que, la prisión preventiva no procede en los delitos cuya pena no excede de un año, así como en los delitos de acción penal privada, y conforme al tiempo, no puede durar más de seis meses en los delitos de prisión ni más de un año en los delitos de reclusión, contenido en el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal.

La finalidad de esta clase de prisión, de acuerdo con el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal actual, es para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o ya para asegurar el cumplimiento de la pena.

El Art. 168 del Código de Procedimiento Penal establece la competencia, forma y el contenido de la decisión del auto de prisión preventiva. El Art. 170

contempla la revocatoria o la suspensión de la misma, siendo cuatro casos en los cuales se produce lo antes mencionado; y, en el artículo 171, *Ibídem*, dispone la revisión de esta medida cautelar y los casos de su procedencia.

1.2.8. Principio de celeridad.

Este principio establece la necesidad de que los procesos penales se desarrollen en un tiempo prudencial para evitar la viciosa costumbre de eternizar la sustanciación de dichos procesos con grave detrimento de la justicia que se transforma en injusticia para ofendidos y ofensores cuando ésta se dilata. El principio de celeridad se inspira en el hecho de que la justicia debe ser administrada de manera pronta de tal forma que el acceso a la tutela jurídica y el ejercicio del derecho de defensa no se limite al solo hecho de recurrir al órgano jurisdiccional respectivo y luego esperar un prolongado tiempo, para que se resuelva el asunto que motivó la actividad judicial, sino que la resolución definitiva debe llegar pronta y ágil, sin dilaciones innecesarias, permitiendo que el proceso penal tenga la duración que marca la ley procesal, desde luego con las excepciones que la misma ley prevé, el proceso penal debe durar el tiempo razonable para que surja la resolución definitiva y pueda ser ejecutada en tiempo oportuno.

Como se puede observar, el principio de celeridad comprende un mandato impositivo para los jueces, a los cuales el Estado les impone la obligación de resolver los procesos dentro de un plazo razonable, que no es otro que el previsto por la ley de procedimiento penal, éste mismo principio establece el derecho a favor de los sujetos procesales para que éstos puedan exigir el ágil desarrollo del proceso, otorgándoles, inclusive un medio para excluir de la competencia al juez moroso mediante la acción de recusación.

La celeridad procesal no es un principio abstracto, es el alma del servicio de justicia. Está claro que la existencia del debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe

prolongar innecesariamente el litigio; ya que la sociedad debe recomponer su paz a través del proceso en el más breve plazo; y es de su interés que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica se dilucide prontamente.

1.3. EL DEBIDO PROCESO

El principio del debido proceso (o proceso debido) es de origen anglosajón (“due process of law “) (Gómez. 1995. p. 15), que se encuentra formulado por escrito por primera ocasión en el capítulo XXXIX (39) de la Carta Magna de Inglaterra del año 1215, allí se dispone “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. Esta declaración alimentada por los barones normandos pretendía frenar los abusos del Rey Juan Sin Tierra, imponiéndole reglas de juego limpio, castigando la arbitrariedad política y sometiendo al proceso las extralimitaciones. Esta conquista se mantiene desde entonces en el “common law” británico.

El paso a EE.UU. fue inevitable y se hace presente en las diez primeras enmiendas de la Constitución americana de 1787 conocida como la “Declaración de Derechos “(Bill of Rights “). El punto más alto puede ser encontrado en la enmienda V. En los Estados Unidos el principio del debido proceso debe entenderse de acuerdo con el sistema jurídico del “common law” o derecho consuetudinario, opuesto al continental codificado y escrito (“civil Law”). En el derecho consuetudinario el proceso debido actúa y es la manifestación de un Estado de Derecho, tal y como la jurisprudencia norteamericana lo desarrolla en sus aspectos procesales y material, derivado esencialmente para el entendimiento del proceso penal, “particularmente desde el prisma constitucional, como por ejemplo la regla del juego limpio o <fair trial>, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales” (Gómez. 1995. p. 15).

El principio del debido proceso es un principio general del derecho, y por tanto fuente del derecho procesal y del derecho sustantivo o material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, y vinculante al legislador y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria; éste derecho fundamental está garantizado por la Constitución de la República, en su artículo 76, en el cual se reconoce a las personas el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, ofreciendo a las partes procesales equilibrio y seguridad jurídica.

Se podría entender entonces, que el derecho al debido proceso, es el límite al abuso del poder estatal, ya que la aplicación de éste, permite al individuo, exigir el cumplimiento de las garantías que comprende este derecho y que son: principio de legalidad y de tipicidad, presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente, el principio in dubio pro reo, derecho a que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución de la República o la ley no tengan validez alguna y carezcan de eficacia probatoria, proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales; y, el derecho a la defensa.

Santos Basantes dice “que es una garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse en todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle tener oportunidad de ser escuchado hacer valer sus pretensiones frente al juez de garantías penales”.

1.3.1 El debido proceso penal.

Cuando nos referimos al debido proceso entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales previstos en la Constitución de la República, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios internacionales, que han sido

ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El debido proceso penal por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal.

“La legalidad del debido proceso penal es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado (Zabala., 2002. p. 121).

Hablar del debido proceso penal es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la administración de justicia penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona, que por una u otra razón, justa o injustamente, entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc.

Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

1.3.2 Contenido del debido proceso penal

“En un Estado de derecho, el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La necesidad de juicio previo es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal” (Zambrano. 2005. p. 50).

En la Constitución de la República actual, existe un capítulo destinado a los derechos de protección, en la que se establece el derecho a acceder gratuitamente a la justicia, (Art. 75); y en el Art. 76 constan las garantías básicas del derecho al debido proceso, en el que se hallan la observancia de las normas y los derechos de las partes, la presunción de inocencia, la validez de las pruebas, el principio de legalidad, de proporcionalidad, el principio del indubio pro-reo, el derecho de defensa, y en el Art.77 consta las garantías en caso de privación de libertad.

En el Art. 51 del Código de Procedimiento Penal, se especifica que se deben aplicar las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas hasta la culminación del trámite, y se respeten los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa. Igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.

CAPÍTULO II

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ECUADOR

Etimológicamente, la palabra medida, en el concepto que nos concierne, significa “prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a un conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

Para Maier, las medidas cautelares constituyen “la aplicación de la fuerza pública que coarta las libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico, que pretende el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento y averiguar la verdad y la actuación de la ley sustantiva; y, en la prevención inmediata sobre el hecho concreto, que constituye el objeto del procedimiento”(Maier. 2003. p. 127), se podría decir entonces, que las medidas cautelares, son herramientas procesales que se imponen, con el único objetivo de restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas.

El Dr. Jorge Zabala Baquerizo señala que las medidas cautelares tienen características propias, y que por lo tanto deben tener como principio primario el de excepcionalidad, y dice “en efecto la regla general es que toda persona es libre individualmente considerada, así como también tiene el derecho de disponer de su propiedad en el momento que lo crea conveniente de acuerdo con las regulaciones legales. Por lo tanto, las medidas cautelares que limitan la libertad y el ejercicio del derecho de propiedad, son medidas excepcionales y como tales deben ser administradas con sentido restringido en tanto cuanto afecten a derechos garantizados constitucionalmente”. El tratadista hace referencia a que ciertas medidas cautelares, como la prisión preventiva deben ser subsidiarias y no alternativas, esto es qué, deben ser impuestas en último término; cuando se considere que ninguna otra medida cautelar podría ser útil.

El uso de medidas cautelares significa “utilizar los mecanismos idóneos para asegurar un derecho sustancial, en ocasiones inclusive la efectividad del ius punendi del estado, preservar pruebas, proteger a la sociedad o asegurar el pago de los derechos patrimoniales vulnerados con la infracción penal, e inclusive proteger a la persona misma que quebranta las prohibiciones del derecho material penal” (García. 2005 p. 281).

El Código de Procedimiento Penal, textualmente indica que :“**Art. 159.- Finalidades.-** A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

El artículo 160 del Código de Procedimiento Penal establece las clases de medidas cautelares de carácter personal, entre las que se encuentra la prisión preventiva como medida de última ratio:

1. La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
2. La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
3. La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
4. La prohibición de ausentarse del país;
5. Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;

6. Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
7. Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
8. Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
9. Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrará una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
10. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
11. El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
12. La detención; y,
13. La prisión preventiva.

Las medidas cautelares de orden real son:

1. El secuestro;
2. La retención; y,
3. El embargo.

2.1. La Prisión preventiva

La palabra prisión significa, “acción de aprender, coger, asir o agarrar, cárcel, u otro establecimiento penitenciario donde se encuentran los privados de libertad; ya sea como detenidos, procesados o condenados, pena privativa de libertad más grave y larga que la de arresto e inferior y más benigna que la de reclusión. Preventiva señala la idea de prevención o perjuicio, prevención o por si acaso, para evitar un mal”. (Cabanellas. 2007. p. 29).

La privación de la libertad debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con la finalidad de cumplir con el principio universal de presunción de inocencia consagrado en el artículo 76 n 2, de la Constitución de la República, artículo 4 del Código de Procedimiento Penal y artículo 32 del Código Civil.

La finalidad de la prisión preventiva:

Creus al referirse a la “detención provisional” en el Derecho Procesal Penal Argentino afirma que “el mandato de detención tendría por objeto asegurar el cumplimiento y la ejecución de la sentencia (San Martín.1999. p.819). “El derecho a la cautela o al aseguramiento de la tutela plena de la sentencia es un puro derecho procesal. En definitiva, es un derecho frente al Estado por el que se pide que se asegure la plena efectividad de la futura sentencia durante el tiempo que se tarde en tramitar el proceso” (San Martín.1999. p.782).

Efectivamente la finalidad de la prisión preventiva es impedir la sustracción a la acción de la justicia, asegurando que la persona sindicada de haber cometido un delito, cuando contra ella exista indicios graves de responsabilidad, comparezca efectivamente al proceso penal; y, no escape a la acción de la justicia y se puedan garantizar los efectos posteriores de la acción de la justicia.

Cafferata Nores comparte la concepción procesalista del encarcelamiento preventivo, porque cree que “es el mensaje más comprensible de resistencia frente a una cultura jurídica crecientemente autoritaria, que lo concibe como un gesto punitivo ejemplar e inmediato fundado en la mera sospecha o en la íntima convicción de los funcionarios judiciales sobre la participación del imputado en un delito” (CAFFERATA .1998. p.192).

La prisión preventiva es una forma de resolver la situación jurídica de una persona que se encuentra vinculada formalmente a un proceso penal. Se diferencia de la captura, en que ésta es un acto material o físico de

aprehensión que se puede llevar a cabo antes, durante o después del proceso, mientras que la prisión preventiva solamente puede llevarse a cabo durante el proceso y previo cumplimiento de ciertos presupuestos, como la vinculación legal del imputado.

2.2. Regulación de la prisión preventiva

Desde la perspectiva constitucional y legal se contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el constituyente, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable. De ahí que, en nuestro ordenamiento jurídico existen múltiples controles judiciales materiales a las actuaciones de la autoridad y que se regula en el habeas corpus y la acción de protección cuando se vulnera o amenaza el derecho fundamental de la libertad personal, en este caso se busca que el juez defienda un componente del orden constitucional.

El Derecho Penal pretende un fin preventivo que se aplica al margen de la pena pero que funciona mediante un sistema de medidas cautelares y que de manera general afectan a la libertad personal y a los bienes, las que operan bajo un conjunto de condiciones que justifican la imposición de la medida, en una especie de reacción estatal frente a la posible comisión de un delito, como un principio de intervención mínima coercitiva frente a ataques de peligrosidad social, ciertamente como tarea de defensa de la sociedad.

La libertad individual garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva que se encuentra regulada en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, cuyo propósito no radica precisamente en la sanción al imputado por la comisión de un delito, pues la responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad de garantizar la

comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, como así lo dispone también el numeral 1 del artículo 77 de la Constitución de la República.

La prisión preventiva dentro de un estado constitucional de derechos y justicia, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución de la República ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana, por lo que se ha previsto constitucionalmente que “la privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado”(Constitución de la República).

Desde este punto de vista, las medidas de aseguramiento, serán factibles si el funcionario judicial, llega a la convicción de que el procesado no continuará delinquiendo y que comparecerá al proceso y a la ejecución de la eventual pena privativa de la libertad.

Frente a este marco constitucional y legal se deberá considerar además que el imputado no pondrá en peligro a la sociedad, atendiendo a la naturaleza y modalidad del delito atribuido, por lo que es importante determinar cuándo es necesario privar de la libertad a una persona que está siendo investigada y juzgada como posible responsable de haber cometido una conducta punible, y cuando a pesar de tratarse de conducta socialmente reprochable existen circunstancias superiores que señalan la necesidad de aplicar una medida cautelar, distinta a la privación de la libertad en una entidad carcelaria.

Entre los múltiples derechos constitucionales, está también la modalidad de la detención comunicada, durante la cual el detenido puede disfrutar de derechos

reconocidos constitucionalmente, tales como las previstas en el artículo 77 numeral 3, mediante el cual "Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio", así como la señalada en el numeral 4, la que determina que "En el momento de la detención, el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de un abogado, o de un defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique", y a no declarar contra sí mismo (Constitución de la República).

La intervención del derecho penal en la sociedad es necesaria para proteger los bienes jurídicos vitales para la convivencia social, pues de esta manera también se mantiene la organización estatal y se precaven las reacciones sociales extrapenales. Desde luego, la intervención no es absoluta sino frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos de mayor relevancia para el ordenamiento. Sin embargo la privación de la libertad únicamente tiene legitimidad cuando procede de una inferencia lógica surgida de la constatación de un comportamiento reprochable penalmente, y que corresponde a un tipo penal de aquellos sancionados con prisión.

Se refiere en la doctrina por los estudiosos del tema, que a partir de la regulación legal en el sistema penal ecuatoriano de la medida cautelar de prisión preventiva se desprende la existencia de un presupuesto material el cual tiene que ver con que se encuentren indicios suficientes que fundamenten en primer lugar la existencia de un delito de acción pública, y luego "la existencia de una imputación suficientemente seria, respaldada en antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización de un juicio y una eventual sentencia condenatoria"(Duce. Chile. p. 246). Este nos indica que lo que se requiere es que el juez, frente a la solicitud de medidas cautelares por parte del fiscal, verifique primero la seriedad de los cargos, "de esta manera

subsiste el propósito dado por la norma que para que se dé por satisfecho el presupuesto material, el sistema le exige al fiscal le cuente al juez cuales son los antecedentes que fundamentan los cargos que formula y que el juez luego de avocar conocimiento los antecedentes probatorios que le son entregados por el fiscal concluya que la fiscalía cuenta con un material que aparentemente le permitiría promover la realización de un juicio con buena probabilidad de éxito” (Duce. Chile. p. 246).

