



FACULTAD DE DERECHO

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR

**TRABAJO DE TITULACIÓN PRESENTADO EN CONFORMIDAD A LOS
REQUISITOS ESTABLECIDOS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**

DR. IVAN ESCANDON MONTENEGRO

SANTIAGO GALARZA LUNA

2009

QUITO

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUIA

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

IVAN FABRICIO ESCANDON MONTENEGRO

170912277 - 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”

SANTIAGO GALARZA LUNA

171746908 - 2

AGRADECIMIENTO

“Respira hoy porque mañana tal vez sea tarde; disfruta de la primavera porque mañana tal vez se acabe y los prados verdes se transformen en dorados rastrojos; ama hoy para seguir amando mañana, porque cuando se ama se respira hondo y, siempre es primavera”.

Y es precisamente hoy que agradezco a todos y cada uno de los seres divinos y humanos que me han brindado su apoyo incondicional para cristalizar mi aspiración de ser Abogado...

Santiago Ernesto Galarza Luna

DEDICATORIA

A mi familia, compañeros y amigos por su cariño y respaldo a lo largo de mi
vida...

Santiago Ernesto Galarza Luna

RESUMEN

La prisión preventiva es la limitación a la libertad de las personas, uno de los derechos fundamentales del hombre, que se encuentra reconocido y garantizado por el Estado en el Art. 66, numeral 29, literal a., de la Constitución Política de la República del Ecuador. Quien sufre la prisión preventiva es considerado como un antisocial y un elemento negativo de la sociedad. Se ha utilizado de manera deliberada la prisión preventiva, como un mecanismo para frenar la ola delincencial que azota a nuestro país, creyendo de esta manera, garantizar la paz y seguridad ciudadana.

Si se utilizaría la prisión preventiva como una limitación a la libertad y como una medida cautelar excepcional, no tendríamos las cárceles llenas de ciudadanos, en unos casos que han delinquido y en otros que sin haber cometido delito alguno deben guardar prisión, por la orden de un Juez de Garantías Penales que resulta apresurada sin la correspondiente motivación.

Nuestro País suscribió y ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra el derecho a la libertad personal, sin embargo no lo ha garantizado eficientemente, por cuyo motivo ha sido sancionado por detenciones arbitrarias.

En, cuanto a la sustitución, es una novedosa alternativa de la prisión preventiva, que debe ser aplicada estrictamente, lo que no ha sido asimilado en forma total por nuestros Jueces de Garantías Penales que confunden esta medida con la fianza, siendo ésta última la que la recogen para la suspensión de la prisión preventiva, a pretexto de que la Ley Procesal Penal en su Art. 171 concede la facultad para acoger o no estas medidas alternativas.

La Investigación de la sustitución como medida alternativa de la prisión preventiva debe ser implementada y aplicada estrictamente, para descongestionar las cárceles del País, por lo que es necesario un

pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia con relación a la sustitución de la prisión preventiva, mediante una resolución obligatoria, pues, de lo contrario, nos vemos avocados a la ligereza de los Jueces de Garantías Penales, que en mucho de los casos no aplican la sana crítica.

ABSTRACT

The protective custody is the restriction of people freedom, one of the main rights of men, which is recognized and guaranteed by the state in the Art. 66, number 29, paragraph a., of the political Constitution of the republic of Ecuador. A person who suffers protective custody is considered as an unhelpful and as a negative element of the society. Furthermore, the protective custody has been used as a deliberate way and as a mechanism to slow down the violence of our country in order to guarantee harmony and public safety.

If the protective custody were used as a freedom restriction and as a precautionary measure, there were not many jails full of people that have committed a criminal offense and in some cases people who have not committed any kind of offence and are in jail.

Our country has signed and ratified the American convention of the human rights that establish the personal right to the freedom. However, it has not been guaranteed in an effectively way and has been suspended for arbitrary detentions.

On the other hand, the Substitution, is an innovative alternative of protective custody that has to be applied strictly, which has been misunderstood by our judges of criminal guarantees because they confuse it with bail, taking the last alternative for the suspension of the protective custody to excuse the existence of a proceeding law in its Art. 171 and grants the power to accept or not these alternatives measures.

The investigation of the substitution as an alternative measure must be implemented and applied strictly, in order to decongest the jails of the country. For that reason it is necessary a pronouncement of the National Court of Justice in relation with the protective custody by a mandatory resolution because otherwise we are working to the lightness of the criminal guarantees judges, the in most of the cases do not implement a constructive criticize.

INDICE

Introducción	1
Capitulo I	2
1. La Prisión Preventiva	2
1.1. Conceptos	2
1.2. Antecedentes históricos	5
- época antigua	5
- época colonial	9
- época republicana	11
1.3. Propuestas doctrinarias	21
1.4. Presupuesto: Objetivo y Subjetivo	24
1.5. El fin que persigue	24
Capitulo II	31
2. Requisitos de la Prisión Preventiva	31
2.1. Que es un Indicio	40
- ¿Qué se entiende por indicios claros y precisos?	44
- ¿Qué se entiende por indicios suficientes?	44
- Elementos del Indicio	44
- ¿Qué es presunción?	45
2.2. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública	46
2.3. Indicios claros y precisos de que el imputado en autor o cómplice del delito	48
Capitulo III	53
3. Características de la prisión preventiva	53
-Es facultativa	54
-Es motivada	54

-Es revocable	55
-Tiene tiempo de duración	55
-Su duración es imputada a la pena	56
3.1. Presunción de inocencia	61
3.2. Necesidad de la prisión preventiva	63
3.3. Principios que debe respetar el Estado	68
3.4. Finalidad de la pena en el Derecho Penal mínimo	74
3.5. Estado como garante de derechos de las personas privadas de la libertad	74
Capitulo IV	78
4. Auto de prisión preventiva	78
4.1. Quien lo dicta	78
4.2. Datos que debe contener el auto de prisión preventiva	82
4.3. Motivación del auto de prisión preventiva	83
4.4. Procesos en los que dicta prisión preventiva	88
4.5. Sustitución de la prisión preventiva	95
Conclusiones	97
Recomendaciones	99
Bibliografía	100

INTRODUCCION

Ante la realidad que vivimos en el país, cárceles llenas de personas privadas de su libertad por la utilización desmedida de la prisión preventiva como medida cautelar de los jueces penales, hemos recurrido a buscar las razones de esta realidad, encontrándonos con la sorpresa de que existe arbitrariedad de los operadores judiciales en materia penal.

Sobre la prisión preventiva en el Ecuador existen muy pocos autores que se pronuncian sobre tal medida cautelar personal, destacando que a nivel sudamericano existe abundante bibliografía. Lo cual hace necesario y urgente una investigación seria al respecto, desde la realidad ecuatoriana.

Las soluciones que debemos encontrar para que la arbitrariedad de los jueces penales desaparezcan, es el respeto a las garantías consagradas en el Art. 23 numeral 4, y Art. 24 numeral 10, de la Constitución Política del Ecuador, que se refiere a la garantía de los derechos civiles, la libertad, y las garantías básicas del debido proceso, y Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, sin dejar de mencionar la presunción de inocencia que consagra la Carta Magna en el Art. 24 numeral 7.

La Prisión Preventiva, como medida cautelar excepcional se debe aplicar única y exclusivamente para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, y en el que se faculta al juez de lo penal para ordenar la prisión preventiva, lo hace sin considerar el propósito que se deja señalado ni existir los requisitos establecidos en la disposición legal citada, a saber: "Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y, y se trate de un delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año".

En el momento en que los jueces de lo penal del Ecuador apliquen estrictamente el propósito de la prisión preventiva y las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, se habrá cumplido con la Constitución y la ley.

CAPITULO I.-

1.- LA PRISION PREVENTIVA.-

1.1.- CONCEPTOS.-

Es una medida cautelar procesal, personal, excepcional, provisional, limitada, que ordena un Juez, dentro de un proceso penal con el objeto de garantizar la presencia del imputado en el juicio y asegurar el cumplimiento de la pena.

Doctrinariamente las medidas cautelares tienen el fin de precautar el bien común social, son ordenadas por autoridad competente, de acuerdo a las presunciones que establezcan la responsabilidad penal en el hecho punible, logrando de esta manera que se llegue al fin del proceso, y que los infractores cumplan con sus condenas o sean absueltos, de conformidad con la ley; La prisión preventiva es la figura mas extrema entre las medidas cautelares porque se relaciona con la privación de la libertad de las personas, ordenada por el juez que conoce la causa, al reunir los requisitos legales para su aplicación, el encarcelamiento, es preventivo como su nombre lo indica, cumpliendo con lo prescrito en el Art.76, numeral 2, de la Constitución de la República del Ecuador que señala: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. Por otro lado en concordancia con el Art. 66, numeral 29, literal a, de la Constitución de la República del Ecuador, que consagra la libertad personal como uno de los derechos fundamentales garantizados por el estado, y por otro lado, la sociedad que garantiza la libertad esta también inmersa en un grave problema que es combatir la delincuencia y para combatirla ha sido indispensable dictar los códigos penales, que tipifican las conductas, señalan sanciones y penas para quién viole las normas tipificadas por el Código Penal, como en el Ecuador no existe la pena de muerte, se convierte la privación de la libertad bajo los nombres de reclusión y prisión, en la pena mas grave en nuestro país.

Tenemos entonces aparentemente una contradicción, por una parte, la Constitución de la República del Ecuador garantiza la libertad y por otro el

Código Penal permite la privación de la libertad, una independencia que solo es aparente, porque la libertad es un derecho inalienable, mientras el individuo no incurra en conductas que signifique delito y respete el derecho ajeno. En el momento en el que comete delito, la Constitución deja de proteger a ese individuo quien pasa a someterse a las severidades de la pena, se somete a la eventualidad de ser privado de la libertad.

Por tanto tenemos la libertad para los inocentes, la prisión para los culpables, y siempre entre uno y otro el proceso penal como instrumento indispensable para pasar del uno al otro extremo.

Varios tratadistas dan importantes conceptos, respecto de la prisión preventiva de los cuales nos permitimos recoger los que estiman necesarios para esta investigación.

El DR. JORGE ZAVALA BAQUERIZO¹, al respecto señala: “La prisión provisional es una medida cautelar procesal de carácter personal, excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada, y revocable, proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal....”.

JORGE A. CLARIA OLMEDO² señala: “...La coerción más característica autorizada por las Leyes contra el imputado es la prisión preventiva que se ejecuta por encarcelamiento.”

JAIME BERNAL CUELLAR - EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT³, al respecto señalan: “...Consiste en la total privación al imputado de su derecho fundamental a la libertad de locomoción, mediante su ingreso en un centro penitenciario durante el trámite de un proceso penal.”.

¹ Dr. Jorge Zavala Baquerizo Tratado de Derecho Procesal Penal. Guayaquil, Editorial Edino, Año 2005, Tomo VI Pág. 86.

² Jorge Claria Olmedo, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores. Actualizado por Carlos Chiara. Díaz. Año 2001. Tomo II Pág. 355

³ Jaime Bernal Cuellar- Eduardo Montealegre Lynett. El Proceso Penal. Colombia, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externa de Colombia, Año 2002, Cuarta Edición págs. 217-218

PRISION PREVENTIVA⁴.- Medida de seguridad tendiente a procurar que el imputado de una conducta delictiva no escape a la acción de la justicia.

PRISION PREVENTIVA⁵.-medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia

PRISION PREVENTIVA⁶.- La coerción más característica autorizada por las Leyes contra el imputado es la prisión preventiva, que se ejecuta por encarcelamiento. Es la más prolongada privación de la libertad que el imputado sufre durante el proceso, que se atenúa con el régimen de la excarcelación

LA PRISIÓN PROVISIONAL⁷: “Es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado al efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena”.

Todos los tratadistas se pronuncian por la prisión preventiva como una medida cautelar dentro de un proceso penal, revocable y limitada, siendo por lo mismo, una excepción a la garantía básica de la libertad personal, consagrada en la Constitución Política del Ecuador y Convenios Internacionales. Emanada del Juez Penal, dentro de un proceso penal, no se dicta fuera de este.

Antes del inicio de la Instrucción Fiscal se ordena la detención con fines investigativos como lo dispone el art. 164 del Código de Procedimiento Penal, que también constituye una medida cautelar personal, como lo determina el art.

⁴ Dr. Néstor Darío Rombo la. Dr. Lucio Martín Reboiras, Diccionario RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires, Editorial RUY DIAZ, año 2004, pàg.765.

⁵ Fernando Quiceno Álvarez, Diccionario Conceptual de Derecho Penal, Medellín Colombia, Editorial Jurídica Bolivariana, Primera Edición Año 1997, pág. 538.

⁶ Jorge Claria Olmedo, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores. Actualizado por Carlos Chiara Díaz 2001. Tomo II pág. 354.

⁷ Miguel Fenech, enciclopedia de Ciencia Jurídicas y Sociales, Derecho Procesal Penal, Barcelona, Editorial Labor S.A. Año 1985, Vol. II. Tercera Edición, Pàg.824.

160 de la Ley Procesal Penal, generalmente se dispone en la indagación previa.

La prisión preventiva también conocida como prisión provisional, se encuentra prevista en el Art. 167 del Código de Procedimiento penal, en actual vigencia desde el 24 de marzo de 2009, el mencionado artículo señala: “ Cuando la juez o juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.
2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito.
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia a juicio.
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado a juicio.

1.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS.-

Para poder entender la importancia de la prisión preventiva y su instauración en la sociedad como medida de seguridad, la analizaremos en las diferentes épocas históricas de nuestro país de acuerdo a la necesidad social, su trascendencia y desarrollo.

EPOCA ANTIGUA

En lo que conocemos como nuestra heredad territorial, en el Ecuador, se encontraban asentados grupos de indígenas de forma organizada, los mismos

que tenían sus propias costumbres, usos y tradiciones, mecanismos con los cuales juzgaban ciertos actos de sus miembros, pero con formas en donde primaba el culto, ritualismo y religiosidad, y se castigaba a los infractores de acuerdo al designio divino de sus dioses que era transmitido por los Shamanes- brujos a sus caciques, los que ordenaban castigos ejemplares para los transgresores.⁸

Las penas se aplicaban de diferente forma, sin ninguna consideración, ni criterio de igualdad, es decir, a un mismo comportamiento igual sanción, ya que correspondía al soberano, regular, imponer las penas a su libre albedrío, si quien transgredía era una persona que pertenecía a una clase de castas, se aplicaba el derecho de atenuar, apelar, o ser juzgado por el Soberano, pero las penas eran severas si se afectaba al Soberano, la corte, las vírgenes del sol. Cuando estos contravenían la ley, las penas que se les imponía eran leves o condescendientes.

En el territorio del Reino de Quito, existieron normas de respeto y defensa de la vida, de integridad física, del patrimonio y del honor, constituyendo la base de la organización social, económica así como jurídica, y durante las invasiones de tribus se fueron intercambiando y perfeccionando estas normas, y en esas épocas existían administradores de justicia que tenían obligaciones de hacer respetar y cumplir las leyes o caso contrario eran castigados como delincuentes comunes sin tener privilegios, lo que quedaba en decisión del Soberano.