Pero también tiene limitaciones, por cuanto no se la puede ordenar en los delitos de acción privada, en las infracciones cuya pena no exceda de un año, independiente de la condena que se imponga, así como en los delitos que no tengan previsto pena privativa de la libertad, y en el caso que el grado de participación sea de encubridor.

Por lo tanto, desde la perspectiva del estado constitucional de derechos y justicia, el derecho penal se concibe, no sólo como límite a la libertad, sino como un derecho penal de tutela de la libertad y de la dignidad humana, pues es evidente que la privación de la libertad siempre tendrá carácter aflictivo y perverso sobre cualquier persona.

Sin embargo de todo lo señalado, y si bien es cierto que la privación de libertad es lesiva para cualquier ser humano, también es verdad que estamos frente a leyes pro reo; con un sistema caduco, en donde el número de fiscales, no es igual al número de jueces penales, lo que ha provocado y sigue provocando que quienes han cometido delitos graves muy graves diría yo, se hagan beneficiarios a la libertad, por el año sin sentencia, regresando a las calles a seguir delinquiendo, causando con ello un crecimiento mayor de la delincuencia; y, vulnerando la seguridad y la paz social. Quizá también la falta de infraestructura o de un sistema carcelario adecuado, sea una de las causas para que los reos no tengan oportunidad de rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad.

2.3 Marco constitucional de la prisión preventiva y los tratados internacionales.

La Constitución de la República, en su artículo 77, establece garantías básicas respecto a la privación de la libertad, siendo obligación observarse todos los procedimientos constitucionales en el momento que se haya privado de libertad a una persona, esto con la única finalidad de que se haga firme el amparo legal.

El artículo 11 numeral 3 de la Constitución, manifiesta que “los derechos y garantías establecidos en la carta magna y en los Tratados Internacionales de derechos humanos será de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; y el numeral 4 indica que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (Constitución de la República), es decir, la interpretación constitucional en materia de derechos humanos está por sobre cualquier otra norma.

Los criterios que llevan al juez a ordenar la prisión preventiva deben ser utilizados atendiendo al criterio de proporcionalidad inherente al estado de derecho, además de una interpretación conforme a la Constitución, teniendo en cuenta el peligro de retardo, y sobre todo tomando en cuenta que la supremacía de la normativa constitucional determina que las normas legales no pueden afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

La medida de la prisión preventiva no puede ser usada como medida represiva, ni de cumplimiento anticipado de la pena, ya que ésta, tal como lo estipula la Constitución, no es regla general, de ahí que si se le ve como anticipación de la pena, esto estaría totalmente contrario a los principios elementales del estado constitucional y de los derechos humanos, y además implicaría violar el derecho a la presunción de inocencia.

Según las disposiciones del derecho internacional, la prisión preventiva debe convenirse de la mejor manera posible, para respetar los derechos humanos su objeto y fin, y que los estados no incurran en responsabilidad internacional. Sin embargo, el encarcelamiento preventivo infringe de modo inevitable esas garantías: “El encarcelamiento preventivo funciona, en la práctica como pena anticipada...Gracias a ello el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando constitucionalmente, su situación debería ser la contraria” (Bovino. p. 441).

La complejidad de la causa no exime ni excusa al juez para alcanzar una decisión oportuna, de modo tal que las dificultades de sustanciación no son motivos para facilitar la lentitud jurisdiccional. “De todo ello surge que el respeto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de la acusación, lo cual puede ser anterior al mismo enjuiciamiento y se conforma con la duración del procedimiento” (Gozaíni. 2006. p. 561).

Los tratados Internacionales como La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, todos observan un profundo e ilimitado respeto por la dignidad de la persona humana. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, declara “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho” (<http://www.un.org/es/documents/udhr>).

De la misma manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, establece que: “Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados Americanos” (<http://www.oas.org/Juridico/Spanish/Tratados/b-32.html>).

Todos estos Tratados Internacionales, coinciden literalmente con el respeto que se debe tener por la dignidad humana, de la cual deriva un sistema de derechos y garantías que adquiere significativa relevancia en materia penal. De lo expuesto se concluye que esta filosofía es concordante con lo que establece nuestra Constitución, que también fundamenta todo el sistema de derechos y garantías en la dignidad de la persona.

La Constitución de la República, establece garantías respecto a la prisión preventiva, y se encuentran tipificadas en el artículo 77 (Constitución de la República).

- 1. La privación de la libertad no será la regla general, y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena, procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.**

Esta garantía tiene relación con los principios de inmediación y de celeridad; y, con la especificación, de que la prisión preventiva no es la regla general, sino al contrario es la excepción, y que ésta norma solo es aplicable para garantizar la comparecencia en el proceso o para asegurar el cumplimiento de una pena, es decir, que no haya el riesgo de fuga.

- 2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita admitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.**

Tal como lo determina la ley, efectivamente, es necesaria la orden emitida solamente por un juez, para que proceda la prisión preventiva, ninguna otra autoridad puede ordenar tal medida. Todos los Tratados Internacionales coinciden que debe existir una orden de autoridad competente, en el que se indique, las razones de la detención. Esta norma está contemplada en la actual Constitución de la República y en nuestro Código de Procedimiento Penal.

- 3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y de las personas responsables del respectivo interrogatorio.**

Esta norma es importante, ya que al momento de producirse la detención, es necesario que la persona que proceda a este acto, se identifique, y claramente indique los documentos y los motivos por los que se le priva de la libertad.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: el artículo 9 numeral 4 dice: "Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José Costa Rica.1969. p. 4)

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): Artículo 7 numeral 2. Toda persona detenida o retenida debe ser

informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.1976. p. 6).

El artículo 161 del Código de Procedimiento Penal establece el procedimiento a seguir cuando una persona es detenida en delito flagrante, la misma que dentro de las veinticuatro horas debe ser llevada a la audiencia oral, en la cual se iniciará o no la imputación.

4. En el momento de la detención, el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de un abogado, o de un defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

“A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarse sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial” (Gozaíni. 1998. p. 75).

5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

En la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes: artículo 6 numeral 1 dice: “Todo estado en cuyo territorio se encuentre la persona que se supone ha cometido cualquiera de los delitos a que hace referencia el artículo 4, si tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia”(http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm).

6. Nadie podrá ser incomunicado.

La Constitución de la República en su artículo 76 establece la garantía de la comunicación del ciudadano, aun cuando éste se encuentra detenido, acusado de la comisión de delitos y en proceso de investigación de los mismos, en consecuencia, el principio general es que nadie puede ser incomunicado, salvo en casos indispensables para esclarecimiento de un delito.

Toda persona detenida a causa de investigación policial tiene derecho a comunicarse con algún familiar o amistad, con la finalidad de garantizar su derecho de defensa y otros derechos que la ley le otorga. La vulneración de este derecho plasmado en la Carta Magna, genera una acción de sanciones penales y administrativas.

7. El derecho de toda persona a la defensa

Todos tenemos este derecho universal a la defensa, así lo establece la Constitución de la República, en los numerales 3, 4; y, 6 del artículo 77 de la Constitución de la República y el numeral 7 del artículo 76.

8. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder los seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

Esta garantía se encuentra establecida en la Ley, teniendo los funcionarios judiciales, la obligación de cumplir estrictamente con los plazos establecidos en la Constitución de la República; y, el Código de Procedimiento Penal, entendiéndose que por ningún motivo, estos pueden extenderse.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que se viola la norma del artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativa al derecho a la libertad personal de los procesados, “cuando éstos fueron retenidos en prisión preventiva más allá de un plazo razonable, y el estado no empleó la debida diligencia en los procedimientos respectivos” (Gozaíni. 2006. p. 559).

“La complejidad de la causa no exime ni excusa al juez para alcanzar una decisión oportuna, de modo tal que las dificultades de sustanciación no son motivos para facilitar la lentitud jurisdiccional. De todo ello surge que el respeto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de la acusación, lo cual puede ser anterior al mismo enjuiciamiento y se conforma con la duración del procedimiento” (Gozaíni. p. 561).

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): Artículo 7 numeral 5 establece.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que “se incurriría en una violación de la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”

Sin embargo pese a todo lo que se dice en las leyes y tratados acerca de la Prisión Preventiva y de la CADUCIDAD específicamente, que es el tema de mi investigación, pienso que el tiempo establecido para algunos casos “no es

prudencial”, ya que como indica el Dr. Washington Pesantes Ex Fiscal General del Estado, en un artículo publicado en Diario el Comercio, “en la detención preventiva, una persona puede estar detenida tres meses... Entre el llamado a audiencia, recusación de jueces, se cumplen seis meses y entre las audiencias, el llamamiento a juicio y recurso de apelación (que puede durar 135 días de acuerdo con los plazos de ley) se cumplen casi nueve meses. Lo que impide cumplir plazos de seis meses (en casos de prisión) o un año (en reclusión) para dictar sentencia”. Con lo que queda corroborado que ni siquiera es negligencia de los jueces y fiscales que se produzca la caducidad de la prisión preventiva, sino que el tiempo establecido para cumplir con el proceso legal, es insuficiente, más aun tomando en cuenta la complejidad de los delitos.

2.4 Los presupuestos contenidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

La prisión preventiva, se encuentra regulada en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

Los requisitos para ordenarse la prisión preventiva son:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.

El artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, clasifica la acción penal en dos clases: pública y privada. El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al fiscal, según así lo determina el artículo 33, lo que guarda relación con el artículo 195 de la Constitución de la República, que habla sobre la mínima intervención penal, que no persigue delitos de bagatela, sino en aquellos de trascendencia o gravedad.

La Dra. Mariana Yépez Andrade, se pronuncia al respecto, “el principio de mínima intervención penal es un introducido en la persecución del delito, por la Constitución de la República y tiende a que no se persigan delitos

considerados como insignificantes, es decir que el derecho penal solo debe inmiscuirse cuando se ataca en forma grave los bienes jurídicos de mayor trascendencia, a fin de que las ofensas menores correspondan a otras áreas, pero para definir la insignificancia hay criterios que permiten recurrir a las categorías dogmáticas del delito.....". "Ya se dio un paso importante con las últimas reformas de la Ley Procesal Penal, en el momento en que la estafa y otras defraudaciones, la violación de domicilio, el hurto y las lesiones que no superan los treinta días, forman parte de los delitos de acción privada y no de los de acción pública" (<http://www.derechoecuador.com/index.ph>)

Se denomina delito privado o delito de acción privada, en derecho procesal penal, a un tipo de delito que por sus circunstancias no afecta al orden social y por lo mismo, no puede ser perseguido de oficio por la fiscalía, sino que es necesaria la intervención activa de la víctima como promotora de la acción de la justicia y como parte en el proceso judicial. Las principales características de la acción penal privada son las siguientes: **voluntaria** porque el ejercicio de la acción corresponde exclusivamente al ofendido y por lo mismo, depende de su voluntad, así lo dispone el inciso final del artículo 33 del C.P.P.; **renunciable** porque el ofendido puede desistir, abandonar o renunciar a ejercitar la acción penal, así lo establece el artículo 63 del C.P.P.; y, **relativa** por cuanto la administración de todo el proceso penal; y, sobre todo, la facultad de imponer la sanción o pena está en manos del Estado, el particular tiene por tanto sólo facultades que se enmarcan dentro del control penal estatal.

En cuanto respecta a la regulación legal de ésta clase de delitos, el artículo 36 del C.P. señala a los siguientes:

- a) El estupro perpetrado en una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho;
- b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor;
- c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave;

- d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio;
- e) La usurpación; y,
- f) La muerte de animales domésticos o domesticados.

2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito.

Julio Maier sostiene que “no existe incompatibilidad entre el principio de inocencia y la coerción procesal” (Maier. 2008. p. 511), cuyo principio lo que básicamente procura es “establecer límites, a fin de evitar penas anticipadas” (Maier. 2008. pp. 512,513).

Al decir de Alberto Bovino, el principio de inocencia “no afirma que el imputado sea en verdad inocente, es decir que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste, en cambio, en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige el trato de inocente” (Bovino. 1998. p. 438), todo lo cual, gira alrededor de la exigencia de que “sólo un juicio previo con la respectiva sentencia condenatoria ejecutoriada permitirá infligir una pena al procesado (Maier. 2008. p. 490).

Al efecto, Jorge Zavala Baquerizo expresa que “los indicios deben llegar al proceso en forma directa, no pueden ser fruto de sospechas u otros hechos que no representen tal forma, provocándose así un elevado grado de posibilidad de la participación del procesado en el delito que se investiga”.

3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

El artículo 173 del Código de Procedimiento Penal, establece la prohibición de ordenar la prisión preventiva si las infracciones no exceden de un año de

prisión, y que guarda relación con la resolución de la Corte Suprema de Justicia, actualmente Corte Nacional de Justicia.

“ARTÍCULO 1.- Sin perjuicio de la pena peculiar de prisión impuesta en sentencia y de la facultad que tienen los Jueces y Tribunales de hacer uso de la fuerza pública para compeler al sindicado o procesado a la práctica del acto procesal dispuesto, inclusive la audiencia previa a la sentencia, no se podrá ordenar la prisión preventiva en ninguna de las etapas del proceso, cuando el caso esté comprendido en el Art. 179 del Código de Procedimiento Penal”(Registro oficial No. 280, 26-IX- 1985.).

Efectivamente la prisión preventiva tiene sus limitaciones, por cuanto no se la puede ordenar en los delitos de acción privada, en las infracciones cuya pena no exceda de un año, independiente de la condena que se imponga, así como en los delitos que no tengan previsto pena privativa de la libertad, y en el caso que el grado de participación sea de encubridor.

4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.

Se busca la inmediación del procesado con el juicio y de esta manera cumplir con los plazos establecidos en el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, encontrándonos frente al plazo razonable.

5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

Sobre todo en delitos graves, que causan conmoción ciudadana, es necesario aplicarla prisión preventiva, fundamentado en este requisito.