⁹Las leyes no eran escritas, tenían una tradición oral, se conservaban por medio de cantos, de esta forma aprendían los niños la ley y la historia, las que

⁸ Páez Olmedo, Sergio. Génesis y Evolución del Derecho Penal Ecuatoriano, Editorial Universidad de Loja, 1988, Pág. 25 y 26

⁹ De Velasco, Juan, Historia del Reino de Quito en la América Meridional, Historia Antigua, CCE, 1978, Tomo I, Quito – Ecuador, Pág. 367.

eran respetadas por ser emanadas por sus Dioses y Divinidades, y si las transgredían eran un sacrilegio.

En los territorios que se encontraban sometidos a la autoridad del Soberano, existieron formas de detención para los delitos más comunes e inclusive la muerte, la prisión se la ordenaba hasta que se organice el juicio correspondiente y se emita sentencia, juzgándose en cinco días; los nobles tenían recintos especiales de detención en los que permanecían hasta ser juzgados y de no obtener su libertad eran trasladados a cárceles comunes.

En la organización indígena se tiene grandes matices jurídicos, con respecto a las normas sobre la costumbre, la tradición, respeto a la religión primitiva, el respeto a la vida, la integridad física el honor, el patrimonio, castigo a las difamaciones, la poligamia, el adulterio a uno y otro sexo, ya que era prohibido tener concubinas e inclusive esta prohibición también involucraba al emperador, que era conocido como hijo directo del sol.

La ociosidad y la mentira eran castigadas en público, además era prohibido comer carne humana aunque fuese de los prisiones de guerra, y esta trasgresión era sancionada sepultando vivo al delincuente, también se perseguía la culpa de los descendientes del reo, destruyendo el lugar donde había nacido, sembrándole de piedras y regándolo con sangre, en señal de eterna maldición.

El apetito carnal de las vírgenes del sol, se castigaba sepultando vivos a ambos delincuentes, así como también a los padres y parentela. Si bien estas penas pueden ser bárbaras en nuestra época sirvieron para satisfacer los derechos de la religión, del soberano, de la sociedad, con proporcionalidad y equidad, de acuerdo a sus necesidades contemporáneas, de esta manera estos pueblos pudieron consolidar un gran imperio, una sola familia con respecto a sus costumbres y tradiciones, bien provista de cuanto era menester, con economía tan estupenda que jamás se vio un mendigo, un ocioso un ladrón ni un embustero. Se regían bajo un mandato que eran: ama quilla, ama llulla, ama

shua (no ser ocioso, no mentir, no robar), el mismo que ha transgredido en el tiempo trayendo consigo, la cosmovisión Indígena.

Es de tal manera que la Constitución actual establece que las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, “aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.

Al respecto, la coordinadora de la Ecuarrunari, Blanca Chancoso, explica que las personas de mayor edad actúan como jueces y que la máxima instancia es la audiencia pública de la comunidad.

En nuestra cultura no actúan las masas, sino el colectivo comunal, explica. Un proceso de juzgamiento llevado de esta forma ocurre cuando el delincuente es atrapado con las manos en la masa, es decir, cuando el delito ha sido comprobado, entonces se lo presenta ante el Cabildo que ordena el encierro y se lo interroga. Dependiendo de la falta, los mayores deciden el castigo que, por lo general, es un baño de agua helada, el ortigamiento y latigazos. En caso de hurto, el autor debe devolver inmediatamente lo robado, pedir perdón y prometer ante todos que nunca más lo volverá a hacer.

En caso de reincidencia, el delincuente es expulsado definitivamente de la comunidad, señala Chancoso. La dirigente deja en claro que nada tiene que ver la administración de justicia comunitaria, a través del Cabildo y sus autoridades, con la denominada justicia por mano propia, en la que actúa la masa al margen de la autoridad.

La nuestra es una sanción más práctica, directa, más efectiva y menos dañina que la otra justicia, sostiene la coordinadora de la Escuela Política de la Ecuarrunari.

El idioma era la lengua quichua, que era adoptada aún por las naciones conquistadoras que tenían otro idioma, todo lo que llevó al progreso de las conquistas y la perfección de su idioma con la adaptación de diferentes

lenguas, con las que hacían conocer las leyes, su aplicación y las penas a los transgresores de estas, siendo el primer paso arrestar al delincuente para que sea luego juzgado y sentenciado.

EPOCA COLONIAL

Las Leyes de Indias es la legislación promulgada por los monarcas españoles para regular la vida social, política y económica entre los pobladores de la parte americana de la Monarquía Hispánica.¹⁰

No mucho después de la llegada de los primeros conquistadores a América, la Corona española manda que se observen las llamadas Leyes de Burgos, sancionadas el 27 de enero de 1512, que surgen por la preocupación de la Corona por el constante maltrato a los indígenas, de acuerdo a los informes de los padres dominicos.

El obispo dominico Bartolomé de las Casas, levantó un debate en torno al maltrato a los indígenas con el sistema de las encomiendas, por lo que el Emperador Carlos V convocó a una junta de juristas a fin de resolver la controversia. De esta junta surgieron las llamadas Leyes Nuevas, en 1542, que ponían a los indígenas bajo la protección de la Corona.

Después de muchas controversias jurídicas entre España, Nueva España y Perú, durante el reinado de Carlos II de España (1665-1700), se publicó en 1680 una obra conocida como Recopilación de Leyes de las Indias.

Las Leyes de Indias constituyen una recopilación de las distintas normas legales vigentes en los reinos de Indias, realizada durante el reinado de Carlos II. Básicamente estas eran las Leyes de Burgos, las Leyes Nuevas y las Ordenanzas de Alfaro. Fueron promulgadas mediante real cédula el 18 de mayo de 1680, y su texto resume los principios políticos, religiosos, sociales y económicos que inspiraron la acción de gobierno de la monarquía española.

¹⁰ De Velasco, Juan, Historia del Reino de Quito en la América Meridional, Historia Antigua, CCE, 1978, Tomo I, Quito – Ecuador

Las disposiciones jurídicas están ordenadas en 9 libros, que contienen alrededor de 6.400 leyes.

La invasión Ibérica destruyó la floreciente cultura indígena que se desarrollaba en nuestro territorio, muchos abusos, injusticia, atropellos quedaban en la impunidad, se dictaron normas y leyes que para su aplicación en los litigios y su arreglo se debía realizar un largo viaje a Lima, que resultaba sumamente costoso, así que por lo general las cosas se dejaban sin arreglo y los pobres se resignaban con las injusticias cometidas en su contra, sosteniendo que sólo los ricos podían realizar estos viajes para ser protegidos y amparados por la justicia, quienes cumplían como autoridades eran compañeros de armas que nadan deseaban realizar en contra del otro que violaba la ley.

Estos ordenamientos legales en su contenido se apegaba a la defensa de los derechos de los indígenas que en la práctica no se llevaban a cabo, considerando al indígena como un esclavo o un objeto de trabajo, una herramienta que podía ser vendida con las propiedades de los terratenientes, considerándoles como animales y después como seres sin alma.

Audiencias, Corregidores y Alcaldes: La justicia se administraba por el Supremo Consejo de Indias, para cuidar el ordenamiento público existía una Institución que tenía el nombre de Santa Hermandad, que cumplía con un desempeño similar a la Policía Nacional en la actualidad.

Las leyes se reducían a las Leyes de Indias, y a las Cédulas Reales, las primeras que tenían codificaciones generales y las segundas carácter particular, siendo estas leyes muy numerosas que incluso ni los abogados no conocían en su totalidad, siendo para los indios otras especiales.

Los delitos se clasificaban igualmente en públicos y privados; de acuerdo a Emilio Uzcategui, las penas que se imponían a los infractores eran severas: Consistían en multas, prisiones, azotes, mutilación de miembros, confiscación de bienes, destierro y muerte que se aplicaba ahorcando el condenado en forma cruel y aparatosa.

Estas penas impuestas eran abusadas en su aplicación, incluso llegando a extorsionar a los presos quienes trataban de librarse de sus culpas. Los azotes se realizaban en público para lo cual paseaban al infractor por el pueblo subido en un asno o mula con un pregonero que iba cantando su sentencia, cuando la condena era de muerte de igual manera al condenado se lo paseaba por las calles de la ciudad vestido de una túnica blanca y gorro rojo engrillado los pies.

Existió un tribunal especial creado por la Santa Iglesia Católica, que era el Tribunal de la Inquisición, el que castigaba los actos de palabras u obras heréticas. Entre las principales y más importantes leyes y normas dictadas tenemos las siguientes: La Novísima de Carlos IV; las de Felipe II; La Leyes de Toro; y la Recopilación de Leyes de Indias, en su Libro VI.

Con un supuesto respeto a las creencias religiosas, con un total abuso de los derechos de los Indígenas, se dictaba leyes, que tenían compromisos por status políticos, económico, y social que en el momento reinaban.

Las prisiones para los indios eran por demás inmundas, sin que estas tuvieran ni siquiera aire, mientras que para los ricos las cosas eran diferentes ya que recibían todas las comodidades que exigían, incluso los políticos, y las mujeres honestas podían guardar prisión en sus residencias o en monasterios, los indígenas apresados se los inducía a vicios.

La prisión preventiva tiene sus rasgos como medios de representación más aún cuando las leyes alcanzaban por lo general a los indígenas, que eran quienes se purgaban sus penas al pie de la letra y a veces de exageración, haciendo de esta época la más humillante para el originario de nuestro territorio.

EPOCA REPUBLICANA

En la época Republicana, se analizará esta figura cronológicamente en relación al desarrollo de las Garantías Constitucionales que tienen trascendencia en la aplicación de la prisión preventiva, que van tomando diferentes matices de acuerdo a la necesidad social, así se tiene que:

¹¹“En la constitución de 1839 en su artículo 59 manifiesta: “nadie puede ser preso, arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera pueden conducirlo a la presencia del juez. Dentro de doce horas a lo más del arresto de un ciudadano, expedirá el juez una orden firmada, en que se expresen los motivos. El juez que faltare a esta disposición, y el alcalde que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria”.

En esta constitución se respeta la libertad, cuya pérdida se ordenará solamente por orden de la autoridad competente quién deberá primeramente motivar y fundamentar la misma.

En ella se observa falta de otras garantías indispensables para el desarrollo de la sociedad como por ejemplo la presunción de inocencia, una persona que ha sido sorprendida cometiendo un delito puede ser arrestada por cualquier persona, quien la debe poner en doce horas a disposición del juez, caso de no hacerlo recuperará la libertad, con la obligación del alcalde de solicitar la orden de prisión de la persona que incurrió en este delito y sea sancionados como reo de detención arbitraria.

La constitución de 1835, en su artículo 93 expresa, “nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez, dentro de doce horas, a lo más, del arresto de alguna persona, expedirá el juez una orden firmada en que se expresen los motivos de la prisión y si debe estar o no incomunicado el preso, a quien se le dará copia de esta orden. El juez que faltare a esta disposición, el alcalde que no la reclame, serán sancionados como reos de detención arbitraria”.

El artículo 94 señalaba “a acepción de los casos de prisión por vía de apremio legal, o de pena correccional, ninguno podrá ser preso, sino por delito que merezca pena corporal, y en cualquier estado de la causa en que resultare no

¹¹ TRABUCO, Federico, Editorial Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 65 y66.

debérsele imponer esta pena, se pondrá en libertad al preso dándole la seguridad indispensable.

¹²“De acuerdo a esta cita, las personas privadas de la libertad tenían ciertas garantías, pues la prisión debía ser dictada por la autoridad competente, pero se podía incomunicar a una persona, prácticamente privándole de la defensa, la libertad podía ser recuperada cuando el delito por el que se lo encarceló esté tipificado dentro de los delitos que merezcan pena corporal, lo que constituía un atropello a los derechos de los ciudadanos”.

En el año de 1839 se crea la primera ley de procedimiento penal, con penas represivas, correctivas y pecuniarias, entre las primeras consta la reclusión en una casa de trabajo, esto es el imputado se sometía a trabajos que el estado le obligaba a cumplir; cuidando las normas morales y religiosas y apegados a las buenas costumbres.

Otra pena es la prisión en una cárcel o fortaleza, o el confinamiento en estos lugares hasta la comprobación del delito y la responsabilidad del imputado, o hasta que cumpla con la sentencia.

El destierro, que consiste en expulsar de las propiedades y del estado a una persona que ha cometido un delito que merezca esta pena.

El arresto, que también era provisional. La pérdida de libertad, en ésta época también era provisional hasta que se pruebe el delito y la responsabilidad del encarcelado; una vez juzgado debía cumplir con las penas que se han descrito.

La privación de la libertad se cumplía en cualquier recinto carcelario, y dada la falta de estos, se adecuaba materialmente a un recinto público. Existiendo también el arresto domiciliario para las mujeres honestas que sean imputadas de un delito, o también eran conducidas a un monasterio.

Los recintos para los detenidos a ser procesados y los sentenciados, de acuerdo a la legislación debían ser diferentes, pero por la falta de presupuesto

¹² TRABUCO, Federico, Editorial Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 65 y 66

fiscal no se cumplía esta disposición, manteniendo a todos los detenidos provisionalmente y a los sentenciados en un mismo local en condiciones no aptas para seres humanos.

En la constitución política de 1843, se destaca la preocupación de los derechos por los ciudadanos, pues en ellas se amplían las garantías de los mismos. En cuanto se refiere a la privación de la libertad, se exige orden de autoridad competente por escrito; pero como aspecto sobresaliente se suprime el plazo de la autoridad para legalizar el arresto de un ciudadano cuando sea detenido en delito flagrante o para investigaciones. El Art. 90 de este cuerpo de leyes expresa:

ningún ecuatoriano puede ser puesto fuera de la protección de las leyes, expatriado, privado de su vida, libertad, ni despojado de sus privilegios e inmunidad, sino por los trámites legales y por los tribunales respectivos, y en virtud de una ley anterior al delito o acción.”¹³“

La constitución de 1845 no tiene mayores cambios, y el plazo para que una persona detenida sea puesta a órdenes del juez es de veinte y cuatro horas, garantizándose la presunción de inocencia y el derecho a gozar de buena reputación, mientras no se le declare delincuente en conformidad con las leyes, sobresaliendo la igualdad de los derechos”¹⁴“.

Con el afán de solucionar la lentitud de los procesos, el Congreso Nacional en 1848, promulgó al sistema de juicios por jurados, protegiendo la presunción de inocencia del imputado y acelerando el proceso, los miembros del jurado eran personas intelectuales, sobresalientes, de buena conducta, respetados, que eran convocados a examinar un delito y resolver sobre el mismo, apegados a las buenas costumbres y las leyes.

¹³ TRABUCO, Federico, Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 91 y 92

¹⁴ Obra Citada.