Antes de las reformas al Código de Procedimiento Penal, el artículo 167 contenía los tres primeros requisitos, hoy se encuentran dos requisitos que se

han incrementado, que se relacionan con la comparecencia del procesado al juicio y agotamiento de las otras medidas cautelares personales que anteceden a la prisión preventiva.

El último inciso del artículo 169 del Código Orgánico de la Función Judicial establece una prohibición, que textualmente dice: “Se prohíbe a los jueces de juzgados dictar medidas cautelares en contra de personas que de manera pública y notoria ejercieren una función pública sujeta a fuero superior, aún cuando del proceso no constare dicha calidad”. Se refiere al fuero del que gozan funcionarios públicos, y no pueden los jueces de juzgados dictar medidas cautelares, es decir un juez de garantías penales no puede dictar medida cautelar personal en contra una persona que goce de fuero ya sea de Corte Provincial o de Corte Nacional.

2.5 Caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador y el Derecho Comparado.

La caducidad de la prisión preventiva se halla constitucionalizada desde 1998, misma que a pesar de haber permitido una mala práctica por el abuso de la caducidad, se volvió a incluir en la Constitución de Montecristi en el año 2008, haciendo caso omiso de todo lo funesto que se habría experimentado durante diez años.

La Constitución de la República señala el derecho del justiciable a ser juzgado en un tiempo prudencial y razonable, o a ser puesto en libertad. Eso como un acatamiento de la normativa internacional de los derechos humanos; y, cada país de acuerdo con sus realidades va ajustando los plazos para la caducidad.

El derecho a ser juzgado en un tiempo prudencial o razonable o a ser puesto en libertad, lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. en el artículo. 9 n. 3. Que textualmente dice: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin

demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que tengan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978, que en su artículo 1 proclama a España como estado social y democrático de derecho, en el artículo 17 expresa que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

En el numeral 2 se consigna que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; y, en todo caso en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. En el numeral 3, se prevé: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”; y, en el numeral 4, se señala:” La ley regulará un procedimiento de ‘habeas corpus’ para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Así mismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

En opinión del Catedrático de Derecho Procesal Penal español, Dr. Luis Gimeno Sendra, que es además Magistrado del Tribunal Constitucional de España, manifiesta “De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos

Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional y Europeo de Derechos Humanos) puede entenderse por prisión provisional la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral". (Sendra. 1997. p. 141). Como se trata de una medida cautelar que afecta un derecho fundamental como es el derecho a la libertad, en palabras de Gimeno SENDRA, "La incidencia de esta medida sobre el referido derecho fundamental conlleva importantes consecuencias doctrinales y prácticas, como son la aplicación de un lado, de la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad y el otorgamiento de otro, a este derecho fundamentales de una especial protección jurisdiccional" (Sendra. 1997. p. 143).

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, consagra el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable o a ser puesto en libertad, en el artículo 7 n 5, que dice: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" (Convención Americana de derechos humanos Pacto de San José).

El Ecuador ha suscrito tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos o Pacto de San José de Costa Rica, que han sido citados en cuanto al respeto al derecho a la libertad, mismos que son vinculantes para el estado ecuatoriano.

Para el Doctor Alfonso Zambrano Pasquel, "Nuestro sistema de garantías constitucionales y procesales, incluyendo las de excarcelación, responde mejor

a un concepto de derecho internacional de los derechos humanos y a una propuesta de derecho penal humanitario. Lamentablemente el mal uso de las propuestas de derecho penal mínimo y su predicado de última o de extrema ratio a pretexto del carácter restrictivo de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva; y, la utilización prioritariamente de los sustitutivos de la prisión preventiva en los casos de delitos graves, que debieran ser no excarcelables, ha degenerado en un uso perverso, irracional y abusivo del derecho, a pretexto de la defensa del derecho a la libertad. (<http://www.alfonsozambrano.com>).

2.5.1 El plazo para la caducidad de la prisión preventiva

“En el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal elaborado por la comisión redactora de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo de Quito, conformada por los doctores: Walter Guerrero Vivanco, ex Presidente de la Corte Suprema y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Central de Quito, Edmundo Durán Díaz, ex Fiscal General y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y Alfonso Zambrano Pasquel, profesor de derecho procesal penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en el año 1997, habían previsto como plazo para la caducidad de la prisión preventiva, el de dos años en tratándose de los delitos más graves (penados con reclusión) y de un año para los menos graves (penados con prisión correccional), debiendo revisar el documento para establecer de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 n. 8 de la Constitución de 1998, los plazos de seis meses en los delitos menores y de un año en los de mayor penalización. Este plazo se mantiene igualmente en la Constitución del 2008, en el artículo 77 n. 9.

Con el establecimiento de un plazo determinado en este anteproyecto, lo que se pretendía era dar cumplimiento en forma expresa al plazo razonable y prudencial a que se refiere tanto el artículo 7 n. 5 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo. 9 n.

3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN.UU. de los cuales es signatario el Ecuador (es decir que se ajuste a nuestra realidad judicial, y a la complejidad de los delitos).

La Constitución Española no determina un plazo sino que el establecimiento del plazo razonable, lo deriva a una ley complementaria, esto permite que se pueda discutir en qué casos debe ser mayor o menor el plazo en función de la gravedad de los delitos, y encontrar mecanismos para que el plazo prudencial y razonable previsto en el artículo 17 n. 4 de la Constitución Española, no sea vulnerado mediante un ejercicio abusivo del derecho de defensa. En España se dan casos de duración de la prisión provisional de hasta cuatro años, lo cual sin duda no es razonable ni prudencial” (<http://www.alfonsozambrano.com>).

Gimeno SENDRA dice, “La integración que la referida norma ordinaria ha efectuado de la constitucional lo es tan solo parcial o por exceso, en el sentido de que hay que estimar vulnerado el derecho al plazo razonable de la prisión provisional siempre que se infrinjan los plazos de tres meses, un año o dos y hasta cuatro años establecidos en función de la gravedad del delito. Pero, sin necesidad de rebasar tales plazos, también puede vulnerarse el artículo 17.4 si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna que la legitime y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento”.(Gimeno. 1997. p. 148).

Para determinar si se ha excedido o no el plazo máximo o razonable de la prisión provisional, “hay que atender, en general, al examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el juez de instrucción y el comportamiento del recurrente. En particular en lo que se refiere a la prisión preventiva, se debe tomar en consideración la gravedad del delito imputado, el riesgo de fuga y la complejidad del procedimiento. No puede invocarse como causa de justificación las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo de un determinado juzgado de instrucción”.

El Tribunal Constitucional Español ha tenido ocasión de declarar que una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes imprudentes dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta “contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución” (Sendra. 1997 p. 149).

El profesor Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, indica que un criterio a tomar en consideración es “el dato de la gravedad del delito que tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado” (Ibáñez. 2003. p. 24).

“Para el mismo tribunal constitucional español, la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, tomando en consideración la gravedad del delito y de la pena, pero con carácter general exige que la ponderación del riesgo de fuga se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del sujeto. De allí es que se señala que la estimación que en primer momento pudo legitimar la medida de aseguramiento debe ser revisada con cierta periodicidad, a fin de evaluar si los hechos tenidos en cuenta al momento de dictarse la medida se mantienen vigentes, de manera que fuese necesario mantener la prolongación de la medida.

Tanto la primera resolución al momento de dictarse la medida, como su revocatoria deben estar debidamente fundamentadas. Para nosotros un sistema como el acusatorio que reconoce al juez penal como juez de garantías y como órgano decisor de la medida, debe permitir un uso verdaderamente

racional de la prisión preventiva o provisional pues el juez se encuentra al margen de la investigación que la dirige el fiscal, por lo cual no hay el conflicto de intereses que se presentaba en nuestros anteriores códigos, en que el juez de la instrucción o investigación era el mismo juez que recibía la prueba y que disponía y revocaba las medidas de aseguramiento personal como la prisión preventiva.

Además tanto para que se dicte la medida como para su revocatoria el juez de garantías penales debe convocar a una audiencia oral con tal finalidad, respetando el derecho a la defensa y al contradictorio” (<http://www.alfonsozambrano.com>).

Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Manifiesta el Dr. Alfonso Zambrano en su artículo que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado algunas pautas en cuanto a la aplicación del plazo razonable a que se refiere el Pacto de San José, que sin duda se refiere al derecho a ser juzgado antes que a ser excarcelado, en tiempo prudencial y razonable, o a ser puesto en libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado, en relación al plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención, que “Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

“De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso:

- a) La complejidad del asunto;

- b) La actividad procesal del interesado; y,
- c) La conducta de las autoridades judiciales”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogiendo la doctrina de la Corte Europea, ha insistido en los fundamentos a considerar, es decir ratifica los requisitos a tomar en cuenta en la determinación del plazo razonable:

- a) Complejidad del asunto (significa igualmente la gravedad del delito);
- b) Actividad procesal del interesado (debe analizarse la actitud leal y no obstruccionista de quien está siendo juzgado);
- c) Conducta del tribunal para establecer (si ha aplicado criterios y principios como los de celeridad procesal y debida diligencia” (<http://www.alfonsozambrano.com>)).

La Corte Interamericana efectivamente establece que se deben tomar en cuenta estos tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo para la prisión preventiva, entendiéndose que la complejidad del proceso penal tiene que determinarse en función de las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso concreto, es decir a través del establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos, por el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal, por la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y, por la pluralidad de agraviados o inculpados, con sus respectivas defensas, entre otros elementos.

Para evaluar la conducta o comportamiento de las autoridades judiciales es necesario tener presente, el número de tribunales insuficiente, la complejidad del régimen procesal; y si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal.

Estas circunstancias son en realidad las que se debería tomar en cuenta, para el establecimiento del plazo de caducidad de la prisión preventiva.

Algunos criterios en Argentina

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa “Bramajo, Hernán Javier”, del 12-9-96, que tuvo por base el informe de la Comisión interamericana 10037 sobre Argentina de 1989, explicó que el concepto de plazo razonable se relaciona con la gravedad del delito y los elementos fácticos de la causa, para concluir que el mismo no es posible de ser establecido a priori y en abstracto. Así mismo, en la causa “Trusó, Francisco Javier, s/excarcelación”, del 12-8-03, se determinó que el plazo establecido en el artículo 1 de la ley 24.390 no es de aplicación automática (<http://www.alfonsozambrano.com>).

La razonabilidad del plazo de la prisión preventiva se debe apreciar en relación, con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva.

Para Llobert Rodríguez Javier, “el plazo razonable no es un plazo en el sentido procesal penal, es decir, no considera a dicha expresión como condición de tiempo, prevista en abstracto por la ley, dentro de la cual y sólo dentro de la cual, debe ser realizado un acto procesal o un conjunto de ellos, sino como una indicación para que, una vez concluido el proceso, los jueces evalúen la duración que tuvo el caso para estimar, según una serie de criterios, si esa duración fue o no razonable y, en caso de que no lo haya sido, compensarla de alguna manera. Según la opinión dominante, el plazo razonable no se mide en días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso, terminado el caso, para saber si la duración fue razonable o no lo fue, teniendo en cuenta la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculpado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes” (Llobert. 1997. p. 37).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que, en materia penal, “el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo, cuando no es aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”

Al momento de exponer una definición de “plazo razonable” la fórmula que señalaba Carnelutti tal vez sea la más aproximada al concepto de investigación, aunque se debe admitir que éste aparece indeterminado o abierto a otras interpretaciones doctrinarias. Este autor razonaba que: “la fórmula justicia rápida debe tomarse con beneficio de inventario pues el problema de la justicia rápida plantea un problema análogo a la cuadratura del círculo. La justicia si es segura no es rápida y si es rápida no es segura”, y agregaba en su obra “hay que tener el valor de decir del proceso que quién va despacio va bien y va lejos. Señalaba que el proceso deriva de proceder, dar un paso después del otro; y se ocupa, no tanto para castigar cuanto para saber si se debe castigar” (Carnelutti 2002. p. 202).

Se trata en todo caso de salvaguardar también el derecho a ser juzgado sin dilatorias que afecten derechos fundamentales como el de inocencia y el de libertad; pero también, como manifiesta Carnelutti, se debe manejar el proceso con cautela, seguridad y celeridad, de manera que efectivamente al final de proceso se sepa si se debe castigar y a quien.

2.6. La revocatoria, suspensión y sustitución de la prisión preventiva

Nuestro Código de Procedimiento penal, específicamente su artículo 170 dice textualmente lo siguiente:

Art. 170.-Revocatoria o suspensión de la prisión preventiva.

La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron; es decir cuando los presupuestos establecidos en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal hayan desaparecido.
2. Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído; esto es, cuando el juez considere que son insuficientes los elementos en los que el fiscal ha sustentado la presunción de existencia del delito, por lo que no procede continuar con la etapa del juicio. Procederá a dictar el sobreseimiento provisional del procesado. De igual manera si el juez concluye que los hechos no constituyen delito o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción, dictará sobreseimiento definitivo; o, provisional del proceso y definitivo del procesado; o dictará el sobreseimiento por falta de acusación. En todos estos tipos de sobreseimientos, el juez debe revocar inmediatamente la prisión preventiva.
3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; pudiendo ser esta de carácter personal como real; y,
4. Cuando su duración exceda los plazos previstos en el artículo 169, es decir de 6 meses en los delitos reprimidos con prisión y 1 año en los delitos reprimidos con reclusión.

Se suspenderá la prisión preventiva cuando el procesado o acusado rinda caución. Vencido los plazos previstos en el numeral 4, no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva, "salvo la detención en firme".

Tanto para la revocatoria como para la sustitución de la prisión preventiva, el Juez debe basarse en los principios de proporcionalidad, dignidad y respeto al ser humano.

El Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, establece que el Juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:

- a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen; y,
- b) Cuando se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad.

Respecto a la sustitución de la prisión preventiva, por el arresto domiciliario, según el inciso cuarto, del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, ésta es posible, siempre y cuando, no se trate de delitos que vayan en:

1. Contra la administración pública, por ejemplo, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, etc.
2. En los que resulte la muerte de una o más personas, es decir, en los casos de homicidio, suicidio.
3. De violación; y,
4. De odio. Es decir, fuera de estos delitos, el juez puede sustituir la prisión preventiva, con el arresto domiciliario, si la persona es mayor de 60 años, o una mujer se encuentre embarazada y hasta 90 días después del parto, o, si el niño ha nacido enfermo, hasta que se supere la enfermedad.