En la constitución de 1850, según el Art. 124, la potestad de arrestar, era solo de los funcionarios a quien la ley delega este cargo, o de las personas que recibían comisión especial y por escrito por las autoridades competentes.

El Art. 126 dice “si el delito que se pesquisa no mereciese pena corporal afflictiva, se pondrá en libertad al reo, previa la fianza respectiva”.¹⁵:Se crea la figura legal de la fianza en defensa de la libertad de las personas, figura que tendría gran trascendencia en el futuro dentro del campo legal en especial en el penal, cuyo monto era calculado de acuerdo a las leyes pertinentes de esa época, en consideración al delito o al daño que pudo haber causado.¹⁶“

Las constituciones 1852, 1861 y 1869 no tienen cambios en cuanto a la prisión de las personas, la presunción de inocencia y el tiempo en que deben ser puestas a órdenes del juez, la garantía de la libertad, el derecho a defenderse en cualquier estado de la causa, sin que exista la fianza.

En el gobierno de Gabriel García Moreno en el año de 1871, se crean nuevos Códigos Penales y de Enjuiciamiento Criminal, clasificándose las infracciones en: Crímenes, Delitos y Contravenciones.

Las penas se clasifican en: Represivas, Correctivas y Pecuniarias. Con un matiz que identifica estos cuerpos de leyes, en esta época se destaca la obligación de los sentenciados a cumplir con un determinado trabajo, cuyo producto le pertenecía al Estado, y era empleado para mantener a la familia del detenido, para el pago de las indemnizaciones ocasionadas por daños y perjuicios, asegurando de esta forma el real cumplimiento de la obligación con terceros y con el Estado.

Se destaca la atribución y potestad que se otorgó a los tenientes parroquiales, comisarios de policía, alcaldes municipales, jueces letrados de hacienda, el jurado, las Cortes Superiores y la Corte Suprema, quienes eran competentes

¹⁵ TRABUCO, Federico, Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 171Obra Citada

¹⁶ Obra Citada.

para conocer y procesar a los imputados, y para dictar medidas de seguridad o cautelares para asegurar la reparación del delito y cumplimiento de la sanción.

La constitución de 1878 en su Art. 16 manifiesta: “el reconocimiento de los derechos de los habitantes como base y objeto de las instituciones sociales, dando en su contenido prioridad al ser humano como eje de la sociedad para su desarrollo”.

En el Art. 17 numeral sexto de esta Constitución, consta el reconocimiento derecho a la seguridad individual de las personas, en su numeral primero, se destaca el respeto a la libertad, asegurando su aplicación legal, perdiéndola solamente quien merezca pena corporal, debiendo obtener la libertad en cualquier estado de la causa cuando se pruebe que la infracción no merece esa clase de pena, en su numeral segundo, manifiesta que una persona puede perder su libertad solamente cuando exista orden de autoridad competente, reconociendo esta facultad a los jueces, los imputados sorprendidos en delitos flagrantes podían ser detenidos por cualquier persona que, de inmediato debía conducirlos a presencia de la autoridad, evitando de esta manera se fuguen los autores.

En caso de arresto, dentro de las veinte y cuatro horas se debía extender la orden firmada por la autoridad que lo dispusiere, expresando los motivos de ésta. En los recintos carcelarios quien estaba a cargo debía exigir esta orden firmada, caso contrario, tanto quien ordenaba como quien custodiaba podían ser sancionados y acusados de detención arbitraria, siendo ilegal esa privación de la libertad realizada.

¹⁷“En la Constitución de 1883 de igual manera prevalece el respeto a la libertad, para todas las personas que habiten en el Ecuador. En su Art. 22 señalaba “Nadie será detenido, arrestado, ni preso, sino en los casos y en la forma en que la ley determina”. De acuerdo a esta cita se cita se debe cumplir con requisitos presupuestos legales para que pueda ser aplicada”.

¹⁷ TRABUCO, Federico, Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 266

¹⁸“La constitución de 1897 y 1906 tienen igual disposición sobresaliendo la forma como se cumplirá el arresto de las personas que favorezcan la invasión exterior, por tratarse de una época en que el Ecuador se encontraba en guerra con el Perú y se daban consecutivas Invasiones a nuestro territorio”.

Un nuevo Código en Enjuiciamiento Criminal se dicta en el año de 1892, en el cual con el fin de asegurar la integridad de los denunciados, se establece la denuncia reservada de igual manera los delitos deben ser probados en conformidad a esta ley existencia y responsabilidad del imputado, y se dividen en: Perfectas, Imperfectas, Plenas y Semiplenas.

El General Eloy Alfaro, en su gobierno del año de 1906, crea nuevos códigos de enjuiciamiento criminal y penal, en los que sobresalen el respeto a los derechos humanos de los detenidos, respetando a la vida, el domicilio y la propiedad, aboliendo la pena de muerte y precautelando la integridad física y personalidad del detenido, el respeto a no allanar el domicilio con violencia, exigiendo como formalidad para que una persona pierda la libertad sea esta por orden escrita del juez competente, sancionando a quienes incumplieran con esta disposición legal, la institución pro-reo cobra su relativa importancia en defensa de los derechos de los ciudadanos.

Una nueva reforma a los Códigos Penales y de Procedimiento Penal dicta el General Alberto Enríquez Gallo durante su mandato en el año 1938, la reforma de la ley Sustantiva Penal en 1971, y la mayor parte de sus artículos tiene vigencia hasta la actualidad, la Ley Adjetiva Procesal Penal tiene sus bases y es una recopilación amplia de la reforma de 1906. Manifestando el respeto a los derechos humanos y de los ciudadanos imputados.

La Constitución de 1945, prescribe: “no hay prisión por deudas, costas, honorarios, impuestos, multas ni en general, por obligaciones de carácter civil...” Se exalta la protección que tienen los habitantes a garantizar su libertad cuando se trate de actos meramente civiles que son sancionados de

¹⁸ TRABUCO, Federico, Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 383-387

acuerdo a las leyes competentes para los casos determinados, dentro de este artículo igualmente se destaca la forma y el tiempo que una persona permanecerá detenida, ni incomunicada por más de veinte y cuatro horas.

El mismo artículo de igual cuerpo legal en su parte dispositiva expresa: "...Toda detención se hará por orden escrita de autoridad competente, salvo el caso de delito flagrante. A lo mas dentro de cuarenta y ocho horas del arresto de una persona, el juez o la autoridad que lo hubiese dispuesto expedirá una orden firmada en la que consten los motivos legales de la prisión..."

Es obligación la de exhibir una orden expresa y firmada por autoridad competente para que una persona pueda ser arrestada, sobresaliendo la motivación que ha de tener cada orden, expidiendo sanciones para quienes incumplan con estos preceptos constitucionales, extendiéndose a cuarenta y ocho horas el plazo para formalizar la detención por parte de los administradores de justicia. El numeral 5 del mismo artículo dispone: "El habeas corpus".

Quien considere que su detención, procesamiento o prisión infringe los preceptos constitucionales o legales, puede recurrir, por si mismo o por otra persona, al Presidente del Consejo del cantón en que se encuentre, quien deberá ordenar que el recurrente sea traído a su presencia.

Esta orden será obedecida por el encargado de la cárcel o lugar de detención. Una vez informado de los antecedentes el Presidente del Consejo, procediendo breve y sumariamente, decretará la libertad inmediata, o hará que se subsanen los defectos legales, o pondrá al individuo a órdenes del juez competente.

La figura de Hábeas Corpus, garantiza la inviolabilidad de los derechos de los ciudadanos, pudiendo estos por su propia persona o por medio de representación exigir su libertad inmediata por no estar actuando de acuerdo a las leyes procesales o caso contrario ponerlo a órdenes de autoridad competente.

¹⁹”La Constitución de 1946 no tiene mayores reformas de consideración en cuanto se relaciona con el tema de análisis, ratificándose el respeto a la vida, la igualdad de condiciones, que la pérdida de la libertad se practicará por medio de orden de juez competente debidamente firmada”.

En la Constitución de 1967, se sigue precautelando el derecho a la vida y a solicitar de los poderes jurisdiccionales el amparo y el respeto a las garantías constitucionales existiendo una modificación y ampliación para la aplicación del Hábeas Corpus.

El Art. 17, literal h, segundo inciso determinaba: “Si no se presentare al detenido, o si no se exhibiere la orden, o si no reúne los requisitos anteriormente prescritos, o si se hubiere fallado al procedimiento, o si se hubiere justificado a cierto Alcalde o Presidente del Consejo, el fundamento del recurso interpuesto, este funcionario dispondrá la inmediata libertad del reclamante. Quien desobedeciere tal orden será, sin mas tramite destituido inmediatamente de su cargo o empleo por el mismo Alcalde o presidente del Consejo, quien comunicará la destitución a la Contraloría y a la autoridad que deba proveer su reemplazo.”

El hábeas corpus es mas sustentado y reafirma las garantías a favor de las personas, para que las autoridades estén consientes de que se debe proceder de acuerdo con la normativa legal para encarcelar a un ciudadano, porque la pérdida de la libertad de una persona y su encarcelamiento sin contemplación, sufren graves perjuicios morales, económicos y psicológicos, que son irreparables.

En la Constitución de 1979 y las reformas de 1996 y 1997 no existen cambios en lo concerniente al tema de investigación, se sigue considerando las garantías de la presunción de inocencia, que una persona debe ser detenida solo con orden escrita por el juez, que no puede permanecer por mas de veinte y cuatro horas sin formula de juicio, no puede estar incomunicado, caso

¹⁹ TRABUCO, Federico, Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 463-464

contrario puede acogerse al recurso de hábeas corpus o de amparo de libertad.
20“

Pese a las garantías establecidas para los ciudadanos, existieron muchos abusos por parte de las autoridades, mas aún por la lentitud con la que se tramitan los procesos penales, guardando prisión sin sentencia durante largo tiempo un gran número de personas que se encontraban con ordenes de prisión preventiva, por tiempo superior a un año.

La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni un año, en los delitos sancionados con reclusión. Si se excediere esos plazos la orden de prisión preventiva quedará in efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.

La prisión preventiva sólo se puede aplicar en la medida en que tenga fines procesales, esto es, que pretenda resguardar la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal.

Por ello, los únicos criterios válidos para imponerla son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga,²¹ probados en el caso concreto.²²

De este modo, la detención cautelar únicamente puede tener carácter excepcional; por supuesto, esta coerción no puede ser más gravosa, ni durar más, que la propia pena.²³

²⁰ Constitución Política del Estado, Reformas aprobadas

²¹ Corte IDH, Caso Suárez Rosero, Ecuador, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, n° 35, numeral 77

²² Corte IDH, **Caso Tibi, Ecuador**, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, n° 114, numeral 107.

²³ CIDH, **Informe 12/96, párrafo 72; Corte IDH, Caso Gangaram Panday**, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C n° 16, numeral 47. 21/1/94, numeral 47.

Debe existir una sospecha relevante sobre el imputado ²⁴ y tener carácter provisional. Además, la medida es legítima mientras se mantengan sus presupuestos de justificación. Por último, el Poder Judicial debe garantizar un adecuado control de la legitimidad de las detenciones.

Estos plazos han beneficiado a imputados presos, que por negligencia y abuso de autoridad han permanecido indebidamente detenidos, sin poder recuperar su libertad, pero de otra parte han servido para que algunas autoridades y abogados con manejos fraudulentos, deslealtad, artificios y artimañas jurídicas, puedan poner en libertad a delincuentes que pese a tener pruebas en su contra sobre el cometimiento de un delito, una vez cumplidos los plazos de caducidad de la prisión preventiva obtenga su libertad, quedando su responsabilidad en la impunidad.

Frente a estos casos de caducidad de prisión preventiva, se crea una nueva figura incorporada a la Ley Adjetiva Penal Ecuatoriana que es la detención en firme, (Declara su Inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional), publicada el 13 de enero de 2003, en el Registro Oficial No. 743, que se dictaba en los autos de llamamiento a juicio del imputado, la misma que podía ser apelada pero no suspendida, salvo que rinda caución de conformidad con la ley, cuya revocación se la obtenía en caso de sentencia absolutoria.

De esta manera la prisión preventiva se ha ido ajustando a las necesidades de la sociedad de acuerdo a los diferentes periodos históricos, siendo la libertad la regla garantizada por la Constitución y su privación la excepción, que debe estar fundamentada en hechos sociales y de criminalidad por cuanto el fundamento principal de la prisión preventiva es GARANTIZAR LA COMPARECENCIA A JUCIO DE UN IMPUTADO.

1.3.- PROPUESTAS DOCTRINARIAS.-

²⁴ Corte IDH, Caso Tibi, numeral 107.

Existen propuestas doctrinarias a saber: los que aceptan su existencia como medida cautelar, y lo admiten como un mal necesario; y, quienes la rechazan absolutamente por considerar atentatorio a la libertad humana.

Los que aceptan la prisión preventiva, como una medida cautelar necesaria, entre los que se encuentran BECCARIA²⁵, es uno de los autores que consideran que la prisión provisional es una necesidad social pero que debe estar regulada con antelación por la ley para que no se constituya en una arbitrariedad de los jueces

VOLTAIRE “Se manifiesta también como uno de los pensadores que justifican la prisión provisional cuando esta se encuentra previa y debidamente regulada por la Ley, diciendo: “Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarle en un calabozo horrible, sin permitirle el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros como si ya lo hubieseis juzgado culpable. ¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste. ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse? ¡Oh Jueces! ¿Queréis que el, inocente acusado no se escape? Pues facilítale los medios para defenderse.”²⁶.

CARRARA²⁷, se pronuncia: “ La custodia preventiva, considerada únicamente respecto a las necesidades del procedimiento, tiene que ser brevísima, esto es, lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiere, después de lo cual ya no hay, por esta parte, motivo para detenerlo. “,

EUGENIO FLORIAN²⁸, señala: “Cuando la Ley no consienta expresamente una restricción de libertad hay que respetarla, si es evidente que el procesado debe ser privado de su libertad una vez que exista sentencia firme de condena,

²⁵ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 73).

²⁶ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 73).

²⁷ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 73).

²⁸ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 75)

es natural que solo en caso de necesidad sufra aquellas restricciones con anterioridad a la misma. “.

CARNELUTTI²⁹, se pronuncia por el uso mínimo de la privación de la Libertad como medida cautelar.

Existen otros pensadores como Vélez Marínconde, Julio Maier, que también se pronuncian por la existencia de la prisión preventiva como medida cautelar necesaria.

EDGAR ESCOBAR LOPEZ³⁰, piensa que la prisión preventiva no se justifica hasta la culminación del proceso con la sentencia de primer nivel, siendo necesario que el imputado comparezca libremente a defenderse y se aplique la presunción de inocencia.

Por su parte CARLOS ENRIQUE EDWARDS³¹, señala que la Prisión Preventiva se ha desnaturalizado pretendiendo neutralizar la peligrosidad criminal del imputado sometiéndolo a una prolongada prisión preventiva hasta que concluya el moroso trámite procedimental.

Otros tratadistas como SOLIMINE³², se pronuncian por una tesis ecléctica en la regla general es la libertad y la prisión preventiva la excepción.

CONCEPCION ARENAL³³, se ha pronunciado por la abolición de la prisión preventiva, en virtud de que se reconoce el derecho del individuo y la sociedad, que los castigos se han suavizado y la presencia de garantías como la inocencia.

²⁹ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 77).

³⁰ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 77).

³¹ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 78).

³² (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 78).

³³ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 78)

El Juez Norteamericano JAMES E. DOYLE, como también se pronuncia por la abolición de la prisión preventiva.

En nuestra investigación nos pronunciamos por la prisión preventiva como medida cautelar personal, excepcional, en atención a la garantía básica de libertad de la persona, que debe mantenerse vigente en casos de delitos graves. Es necesario reformar el Art. 173 del Código de Procedimiento Penal para que no se ordene la prisión preventiva en infracciones que se sancionan con una pena que no exceda de dos años, manteniéndose las medidas alternativas previstas en el Art. 171 de la Ley Adjetiva Penal.

1.4.- PRESUPUESTOS: SUBJETIVO Y OBJETIVO.

El presupuesto objetivo tiene relación con la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado en el proceso y el cumplimiento de la pena a imponerse, pero aquí se produce un quebrantamiento del principio de igualdad procesal y al sistema acusatorio, como así lo señala el Dr. Jorge Zavala Baquerizo: “En consecuencia, ofende al sistema acusatorio y al principio de igualdad procesal en que el Juez Penal, sin tomar en consideración al imputado o al acusado dicte el auto de prisión provisional”³⁴.

El Juez de Garantías Penales debe analizar los antecedentes del hecho que es materia del proceso, la gravedad del mismo, la personalidad del imputado y el daño que puede causar con la imposición de la medida cautelar, tomando en cuenta que el estado persigue la sanción a un delito y por otro lado, nos encontramos frente al derecho a la libertad y a la presunción de inocencia que el mismo Estado garantiza.

La potestad debe sujetarse a la Ley, la misma que el Juez de Garantías Penales está obligado a cumplirla.

1.5.- EL FIN QUE PERSIGUE

³⁴ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 121).

El fin que persigue la prisión preventiva es el de garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena.

MIGUEL FENECH, señala: “El objeto de la prisión provisional está constituido por la actividad que han desarrollado los auxiliares del órgano jurisdiccional para lograr la reducción del supuesto culpable al estado de privación de libertad mediante su ingreso en un establecimiento público destinado al efecto, a fin de que esté a disposición del órgano jurisdiccional, asegurando de esta forma los fines del proceso penal y la ejecución de la pena que se imponga en la sentencia si fuere condenatoria.”³⁵

a). PARA GARANTIZAR LA COMPARECENCIA DEL PROCESADO O ACUSADO AL PROCESO.-

Se busca que el imputado esté presente en todas las etapas del proceso que se sustancia en su contra y evitar la paralización del juicio penal, con la excepción establecida en el Art. 121 de la antigua Constitución Política de 1998 del Ecuador, la fuga del imputado, que éste ponga en peligro de investigación procesal mediante la destrucción u ocultamiento de los medios de prueba o impida la comparecencia de los ofendidos o de los testigos mediante amenazas, lo que no ha sido tomado en cuenta por la Ley Procesal Penal, y así lo señala el Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO “....Ante todo dejamos constancia que ninguna de esas antes mencionadas finalidades han sido tomadas en consideración por nuestro C.P.P., al normar la institución de la prisión provisional, pues, como se lee en el artículo que comentamos se limita a la inmediación del justificable con el proceso y al cumplimiento de la posible pena que podría imponérsele al mismo al término del juicio”.³⁶

En el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, en forma expresa se señala el fin de la prisión preventiva que dice: “....La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del

³⁵ Miguel Fenech, Derecho Procesal Penal, Barcelona, Labor S:A., 1985, Vol. II, Pág. 825

³⁶ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 109).

sindicado al proceso la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.....” lo que no ha sucedido con el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

Los tratadistas JAIME BERNAL CUELLAR Y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT³⁷, señalan: “.....Como lo indica el Procesalista JAVIER LLOBERT RODRIGUEZ, los fines de la detención no pueden ser calificados de meras presunciones, sino que deben tener fundamento en la existencia de la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, va a sustraerse de la acción de la justicia, evitando ser juzgado, o sustraerse de la pena que se podría imponer, o puede obstaculizar la investigación a través de la alteración de los medios de prueba o puede reiterar en conductas delictivas.....”

El Dr. Walter Guerrero Vivanco³⁸, señala: “El Nuevo Cuerpo de Leyes (2000) otorga a los jueces y Tribunales la misma discrecionalidad para ordenar esta medida cautelar, cuando lo crean necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena”.

El Juez Penal que ordena la prisión preventiva, aplicando las reglas de la sana crítica, está garantizando la comparecencia del imputado al proceso evitando la arbitrariedad.

Estamos de acuerdo en que se garantice la comparecencia del imputado al proceso, ordenándose la prisión preventiva en delitos graves como asesinato, delitos sexuales, homicidio simple, peculado, plagio, robo y otros delitos contra

³⁷ Jaime Bernal Cuellar – Eduardo Montealegre Lynett. El Proceso Penal. Colombia, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externa de Colombia, Año 2002, Cuarta Edición Pág. 222.

³⁸ Dr. Walter Guerrero Vivanco, La Acción Penal, Quito, Pudeleco Editores S.A. Año 2004, Tomo II. Pág. 257.

personas, pero no en delitos sancionados con penas de prisión de hasta dos años, en que no se debería ordenar tal medida.

En definitiva, el fin que se analiza no es lo suficientemente explícito como sucede en otras legislaciones, lo que ha llevado para que se aplique indiscriminadamente la prisión preventiva, en delitos reprimidos con prisión.

La cuestión del principio de inmediación y del principio de oralidad -dos principios del debido proceso íntimamente ligados entre sí- ha adquirido en España especial significación como consecuencia de un dictamen del Comité de Derechos Humanos de las NU de 20-7-2000, en el que se consideró que el procedimiento penal español no respetaba el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, New York 19-12-1966.

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

La Convención Americana sobre derechos humanos, San José C.R. 22-11-69.: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a (...): h) derecho a recurrir ante juez o tribunal superior"). Interpretando este artículo el Comité sostuvo que en los casos en los que la ley sólo concedía un recurso de casación, limitado a cuestiones de derecho, no se cumplía con la exigencia de doble instancia.

El problema fue resuelto por el Tribunal Supremo español sosteniendo que ese dictamen no tenía fuerza vinculante, según los arts. 42 y siguientes del Pacto, y que, por lo tanto, no cabía la revisión de la sentencia (citar el auto o sentencia).

Pero a partir de allí se planteó en la teoría la cuestión referente a qué condiciones debía cumplir un recurso, previo al recurso de casación, mediante el que se diera cumplimiento al art. 14.5 del Pacto de New York.

Por su parte el Tribunal Constitucional de España, en su resolución 167/ 2002 estableció con claridad que el principio de inmediación es un elemento esencial del debido proceso y que rige también en el marco del recurso de apelación.

El problema se vincula con la idea, muy difundida en España, que considera que debe existir un recurso de apelación en todas las causas, sin perjuicio del recurso de casación que debería limitar su función a garantizar la unidad del orden jurídico.

El principio de inmediación significa que el juez debe configurar su juicio sobre la base de la impresión personal que ha obtenido del acusado y de los medios de prueba; en este sentido no está básicamente autorizado a reemplazar el interrogatorio de testigos por la lectura de un acta, confeccionada por un juez comisionado.

Por lo tanto, el tribunal que dicta la sentencia tiene que percibir por sí mismo (inmediación formal) y además el tribunal tiene que extraer los hechos por sí mismo de las fuentes, es decir, no está autorizado a utilizar ninguna prueba subrogada.

La inmediación material tiene como aspecto importante el principio material de inmediación, según el cual el juez sólo debe dictar sentencia de acuerdo con la prueba del juicio oral,

El origen del principio de inmediación se encuentra en la negación del sistema de justicia secreta, que sólo se exteriorizaba en la ejecución pública de penas, frecuentemente crueles. La publicidad de la ejecución penal y el secreto del proceso fueron elementos característicos del sistema penal del antiguo régimen.

El Estado liberal invirtió esta situación como una condición del principio democrático: sólo cabe un gobierno del pueblo, si el pueblo puede saber cómo gobiernan y administran sus representantes.

Esto explica, por ejemplo, que la Constitución liberal del Imperio Alemán de 28 de marzo de 1849 haya establecido en su página 178 que el procedimiento judicial debe ser público y oral. Sólo bajo esas condiciones era posible un control democrático de la justicia

b). PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA.-

Este fin demuestra que es cumplimiento de una pena anticipada, sin haber concluido el juicio, privación de la libertad que debe ser computada con el tiempo de la condena.

Para Tratadistas como CLARIA OLMEDO Y JORGE ZAVALA BAQUERIZO³⁹:
“...Es una medida de seguridad donde se conculcan los principios de la presunción de inocencia y desnaturalizan la medida cautelar de prisión preventiva...”.

Este fin de asegurar el cumplimiento de la respectiva pena nos lleva a concluir que en todo, delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año se debe dictar la prisión preventiva y anticipadamente se habla de una pena, desnaturalizándose la medida cautelar que es excepcional y tiene caducidad.

El Dr. RICARDO VACA ANDRADE⁴⁰, señala: “...Si al imputado y luego acusado se lo mantiene forzosamente vinculado al proceso mientras se cumple la complicada actividad procesal en las distintas etapas, al momento en que se dicte la sentencia definitivamente, si es condenatoria, será fácil someterle a los órganos competentes encargados de hacer cumplir la pena, tornado así efectiva la actuación del Derecho Penal...”

Es importante considerar lo que se ha señalado por JORGE A. CLARIA OLMEDO⁴¹: “...Moderadamente se tiende a eliminarla en cuanto mera declaración, manteniendo su efecto o sea el encarcelamiento preventivo o la libertad bajo caución. De ahí que los Códigos más modernos se exige para su dictado que se trate de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa

³⁹ (J. Zavala, Tratado de Derecho Procesal Penal, 109)

⁴⁰ Dr. Ricardo Vaca Andrade, Manual de Derecho Procesal, Quito, Corporación de estudios y Publicaciones. Tercera edición Actualizada, año 2003, 11 Vol.II.Pàg.42.

⁴¹ (J. Claria Olmedo, Derecho Procesal Penal, 354).

de libertad y que no aparezca procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional, o que procediendo aquella, hubiere vehemente indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la Justicia o entorpecer la investigación....”

"CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA. DESESTIMACIÓN. la sentencia de instancia se dictó en el presente procedimiento, Auto por el que se acordaba el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuestas. Contra dicha resolución se ha interpuesto en tiempo y forma recurso de reforma y subsidiario de apelación por la condenado.

El Tribunal entiende que no existe ya la concesión de este beneficio por ministerio de la Ley, y los requisitos establecidos por ella no actúan como necesariamente determinantes de esa concesión, sino como condiciones sin las cuales la suspensión no es posible.

En definitiva, la concesión del beneficio es una facultad discrecional del Tribunal, en el caso del artículo 80 que faculta pero no obliga a los Jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso la pena.

De ahí que, en este ámbito de discrecionalidad en el cual se debe atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto.

Dicho de otro modo, la norma se limita a establecer unos requisitos mínimos sin cuya concurrencia no podrá operar aquella facultad discrecional, pero en modo alguno supone un derecho subjetivo del condenado que opere de forma automática incluso en el supuesto de que concurren todos y cada uno de aquellos requisitos, como pretende el recurrente desde el ejercicio de un lógico y legítimo derecho de defensa.

CAPÍTULO II

2.- REQUISITOS DE LA PRISION PREVENTIVA.-

El Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, establece: “PRISION PREVENTIVA.- Cuando el Juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1.- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública 2.- Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y, 3.- Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; 4.- Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia a juicio; 5.-Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado a juicio.”

Se aprecia claramente que la norma legal faculta al Juez cuando dice: “puede ordenar”, y esta discrecionalidad ha llevado para que se utilice la prisión preventiva aplicando las reglas de la sana crítica, en la que interviene la lógica más la experiencia.

Indicios que de acuerdo al Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO, “los denomina objetivos sin los cuales la prisión preventiva no sería jurídicamente procedente”.

Estos requisitos son esenciales, es decir, se deben cumplir para el empleo de esta medida, caso contrario será ilegal, sufriendo sanciones la autoridad que la dicto por violar el Art. 22 de la constitución Política Ecuatoriana, que señala “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”.

Atentar en contra de la buena fama y la reputación de una persona que ha estado en prisión y que después del proceso se pruebe que no tiene

responsabilidad en el acto que se le imputa, es un hecho que jamás nadie logrará resarcirle en la sociedad a parte de los daños psicológicos que le causan porque los centros de rehabilitación social ecuatorianos no cuentan con los medios suficientes para obtener el fin del encarcelamiento de las personas que infringen las leyes, sino en la actualidad se han convertido en un medio de represión en la que la ley del mas fuerte es la que impera muchas de las veces convirtiéndose en la escuela de la formación par el delito. Por estos motivos están delicado ordenar la prisión de una persona y quien la dicta debe estar seguro que se cumpla con los requisitos que la ley establece para que no se cometa injusticias y no se obligue a una persona inocente a convertirse en delincuente por razones de sobrevivencia en los centros carcelarios del país, que lamentablemente no cumplen con el fin social para el que fueron establecidos.

Nuestra Constitución establece que: “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

Para dictar el Juez debe tener muy en cuenta tres cuerpos legales:

- a.- La Constitución Política que impone el respeto a los derechos humanos.
- b.- las Normas de Derecho Internacional
- c.- El Código Penal y de Procedimiento Penal que autoriza su privación o suspensión

La Constitución de la República del Ecuador garantiza los derechos humanos en general a favor de todos los miembros de la comunidad a quienes presupone inocentes.

El Código Penal determina sanciones para aquellos que incurren en las conductas punibles que él mismo describe y que por lo tanto dejaron de ser inocentes para convertirse en culpables. Así el Estado respeta los derechos fundamentales de la persona, mientras no cometa un delito, pero en el momento en que una persona incurra en una infracción pierde esa protección;

La Constitución considera, que quien comete un delito se despoja por su propia voluntad de la protección de la constitución y se expone al rigor del Código Penal, esto es, al violar la ley el infractor se desprende de sus propios derechos y los pone a disposición del Estado.

El Juez puede ordenarla por iniciativa propia, lo cual como dice el Dr. Ernesto Albán Gómez “debe ser mas bien excepcional, salvo el caso de que al expedirse el Auto de Llamamiento a Juicio al acusado no se haya dictado todavía la orden de detención o a petición del fiscal durante la Instrucción”.