El Juez de Garantías Penales es quien deberá observar el arresto domiciliario del imputado, en caso de que no se cumpliera a cabalidad con esta medida, el Juez podrá dejarla sin efecto y proceder a ordenar la prisión preventiva.

2.7. Responsabilidad extracontractual del Estado

Según escritor Hauriou “hay dos correctivos de la prerrogativa de la administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estas dos formas: que actúe pero que

obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio” (García.1982. p. 321).

Los principios de legalidad y de responsabilidad patrimonial, se constituyen en los dos grandes soportes estructurales del derecho administrativo, cuyo equilibrio depende de su correcto juego.

“A lo largo de la historia, la responsabilidad del Estado ha sido un tema bastante controvertido. La idea de que la potestad pública debe responder de los daños que causa, ha generado resistencia entre quienes defendieron la tesis de que el Estado no puede obrar mal (Vedel.1980. p. 270).

Hasta el siglo pasado el concepto predominante era el de la absoluta irresponsabilidad de los agentes del Estado. Los doctrinantes de la época y las autoridades mismas, escudados en el famoso aforismo *“King can do no wrong”* el Rey no puede errar-, sustentaron una tesis a todas luces injusta y perjudicial para los ciudadanos. Se decía que el soberano sólo respondía ante Dios, que la Corona no podía ser juzgada por los Tribunales, que el Rey nunca se equivocaba, que, en fin, los daños causados por el Estado no eran reparables.

Fue en Francia en donde se reconoció por primera vez la responsabilidad de la Administración por sus actos y hechos administrativos sin necesidad de ley expresa que la estableciera. Luego de una etapa intermedia en la que se aplicó el derecho privado para resolver los pleitos del Estado con los particulares, el Tribunal de Conflictos profirió, en 1873, el Fallo Blanco, mediante el cual se descartó la idea de recurrir a los textos del Código Civil, y se consagró una teoría autónoma de la responsabilidad administrativa, cuya elaboración correspondía exclusivamente al propio juez administrativo. En dicho fallo se establecía que “la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; ...esa responsabilidad no es

ni general ni absoluta; ...ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”(Rodríguez.1993. p 375).

Con la evolución de las teorías democráticas y del concepto de Estado de Derecho, la responsabilidad estatal ha ganado un espacio importante dentro del ordenamiento jurídico de la gran mayoría de países del mundo.

2.7.1. Sistemas de responsabilidad

Responsabilidad subjetiva. Esta se funda en el concepto de la culpa, según este fundamento, no existe derecho a la reparación si el autor del daño no ha obrado con culpa. Es necesario examinar la conducta del actor para determinar si ha obrado con culpa o dolo y poder exigirle la indemnización del perjuicio.

Según Alessandri, “La teoría de la culpa afirma que no basta que un sujeto de derecho sufra un daño injusto en su patrimonio o en sus bienes, para que el autor del mismo llegue a estar obligado a repararlo; es menester que ese daño provenga de un hecho doloso o culpable: sin dolo o culpa no hay responsabilidad” (Alessandri.1943. p. 109).

En este campo de la responsabilidad, a la víctima de un daño causado por el Estado no le basta probar que sufrió un perjuicio; es necesario, además de eso, acreditar que el agente obró con culpa para poder reclamar la reparación.

Los hermanos Mazeaud consideran que la culpa personal es aquella “...que atañe más bien al hombre que a la función, utilizada con una finalidad distinta de aquella para la que se confirió; el funcionario se sirve de la función; por eso, semejante culpa constituye una culpa intencional; compromete la responsabilidad personal del funcionario” (Mazeaud.1962. p. 189). En cambio a la falta o falla del servicio es aquella que se comete al intentar cumplir la

función encomendada; en este caso el agente no está obligado a la reparación sino el Estado mismo es el llamado a responder.

Responsabilidad objetiva. Como reacción a los inconvenientes que generó la aplicación de la teoría subjetivista, y atendiendo a los grandes avances tecnológicos e industriales que implicaban el aumento de las actividades riesgosas, surgió la tesis de la responsabilidad objetiva, que no le da cabida al concepto de la culpa, sino que, por el contrario, no considera para nada la valoración de la conducta del sujeto causante del daño.

Manifestaciones actuales de este tipo de responsabilidad son, por ejemplo, el daño especial, la teoría del riesgo y la responsabilidad por trabajos públicos.

El fundamento de este tipo de responsabilidad es la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas, de manera que, cuando uno de ellos deba asumir una carga excepcional, que exceda de lo que normalmente tiene que soportar, el Estado debe responder aunque haya actuado de manera legítima.

En nuestro país la responsabilidad extracontractual del estado, se encuentra tipificada en el artículo 11 numeral 9 inciso 4º de la Constitución de la República que establece: “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.

En concordancia con la Constitución, la Ley Orgánica de la Función Judicial, en su artículo 15, hace referencia al principio de responsabilidad y manifiesta que:

“El Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código.

Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley” (Registro Oficial del 9 de marzo del 2009. p. 6.).

Según Hugo Caldera Delgado, “El Estado de Derecho consiste en un sistema de organización y de relación jurídica orientada a alcanzar un nivel elevado de convivencia social. En este sistema el ejercicio de las potestades públicas se desarrolla dentro del principio de la legalidad y en la perspectiva de conciliar, armónicamente, el interés general con el interés privado, esto es, con el interés de los particulares” (Caldera. 1982. p. 7). De lo dicho, se deduce que al Estado de derecho lo conforman distintos factores. Dentro de estos factores, está, la responsabilidad extracontractual del Estado que ocupa un lugar preponderante. El Estado en su actividad actúa como administrador, como legislador y como juez.

Miguel Hernández Terán explica que la responsabilidad objetiva “opera cuando no ha mediado culpa ni dolo en la conducta del agente o productor del daño.

El daño es el elemento fundamental” (Hernández. 1992. p. 68). En juicios que pertenecen a la responsabilidad objetiva simplemente basta comprobar que una persona sufre un daño por parte del Estado (Reyes. 2006. p. 12).

Este tipo de responsabilidad tiene dos ventajas distintas: “1) no es necesario probar la culpa del agente; 2) la reparación puede ser obtenida aunque la identidad del autor del daño sea desconocida” (Hernández. 1992. p. 41). Con la responsabilidad subjetiva, por otra parte, hay que comprobar la culpa o dolo atribuido al agente del perjuicio. En este caso, el daño no es lo determinante” (Hernández. 1992. p. 68)

2.7.2 Indemnización por privación ilegal de la libertad

Los pactos internacionales sobre derechos humanos consagran el derecho a la reparación de aquel que se ha visto privado ilegítimamente de su libertad. El Pacto de San José, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 10 dispone: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 5 dice: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”(http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html)

Vásquez manifiesta que, “El derecho ya no dirige como antes su mirar al autor del daño, sino que más bien se interesa por la víctima de ese perjuicio a quien busca reparar el mal sufrido... Así, el derecho reacciona ante todo daño injustamente sufrido, mira a la víctima y desde su ángulo juzga la justicia o injusticia del perjuicio. No busca un responsable a quien hacer un juicio de reproche, busca un daño para indemnizar” (Vásquez. 1993. p. 15)

El inciso primero del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que: “El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la

tutela efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso” (Registro Oficial, No. 544.p.7).

Lo que permite a los perjudicados cuando haya violaciones constitucionales, proponer ante la autoridad competente, una acción o demanda de daños y perjuicios y de daño moral.

El inciso sexto, de este artículo también dice. “Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva y luego haya sido sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral”.

El artículo .33 textualmente dice “...el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados, al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales”(Registro Oficial, No. 544.p.7).

El artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República manifiesta en cambio, “Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”. Se refiere a ciudadanos que han sido sentenciados mediante un fallo en firme, que con el Recurso de Revisión han sido absueltos.

Cuando un detenido en prisión preventiva, por un tiempo exagerado, es posteriormente absuelto o se dicta auto de sobreseimiento...En este caso hay error en cuanto a la orden de prisión preventiva, y, además, un excesivo tiempo

de permanencia en prisión puede ser consecuencia cabalmente de un funcionamiento anormal (lento y tardío) de la Administración de Justicia, "...el error judicial se produce a través de actos jurídicos procesales, mientras que el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia consiste en actuaciones materiales..." (Garrido. 1992. p. 292)

El Art. 416 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al caso del Recurso de Revisión, determinando: "Cuando la Corte Nacional, aceptando el Recurso de revisión revoque o reforme la sentencia recurrida, el injustamente condenado tiene derecho a una indemnización equivalente al cuádruple de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta, correspondiente al año inmediato anterior de su privación de libertad, en proporción al tiempo que haya permanecido preso. Además será obligación del estado proporcionar al injustamente condenado un trabajo acorde con sus antecedentes, formación y necesidades.

Si no existe declaración de impuesto a la renta, la indemnización debe ser igual al cuádruple de una remuneración básica unificada del trabajador en general establecido al momento de ingresar a prisión, por todo el tiempo que haya permanecido privado de su libertad. Se presume de derecho que las indemnizaciones previstas en este artículo incluyen el daño moral".

Es importante la evolución, en cuanto a la reparación del injustamente privado de su libertad y sentenciado, especialmente que el estado tome a su cargo la situación para proporcionarle un trabajo que le genere ingresos económicos, se reconozca una indemnización de acuerdo a la declaración del impuesto a la renta o el cuádruple de una remuneración básica, que estuvo vigente en el momento de ingresar a prisión, es decir desde el momento en que fue privado de la libertad mediante la prisión preventiva. De alguna manera el detenido injustamente podrá reinsertarse en la sociedad, pero a lo mejor su núcleo familiar está desintegrado sin poderlo recuperar. El Art. 419 del Código de Procedimiento Penal establece: "Cuando el procesado sea absuelto o

sobreseído, debe ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos, conforme lo previsto en los artículos anteriores. La indemnización será pagada por el acusador particular. Si no lo hubiere, la pagará el Estado, que tendrá derecho a repetir contra quien haya inducido la acusación fiscal.

El artículo 420 de la Ley Adjetiva Penal establece la repetición y señala: “El Estado puede repetir la indemnización pagada de quienes hayan contribuido dolosamente al error judicial. En el caso de las medidas cautelares sufridas injustamente, la jueza o juez de garantías penales o tribunal de garantías penales debe imponer, al denunciante o al querellante que hayan alterado los hechos o litigado con temeridad, la obligación de indemnizar.”

El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal consagra la obligación de indemnizar que tienen los jueces cuando ha existido error judicial, ya que son ellos los que están obligados a garantizar los derechos del procesado y ofendido.

2.8. Los indicios y la evidencia

Indicio, proviene del latín “indiciu”, y significa “signo aparente y probable de que existe alguna cosa y a su vez es sinónimo de seña, muestra o indicación, por lo tanto, es todo material sensible significativo que se percibe con los sentidos y que tiene relación con un hecho delictuoso” (Álvarez. p. 70).

Cabanellas define a la prueba indiciaria como: “la resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el Juez como conclusión del orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos. Es peculiar del procedimiento criminal, donde el culpable procura borrar todas las pruebas delictivas o desfigurarlas de modo tal, que la convicción plena o evidencialidad de los hechos resulte prácticamente inlograble” (Cabanellas.1989. p. 501). Para Mittermaier: “un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez

llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso es menester en la causa: El uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido. Aplicando el indicio al proceso criminal, es el hecho o circunstancia accesoria que se refieren al crimen principal, y que por lo mismo da motivo para concluir, ya que se ha cometido el crimen, ya que ha tomado parte de él un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal o cual modo consumado. En una palabra: los indicios versan sobre el hecho, o sobre su agente criminal, o sobre la manera que se realizó. Atendida su naturaleza, según su nombre mismo lo expresa (index) el indicio, es por decirlo así, el dedo que señala un objeto, contiene en sí mismo un hecho diferente, si es aislado; pero que al momento adquiere gran importancia cuando el juez ve que tiene conexión con otro. Este a su vez, así descubierto, llama durante el curso de la información la atención de la Justicia sobre tal individuo, que, sin tal coincidencia, pasaría inadvertido, o también en el momento de la sentencia definitiva es pesado en la balanza de la razón y contribuye a afirmar poderosamente las posibilidades de la imputación. En tales momentos el Juez tiene por guía las leyes naturales manifestadas y garantizadas por la experiencia y el buen sentido” (Parra. 2005. p. 19).

El doctor Edison Locard, dice que existen varios tipos de indicios entre los que señala:

Indicios determinantes: aquellos cuya naturaleza física no requiere de un análisis completo de su composición y estructuración, sino sólo un examen cuidadoso a simple vista o con auxilio de lentes de aumento, como lupas o estereoscopios y guardan relación directa con el objeto o persona que los produjo, permitiendo conocer y determinar su forma y naturaleza., como por ejemplo: huellas dactilares, escrituras, armas de fuego, armas blancas, casquillos, balas, maquinarias, moto sierras, palas, picos, etc.

Indicios indeterminables: son aquellos cuya naturaleza física requiere de un análisis completo a efecto de conocer su composición o estructuras, ya que macroscópicamente no se podría definirlos y generalmente consisten en sustancias naturales o de composición química, como sedimentos en vasos o recipientes, productos tóxicos sueltos, explosivos, manchas o huellas supuestamente de sangre animal, etc.

Indicios asociativos: aquellos que están estrechamente relacionados con el hecho que se investiga.

Indicios no asociativos: aquellos presentes en el lugar de los hechos, pero que no tienen ninguna relación con el hecho que se investiga.

Para el Doctor Francisco Javier Álvarez, la evidencia es “Certeza, y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella” (Álvarez. p. 51). Por lo tanto, la evidencia es todo lo que se encuentra en un lugar en donde se ha cometido un hecho delictivo, es decir todo aquello dejado por el autor, cómplice o encubridor del delito, como huellas y rasgos, mismos que posteriormente, adquieren la calidad de evidencias. En criminalística, se la conoce como evidencia física, material o material sensible significativo.

En concordancia con todo lo expuesto, el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, establece que para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva, es indispensable contar **con indicios suficientes** sobre la existencia de un delito de acción pública e indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito (Código de Procedimiento Penal, p.37).

El Dr. Walter Guerrero Vivanco, sostiene que “el indicio no es el medio de prueba sino es el hecho o el acto que se prueba. Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y los responsables, de acuerdo con el Art. 88, es necesario:

1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho. No puede presumirse la existencia de la infracción; por tanto no puede presumirse que se haya cometido un robo sólo porque ha desaparecido el dinero; ni puede presumirse que se ha cometido un homicidio, aunque estemos frente a un cadáver.