En un sistema acusatorio en materia penal que nos rige el Juez de oficio no debería dictar la prisión preventiva sino solo a petición del Fiscal o del acusador, esto es un regazo del sistema inquisitorio, pues de lo contrario el Juez pierde su calidad de Juez de garantías, o sea debe haber auto-restricción del Juez al dictar de oficio la prisión preventiva.

El Fiscal debe fundamentar su petición de prisión Preventiva, pues se debe necesariamente garantizar el derecho a la libertad salvo casos de extrema necesidad judicial. Pero no se puede dictar orden de prisión preventiva a base de pruebas insuficientes, e incompletas.

⁴²“Como las personas pueden perder su libertad por indicios que le hagan presumir de responsabilidad de un delito como autor o cómplice, tratándose de delitos públicos, para lo que deben cumplir con estos requisitos, nuestro ordenamiento Constitucional, establece la presunción de inocencia del detenido pero de que de acuerdo a los actos cautelares singularizadamente con relación a la privación de la libertad que como prisión preventiva se regula en nuestro sistema procesal penal; que antes como medida para salvaguardar la presencia del procesado al juicio, se considera como castigo, incluso por parte del propio Juez que dicta la disposición pertinente.

Que existan presunciones graves de responsabilidad del imputado que deben probarse mediante las pruebas que deben ser actuadas en la indagación previa

⁴² Bucheli Mera, Rodrigo, El Proceso Penal en el Ecuador, Quito – Ecuador, 1991

fiscal y durante la instrucción fiscal para determinar si en verdad es procedente ordenar en contra de un ciudadano esta clase de medida.

JOAQUIN ESCRICHE⁴³, sostiene que la presunción es la conjetura o indicio que sacamos, ya del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza; o bien, la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho para averiguar la verdad de un hecho desconocido o incierto”.

Como siendo requisito previo antes de dictar la prisión preventiva la existencia de indicios graves de la existencia de un delito y la responsabilidad del encausado, también frente a estas presunciones graves se antepone la garantía constitucional que es la presunción de inocencia del imputado hasta que sea demostrado durante el proceso y sentenciada por un juez competente, siendo un estado jurídico la presunción de inocencia, esta una vez probada, se declara en sentencia en firme.

La primera parte del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal dice “Cuando el juez o tribunal lo creyera necesario.....”; En nuestra investigación analizaremos el significado de “cuando lo creyere necesario”. El Dr. Manuel Viteri distinguido maestro dice: “Este criterio tiene que estar fundamentado en dos circunstancias para que proceda, esto es circunstancias: subjetiva y objetiva.

Así el Juez considera que este hombre subjetivamente, psicológicamente, socialmente, es un hombre peligroso, puede concluir en la necesidad de privarlo de su libertad; Pero si considera que es un hombre que por circunstancias de un momento excepcional cometió el delito y por tal no demuestra la peligrosidad puede abstenerse de dictar la orden de prisión preventiva.

Lo que quiere la ley es que el juez haga un análisis de la personalidad del sujeto para no causarle daño, ni a él, ni a su familia al dictar la orden de prisión

⁴³ Escriche J, diccionario jurídico Cabanellas, tomo II, Edit. Heliasta, 1979

preventiva. Además el juez debe tomar para su determinación subjetiva el aspecto objetivo, y este aspecto objetivo es la forma como se comete la infracción, es decir la premeditación, la alevosía, la crueldad, el ensañamiento, el burlarse de determinados principios naturales recogidos por la sociedad, estos son los factores objetivos que debe conocer el juez para privar de la libertad a un ser humano, Solo en ese momento el juez si considera que debe dictar prisión preventiva comienza a analizar si se cumplen los requisitos señalados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

También analizaremos que existen opiniones negativas para que el Juez dicte prisión preventiva cuando lo creyere necesario.

BECCARIA decía “dejarle al juez la facultad de privar la libertad a un hombre, es hacer que el facineroso amigo del Juez quede en libertad y el inocente enemigo del Juez quede privado de su libertad”.

De todos modos, se recuerda que el transito de la situación de inocencia a la situación de culpabilidad de un ser humano esta regulado o la ley, no puede ser arbitrario ni quedar sometido al libre criterio de las autoridades o de las personas, y el Juez penal al dictar la prisión preventiva tiene que expresar las razones por las cuales se priva de la libertad a una persona, no basta decir se han cumplido con los requisitos señalados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, pues como bien lo señala Manuel Viteri “fraseología cómoda, pero ilegal, inconstitucional, anteprocésal”.

De lo anotado se desprende, que la libertad solo debe ser restringida en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad, la actuación de los tribunales de Justicia y el cumplimiento de la ley, y el que dicta debe ser un Juez responsable, ponderando en sus decisiones a la que se le otorga una discrecionalidad racional para que aprecie las evidencias, todo ello dentro del marco de la ley y de la Constitución política.

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

signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en un mecanismo directamente punitivo.”⁴⁴

También sostiene que “La prisión preventiva obligatoria es verdaderamente una contradicción en sus términos. La prisión preventiva se justifica solamente en casos graves de peligro de falsificación de las pruebas o de fuga del imputado.

Debería tratarse de una medida absolutamente excepcional y acotada. No debería ir más allá de alguna semana. Pero naturalmente eso implica un costo, porque el imputado podría ser culpable.

Pero la democracia implica ciertos peligros. Si la prisión preventiva es obligatoria funciona como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima.”⁴⁵

No debería ir más allá de alguna semana. Pero naturalmente eso implica un costo, porque el imputado podría ser culpable. Pero la democracia implica ciertos peligros. Si la prisión preventiva es obligatoria funciona como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima.”

La prisión preventiva sólo se puede aplicar en la medida en que tenga fines procesales, esto es, que pretenda resguardar la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal. Por ello, los únicos criterios válidos para imponerla son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga, probados en el caso concretos.

De este modo, la detención cautelar únicamente puede tener carácter excepcional; por supuesto, esta coerción no puede ser más gravosa, ni durar más, que la propia pena. Debe existir una sospecha relevante sobre el

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi “**Derecho y Razón**”, Trotta, Quinta Edición, 2001

⁴⁵ Luigi Ferrajoli, Jurista: "Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas"
Fecha: 7/1/2006 14:30:00 | **Tema:** Pensamiento Crítico **Fuente:** Diario Clarín

imputado y tener carácter provisional. Además, la medida es legítima mientras se mantengan sus presupuestos de justificación.

Por último, el Poder Judicial debe garantizar un adecuado control de la legitimidad de las detenciones.

Con respecto a Argentina: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo hace casi diez años que incumplía la Convención Americana sobre Derechos Humanos por no respetar los estándares internacionales que habilitan la aplicación de una medida privativa de la libertad.

Otros requisitos para dictar la orden de prisión preventiva es cuando concurren los otros requisitos señalados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal previstos para poder dictar la prisión preventiva de un ciudadano, esto es cuando existan indicios que el imputado trata de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación, es decir que la prisión preventiva solo procede en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, de tal modo que cuando la privación de la libertad no fuere absolutamente indispensable para salvaguardar dichos fines o bien cuando hayan desaparecido los peligros de realización declarados o se hayan disipado, entonces se debe disponer la revocatoria de la prisión. De tal manera la prisión preventiva además debe reunir los siguientes requisitos:

- 1.- Prueba suficiente de la realización del ilícito y vinculación con el sujeto con dicho ilícito.
- 2.- Pena probable de más de un año.

3.- Para asegurar la presencia del imputado al proceso, demostrar que esa persona se va a fugar.

4.- No exista otra medida alternativa.

5.- Grado de peligrosidad y alarma social, tanto como del sujeto como del delito.

Estos son requisitos concurrentes y si la fiscalía pide que se dicte esta medida cautelar personal, el Juez penal puede solicitar que le demuestre que la persona para la cual se pide la prisión preventiva se va a fugar. Es decir se debe dictar la prisión preventiva cuando exista:

1.- El peligro de la fuga del imputado

2.- El peligro que se obstaculice la averiguación de la verdad.

Se debe tener en cuenta que son los derechos de la persona, los que delimitan el radio de acción del derecho de castigar que ostenta el Estado.

Así la prisión preventiva debe dictarse mediante orden judicial en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, ejecutándose del modo que perjudique lo menos posible a los afectados por esta medida, pues la ley limita la actividad del Juez precisamente respecto a la libertad, en fin la prisión preventiva es para asegurar la comparecencia del imputado o su captura.

CAPTURA: Cuando dispone el encarcelamiento al imputado

ARRESTO: Caso de urgencia y tiene duración de 24 horas

DETENCIÓN: Para que el Juez asegure la comparecencia del imputado, testigos o peritos, esto es para que no quede frustrado la investigación final.

INCOMUNICACIÓN: Solo por 24 horas es un medio de coerción personal intenso, de carácter accesorio que puede acompañar a la detención, pero que hoy se encuentra prohibido constitucionalmente en la parte final del numeral 6 Art. 77 de la Constitución.

De lo anotado, se desprende que se dictará prisión preventiva solo en situaciones extremas, debidamente justificadas y para ciertos casos como por ejemplo:

- 1.- Cuando se tiene noticias ciertas que continuará su actividad delictiva.
- 2.- Que existan indicios graves de fuga.
- 3.- Que existan indicios graves de eliminación de rastros probatorios.
- 4.- cuando existan indicios graves de amenazas a testigos.

Se acepta que existe peligrosidad procesal, cuando el imputado con su libertad puede atentar contra los intereses del proceso, ya sea evadiéndose o pretendiendo alterar los elementos de convicción con que se cuenta haciéndoles desaparecer o amenazando testigos por ejemplo.

Así la prisión preventiva solo puede ser dictada en los límites absolutamente indispensables para asegura el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, pues debemos recordar que uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad pretendiendo que quienes habitan en una determinada sociedad adecuen su conducta a las reglas que lo norman y cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento su conducta puede resultar reprimida, esto cuando su acción se encuentre regulada en el derecho penal.

Una vez más mencionamos que para ordenar la prisión preventiva se debe proceder bajo los tres requisitos específicos que ya hemos indicado, que están tipificados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, y el Juez debe así tener muy en cuenta las siguientes circunstancias.

- 1.- Las facilidades que el imputado tendría para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
- 2.- La pena que se espera como resultado del proceso, y

3.- El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior en la medida que indique su voluntad de no someterse a la acción penal, pues la libertad personal solo podrá ser restringida de acuerdo con las disposiciones del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad.

Se debe señalar que aún cuando existan indicios demostrativos de la existencia material de la infracción, esto es dos o mas, pero si faltan indicios claros a la autoría o complicidad del imputado el Juez penal no puede dictar prisión preventiva; Igualmente si hay dos o mas indicios de la presunta responsabilidad del imputado, pero no de la existencia de la infracción tampoco procede la orden de prisión preventiva, y tampoco lo puede ordenar si hay dos o mas indicios de haberse cometido el ilícito pero solo hay un indicio de la responsabilidad del imputado.

La prisión preventiva no se podrá dictar tampoco en los siguientes casos:

- 1.- A un menor de edad;
- 2.- a una persona mayor de 65 años;
- 3.- A una mujer embarazada;
- 4.- a un adicto – consumidor de drogas;
- 5.- En los delitos de acción privada;
- 6.- a una persona inimputable.

2.1.-QUE ES UN INDICIO.-

Es necesario tener el conocimiento de lo que es un indicio y así tenemos: que indicio según la Enciclopedia Jurídica OMEBA⁴⁶: “1.- Señal, huella o acto del que se puede inferir lo que se desconoce o está oculto. 2.- Conjetura, sospecha. 3.- Cosa que sirva para deducir algo que se desconoce. 4.- Dícese por presunción. “El Indicio es un medio de prueba. Se ha señalado que equivale a la presunción cuando permite deducir lo desconocido de lo conocido; cuando ello no se logra es prueba fallida; es prueba en germen, cuando no se ha iniciado el trabajo lógico deductivo que lleva al conocimiento de lo desconocido (Lesona).....”

Según el Diccionario Jurídico ESPASA⁴⁷: “Indicio. Hecho que permite deducir o inferir la existencia de otro no percibido o conocido que es el jurídicamente relevante.

Para RICARDO VACA ANDRADE⁴⁸ “Los indicios son, entonces, señales claras o fenómenos que permiten conocer o inferir la existencia de un hecho no percibido”. El indicio para el Tratadista YESID REYES ALVARADO⁴⁹: “.....Es un juicio lógico, crítico, por medio del cual aplicando una regla de experiencia a un hecho conocido podemos inferir otro hasta entonces desconocido.....”.

HERNANDO DEVIS ECHANDIA⁵⁰: “Se entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocido), del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales”.

⁴⁶ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. México, Copyright, año 2005, TOMO VIII-II- Apéndice, pág. 1066

⁴⁷ Diccionario Jurídico Espasa, Madrid España, Espasa Calpe S.A., 2005, Fundación Tomás Moro, pág. 821.

⁴⁸ (Dr. Ricardo Vaca Andrade, Manual de derecho Procesal Penal, Pag.50).

⁴⁹ Yesid Reyes Alvarado, La Prueba Indiciaria, Segunda edición 1989, Pág.35

⁵⁰ Hernando Devis Echandia, Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Medellín Colombia, Biblioteca DIKE, 1994, Pág. 505.

La Corte Suprema de Justicia con relación al indicio señala⁵¹: “Para la valoración de las pruebas ya no existen los criterios del número y calidad.- Varios indicios forman presunción y esta puede dar lugar a la certeza del Juez o simplemente crear la duda; el Tribunal Penal estima que existe un solo indicio en la declaración extraprocesal y a ese indicio, aplicándole las reglas de la sana crítica, lo considera desvanecido”.

Ensayando una definición de indicio se diría que es un hecho conocido que busca el descubrimiento de otro desconocido que se obtiene de una operación lógica crítica.

Es un hecho, del que se infiere lógicamente la existencia de otros hechos y de acuerdo con ella, para que un hecho pueda entenderse como indicio debe estar probado plenamente, de este modo se deduce por que el Art. 167 del Código de Procesamiento Penal exige un serio motivo para proceder a la detención de una persona.

Se recalca que indicio, es un hecho del cual se puede inferir mediante una operación lógica la existencia de otro, es así, por decirlo el dedo que señala un objeto de manera que su fuerza reside en la necesaria relación entre el hecho conocido (indicio) y el hecho desconocido (indicado).

Es decir, indicios son datos procesales, pero que unidos entre sí los indicios devienen en presunción, razonamiento que precisamente por ser tal, no consta en el proceso si no en la cabeza del juez, recordando que sin los indicios le será imposible al juez, fundamentar la prisión ordenada.

El indicio es un medio de prueba indirecto, lógico, crítico, generado en un hecho conocido, demostrado de l proceso, inferido legalmente por el funcionario, previo proceso neutral de razonamiento asistido por la experiencia,

⁵¹ Luis Cueva Carrión, Nueva Jurisprudencia, Quito, Artes Gráficas Señal Impreseñal Cía. Ltda., 1999, Tomo IV, Pag.259.

mientras que el grado de convicción está determinado por la relación de causalidad entre el hecho base y el supuesto.