2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones, las presunciones no pueden existir por sí solas, deben a su vez estar basadas en indicios materiales, objetivos, verificables a través de los sentidos. Se oyó el disparo y acto seguido se vio al procesado saliendo en precipitada fuga; hay huellas de sangre en el vestido del que salió huyendo del lugar; hay vestigios de que se produjo un incendio; hay vestigios del vidrio roto del auto del que desapareció el radio; y,

3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:
 - a) Varios, ya que la existencia de un solo indicio probado no es suficiente;
 - b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí, es decir no pueden ser contradictorios;
 - c) Unívocos, es decir, que todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,
 - d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente, sin mayor esfuerzo mental”.

Leo Rosenberg dice: “La prueba inmediata o directa y mediata o indirecta o de indicios, la primera tiene por objeto afirmaciones sobre hechos de los que directamente debe resultar la existencia o la inexistencia de una característica típica de la norma; la segunda se refiere a otros hechos extraños a la tipicidad, que solo deben justificar la conclusión sobre la existencia o inexistencia de una característica de tal especie. A ella pertenecen también los llamados hechos auxiliares de la prueba, que atañen a la admisibilidad o a la fuerza probatoria

de un medio de prueba. Tales hechos se llaman indicios...el juez debe estar positivamente convencido de la verdad de los hechos indiciarios, cuando deben formar el fundamento de la conclusión; por eso el indicio es objeto de prueba como los hechos directamente importantes, y se demuestra mediante medios de prueba, pero él mismo no es medio de prueba” (Rosenberg.1955. pp.202-203).

Concluyendo se puede decir que para llegar a determinar los indicios de que el imputado es autor o cómplice del delito, se necesita de varios hechos, o circunstancias realizadas en la investigación, a fin de determinar su autoría o complicidad.

Evidencia.- El tema de las evidencias se encuentra íntimamente ligado a los indicios, por cuanto el inicio de la investigación comienza en los indicios, para después tener como resultado la evidencia, la misma que viene a ser la reconstrucción hacia atrás, de cómo se desarrollaron los hechos, incluso tomando nota de aquellas cosas que habitualmente se deben encontrar pero que no aparecen a simple observación, es así, que las huellas, trazos y vestigios son frágiles, pueden pasar inadvertidos, perdidos o alterados, recogida sin los procedimientos científicos éstas resultan inutilizables, perdiendo su valor probatorio, con las consecuencias del fracaso de la investigación de un hecho criminoso. Es decir que, en materia legal la evidencia consiste en aquellos elementos que ayudan a probar la existencia de un delito y de quien cometió tal infracción, por lo tanto deben ser tratadas con sumo cuidado por parte de los responsables de recoger dichas evidencias.

Al igual que en los indicios también encontramos que existen tipos de evidencias entre las que tenemos:

Evidencias determinadas: “son aquellas que requieren un análisis minucioso a simple vista o con lentes de aumento y que guarden relación directa con el

objeto o persona que los produce; por ejemplo en las armas, huellas dactilares e instrumentos.

Evidencias indeterminadas: son aquellas que requieren de un análisis completo para el conocimiento de su composición y estructura de acuerdo con su naturaleza física, pues de otra forma no estaríamos en la posibilidad de definirlos, por ejemplo; los pelos, fibras, semen, orina, vómitos, manchas o huellas de sangres, pastillas desconocidas con o sin etiqueta, que nos indican que han podido servir para la comisión o no de un hecho delictuoso, encontrado en la escena de un determinado delito "(Sosa.1998. p. 89).

La prueba de la existencia de la infracción consiste solamente en lo observado por el agente u oficial de la ley o por un testigo. En casos más complicados puede surgir la necesidad de llevar a cabo una investigación de la escena del crimen y posiblemente realizar un análisis forense o médico-legal de la evidencia.

Según nuestro Código de Procedimiento Penal la prueba o evidencia se clasifica en material, testimonial y documental. La Evidencia Física o material consiste en cualquier objeto, fotografía, huellas, marcas o registros que ayuden a probar que la infracción ha ocurrido y a determinar quién es el responsable de tal infracción.

La evidencia testimonial en cambio, es todo lo que los testigos, oficiales, agentes, expertos, conocen para declararlo o testificarlo en el juicio. Es aconsejable que inmediatamente conocida la infracción se empiece a buscar evidencia, sin demora. Mientras más pronto se la obtenga, hay menos posibilidades de su destrucción o contaminación.

Para Jorge Zavala Baquerizo "la prueba testimonial está integrada por las declaraciones que rinden el ofendido, ofensor o tercero imparcial ante el juez, transmitiendo una experiencia vivida, captada en un lugar y tiempo concretos"

(Zabala.2004.p. 121), es decir esta prueba en el ámbito penal, es considerado como el medio probatorio mediante el cual los involucrados en un delito, comparecen ante los jueces para relatar los hechos y contribuir al esclarecimiento de la causa procesal. Walter Guerrero por su parte expresa que “el testimonio es el método de comprobación de la verdad, por el cual los hombres declaran sobre lo que vieron, oyeron, gustaron, palparon u olfatearon con sus sentidos” (Guerrero. 2004. p. 291).

Se debe recoger la evidencia en cualquier lugar donde pueda existir, utilizando las técnicas de recolección, empezando por contornos próximos al lugar de la infracción, y continuando por lugares cerrados y abiertos más lejanos, ya que también existe la posibilidad de que por factores humanos o de animales, la evidencia se haya diseminado, o que por propia mano del infractor ésta se haya escondido u ocultado.

A través de la evidencia se pueden probar los puntos de la acusación o, en su defecto, de la defensa. Si se cuenta con buena evidencia cualquiera puede ser condenado o absuelto por un Tribunal Penal. Si no se cuenta con buena evidencia no se probará la existencia de la infracción o la culpabilidad del presunto responsable, por ello, cuando la obtengamos debe ser recolectada conforme a las normas procesales penales, y a la Constitución de la República, ya que recordemos, que toda prueba obtenida o actuada, con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.

El tema de los indicios y evidencias, es sumamente importante, por cuanto ellas van a determinar el éxito o no de la investigación, así se tiene que teniendo como punto de partida de una investigación criminal, la impregnación de las huellas, manchas de sangre, su recojo y su posterior estudio van a determinar la existencia o no del delito, la autoría y grado de participación de la misma, la forma como se desarrollaron los hechos, así como la defensa que pudo realizar la parte agraviada, en suma, previo proceso, se determinará, la

culpabilidad o no del agente activo del delito y su posterior imposición de la pena correspondiente.

CAPÍTULO III

3. PROCESO GARANTISTA PARA DECRETAR LA PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 76 de la Constitución de la República consagra los principios de derecho a un debido proceso con garantías básicas expresamente consignadas, sin menoscabo de otras que establezcan, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

Encontramos así establecidas como garantías del ciudadano: “el principio de legalidad y tipicidad, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente, el in dubio pro reo, la proporcionalidad entre la pena y la infracción penal, así como las medidas alternativas a la privación de la libertad, el derecho a conocer las razones de una detención en forma inmediata, el derecho a declarar en su lengua materna, el derecho a la no incriminación respetando el “derecho al silencio”, el principio de la incoercibilidad del imputado así como la inviolabilidad del derecho a la defensa con la asistencia legal obligatoria, el respeto al juez competente como único facultado para ordenar la restricción de libertad, el principio de presunción de inocencia, la caducidad de la prisión preventiva, el derecho a ser informado de cualquier indagación en su contra, la motivación de las medidas de aseguramiento; y, en general de las resoluciones de los poderes públicos, la falta de eficacia probatoria de las actuaciones cumplidas con violación de la Constitución o las leyes, el respeto absoluto a la prohibición de la reformatio in peius, el respeto al derecho al contradictorio, obligando incluso la comparecencia de testigos y peritos, el respeto al non bis in ídem y la garantía de cosa juzgada, el derecho a acudir a los órganos judiciales en procura de una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

En el Código de Procedimiento Penal de 1983, existía la etapa procesal del sumario, que se tramitaba exclusivamente por escrito y que se inspiraba en el modelo inquisitivo, con un juez penal que pretendía dirigir la investigación en el

sumario, recibir pruebas de oficio o a petición de parte, las mismas que generalmente eran recibidas por el personal subalterno de la judicatura, sin intermediación del juez con la prueba, disponer medidas cautelares de apremio personal y real, revocarlas o sustituirlas, sustanciar la etapa intermedia, y resolver la misma con o sin dictamen del fiscal, de manera que podía dictar un auto resolutorio de llamamiento a juicio plenario sin acusación fiscal o sin acusación o querrela del ofendido o víctima, o de quienes podían a su nombre ejercer el derecho de acusación.

La etapa del plenario que correspondería a la etapa del juicio seguía siendo escrita y llena de legajos, y la prueba que debía ser recibida por un Tribunal Penal constituido por tres jueces abogados, se contraía a la incorporación de la prueba actuada por el juez penal mediante simple lectura o ratificación, con lo cual se incumplían los presupuestos de procedencia y validez constitucional que determinan que la prueba deba ser presentada ante el Tribunal o Juez de sentencia, de acuerdo con los principios de oralidad y publicidad, respetando el derecho de las partes para ejercer el contradictorio en el momento de la presentación de la prueba, y haciendo efectivos igualmente los principios de la continuidad y concentración, así como el de la intermediación de la prueba con el Tribunal, es decir el juez era todo.

En el vigente Código de Procedimiento Penal inspirado en el modelo acusatorio oral de plena aplicación desde el 13 de julio del año 2001, nos presenta una desconcentración de funciones procesales y atribuye la acusación al fiscal penal, que es funcionario del Ministerio Público, independiente totalmente de la Función Judicial, cuya misión es investigar, probar, originar la acción y acusar, frente al imputado, que se defiende, que tiene la obligación de probar su inocencia; y estos dos entes a su vez, presentar sus argumentos al Juez, que debe escuchar, conocer la causa, valorar y lógicamente juzgar.

El nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 223 prevé la llamada instrucción fiscal, misma que debe concluir en el plazo improrrogable de 90

días. Con las reformas del 13 de enero del 2003 (**Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003**), se establece en el artículo 221 que si antes de los 90 días se hace extensiva la instrucción a un nuevo imputado, la instrucción tendrá un plazo adicional de 30 días. Cualquier acto procesal que se practicare luego de la instrucción fiscal carece de eficacia alguna, sin embargo debe tomarse en cuenta que “el proceso de la rapidez se asocia con las dilaciones indebidas para definir la garantía a la seguridad jurídica que deben tener las partes en el conflicto judicial. Lo que no hay que hacer es vincular celeridad con demoras incorrectas, para deducir de ello la responsabilidad del órgano jurisdiccional, ya que pueden existir procesos rápidos con lentitudes provocadas por el mismo sistema. Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin agregar trámites” (Gozaíni. 2005. p. 541).

Es importante el proceso de desinstitucionalización del preso sin condena, pues el artículo 77 numeral 9 de la Constitución de la República, dice: “La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión, si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto”.

El Tratadista Dr. Jorge Zavala Baquerizo sostiene que “La privación de la libertad como medida cautelar constituye una seguridad para el Estado y la Sociedad. Para el Estado porque evita que el agente del delito prosiga la alteración del orden jurídico que el Estado está obligado a mantener; y, para la sociedad por cuanto asegura la defensa de la misma impidiendo nuevos atentados contra los derechos públicos e individuales y ratifican la confianza de los individuos y de la comunidad en el ordenamiento jurídico que los protege” (Zabala. 2002. p. 200), lo cual es respetable y se enmarca dentro de la realidad que vivimos, ya que si bien se debe respetar los derechos humanos y el

principio de inocencia y de proporcionalidad entre otros, a favor de quien cometió un delito, también es verdad que la sociedad, tiene derecho a vivir en un ambiente seguro.

La caducidad del plazo de la prisión preventiva se ha venido dando en nuestro país, aunque en un porcentaje mucho menor en estos últimos años. Pues a partir de la publicación de la resolución del Tribunal Constitucional (hoy Corte Constitucional) en septiembre del año 2006, acerca de la decisión que recobre vigencia la caducidad de la prisión preventiva; “se produjo la liberación de alrededor de 3.589 internos (detenidos sin sentencia) de las cárceles del país, muchos de ellos de alta peligrosidad; y, aunque algunos entendidos consideran, que si los fiscales y jueces hubieran actuado con diligencia, antes y ahora, se podrían haber resuelto lo antes posible todos los casos pendientes sobre los detenidos; afirman además, que la decisión de la Corte Constitucional era necesaria “porque respetar los derechos de las personas privadas de libertad es parte de los convenios internacionales que mantiene el Ecuador con otros países”.

Sin embargo de todo lo expresado, y para sustentar la teoría de mi propuesta de Tesis, respecto a que es insuficiente el plazo razonable de la prisión preventiva; haré referencia textual a lo que el Dr. Washington Pesantes, ex Fiscal de la Nación y uno de los más críticos a la decisión que entonces tomó la Corte Constitucional, referente a la caducidad de la prisión preventiva dijera: “Aparentemente los vocales de la Corte Constitucional no conocen el proceso penal”, expresó; y explicó: “En la detención preventiva, una persona puede estar detenida tres meses. Entre el llamado a audiencia, recusación de jueces, se cumplen seis meses y entre las audiencias, el llamamiento a juicio y recurso de apelación (que puede durar 135 días de acuerdo con los plazos de ley) se cumplen casi nueve meses. Lo que impide cumplir plazos de seis meses (en casos de prisión) o un año (en reclusión) para dictar sentencia” (<http://www.eluniverso.com/2010/12/05/1/1422/caducidad-prision-preventiva->

historia-cambios-12-anos.html). Es decir los plazos razonables no están de acuerdo con el tiempo que duran los procesos.

3.1. La audiencia de control de flagrancia

La definición de lo que es delito flagrante, se encuentra previsto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, que textualmente dice: “Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido” (Código de Procedimiento Penal, Ecuador, 2010, p. 47).

El mismo Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, habla sobre la inmediatez, e indica que ésta se produce siempre que haya existido una persecución ininterrumpida, desde el momento de la supuesta comisión hasta al detención, en donde no se puede alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas.

“En el Registro Oficial No. 221 de 28 de noviembre de 2007, se publicó una Resolución de la Corte Suprema (hoy Corte Nacional) de Justicia, en la que se dispone lo siguiente: “Es el juez penal de turno la autoridad que califica la flagrancia de un delito en la audiencia pre procesal en la cual el señor juez de turno emitirá la medida cautelar, para el sospechoso o sospechosos dependiendo el caso”.

Antes de esta Resolución existían sólo dos audiencias: la preliminar y la de juzgamiento. En la primera, se realizaba ante el juez unipersonal y se llevaba a cabo en la etapa intermedia, en la que se abordaban alegaciones con respecto a la existencia de requisitos de procedibilidad o de cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, según lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, además ésta era la primera ocasión en la que las partes tenían el primer

contacto, hoy ese primer contacto en el caso de delito flagrante se realiza en la audiencia de control de flagrancia, porque deben encontrarse presentes las partes involucradas en el proceso. En la audiencia de juzgamiento, deben estar todas las partes presentes, ya que en ésta se realiza precisamente el juzgamiento, cumpliéndose con los principios de **concentración** y de **inmediación**.

En la resolución del Tribunal Constitucional No. 088-2001-TP. (R.O. 351, segundo suplemento, 20 de junio de 2001) Considera: **Principio de Concentración:** *Este principio supone “La reunión de todas las actividades procesales dirigidas a la instrucción de la causa (prueba y discusión de las pruebas) en una sola sesión o en un limitado número de sesiones, en todo caso próximas unas a otras.”*

La Enciclopedia Jurídica OMEBA Tomo III, página 575, al respecto de este Principio expresa lo siguiente: *“El objeto es lograr que el proceso sea una obra unida, homogénea. Se considera que la aplicación de este principio facilita a su vez la realización de la inmediación, o sea, la recepción por el juez de la prueba de manera que la expresión escrita responda a la realidad y tenga solo como fin el conservar la prueba oral, para su conocimiento por los jueces de alzada. Así mismo, acelera el trámite acortando el plazo de prueba, y por lo tanto también termina con los incidentes de caducidad de la prueba por negligencia; y, evita o disminuye la variada serie de otros incidentes, permite poner a la vista del adversario todos sus medios de ataque y de defensa, sin maliciosos ocultamientos. Se trata de comparar lo que resulta de la prueba respecto a cada hecho controvertido, a medida que se produce en forma tal que los profesionales y el juez, puedan advertir desvíos de la verdad, en los absolventes y testigos. Los jueces pueden formar su convicción sobre los hechos a medida que evacúan las pruebas. Exige una labor más intensa en la preparación de la demanda (acusación), en su respuesta y también en la prueba, pero a la larga se ahorra mucho más tiempo. Con una o dos audiencias se evitan días y meses de audiencias o actuaciones parciales.”*

Respecto al Principio de Inmediación, en la obra de autoría del doctor José Robayo, intitulada “**Manual de Procedimiento Ecuatoriano**”, se dice lo siguiente: *“supone la relación directa de los litigantes con el juez, de modo que el magistrado conozca directamente a las partes y pueda apreciar por sí mismo el valor de las pruebas, que han de realizarse en su presencia. En el caso del sistema inquisitivo es esencialmente escrito, por eso es posible que inclusive la recepción de declaraciones se realice ante el secretario judicial o más corrientemente ante el oficial del Juzgado”*

Según la página web www.glosario.net-@2003, la frase *audiencia de control de detención*, que en nuestro país se llama “audiencia de control de flagrancia” está definida como audiencia destinada a determinar la legalidad de la detención practicada, sea por orden judicial o por tratarse de una hipótesis de flagrancia (<http://www.apuntes.jurídicos.gob.ec.dra.Patricia-zambrano.V>).

El Art. 161 del Código de Procedimiento Penal, establece que “la audiencia de calificación de flagrancia, se llevará a cabo dentro de las veinticuatro horas, desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante, siendo el fiscal quien solicitará al juez de garantías penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite”.

El Art. 161.1 del Código de Procedimiento Penal, establece el procedimiento a seguir en la Audiencia de Calificación de Flagrancia, expresando que “es el juez quien dará inicio a la audiencia, identificándose ante los concurrentes como juez de garantías penales, señalando los derechos y garantías a que hubiere lugar, aspecto importante, ya que el detenido, tendrá la oportunidad de escuchar todos los derechos y garantías constitucionales que le asiste. Luego concederá la palabra al representante de la Fiscalía quien expondrá el caso, indicando las evidencias encontradas en poder del sospechoso, y fundamentando la imputación que justifica el inicio de la instrucción fiscal, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 217 de este Código,

es decir cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, tomando como base el parte policial de la detención. El fiscal solicitará las medidas cautelares que estime necesarias para la investigación y señalará un plazo máximo de hasta treinta días para concluir la instrucción fiscal, procurando evitar acciones dilatorias obstruccionistas. “Dilación que se produce por el comportamiento intencionado de las partes, o mediante la no ejecución por el órgano judicial de las obligaciones que están bajo su responsabilidad. Cuando las demoras son producto de la acción de las partes, la dilación compromete el deber jurisdiccional de controlar la regularidad de las actuaciones que el proceso suscita, mientras que si la lentitud se produce por la injustificada reacción de la judicatura a los pedidos de los litigantes, la consecuencia es hacer responsable al órgano judicial” (Gozaíni, 2006. p. 47). Acto seguido el juez de garantías penales concederá la palabra al ofendido, en caso de haberlo; y, al policía si lo estimare necesario, a fin de que relate las circunstancias de la detención. Luego escuchará al detenido para que exponga sus argumentos de defensa, quien lo hará directamente o a través de su abogado defensor. La intervención del detenido no excluye la de su defensor.

El juez de garantías penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la exención o no de medidas cautelares. Inmediatamente, dispondrá la notificación a los sujetos procesales en el mismo acto de la audiencia. Posteriormente, el fiscal de turno, remitirá lo actuado a la Fiscalía General, a fin de que continúe con la instrucción, el fiscal especializado que avoque conocimiento, en caso de haberla.

En los casos que la infracción no haya causado daño grave y demuestren ciertas condiciones como: estabilidad familiar y laboral, honorabilidad, al detenido o reo de delito flagrante se le sustituirá la prisión preventiva por otra medida de arraigo. Sin embargo cuando el daño ha afectado seriamente a la víctima, en la audiencia de control de flagrancia se detiene en forma preventiva al imputado y el fiscal inicia las investigaciones.

En la audiencia de control de flagrancia, se deberá aplicar inobjetablemente el principio de legalidad, dispuesto en el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal y que además está también previsto en el Código Penal, porque puede darse el caso de que de modo flagrante se sorprenda a alguien cometiendo una acción dañosa o peligrosa, inclusive en contra de la moral y las buenas costumbres, pero que no se encuentra tipificada esa acción como delito dentro del listado de las infracciones en la ley respectiva, por lo que de modo obligatorio deberá esa conducta delictiva hallarse expresamente declarada como delito y la pena establecida antes de que se cometa el acto.

Dentro de este sistema penal acusatorio, en el que es el fiscal quien realiza las investigaciones y el que emite el dictamen acusatorio para que luego se inicie el proceso ante el juez, se debería tomar en cuenta lo que se halla estipulado en las **Directrices sobre la función de los fiscales**, que en su directriz número 18, textualmente expresa lo siguiente: *“De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan a la vía judicial, no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significa la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión”*.(<http://www.ilanud.or.directrices> sobre la función de los fiscales)

Así mismo, se encuentran una serie de disposiciones de la Constitución de la República como las siguientes: artículo 11, inciso 5 que dice “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. En el artículo 76 del mismo cuerpo legal, se encuentra establecido lo siguiente: “En todo proceso en el que se

determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

Numeral 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Numeral 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

Numeral 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República).

El principio de proporcionalidad, es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; es decir es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, para mantener un balance equitativo entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas; porque toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano.

Además de lo anterior, también se tomará en cuenta lo estipulado en los artículos 2 del Código Penal, que trata de la legalidad; y, que ya se abordó en párrafos anteriores; lo previsto en el artículo 4 del mismo cuerpo legal y que tipifica lo siguiente: “Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se

la interpretará en el sentido más favorable al reo.”, es decir, que se encuentra concatenado con lo que dispone la Constitución, lo cual ya se expresó en líneas anteriores” (Código Penal. Ecuador. 2010. p. 2).

El “Art. 32 del Código Penal también establece que: “nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia” (Código Penal. Ecuador.2010.p. 12).

“El profesor y jurisconsulto doctor Efraín Torres Chávez, en su famosa obra penal intitulada **“Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador”**, Tomo I, respecto a este artículo, realiza un análisis exegético en el cual expresa lo siguiente: *“Cuando la conducta humana se encuadra en un artículo del Código Penal, se dice hay infracción, o sea, se ha producido una subsunción del tipo legal. Pese a esto, es decir, a la objetividad del delito, la Ley exige, en este artículo, que el hecho haya sido cometido con voluntad y conciencia. “Nadie puede ser reprimido”, es una garantía general que ampara a todos, en el ámbito más ecuménico, es decir, ninguna persona natural, sin ningún tipo de discriminación. Los términos “voluntad” y “conciencia”, han entrado al campo de la Psicología y de la Psiquiatría con tal fuerza, que el aspecto ontológico de la libertad, se ha hecho muy relativo.*

Este artículo contiene la filosofía del Código Penal. Lo define, lo sitúa y lo alinea entre los clásicos, que consideran al hombre esencial y totalmente libre, capaz de escoger entre el bien y el mal, lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito.

Hoy se cree que la libertad total no existe, que el hombre es “un autobús en el que viajan todos sus antepasados” y que las acciones humanas dependen de las glándulas de secreción interna, del individual sistema nervioso, de los recuerdos de la infancia, del medio ambiente, del funcionamiento de sus sistemas y órganos y de tantos factores, que aquello del libre albedrío está absolutamente cuestionado. La personalidad humana se refleja en los actos o en el lenguaje. Estos son los que primero asoman a pesar de ser lo último del

proceso interno. El acto es la respuesta que el cerebro da al estímulo del proceso interno.

Se ha comparado al hombre, con un inmenso cuarto en cuya puerta asoma una débil luz que representa la conciencia, quedando todo lo demás, en la tremenda oscuridad instintiva.

El doctor Luis A. Riofrío, en su obra intitulada “Psicología General” dice que la “vida volitiva no se manifiesta en forma aislada o independiente del género psíquico, ya que ésta constituye una de sus manifestaciones, de la misma manera que la vida afectiva, activa o intelectual. La voluntad es una forma de reacción del organismo frente al medio ambiente. Muchos son los tipos de conducta o reacción en los que intervienen los procesos del deseo, las deliberaciones, la decisión y los móviles de orden afectivo o intelectual para determinar la ejecución de un acto. A estas formas de reacción se denominan actos voluntarios. Podemos entonces, según lo anotado, definir la voluntad, como la función psíquica consciente que nos permite actuar con nuestros propósitos, tomando para ello ciertas decisiones y orientando nuestra actividad”.

Nuestro Código Penal, participa pues, de la teoría del **libre albedrío** que primitivamente fue tomada, de seguro, del aspecto religioso, que estima al hombre como ente que puede pecar o no pecar, a su sólo arbitrio.

Nypells, hablando jurídicamente sobre una disposición similar del Código Belga, del cual vino el nuestro, dijo: “En el lenguaje del derecho penal franco-belga se llaman voluntarios, los delitos que son el resultado de una falta. El delito voluntario es aquel en que el agente ha querido a la vez, la acción y el mal que ha producido y es con vista de este mal que ha obrado”.

El profesor Zabala Baquerizo, dice, “el acto es una manifestación de voluntad, lo que no han podido negar los más intransigentes causalistas, es evidente que

dentro del acto está encerrada la voluntad, la que, a su vez, contiene los móviles, los motivos y las representaciones que fueron los presupuestos que, en la deliberación interna, provocaron la resolución de actuar en tal o cual manera"(Zabala. 1992. p. 22).

En definitiva, una instancia bastante delicada, por todo lo que se obliga en ella, los principios que habrá que tenerlos en cuenta en todo momento y que para ello deberán estar atentos y vigilantes el agente fiscal y las partes procesales que se encuentran involucradas, porque así como se investigan todas las pruebas de cargo también tiene la obligación de buscar o de poner a disposición del imputado las de descargo, con la finalidad de que se haga justicia en el menor tiempo posible, sin dilaciones que beneficien o perjudiquen a las partes involucradas" (<http://www.apuntes.jurídicos.gob.ec.dra.Patricia-zambrano.V>).

Efectivamente, es ese el procedimiento que debe seguir el fiscal y las partes procesales, ya que es un derecho que se encuentra amparado por la Constitución de la República; y, establecido además en el Código de Procedimiento Penal, y porque además ello ayudará a probar si el delito ocurrió, y a determinar quién es el responsable de tal infracción.

3.2. La audiencia de formulación de cargos en los delitos no flagrantes

La Doctora Mariana Yépez, en su artículo titulado, la oralidad en el Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento penal, dice; "Uno de los ejes fundamentales del Código de Procedimiento Penal es la oralidad en todo el proceso penal, no solamente en la etapa del juicio, sino en la emisión de las opiniones de los Fiscales, la formulación de sus peticiones respecto de la aplicación de las medidas cautelares, la adopción de decisiones por parte de los Órganos Jurisdiccionales en todas las audiencias, inclusive la sentencia y la sustanciación de los recursos ordinarios y extraordinarios (<http://www.derechoecuador.com/index.php-com-content-view-4769>).

La Constitución de la República señala en el artículo 168, los principios que debe aplicar la administración de justicia en el ejercicio de sus atribuciones, entre ellos la oralidad, así pues impone en el numeral 6, que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias sea “mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo” (Constitución de la República).

“La ex Corte Suprema de Justicia en uso de sus facultades previstas en la Ley Orgánica de la Función Judicial, dictó tres resoluciones de fechas 14 de noviembre del 2007, 19 de marzo del 2008, 27 de agosto del 2008, publicadas en los registros oficiales 221 de 28 de noviembre del 2007, 316 de 15 de abril del 2008 y 27 de agosto del 2008, en su orden, en las que dispuso la realización de audiencias orales en el caso de detención por delito flagrante, y de formulación de cargos y de inicio de la instrucción fiscal.

Por otra parte, cabe destacar que la Convención Interamericana, en el artículo 8, consagra el derecho a la oralidad, lo que guarda concordancia con otros Instrumentos Internacionales” (<http://www.derechoecuador.com/index.php-com-content-view-4769>).