Sobre los indicios, el tratadista CARRARA dice: “Es cualquier hecho que sirve para indicar otro hecho; de tal modo que en el derecho penal se llama indicios a aquellas circunstancias que aún cuando no constituyen en sí mismas el delito los rebela, sin embargo por una determinada relación que puede existir entre esas circunstancias y el hecho criminoso que se investiga.

Todo indicio prescribe nuestra ley procesal a de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador del cual el funcionario ingiere lógicamente la existencia de otro”.

MANUEL VITERI dice: “es el hecho objetivo que relacionado con el objeto del proceso y relacionado con otros indicios forman una presunción; y así el juez se forma una presunción, de este modo se cumple el primer requisito para dictar la orden de prisión preventiva”.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA dice:” como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”.

El Dr. JORGE GERMAN ex Ministro Fiscal de Pichincha señala que el término INDICIUM deriva de INDICERE que en latín significa: indicar, señalar, mostrar hacer conocer algo.

Se entiende por indicio también un signo o señal, un rastro o una huella.

El autor citado en su obra sobre los indicios señala “Considero por mi parte que el indicio es el medio de prueba resultante de una operación lógica mediante el cuál a partir de una circunstancia fáctica plenamente demostrada en el proceso, se infiere la existencia de otro hecho llamado indicio”.

Al referirse a la prisión preventiva señala que el juez en el auto que dicta debe precisar los indicios que fundamentan dicha orden de prisión, para mas adelante señalar que esta norma limita al funcionario judicial al exigir un

mínimo de prueba como requisito para afectar jurídica y físicamente en su libertad en su situación procesal a una persona.

Desde otro punto de vista esta limitación al juez constituye una garantía para el ciudadano, recalca que en nada quedaría estas limitaciones, orientaciones y garantías si el juez pudiera inferir indicados de indicantes inexistentes manifiesta dicho ex magistrado.

De lo anotado se desprende que los indicios tratan sobre el hecho o sobre su aporte criminal o sobre la manera con que se realizó, en otras palabras el indicio es una prueba indirecta que por vía de raciocinio, a partir de un hecho conocido conduce a otro desconocido, recordando que sin indicios no hay presunciones.

¿QUE SE ENTIENDE POR INDICIOS CLAROS Y PRECISOS?

Que los indicios deben ser efectivos para contribuir a formar el criterio del juez, de que en efecto el imputado pudiere tener responsabilidad como autor o como cómplice sin embargo de que no hay que olvidar la presunción de inocencia, por lo que la prisión preventiva es una medida cautelar excepcional grave y delicada.

¿QUE SE ENTIENDE POR INDICIOS SUFICIENTES?

El Doctor Ricardo Vaca Andrade señala “Deben ser algunos o al menos en número suficiente para que el juez de garantías penales adquiera un criterio unívoco acerca de la existencia del delito de acción pública” de modo tal que el juez debe apreciar los indicios en conjunto, teniendo en cuenta la gravedad, concordancia y su relación con las evidencias que obran en la instrucción fiscal.

ELEMENTOS DEL INDICIO.-

La doctrina señala los siguientes:

- a.- La experiencia.
- b.- Supone la existencia de un hecho indicador.

c.- Un proceso mental de inferencia; y

d.- La conclusión: existencia de un hecho desconocido.

El Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO, dice que los indicios deben estar introducidos en el proceso de una manera directa e inmediata y que no pueden fundamentarse en sospechas o en otros hechos que no se encuentren producidos penalmente de manera directa.

Lo que dice el autor citado es que cualquier acto procesal no es constitutivo de un indicio y por lo tanto cualquier dato procesal que no sea indicio no puede fundamentarse presunción alguna de autoría o de complicidad.

Para dictar la orden de prisión preventiva, deben existir en contra del imputado por lo menos dos indicios graves de responsabilidad, establecida mediante evidencias legalmente producidas en el proceso, pero indicio grave no puede ser una simple sospecha o un cargo que no esta legalmente probado, de tal modo que antes de dictar orden de prisión preventiva, el juez de garantías penales con auxilio de la lógica debe efectuar también un estudio profundo de los indicios y si bien es cierto que solo indicios no llevan a una convicción, un conjunto de indicios nos presenta un amplio panorama, nos muestra la realidad, señala presunciones, de responsabilidad, explica la forma y circunstancias de los hechos, pero lo esencial que el Juez llegue a lo desconocido a partir de lo conocido.

¿QUE ES PRESUNCIÓN?

Es el conocimiento que se adquiere o la inferencia o deducción que en virtud del razonamiento extrae el juzgador del conjunto de indicios, en relación con las demás pruebas que se encuentran dentro del proceso y que lo llevan a concluir que el hecho desconocido es cierto. Las presunciones del hombre equivalen al grado de convicción que en la mente del juzgador produce el medio probatorio conocido inicialmente como indicio.

De este modo se puede señalar que la presunción, es una conjetura hipotética a la que se arriba a través de varios indicios que hacen asumir la posibilidad de

que algo sea de tal manera, pero que deja la posibilidad de reconocer que se ha incurrido en una apreciación no cierta que admite la duda.

CAFFERATA expone que “La presunción en sentido propio es una norma legal que suple en forma absoluta la prueba del hecho, pues lo da por probado si se acredita la existencia de circunstancias que basan la presunción”.

2.2.- INDICIOS SUFICIENTES SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DELITO DE ACCION PÚBLICA.

Este es uno de los requisitos para ordenarse la prisión preventiva, y cuando de habla de indicios suficientes no es que se ha probado la existencia del hecho delictivo, y como dice el DR. JORGE ZAVALA BAQUERIZO⁵². “...Se debe entender que no es que la Ley exige que se haya probado la existencia de tal hecho, sino que dentro del proceso existan ya los elementos de juicio generales para que el Juez pueda presumir que, en efecto se ha cometido un delito claramente delineado...” No en base a sospechas se puede establecer los indicios suficientes sobre la existencia del acto delictivo, ni se encuentra en la denuncia ni en la solicitud del Fiscal, se lo encuentra en los elementos de convicción o investigaciones realizadas

De acuerdo a este pronunciamiento se debe establecer indicios suficientes que hagan presumir la existencia de un delito de acción pública, de conformidad a las leyes procesales ecuatorianas, que existan indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito, y que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

⁵³“Al librarse una orden de prisión preventiva el juez tiene que justificar su decisión. Esta implica una serie de consideraciones jurídicas y objetivas que no pueden pasar por alto al criterio del juzgador. En primer término para ordenar

⁵² (J. Zavala, Tratado de derecho Procesal Penal, 128)

⁵³ Claria Olmedo Jorge, Tratados de Derecho Procesal Penal, Editado por Ediar, Primera Edición, 1960, Barcelona – España, Pág. 518

esta medida de carácter cautelar es imprescindible como requisito la existencia de un delito o graves indicios de la existencia del mismo”.

ABRAHAM FERRO⁵⁴, manifiesta: “Siendo como es la prisión preventiva una institución muy representativa y significativa en un proceso penal, es evidente que uno de los requisitos para ordenarla es la certeza de la existencia de un delito, o muestras o expresiones objetivas de su indudable realización”.

De acuerdo a estos autores debe existir un acto o hecho típico, antijurídico, culpable y responsable o por lo menos la presencia de indicios, que demuestren y conduzcan a deducciones o presunciones de la existencia de un delito, de la responsabilidad del imputado y que la pena sea mayor a un año, para que el Juez ordena la prisión preventiva.

⁵⁵“las circunstancias y antecedentes que tienen relación con el delito, puedan razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de hechos determinados, para que constituya prueba plena es preciso que los indicios reúnan las condiciones siguientes: 1.- Que el cuerpo del delito conste por medio de pruebas directas e inmediatas; 2.- Que los indicios o presunciones sean varios, reuniendo cuando menos, el carácter de anteriores al hecho y constantes con el mismo; 3.- Que se relacionen con el hecho primordial que debe servir de punto de partida para la conclusión que se busca; 4.- Que no sean equívocos, es decir que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas. 5.- Que sean directos, de modo que conduzcan lógicamente y naturalmente al hecho que se trata. 6.- que sean concordantes los unos con los otros, de manera que tengan íntima conexión entre sí y se relacionen sin esfuerzo, desde el punto de vista de partida hasta el fin de búsqueda. 7.- Que se funden en hechos reales y probados, nunca en otras presunciones o indicios”.

De acuerdo a estas citas se establece que es un acto que guarda relación con los hechos que se investigan, existiendo probabilidades que deberán ser probadas procesalmente para la demostración del delito, que conducirá a que

⁵⁴ Ferro, Abraham, Proceso Penal y los Actos Jurídicos Procesales Penales, Argentina, Tercera Edición

⁵⁵ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, 1953, Tomo II, Edit. Viracocha, Pág 366 y 367.

se ordene prisión preventiva en contra de los presuntos autores o cómplices de una infracción.

FRANCISCO CARRARA⁵⁶, expresa: “Es cualquier hecho que sirve para indicar otro hecho, de modo que en el Derecho Penal se llame indicios a aquellas circunstancias que aun cuando no constituyen en si mismas el delito lo revelan, sin embargo por una determinada relación que puede existir entre esas circunstancias y el hecho criminoso que se investiga. Todo indicio prescribe nuestra ley procesal a de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro”. Los indicios son los hechos conocidos que se desprenden de un acto criminal que se pudo producir, de acción pública que debe ser investigado por las autoridades, que determinan la aplicación de una medida preventiva para asegurar el cumplimiento de la responsabilidad sobre el hecho investigado. Todo hecho que guarda relación con otro puede ser llamado indicio o circunstancia.

2.3.- INDICIOS CLAROS Y PRECISOS DE QUE EL IMPUTADO ES AUTOR O COMPLICE DEL DELITO.

Como se aprecia en este requisito se limita a los autores y cómplices y no a los encubridores, lamentablemente los Jueces Penales dictan la Prisión Preventiva para todos en razón de que cuando el Agente Fiscal solicita la prisión preventiva no determina quienes son los autores, cómplices y encubridores deban estar privados de su libertad desde el momento en que se inicia la instrucción fiscal hasta cuando se dicta el auto de llamamiento a juicio, atentando contra la libertad individual e irrogando graves perjuicios al imputado, sus familiares y su actividad, especialmente en aquellos casos en que no es posible sustituir la prisión preventiva o rendir caución, por lo que, cuando el Ministerio Público solicita la prisión preventiva debe señalar si es presunto autor o cómplice del hecho que se investiga.

⁵⁶ Benthán, Jermías, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XV, Pág. 487.

El Dr. WALTER GUERRERO VIVANCO⁵⁷, señala: “...Sin embargo, al comienzo de las investigaciones, a veces, es difícil distinguir con claridad los límites de la responsabilidad personal de los distintos imputados, motivo por el cual en la práctica se corre el riesgo de que los Fiscales soliciten y los Jueces ordenen la prisión preventiva de un imputado que a la final se lo llama a juicio o se lo sentencia como encubridor.....”

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 2 prescribe: “Se presumirá la inocencia de toda persona, será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. Asegurándose los derechos constitucionales de las personas. También tenemos la norma que señala el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal en su numeral 2, “Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito”. Por indicios de la existencia de un delito y la presunta responsabilidad de una persona se ordena la privación de la libertad, por sospechas, sin que su responsabilidad todavía sea probada, de conformidad con las normas legales. Ante la prisión preventiva el juez debe precisar los indicios conducentes al descubrimiento de un delito que deben ser debidamente motivados, fundamentándose en derecho, entendiéndose por indicios claros y precisos aquellos que ayudan al Administrador de Justicia a formar un criterio del que el imputado puede tener responsabilidad como autor o cómplice.

⁵⁸“El juez debe tener cuidado en cada caso particular; debe analizar al hombre, al acusado, las circunstancias del hecho y la alarma que ha causado, para decir entonces privo o no privo la libertad del acusado”.

Por lo que varias evidencias pueden conducir a los indicios y estos a las presunciones de responsabilidad del imputado, llevando a concluir que el

⁵⁷ (W. Guerrero Vivanco, La Acción Penal, 257-258)

⁵⁸ BENTHAN, Jeremías, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XV, Pág.487.

hecho desconocido es cierto, siendo una conjetura hipotética derivada de varios indicios.

Es decir, que hay que estar claros que con el recogimiento de las evidencias, nos llevan a tener indicios, y el conjunto de indicios a las presunciones y posteriormente a tener la certeza sobre la culpabilidad del imputado, al cual en estas circunstancias se le impondrá la pena correspondiente.

CAFFERATA⁵⁹, expone: “la presunción en sentido propio es una norma legal que suple en forma absoluta la prueba del hecho, pues lo da por probado si se acredita la existencia de circunstancias que basan la presunción” se debe probar mediante las pruebas que se contemplan dentro del Código de Procedimiento Penal, el grado de responsabilidad que tienen los imputados, y no es suficiente tener la convicción que haga presumir la existencia y responsabilidad de un delito para que este sea prueba absoluta, nunca se puede hablar de prueba absoluta si no ha sido probado verdaderamente.

El daño moral que se causa a una persona que ha estado en la cárcel sin probarle si es o no culpable es irreparable, es una sombra en su vida, más aun cuando resulte no tener responsabilidad alguna con el hecho que se inculpa, por este motivo los fiscales para solicitar y obtener esta medida cautelar deben estar seguros de cumplir con los elementos de convicción fundamentados en bases legales, para evitar atropellos en contra de los ciudadanos por encarcelamiento impropio.

Como es facultativo de los jueces penales confirmar la prisión preventiva o de revocar la misma, los jueces antes de adoptar esta medida tienen que apreciar claramente los indicios en conjunto, en relación con las evidencias que se tengan de la investigación de el presunto delito.

⁵⁹ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas cautelares, Primera Edición 1988, Quito – Ecuador, Pág. 122 y 123

CUANDO SE TRATE DE UN DELITO SANCIONADO CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO.

La legislación ecuatoriana dispone en el Art.153 del Código de Procedimiento Penal: “no se puede ordenar la prisión preventiva en los juicios por delito de acción privada, en los que no tengan prevista pena privativa de libertad, ni en las infracciones que se sancionen con una pena que no exceda de un año de prisión, independiente de la pena que pueda imponerse en la sentencia”.

⁶⁰“En los casos de condena por primera vez, si es causada por un delito sancionado con una pena cuyo máximo no exceda de seis meses de prisión correccional o por un delito al que solo se aplique multa, los jueces podrán ordenar en la misma sentencia que se deje suspenso el cumplimiento de la pena.”

⁶¹“Mientras en el Código Adjetivo Penal no procede dictar auto de prisión preventiva por una infracción que no exceda de un año, se contradice en el Código Sustantivo Penal. En consecuencia si consideramos que la pena de corta duraciones negativa, mucho mas lo será la prisión preventiva cuando se trata de delitos enlazados con penas cortas de duración, por lo que si estos deben ser eliminados del catálogo de los delitos, con mayor razón debería evitar la prisión preventiva en el caso de la comisión de dichos delitos”.

⁶²“En caso de que se aplicaría esta medida preventiva en los delitos de penas cortas o sancionadas con multas, se encontrarían detenidos ilegalmente hasta recuperar su libertad más tiempo del que duraría la pena. La lentitud extrema de los procesos, la paralización temporal del trámite, la ineficacia comprobada de la sanción del tribunal, desnaturaliza la esencia de la garantía procesal, ya que en el caso, la prisión preventiva deja de ser un medio de aseguramiento de

⁶⁰ Código Penal Ecuatoriano.

⁶¹ Zabala Baquerizo Jorge, El Proceso Penal, Edino, Cuarta Edición, Guayaquil – Ecuador, Pág. 205

⁶² Zaffaroni, Eugenio Raúl, El Derecho a la Libertad en el Proceso penal, Edit. Menesis, Pág. 66

los fines del proceso, y pasa a ser una mera retención de la persona del sospechado que no cumple finalidad alguna”.

CAPITULO III

3.- CARACTERISTICAS DE LA PRISION PREVENTIVA.-

La prisión preventiva como medida cautelar personal, es la excepción siendo la regla social la libertad, que es garantizada por los tratados, manifestada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la Constitución política de la República, por ser preventiva no puede prolongarse por mucho tiempo, caso contrario se violaría el precepto de la norma suprema que es la presunción de inocencia, debiéndose probar por parte del Estado durante el proceso, la culpabilidad del imputado.

Ya que ninguna persona puede cumplir una pena anticipada sino cuando ha sido declarada judicialmente su responsabilidad penal.

La prisión preventiva es provisional, esto es que debe concluir cuando no resulta necesaria a los fines del proceso, pues como queda manifestado la prisión preventiva afecta al bien jurídico de la Libertad y por tal debe estar bien regulada y su afectación solo debe darse por excepción.

Se reitera que la prisión preventiva incide sobre el derecho a la libertad personal, de ahí que sea excepcional su aplicación y muy delicada su ejecución, es decir que procede en supuestos muy limitados, además su ordenamiento injustificado acarrea responsabilidad civil, penal y administrativa del Estado Ecuatoriano de indemnizar acorde a lo señalado en el art. 11 numeral 9 de la Constitución política y conforme consta de Resoluciones Internacionales suscritas por el Ecuador.

El Dr. José C. García Falconí, manifiesta⁶³ “... La prisión preventiva es provisional, esto es que debe concluir cuando no resulta necesaria a los fines del proceso, pues como queda manifestado la prisión preventiva afecta al bien

⁶³ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas cautelares, Primera Edición 1988, Quito – Ecuador, Pág. 103

jurídico de la Libertad, y por tal debe estar bien regulado y su afectación debe darse por excepción”.

La aplicación de esta medida es muy delicada por la privación de la libertad, su emisión sin bases legales de conformidad al ordenamiento jurídico trae como consecuencia responsabilidades civiles, como lo expresa el art. 11 numeral 9 de la Constitución Política del Estado, que manifiesta: ⁶⁴“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, y por los supuestos de violación a las normas establecidas en el Art. 76.

El Estado tendrá derecho de repetición contra el Juez o funcionario responsable.” ⁶⁵“Son características de la prisión Preventiva:

- a.-) Es facultativa;
- b.-) Es motivada;
- c.-) Es revocable;
- d.-) Tiene tiempo de duración; y,
- e.-) Su duración es imputable a la pena.

Es facultativa.- Esta solo será ordenada por autoridad competente, que es el juez que conozca de la causa.

Es motivada.- El Literal L del numeral 13 de la Constitución política del Estad, prescribe: “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncien las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho. Los actos

⁶⁴ Constitución Política de la República del Ecuador

⁶⁵ Constitución Política de la República del Ecuador

administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados;”⁶⁶La protección de la correcta aplicación es un derecho y obligación de los administradores de justicia, que deben reunir los requisitos que establece la ley Adjetiva Procesal Penal en su Art. 167.

Es revocable.- La autoridad competente para revocar esta medida es el mismo juez que la dictó, siempre que mediante el proceso se demostrare la inocencia del imputado, o tratándose de un delito sancionado con prisión se diera caución satisfactoria, a solicitud del encarcelado o del representante del Ministerio Público. Se suspende en los siguientes casos, según el art. 170 del Código de Procedimiento Penal:

- 1.-“Que se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron.
- 2.- Cuando el imputado o acusado hubiese sido sobreseído o absuelto.
- 3.- Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa.
- 4.- Cuando su duración exceda los plazos previstos por la ley.”

Tiene tiempo de duración.- La duración de esta medida cautelar esta prevista en el Art. 77, numeral 9 de la Constitución política del Estado; “bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de 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.” El Art. 169 de la Ley adjetiva Procesal Penal Ecuatoriana, expresa lo mismo

⁶⁶ Constitución Política de la República del Ecuador

determinando que cumplidos estos plazos obtendrán de forma inmediata la libertad, calculándose desde la fecha en que se dictó la orden de prisión preventiva, en los procesos en que hubieren cumplido estos plazos el juez que conozca la causa será el único responsable por no haberlos procesado debidamente cumpliendo con las formalidades legales, con los plazos y los términos dispuestos para el cumplimiento de cada etapa y diligencia procesal.

Su duración es imputada a la pena.- Una vez que terminó el proceso, probado el delito y la responsabilidad del inculcado se dictará sentencia de acuerdo a las normas legales pertinentes, debiendo descontarse el tiempo de la pena desde la fecha en que se encuentre detenido con orden de prisión preventiva”:

En nuestra investigación estableceremos cuales son las características de la Prisión Preventiva:

Cautelar.- Es una medida cautelar de carácter procesal, porque solo se la dicta en un proceso, dentro de la Instrucción Fiscal o en el auto de llamamiento a juicio que se pronuncia por el Juez Penal en la etapa intermedia, por tanto solamente el Juez Penal puede dictar el auto de Prisión Preventiva, y que será pedido del Fiscal. Existen casos de Excepción en que se dicta la prisión preventiva por parte de los Tribunales Penales, cuando el acusado no comparece a la Audiencia de Juicio, como lo establece el Art. 280 del Código de Procedimiento Penal, y en caso de fuero.

Personal.- Es una medida cautelar personal, se refiere al sujeto pasivo de la relación procesal penal, y se dirige contra una persona determinada, a quien se le limita la libertad individual.

Excepcional.- Es una medida cautelar de carácter excepcional, que se la impone únicamente en casos extremos, respetándose las garantías constitucionales

Subsidiaria.- Es una medida cautelar subsidiaria o alternativa, porque se aplica a falta de las otras medidas cautelares establecidas en la Ley Procesal Penal en el Art.171 como el arresto domiciliario, la prohibición de salida del País, de la localidad en la cual reside, la presentación ante el Juez o Tribunal o ante la Autoridad que él designe, sin embargo no tiene acogida por los Jueces Penales de nuestro País, puesto que, se utiliza la prisión preventiva de manera directa y preferente antes que las medidas alternativas y solamente cuando el imputado lo solicita, en caso de delitos de acción pública sancionados con prisión, se los acoge.

Revocable.- Es una medida cautelar revocable toda vez que, puede ser revocada por el mismo Juez que la dictó en los casos establecidos en el –art. 170 del Código de Procedimiento Penal, como sucede al haberse desvanecido los indicios que la motivaron; cuando el imputado o acusado ha sido sobreseído, cuando el Juez considere conveniente la sustitución por otra medida preventiva alternativa, o cuando la duración exceda de los plazos previstos en el Art. 24 numeral 8º, de la Constitución Política de la República del Ecuador y Art.169 de la Ley adjetiva Penal.

El Recurso de amparo de Libertad puede ser considerado dentro de este tema, conforme lo dispone el Art. 422 del Código de Procedimiento Penal. Destacándose que las reglas de la competencia están determinadas en el Art. 423 de la Ley mencionada. El Habeas Corpus que está previsto en el Art. 89 de la Constitución Política de la República del Ecuador, se considera dentro de la revocabilidad de la prisión preventiva.

Sustituible.- Es una medida cautelar sustituible por expresa disposición del art-171 del código de Procedimiento Penal, y como lo señala el Dr. Ricardo Vaca Andrade, “Constituye una interesante novedad, porque no estaba prevista en el CPP de 1983, la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por otras medidas cautelares, como consta en el Art. 171 del CPP”.

Temporal.- Es una medida cautelar temporal, como lo establece el Art. 77 numeral 9 de la Constitución Política del Ecuador: “La prisión preventiva no

podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, y de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del Juez que conoce la causa”, y el art.169 del Código de Procedimiento Penal.

Es importante mencionar que esos plazos deben ser cumplidos improrrogablemente, tiene como fin que las causas penales no se extiendan indefinidamente, pues se establece que de obtenerse la libertad por la caducidad de la prisión preventiva, el Juez o Tribunal se sujeta al Consejo Nacional de la Judicatura y los Agentes Fiscales al Reglamento Disciplinario del Ministerio Público publicado en el Registro Oficial No.-164 del 6 de septiembre del 2007.

Existe un problema grave que se encuentra vigente en nuestro País, que no ha sido solucionado hasta el momento, que tiene relación con presos sin sentencia, los que no han podido acogerse a la caducidad de la prisión preventiva, pese a haber transcurrido años que se encuentran privados de su libertad, lo que se debe a la vigencia de la detención en firme que posteriormente fue declarada inconstitucional, por tal motivo de acuerdo con el art. 278 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, la caducidad de la Prisión Preventiva opera a partir del 23 de octubre del 2006 en que se declaró tal inconstitucionalidad.

Subrayamos que mediante Ley interpretativa del Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial No.- 194 de viernes 19 de octubre del 2007, pág. 5, se estableció que la caducidad de la prisión preventiva opera únicamente cuando el imputado, por cualquier medio, no ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedara

sin efecto, bajo la responsabilidad de la jueza o Juez de garantías penales que conoce la causa y los Tratados Internacionales.

No se puede interpretar una norma legal como la que dejo señalada sin respetar los principios básicos fundamentales y al haberlo hecho tenemos un efecto: inseguridad jurídica y violación del debido proceso.

Según lo manifiesta el señor Dr. Edmundo Durán Díaz, ex Ministro Fiscal General del Estado, “el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano es, sin duda alguna humanista, pues se mantiene en una línea equidistante entre la necesidad de investigar un delito, y la necesidad de respetar los derechos humanos del reo, porque cada vez que autoriza la violación procesal de uno de esos derechos, la sujeta a requisitos y formalidades que tiende a reducir el mínimo daño jurídico o personal que pudieran producir, de tal manera de impedir que sea apresado durante el proceso, quién después resulte absuelto en la sentencia, termina señalando”

De esta manera aquí nace la gran interrogante ¿Qué ES LA LIBERTAD?.....

La libertad, es sin duda alguna como dicen varios tratadista, un elemento esencial del ser humano, y es también por cierto uno de los atributos más nobles del mismo, por ello la libertad y el Estado deben coordinarse, con el propósito de no destruirse mutuamente.

En un Estado que sea respetuoso de la libertad individual, las leyes y las instituciones deben ordenarse, con el objeto de conciliar las exigencias de estas con el Poder, logrando de este modo alcanzar un equilibrio tal, que pueda conservarse siempre a favor de la libertad, y que beneficie así mismo a cada uno de los miembros de la Comunidad, de este modo es imprescindible conciliar la libertad con el Poder, mediante el establecimiento de un Orden Justo y adecuado. Es de mucha importancia la existencia de una esfera de libertades del individuo limitada en principio, y al mismo tiempo, con una posibilidad de injerencia del estado también limitada en principio, pero medible y controlable.

De este modo en el dramático juego entre el Orden, el Poder y la Libertad, nos encontramos que es necesaria la limitación del Poder, pues el Poder responsable debe proyectar autoridad igualmente responsable, de lo contrario estaríamos frente al uso abusivo e irresponsable del Poder; Pero analizaremos que sucede en nuestro país con la Prisión Preventiva.

Conforme se ha constatado en la vida práctica de nuestro país, la prisión preventiva fue la más severa de todas, porque hasta antes del 10 de agosto de 1998 que entró en vigencia la Constitución Política del mismo año, no tenía límite temporal, ya que duraba el tiempo que duraba el proceso, lo que como bien señala el doctor Edmundo Durán Díaz podría significar en la vida judicial ecuatoriana, meses o años, no obstante que para dictarla, la ley ha sido cuidadosa y exige la presencia de indicios procesales suficientes que permitan presumir que la infracción ha existido, y que el sindicado ha participado en su comisión como autor o cómplice, además que el Art. 177 del Código de Procedimiento Penal contiene el supuesto de que el juez ordene la prisión preventiva “cuando lo creyere necesario”.

El legislador ecuatoriano al dictar el numeral 9 del Art. 77 de la Constitución, nos enseña que la única posición admisible hoy, es la de aplicar los principios constitucionales y los derechos humanos, para hacer del sistema penal un instrumento de integración, de solución pacífica de los conflictos y no un mecanismo de marginación, pues como bien lo señala el tratadista venezolano Reinaldo Escala Zerpa.

“El ciudadano que queda sometido a un proceso penal, esta amparado desde el momento en que se inicia éste, hasta la decisión judicial definitiva, por una serie de derechos de naturaleza constitucional de aplicación obligatoria aunque no sean invocados no por el rango jurídico que tiene, sino también porque son de orden público; de tal modo, que si una persona sindicada en una causa penal y cuya prisión preventiva haya durado mas de 6 meses o de un año según el delito que se investiga y no tenga sentencia penal.

La caducidad de la prisión preventiva dice el Dr. Alfonso Zambrano,” no es una garantía constitucional a favor de los delincuentes y en apoyo a la impunidad, es antes por el contrario una garantía constitucional que tiende a sancionar al Estado moroso, que tiende a sancionar al Juez negligente y tardío, y que es una consecuencia del irrespeto al Debido Proceso Penal, cuya legalidad se afecta con una morosidad que termina por convertirse en injusticia”. De este modo, la libertad personal aparece como eje central de todo progreso individual y social, por esta razón la limitación a la prisión preventiva.

Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviere pendiente cualquier consulta o recurso.

Esta disposición contenida en el numeral décimo es la mas justa, esto es que la persona contra quien se ha iniciado un proceso penal, y después de incluso meses y años de investigación se le exima de toda responsabilidad penal en primera instancia, es inmediatamente dejado en libertad, esto es lo mas equitativo y justo, ya que si el hecho por el cual se produjo la investigación y juzgamiento no era constitutivo de delito, es absolutamente justo que la libertad se produzca en forma inmediata, luego de haberse dictado sobreseimiento o sentencia absolutoria, y así de igual manera se protege la presunción de inocencia.

3.1 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

Es decir, que toda persona debe ser tratada como inocente mientras no exista una sentencia penal de condena, de tal modo como dice el tratadista Carrara “La Constitución política protege a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad.