Es menester hacer hincapié, que lo que motivó que se incluyan como reformas al Código de Procedimiento Penal la oralidad en todo proceso penal, fueron las resoluciones de la Ex Corte de Justicia, lo que obviamente tiene sustento constitucional, legal e ideológico. Según el Dr. Galo Blacio Aguirre, “La etapa del juicio oral, desde el punto de vista constitucional, es la más importante y en la que más se observan los principios fundamentales del debido proceso, ya que en el sistema acusatorio oral, el verdadero control está en el juicio oral. Entonces, los sujetos procesales deben realizar sus actuaciones siempre bajo la sombra del juicio oral, porque aquí es donde la prueba pasará el verdadero control de calidad. “La idea de que el juicio oral constituye un derecho central del debido proceso, surge del análisis de los tratados internacionales sobre los derechos humanos, en materia de garantías procesales... El juicio es

considerado, por los estándares internacionales de derechos humanos, como un marco de protección general para todas las garantías del procedimiento. Sin juicio es difícil concebir la existencia de un proceso penal capaz de respetar los derechos individuales.” (Baytelman. 2006. P. 19).

En los delitos no flagrantes, el artículo 160 A del Código de Procedimiento Penal, precisa la dinámica de la audiencia, aún la presentación de elementos de convicción, el debate sobre los puntos litigiosos, y la decisión del Juez sobre lo solicitado, lo debatido y lo que fuere relacionado. Establece además el procedimiento a seguir para dictar la prisión preventiva. Como primer punto manifiesta que, desde el inicio de la instrucción, la medida de la prisión cautelar, debe ser decidida en audiencia oral, pública y contradictoria, salvo las excepciones previstas en éste Código. Para lo cual, el juez de garantías penales, convoca a las partes procesales en el término de hasta 5 días a audiencia, estableciendo que la parte que pretenda valerse de un elemento de convicción tendrá la carga de su presentación en la diligencia, la cual, sin embargo, no podrá suspenderse por falta de tal elemento. Posteriormente el juez escucha al fiscal, que es la autoridad que fundamenta la conveniencia de la medida cautelar de la prisión preventiva, tal como lo estipulan los artículos 159, 160 y 167 del Código de Procedimiento Penal; luego, el juez concede la palabra a la contraparte para promover el debate sobre los puntos litigiosos de los elementos presentados, quien haciendo uso de sus derechos expondrá sus argumentos, solicitando una medida alternativa, sustitutiva o a la vez la no pertinencia de alguna medida cautelar, luego el Juez, resuelve en esta misma audiencia, lo solicitado, y debatido, de manera oral.

El Art. 226.1 de la reforma al Código de Procedimiento Penal, ligan a la fiscalía y al juez de garantías penales donde el proceso se ventila de manera concreta, el juez de garantías penales, ordenará la convocatoria sujetándose a lo que el texto actual dice que: “Toda convocatoria a audiencia llevará la prevención que de no asistir el defensor particular del sospechoso o procesado, actuará en su lugar el defensor público, designado por el juez de garantías penales en la

misma providencia que contenga tal convocatoria”, lo que lleva a evitar dilatorias al menos por parte del detenido”.

No se puede dudar que este sistema garantiza a las partes, igualdad e imparcialidad, y sobre todo transparencia en la decisión del Juez al tomar las medidas coercitivas correspondientes, ya que se la hace pública e inmediatamente, por lo que, sí es importante que durante la indagación previa, se obtengan los elementos de convicción necesarios, como para poder establecer claramente si el denunciado es responsable del delito que se le atribuye, para poder solicitar la medida cautelar de la prisión preventiva al Juez, e iniciar la instrucción fiscal.

En lo que tiene que ver con el recurso de apelación, a partir de la reforma al Art. 343 del Código de Procedimiento Penal, publicada en el registro oficial suplemento 160 de 29 de marzo del 2010, ya no procede interponer éste en el auto de llamamiento a juicio; es decir solamente se puede interponer recurso de apelación de los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia. En realidad este recurso en muchas ocasiones solamente se lo interponía para dilucidar el tiempo; y, dilatar el proceso, haciendo que se desperdicien recursos humanos y económicos.

Con esta reforma, se suprime la apelación del auto de llamamiento a Juicio, con lo cual, una vez dictado se pasa directamente a Juicio, sin que el encausado tenga derecho a impugnar el fallo del juez penal.

Sin embargo para el penalista Dr. Ricardo Vaca Andrade, “la reforma es inconstitucional, porque viola la Constitución y los Tratados Internacionales, con respecto al derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, este derecho de recurrir incluye el derecho de interponer recursos, incluso el de apelar ante el juez o Corte Provincial el fallo dictado por el juez inferior. La impugnación de los fallos de los inferiores ante los jueces superiores es un

derecho fundamental de una persona que no se puede suprimir en virtud de esta reforma, peor aún, con el pretexto de que lo que se busca es acelerar el trámite de los procesos penales para llegar cuanto antes a la audiencia de juzgamiento. Ciertamente es que hay que buscar celeridad en la administración de justicia, especialmente penal, pero no sacrificando o desconociendo derechos fundamentales de los procesados, como es el derecho de recurrir, es decir, de apelar los fallos de los jueces inferiores; el auto de llamamiento a juicio es un fallo porque es un auto resolutorio que determina la suerte del proceso penal; por lo demás, si el auto de sobreseimiento es apelable, ¿por qué no debe serlo el auto de llamamiento a juicio que es más grave que aquel? Los jueces penales no son infalibles, como tampoco todos son confiables”.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LAS LOS PROCESOS QUE SUFRIERON CADUCIDAD DE PRISIÓN PREVENTIVA, Y LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE CAUSARON

4.1. Causas

4.1. No. De Causa: 2011-0134

Primera Sala de Garantías Penales de Pichincha

Acción/Delito: Droga

Demandado/Imputado: NN

En la presente causa, la fiscal, por considerar que existen fundamentos suficientes sobre la existencia de un presunto delito de tráfico ilegal de estupefaciente, con el antecedente del parte policial de aprehensión, en el que se indica que al realizar el chequeo de rutina a las cargas que se encontraban en proceso de exportación en la agencia de viajes NN, se descubre con ayuda de los canes, que en la parte intermedia de ases y tapas de los cartones con logotipo NN, dieron positivo el diagnóstico para estupefacientes, por lo que una vez realizada las verificaciones correspondientes, se procede a incautar esta mercadería que llevaba rosas con destino a Montreal Canadá, encontrándose 51.500 gramos de alcaloide, los mismos que fueron incautados por la Policía; y, gran parte de ellos quemados. Bajo estas circunstancias y tomando en cuenta que quien aparecía como exportador directo de ésta mercadería era NN, es detenido al siguiente día, unas horas después, se procede a la detención de otros implicados en el presunto delito, por lo tanto, dicta su resolución de inicio de la etapa de la instrucción fiscal contra NN, y otros implicados, por considerarlos presuntos autores del delito antes señalado. En la etapa de Instrucción fiscal, por estar contenidos los requisitos del artículo 167 del código de Procedimiento Penal, el Juez ordenó la prisión preventiva.

Al término de la instrucción fiscal emite dictamen mixto, tanto acusatorio como abstensivo. En cuanto a los componentes en que se funda la acusación a los procesados, pone de manifiesto que una vez recopilados los elementos de convicción, en el caso de los implicados NN, la Fiscalía no ha encontrado suficientes elementos para que sean llamados a juicio, por lo que se abstiene de acusarlos, en cuanto al posible autor NN y demás implicados, una vez realizadas las investigaciones se determina que poseen una situación económica elevada, que no se halla justificada, que mantenían comunicación telefónica exagerada entre ellos, es decir que de los resultados obtenidos durante la etapa de instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación de los imputados; por lo que se emite dictamen fiscal acusatorio, por estar inmersos en el delito tipificado en el artículo 60 de la Ley de Sustancias y Estupefacientes Psicotrópicas.

Posteriormente, el juez, emite auto de llamamiento a juicio, ya que de la valoración de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden graves y fundadas presunciones sobre la existencia del delito como y de la participación de los imputados en el mismo, para que respondan en calidad de presuntos autores del delito de tráfico ilegal de estupefacientes, tipificado y sancionado en el artículo 60 de la Ley de Sustancias y Estupefacientes Psicotrópicas, en concordancia con los artículos 42 y 43 del Código Penal, ratificando la prisión preventiva y las medidas cautelares de carácter real para el detenido NN, el mismo que es juzgado individualmente; dispone además que se oficie a las Autoridades de Policía, a fin de que procedan a la inmediata localización y captura de los acusados NN, que se encuentran prófugos. En cuanto a los otros procesados, en consideración de la abstención realizada por el Fiscal Distrital de Pichincha, dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y a favor de los referidos procesados, Estos a su vez interponen recurso de apelación a la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, misma que resuelve confirmar el auto de llamamiento a juicio, sin embargo terminadas las etapas de instrucción fiscal e intermedia, el

Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha, mediante audiencia oral de juzgamiento, y tomando en cuenta las pruebas de “DESCARGO”; y, ANTE LA NO ASISTENCIA DE LA FISCAL, debido a que por error, se le había designado dos audiencias, a la misma hora, dicta la inocencia de los imputados NN, “POR HABERSE DECLARADO LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, POR FALTA DE COMPARECENCIA DE LA FISCAL NN, A LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO”.

Si bien los objetivos de las medidas cautelares son precisamente la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, en este caso, a pesar de que los imputados se encontraban detenidos, y que durante el juicio no se pudieron desvanecer los indicios y evidencias que existían en su contra, obtuvieron la libertad, por un error judicial, en vista de que se hace coincidir dos audiencias, a la misma hora y con la misma fiscal, razón por la que la funcionaria pública, no pudo comparecer a la audiencia de juzgamiento.

Nos preguntamos entonces si lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial, queda en letra muerta, en lo referente a que “todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos. En muchos casos así ha sucedido, no se ha cumplido con lo que se estipula en las leyes, permitiendo que delitos como éstos queden en la impunidad, y que la inseguridad siga acrecentándose en nuestro País.

Este es un ejemplo de que no se debería permitir la caducidad de la prisión preventiva, que no todos los casos tienen la mismas complejidad, que los

procesos en los cuales se ha establecido los elementos necesarios para ordenar esta medida cautelar, tendrían que concluir con una sentencia.

4.2. No. De Causa: 09260-2009-0431

Juzgado Décimo de Garantías Penales

Acción/Delito: Sexuales-Robo

Demandado/Imputado: NN

El 21 de julio del año 2009, avoca conocimiento de la causa, el Juez Décimo de Garantías Penales, por la presunta comisión del delito de robo, efectuado por el presunto autor NN. Según el contenido de la denuncia presentada por el señor NN, indica que el día 19 de junio del año 2009, aproximadamente a la 3h00 y en circunstancias que la señorita NN, se encontraba en su domicilio, varios sujetos han ingresado a su hogar, procediendo a sustraerse una computadora que se encontraba en la sala, luego se dirigen al dormitorio donde uno de los sujetos toma un cuchillo, dirigiéndose donde se encontraba la ofendida, y procede a sustraerse todos los objetos de valor; y, no contentos con todo esto, el sujeto que portaba el arma, procede a abusar sexualmente de la señorita en mención, para luego darse a la fuga. Sin embargo posteriormente este presunto delincuente es detenido cometiendo otros ilícitos, siendo reconocido por la joven abusada. Por lo que al ser identificado como uno de los involucrados en el robo y abuso sexual, se determina que el hecho presuntamente punible cuyo ejercicio es de Acción Pública de instancia oficial y existiendo fundamentos suficientes para imputar al detenido como autor del delito que se investiga, y por encontrarse reunidos los presupuestos establecidos en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, se ordena la prisión preventiva de NN; y, por hallarse ya detenido, se pide la encarcelación al Centro de Rehabilitación Social.

Al término de la instrucción fiscal, se emite auto de llamamiento a juicio por estimarlo autor de delito tipificado y reprimido en el artículo 550 y circunstancia

segunda del artículo 552 del Código Penal, por lo que se le ratifica la Prisión Preventiva, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal.

El 20 de abril del año 2010, se comunica que el Tercer Tribunal Penal, es el que por sorteo le tocó conocer y resolver la causa, sin embargo, pese a todas las pruebas que tenía en su contra el detenido, no se prosigue con el proceso, y en diciembre del año 2010, se hace acreedor a la libertad por Caducidad de Prisión Preventiva.

He querido tomar ésta causa, porque fue uno más de los delitos que quedaron en la impunidad, ya que éste fue uno de los casos en donde se produjo la caducidad de la prisión preventiva, quedando en libertad este individuo, lo que posteriormente trajo consigo un crimen atroz, que fue perpetrado por el mismo individuo con un historial extenso de delitos, de los cuales había salido librado, haciéndose acreedor de los beneficios de la caducidad de la prisión preventiva; y, que gracias a ello volvió a la calle a seguir delinquir, hasta que en el año 2009, mediante su acostumbrada modalidad de atracar, ingresó una vez a más a un domicilio a robar, y no conforme con eso, asesinó a la madre y a la hija que se encontraban en su hogar. Hoy se encuentra purgando una pena de 25 años, la misma que tuvo lugar exactamente el último día en el que cumplía un año de prisión preventiva; es decir si es que los familiares no hubiesen presionado para que se haga la audiencia, hoy lo tendríamos nuevamente en la calle, causando terror en la sociedad.

Los efectos jurídicos que causan la caducidad del plazo de la prisión preventiva y que se explica en párrafos anteriores son: la libertad de los procesados, ya que como lo determina el artículo 169 del C.P.P., el juez de garantías penales, condecor de la causa, una vez producida ésta, ordena mediante providencia la inmediata libertad del reo, produciéndose de esta manera otro efecto jurídico, como es la impunidad del delito, ya que no fueron juzgados, por lo tanto no recibieron la pena por su accionar, obteniendo como

consecuencia la libertad bajo la figura de “DECLARATORIA DE LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”, obviamente con la disposición del juez de garantías penales a través de la respectiva providencia, de que el procesado queda sujeto a la obligación de presentarse periódicamente ante el juez; y, la prohibición de ausentarse del país, para garantizar la inmediación del procesado con el proceso. Sin embargo aunque la ley así lo disponga, existe la posibilidad de fuga, y de que nunca lleguen a presentarse en el tribunal.

En lo que respecta a los perjudicados, ni siquiera tiene la posibilidad de interponer un juicio por daños y perjuicio, ya que como se explica anteriormente, no hay sentencia, produciéndose la impunidad absoluta.

Otro efecto jurídico que causa esta figura legal, es que si la caducidad ha sido provocada por el juez de garantías penales, puede dar lugar en forma inmediata a la destitución o sanción del mismo.

De ahí que cabe la pregunta ¿qué pasa con las personas que son y que fueron beneficiadas con la caducidad?, llegarán a presentarse al tribunal de garantías penales a fin de que tenga lugar la audiencia de juzgamiento como lo establece la ley, es decir que el procesado se presente periódicamente ante el juez, y que acate la disposición de no ausentarse del país, con la finalidad de garantizar la inmediación del procesado con el proceso. En realidad es difícil poder acceder a ésta información, ya que no es posible obtener las estadísticas, en vista de que en el Consejo de la Judicatura Provincial, manifiestan textualmente, “que se están actualizando datos”; por lo que ha sido necesario recurrir a otros métodos para poder obtener información.

Conclusiones:

1. La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, establecida y tipificada en la Constitución de la República en concordancia con el Código de Procedimiento Penal; y, los Tratados Internacionales, misma que no es de regla general, y, debe estar ante todo presidida por el principio de inocencia
2. La prisión preventiva es una medida de última ratio, que se la debe aplicar efectivamente como último recurso, como lo estipula la ley y la doctrina jurisprudencial, misma que una vez aplicada, debe culminar con una sentencia absolutoria o ejecutoriada.
3. El derecho al debido proceso, es decir a un juicio previo, son límites normativos preestablecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que garantizan el estado de libertad del imputado durante el proceso penal.
4. El Código de Procedimiento Penal, establece los presupuestos materiales y subjetivos de la prisión preventiva, cuyo único y fundamental objetivo es avalar la comparecencia del acusado al proceso, para que se lleve a cabo la etapa procesal del juicio, y con ello se pueda establecer una sentencia y su consiguiente cumplimiento.
5. La ley establece que, si a la tercera audiencia de juicio (Art. 278 C.P.), el acusado no asiste con su abogado defensor, el estado a través del Consejo de la Judicatura, le proporcionará un abogado (defensor público), para que se dicte sentencia; lo que ha permitido que el acusado no pueda hacerse acreedor a la caducidad de la prisión preventiva a través de actos dolosos.
6. Es una realidad que la caducidad de la prisión preventiva se ha dado y se sigue dando, quizá en un porcentaje mucho menor en la actualidad, pero

sigue sucediendo, quizá porque los plazos en casos de mucha complejidad y de pluralidad de procesados en un mismo proceso, resultan insuficientes. No obstante, también es cierto que ha existido negligencia por parte de ciertos funcionarios judiciales, como efectivamente se demuestra en la casuística presentada en esta tesis, en el que se cometió un error al momento de establecer día y hora para la audiencia de juzgamiento, es decir se designó al mismo fiscal para dos audiencias en la misma fecha y hora. “Informes oficiales revelan que por la caducidad de la prisión preventiva, entre el 2008 y el 2010 salieron libres 4.387 presos, pero 163 volvieron a ser apresados. A 109 se los detuvo por delitos contra la propiedad, ocho por delitos contra las personas, cinco por ataques sexuales, 11 por droga, entre otros”.

7. Luego de haber culminado ésta investigación, se ha concluido que es necesaria la reforma al artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, referente al plazo de la caducidad de la prisión preventiva, tomando como base lo que manifiesta la Corte Europea, en concordancia con la Corte Interamericana de derechos humanos, “que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: La complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado; y, la conducta de las autoridades judiciales”

Recomendaciones:

1. Que los jueces, fiscales y defensores, tomen en cuenta que la prisión preventiva no es regla general, con la finalidad de que se cumpla con el garantismo y principio de mínima intervención penal (Art. 5.4 C.P.P), así como con los derechos establecidos en la Constitución de la República.
2. Por el hecho de ser una medida de última ratio, solo debe aplicarse ante circunstancias plenamente justificadas, que deben convenirse con un estado de cosas que revele graves indicios de criminalidad.
3. Se debe respetar el debido proceso, es decir el derecho a un juicio previo, siendo el fiscal, quien aplican el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal, especialmente en la objetividad de su investigación, para recabar los elementos de cargo y de descargo y tener verdaderos elementos de convicción que puedan sustentar la aplicación justa de la prisión preventiva.
4. La prisión preventiva debe ser dictada, tomando en cuenta que si bien, no es un instrumento para reducir la criminalidad, es una medida que permite contar con el posible autor de un delito, y a través del debido proceso absolverlo o condenarlo.
5. A pesar de que existen mecanismos establecidos por el Consejo de la Judicatura, en un área especial específicamente para designar fiscales para las correspondientes audiencias, se han venidos produciendo errores judiciales, esto debido a que no existe el número suficiente de fiscales que cubra la demanda de audiencias convocadas, lo que ha provocado que se susciten estas falencias.
6. Es necesaria la revisión del Código de Procedimiento Penal en lo que tiene que ver con los plazos, ya que como lo dijo textualmente el Dr. Washington Pesantes, ex fiscal general del Estado y uno de los más críticos a la

decisión que tomara la Corte Constitucional, referente a la caducidad de la prisión preventiva “Aparentemente los vocales de la Corte Constitucional no conocen el proceso penal”, “en la detención preventiva, una persona puede estar detenida tres meses. Entre el llamado a audiencia, recusación de jueces, se cumplen seis meses y entre las audiencias, el llamamiento a juicio y recurso de apelación (que puede durar 135 días de acuerdo con los plazos de ley) se cumplen casi nueve meses. Lo que impide cumplir plazos de seis meses (en casos de prisión) o un año (en reclusión) para dictar sentencia”

Si bien es cierto que lo que manifiesta el Dr. Pesantez tiene mucha validez, también es verdad que el Art. 169 párrafo 8 del C.P.P, establece que “para la determinación de dicho plazo, tampoco se computará el tiempo que haya transcurrido entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de los fallos sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando estas hayan sido negadas”. A pesar de lo que la ley manda, y de todas las mejoras que se han tratado de implementar, todavía siguen siendo ineficaces los tiempos; y se sigue produciendo caducidad de prisión preventiva.

7. Reformar el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, referente al plazo de la caducidad de la prisión preventiva, incrementado 30 días de acuerdo al número de vinculados, en los delitos sancionados con reclusión; esto, considerando que no todos los delitos tienen la misma complejidad, y como manifiesta la jurista Argentina Kelmelmajer de Carlucci Aída, “es preciso recordar que el factor “tiempo” en un proceso judicial no hace exclusivamente a la tramitación del caso, sino que incide en el valor justicia propiamente dicho, dado que “para que la justicia sea injusta no hace falta que se equivoque, basta con que no juzgue cuando debe juzgar”

Propuesta jurídica de reforma

Reforma al Código de Procedimiento Penal

Asamblea Nacional del Ecuador

Considerando:

Que, el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo;

Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 195 de la Constitución, le corresponde a la fiscalía ejercer la acción penal pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención, con especial atención al interés público y a al derecho de las víctimas.

Que, para que los mandatos constitucionales tengan una efectiva aplicación y realización en materia penal, es indispensable introducir modificaciones sustanciales en la organización, desarrollo y conclusión de los procesos, transparentando y agilizando la actuación de los operadores de la justicia;

Que, asimismo, es necesario introducir reformas de trascendencia que posibiliten al sistema penal ofrecer una respuesta pronta, ágil y oportuna, pero eficaz, es decir que no se desvirtúe apremio, con aumento de impunidad a consecuencia de una investigación con aspiraciones de celeridad pero menos profunda.

Que, la comisión de lo Civil y Penal ha emitido informe favorable respecto a la reforma al Código de Procedimiento Penal, específicamente a su artículo 169, referente a la ampliación del plazo para la caducidad de la prisión preventiva,

en los delitos sancionado con reclusión, considerando la importancia de la complejidad de los casos, y tomando en cuenta criterios orientadores como la cantidad de imputados, la necesidad de producir prueba en otra jurisdicción, las implicancias generales para la sociedad; y la flagrancia.

En uso de las atribuciones legales que le confiere el artículo 120 numeral seis de la Constitución de la República del Ecuador.

Expide:

La siguiente ley reformativa al Código de Procedimiento Penal.

Art. 1. En el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, agréguese en el primer párrafo, luego de la palabra reclusión, lo siguiente:

“En los delitos sancionados con reclusión, dependiendo del número de vinculados dentro del proceso, durante la instrucción fiscal; y, la complejidad del delito, se aumentarán 30 días a la prisión preventiva por cada procesado”.

Art. 2. La presente ley, entrará en vigencia a partir de su promulgación en el registro oficial.

Es dado en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional a los veintisiete días del mes de mayo del 2013.

Presidente

Secretario

REFERENCIAS

- Código Penal. (2005). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Procedimiento Penal. (2009). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Basak, K. (1984). Los derechos humanos como realidad legal. España: Karel Basak.
- Beccaria, C. (2005). Tratado de los Delitos y de las Penas. México: Porrúa Ediciones.
- Bidart, G. (1981). Manual de Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: Ediar Ediciones.
- Bovino, A. (2006). El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos, programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Argentina: Editores del Puerto.
- Bovino, A. (2005). Justicia Penal y Derechos Humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bovino, A. (1998). Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Argentina: Editores del Puerto.
- Caldera, Hugo. (1982). Sistema de la responsabilidad extracontractual del estado en la Constitución política de 1980. Chile: Ed. Jurídica de Chile.
- Cárdenas, R. (2004). La prisión Preventiva en México. México: Ediciones Porrúa.
- Carnelutti, F. (2002). "Como se hace un Proceso", Bogotá: Ed. Legis.
- Carranza, E. (1988) "El preso sin condena en América Latina y el Caribe". Costa Rica: Ilanud. San José.
- Castro, C. (2001). Derecho Procesal Penal. Lima, Perú: Grijley.
- Corigliano, M. (2000). "Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"
- De Pina, R., y De Pina, V. (2001). "Diccionario de Derecho". México. Porrúa, Diccionario Jurídico Elemental. (2007). Bogotá: Ed. Heliasta.

- Edwards, C. (1996). Garantías Constitucionales en Materia Penal. Argentina: Editorial Astrea.
- García, E. (1982). Curso de Derecho Administrativo II. Madrid: Ed. Civitas S.A.
- Garrido, F. (1992). Tratado de Derecho Administrativo T. II Madrid: Ed. Tecnos,
- Guerrero, W. (2002). Sistemas Procesales Penales. Quito: Ed. Pudeleco S.A
- Guerrero, W. (2002). Derecho Procesal Penal. Quito: Ed. Pudeleco S.A.
- Gimeno, V. (1997). La prisión provisional y derecho a la libertad. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla.
- Gozaíni, O. (2006). Derecho Procesal Constitucional, el debido proceso. Buenos Aires: Editorial Rubinzal.
- Hernández, M. (1992). La responsabilidad extracontractual del Estado. Guayaquil: Ed. Edino
- <http://www.alfonsozambrano.com>
- <http://www.apuntes.jurídicos.gob.ec.dra.Patricia-zambrano.V>
- <http://www.derechoecuador.com/index.php>
- [http://www.derechoecuador.com/index.php?option-content-task/view- 1.Mariana](http://www.derechoecuador.com/index.php?option-content-task/view-1.Mariana)
Yépez
- <http://www.elmercurio.com.ec> (2008. 10 de junio).
- <http://www.eluniverso.com/2010/12/05/1/1422/caducidad-prision-preventiva-historia-cambios-12-anos.html>
- <http://www.glosario.net-@2003> (2003. 07 de julio).
- <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis12>.
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/705/4>
- <http://www.ilanud.or.directrices> sobre la función de los fiscales (2008. 11 de enero).
- <http://www.monografias.com/trabajos/medidascautelares/medidascautel/html>.
- <http://www.oas.org/dil/esp/tra-B-32-Con-Americana-Derechos-humanos.htm>.
- <http://www.oas.org/dil/esp/tra-B-32-Con-Americana-Derechos-humanos.htm>.
- <http://www.unhchr.ch/spanish/html/mlmenu/com-sp.htm> (2006. 02 de marzo).
- <http://www.un.org/es/documents/udhr> (2007. 08 de septiembre).

- Ibáñez, A. (2003). El juez y la prisión provisional, crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha.
- Ibáñez, P. (10 de octubre del 2009). "Presunción de inocencia y prisión sin condena" Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica N° 13.
- Jurisprudencia Especializada Constitucional tomo II. (2006). Quito: Corporación de estudios y Publicaciones.
- Ley interpretativa 2007-91, publicada en el RO-2S 194 del 19 de octubre del 2007.
- Ley 2007-94 reforma al Art. 169, publicada en el RO-S 203 del 1 de noviembre del 2007
- Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos. (1969).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Parra, Q. (2005). Tratado de la Prueba Judicial, Indicios y Presunciones Tomo IV. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional Ltda.
- Pastor, D. (2002). El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Buenos Aires: 1ra. Editorial Ediar.
- Reinoso, R. (1996). Teoría General de las Sanciones Penales. México: Ed. Porrúa.
- Rodríguez, J. (2001). La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado. México, D.F., México: Circuito Maestro Mario de la Cueva.
- Vásquez, R. (1993). Responsabilidad por daños. Buenos aires: Ed. De palma
- Yépez, M. (2009). "Novedades Jurídicas" en Nuevas reformas al Código de Procedimiento Penal. Quito: Ediciones Legales.
- Zabala, B. (2002). "El debido proceso penal". Guayaquil: Ediciones Edino.
- Zabala, B. (2004). "Tratado de derecho procesal penal". Guayaquil: Ediciones Edino.
- Zambrano, A. (2010). Estudio crítico a las reformas del Código penal y de procedimiento penal. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Zambrano, A. (2008). Proceso penal y garantías constitucionales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano, A. (2011). Delincuencia organizada transnacional. Doctrina Constitucional. Doctrina Penal y Práctica Penal. Lima: Edilex S.A.
- Zambrano, A. (1986). Temas de Criminología. Guayaquil: Imprenta Offset Graba.
- Zaffaroni, R. (2002). Derecho Penal, parte general. (1ª. Ed.). Buenos Aires: Editorial Ediar.