Con los modos y las formas que prescribo y que debéis respetar”, así, en nuestro Ordenamiento Penal Procesal, predomina un estado de inocencia, desde el momento en el cual el Juez inicia el proceso, especialmente cuando decida vincular a alguien al mismo debe estar guiado por esta norma rectora, esta es la garantía mas importante que se encuentra a la cabeza de las demás garantías constitucionales cuando se trata de un proceso penal.

Por tal razón los señores jueces deben tener en cuenta que la presunción de inocencia es antes que nada una posición de ventaja, que la Constitución política atribuye al ciudadano que se encuentra en posición de parte acusada o es objeto de una persecución penal.

La ventaja consiste en atribuirle de entrada la calidad de persona Inocente, y además en no obligarle a hacer nada para demostrarlo, es decir esta persona no tiene en absoluto que probar su inocencia, le basta y le sobra la pasividad mas absoluta, por esto es la garantía procesal de mayor importancia; Se recalca que es el eje por el cual gira todo el proceso penal, porque se trata que hoy en día en el país estamos viviendo un sistema de garantías.

De este modo, todo imputado es inocente y por lo tanto se debe reducir al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos, una vez más debemos recordar que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional, que solo procederá cuando las demás medidas cautelares no sean capaces de asegurar la finalidad del proceso.

El principio de inocencia impone que la carga de la prueba corresponde a los acusadores y al Ministerio público, y para desvirtuarlas será necesario que la prueba practicada haya tenido lugar en un juicio con todas las garantías procesales y formalidades previstas. Para condenar, es indispensable la certeza de la culpabilidad, debido a que es la inocencia la que se presume cierta.

De manera general, es pertinente considerar otras medidas cautelares y como es obvio, para dictar esta clase de medidas, deben cumplirse con los requisitos generales y específicos que el derecho exige para su ordenación; estando

dentro de los primeros, la jurisdiccionalidad, la instrumentación, la provisionalidad, la homogeneidad y la proporcionalidad. Dentro de los segundos están la caución, la condición personal, la formalidad, la permanencia, etc.

La jurisdiccionalidad implica que solo el juez o tribunal, miembros de la función judicial, pueden dictar estas medidas.

La instrumentalidad permite que el juez, tome las medidas cautelares si se acompañan las pruebas necesarias que presten suficiente mérito para dictar las mismas, y además, esta medida ha de practicarse si se justifica mediante instrumento procesal jurisdiccional. No basta un documento, porque este, si bien constituye la manifestación personal hecha por escrito, puede o no producir efectos jurídicos. También es necesario un instrumento público, en el cual se manifieste una decisión de la autoridad, tomada con las formalidades para ello expresamente establecidas y practicadas por los funcionarios competentes, conforme se ha venido mencionando a través del presente trabajo.

3.2 NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.-

Daniel Pastor, argentino señala que la tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales se reflejan en los opuestos: PRISIÓN O LIBERTAD durante el proceso penal, así el encarcelamiento preventivo asegura el modo mas firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de manera más violenta y brutal los derechos constitucionales, los Pactos, tratados, convenios y Convenciones Internacionales sobre los Derechos Humanos del detenido, por lo tanto las leyes procesales penales deben ceñirse a las garantías de las persona.

El Dr. ARTURO J. ZAVALETA⁶⁷, explica: “Es la necesidad la que justifica el derecho del estado de constituir al imputado en estado de prisión preventiva, esa necesidad la motiva el hecho de evitar que eluda el juicio o se sustraiga a la ejecución de la pena”

El Dr. VITERI OLVERA⁶⁸, dice: “Debo indicar que los medios coercitivos a la libertad personal como fundamento representan la necesidad del estado de aplicar esas medidas, a fin de mantener el orden jurídico preestablecido en beneficio de la sociedad a la que está obligado a proteger, aunque para ello sea necesario el sacrificio de un derecho individual, por tal el derecho a la libertad del estado tendiente a mantener la estabilidad social, mediante el efectivo cumplimiento del derecho”.

Como la regla social es la libertad, satisfaciendo esta norma a las exigencias sociales, que es protegida y garantizada Constitucionalmente, la privación de esta es una excepción, que para cuya aplicación debe cumplir con requisitos necesarios, y una correcta fundamentación legal, estrictamente apegada a derecho de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, a favor de la sociedad.

LOPEZ MORENO⁶⁹, manifiesta: “La arbitrariedad judicial, en cuanto se relaciona con la libertad, puede ser funesta: entre que haya delincuentes eludiendo la acción judicial, o que pueda ser reducido a prisión por abuso del juez un solo inocente, es cien veces preferible lo primero”.

Existen muchos casos en los que personas inocentes se encuentran guardando prisión preventiva por abuso de la autoridad, y de otro lado existen

⁶⁷ Zavaleta J. Arturo, La Prisión Preventiva y la Libertad Provisional, Editorial ARAYU, Buenos Aires, 1954, Pág. 122.

⁶⁸ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas cautelares, Primera Edición 1988, Quito – Ecuador, Pág 105.

⁶⁹ Zavaleta J. Arturo, La Prisión Preventiva y la Libertad Provisional, Editorial ARAYU, Buenos Aires, 1954, Pág. 123.

delincuentes que eluden la justicia, para evitar estos actos se debe investigar adecuadamente la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, de forma eficaz e imparcial, para no caer en estos atropellos y con la oportuna intervención de la Autoridad para evitar la fuga de los delincuentes, asegurando la comparecencia a juicio y evitando mayor daño social.

FRENCH, señala que existen razones necesarias para aplicar esta medida cautelar: 1.-“Asegurar los fines del proceso. 2.- Garantizar la eventual ejecución de la pena”.

EL DOCTOR VITERI OLVERA⁷⁰, expresa: “1.- Mantener al sujeto pasivo del proceso unido a este por el principio de inmediación. 2.- Impedir que el imputado obstruya la administración de justicia, 3.- Impedir que se suspenda la sustanciación del proceso penal.”

⁷¹“En consecuencia para la prisión preventiva es necesaria dentro de la sociedad para: 1.- Asegurar que el imputado se vincule con el proceso pena del delito que se le acusa. 2.- asegurar la comparecencia a juicio ante los tribunales penales, para garantizar las pruebas. 3.- evitar se eluda la responsabilidad del delito con la fuga del imputado. El código de Procedimiento penal en relación a los requisitos legales para que se aplique la prisión preventiva señala tres importantes, en cuya falta de estos no procede esta medida, siendo los siguientes: “1.- indicios suficientes para la existencia de un delito de acción pública; 2.- indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; 3.- Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”.

De esta manera se puede señalar que los procesos penales no sólo que puedan concluir en una sentencia de condena a prisión sino que además durante el trámite, el juez puede ordenar la violación de algunos derechos individuales: ejemplo, interrupción de las comunicaciones entre las persona, el

⁷⁰ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas cautelares, Primera Edición 1988, Quito – Ecuador, Pág. 122 y 123.

⁷¹ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

allanamiento del domicilio, la privación de la libertad mediante la prisión preventiva, etc. cuando existan fundamentos legales para ello.

Claro está que estamos conscientes que el proceso penal es una grave amenaza contra los derechos humanos porque puede convertirse en un castigo aún antes de dictarse sentencia; Y de este modo se puede producir el hecho absurdo de privar de la libertad a una persona que según la misma Constitución Política señala debe presumir inocente.

Pero la privación de la libertad se dicta por las siguientes razones:

- a) Seguridad personal del imputado.
- b) la seguridad de la prueba.
- c) El cumplimiento de ciertas diligencias para la cual el imputado debe estar a disposición del Fiscal o de la policía judicial.
- d) La seguridad de que el inculcado cumplirá la pena o sanción que el Tribunal penal le imponga
- e) La protección social.
- f) La satisfacción y tranquilidad del grupo social.

También se dice que se lo dicta para:

1. Dar seguridad, para evitar o impedir la fuga del que ha cometido un delito de acción penal pública.
2. Descubrir la verdad y se dice que se dificultaría las pruebas si el imputado está libre, así pues es garantía de las pruebas a presentarse, ya que la finalidad de la prisión preventiva son las siguientes:

1. Asegurar que el detenido esté a ordenes del juez
2. Evitar que se altere la verdad, se forjen pruebas, etc.
3. Evitar la fuga del presunto autor de un delito.

En resumen el fin o fines son:

- a) Necesidad procesal de vincular al imputado al proceso penal mientras este se tramita.

- b) Asegurar el cumplimiento de la pena, cuando dicte sentencia condenatoria al culminar el proceso, esto es la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado o acusado a su juzgamiento y la necesidad de evitar la fuga, de lo señalado se desprende que el objeto es garantizar los fines perseguidos en el proceso penal.

Así la prisión preventiva es conveniente, como medida de control social-político convencional, evitando mayor daño social y garantizando que el procesado comparezca al juicio por razón del hecho punible que se le atribuye.

⁷²“Por este motivo no es necesario probar si existe delito, ni que el sindicado sea autor o cómplice de la infracción, si no tan solo que hayan indicios del cometimiento de una infracción, estando dentro de las facultades del juez determinar si estos indicios conducen a la presunción de responsabilidad, para llegar a deducción de que ha cometido un delito y que el imputado es autor, cómplice o encubridor de la infracción, decisión que queda dentro de la potestad del juez de acuerdo a la sana crítica.” Es decir, nos encontramos ante un juicio de valor subjetivo del juez, nadie puede pedir que sea objetivo en sus conclusiones.

Sobre la detención de los encubridores se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia (Corte Nacional de Justicia) en la actualidad que dictó la jurisprudencia obligatoria manifestando: ⁷³“Que han surgido dudas en la aplicación del art. 253 del Código de Procedimiento Penal, respecto a la prisión preventiva que el juez debe ordenar contra el sindicado en el auto de apertura de la etapa del plenario, si antes se hubiera dictado; en ejercicio de la facultad que le concede el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional, resuelve.

Conforme al Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, norma clara y explícita sobre particular, el sindicado como encubridor no es sujeto de prisión preventiva y el juez, por lo tanto no puede ordenar en auto de apertura de la

⁷² Guerrero Vivanco Walter, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Editorial Universitaria 1978, Pág. 339.

⁷³ Guerrero Vivanco Walter, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Editorial Universitaria 1978, Pág. 340.

etapa plenaria, la referencia de dicha medida cautelar de carácter personal en el Art. 253 del mismo Código, debe guardar concordancia con el Art. 177 que preceptúa que la prisión preventiva no comprende al sindicado como encubridor. Quito, 30 de octubre de 1985”.

⁷⁴ “El fiscal debe fundamentar su petición de Prisión preventiva, pues se debe necesariamente garantizar el derecho salvo casos e extrema necesidad judicial. No se puede dictar orden de prisión preventiva a base de pruebas insuficientes, incompletas e idóneas.”

Los indicios que muestra el Código de Procedimiento penal de la existencia de un delito y la responsabilidad del sindicado, deben ser claros, en tal virtud que no se cometan errores al apresar a un inocente, exigiendo que la orden sea debidamente fundamentada en derecho sobre la pertinencia de su aplicación.

La prisión preventiva procederá solamente cuando sea indispensable asegurar el descubrimiento de la verdad, asegurando que no desaparezca la prueba, para evitar que el presunto autor o cómplice se de a la fuga, que se continúe con la actividad delictiva, o existan amenazas graves en contra de los testigos, para que actúe la ley, de conformidad con el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

3.3 PRINCIPIOS QUE DEBE RESPETAR EL ESTADO.-

EVITAR DETENCIONES ARBITRARIAS.-

El primer paso para reducir los riesgos de que se cometan estos ilícitos es disminuir los encarcelamientos ilegales o arbitrarios en virtud de que una persona ilegalmente detenida “se encuentra en una situación agravada de

⁷⁴ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas cautelares, Primera Edición, Editorial Universitaria 1988, Quito – Ecuador, Pág. 111.

vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”⁷⁵

La Convención Americana dispone que toda persona tiene derecho a la libertad personal y claramente determina que para garantizarlo “nadie podrá ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”⁷⁶.

Si bien las detenciones arbitrarias se cometen al margen de la ley, un mecanismo para desterrar esta práctica es el uso de la privación de la libertad como medida excepcional.

Es indispensable que se realice una interpretación restrictiva en cuanto al derecho a la libertad, es decir, se debe garantizar que la privación de la libertad sea una medida de última ratio.

Para ello, la Corte ha señalado que la prisión es la medida más severa que puede tomar el órgano jurisdiccional y, en razón de los principios de necesidad y proporcionalidad, su aplicación debe tener un carácter excepcional.⁷⁷

El principio de necesidad supone que la prisión debe ordenarse cuando las exigencias del caso así lo requieran, es decir, cuando no exista la posibilidad de aplicar medidas alternativas que signifiquen una menor intervención en el derecho fundamental a la libertad y, por tanto, debe ordenarse únicamente cuando la prisión sea la última ratio.

En la misma línea, las Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad de la ONU, afirman que “en el procedimiento penal solo se recurrirá a

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 88.

⁷⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr.106.

la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito”⁷⁸.

El principio de proporcionalidad en cambio exige la adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de los indicios. La Corte ha manifestado que los indicios deben ser suficientes para suponer la responsabilidad penal de la presunta víctima⁷⁹.

En principio, pareciera que resultaría imposible aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, puesto que ésta se ve coartada por la existencia en nuestra carta magna de dos principios esenciales que limitan el uso de la fuerza del poder estatal durante el proceso penal. Se trata del principio del “Juicio Previo” y del principio de “Inocencia”.

La Constitución Nacional de Argentina en su artículo 18 prevé que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

Esta frase, que es la base y la fundamentación de la garantía constitucional del juicio previo, ha sido interpretada de diversas maneras, una de ellas sostiene que se refiere a la exigencia de una sentencia previa, en el sentido que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Se argumenta que sólo un juicio lógico puede estar “fundado” en una ley previa al hecho del proceso.

Juicio, para esta línea interpretativa, sería una operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones.

⁷⁸ ONU, Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad, art. 6.1.

⁷⁹ Corte IDH, Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 107.

Se trataría de una operación de subsunción de los hechos al Derecho, que hace que el juez al dictar la sentencia (Carrara a este sentido del juicio, lo llamaba “juicio en sentido ideológico”). Se le otorga ese sentido a la palabra “juicio”, porque se parte de que “fundar” significa apoyar con razones eficaces o con discursos una cosa.

Por otro lado, nos encontramos con una interpretación dinámica e histórica de la Constitución, que demuestra que la Constitución Nacional de Argentina se está refiriendo al “juicio” como institución político-cultural y no como juicio lógico. Subraya ésta interpretación que no se entiende un juicio sin una sentencia, que es su conclusión necesaria, pero, resalta, la referencia al juicio lógico que subyace en la sentencia es derivada no principal.

Como se observa, la anterior es una interpretación formal, que no toma en cuenta el carácter histórico del juicio previo, ni su sentido político-institucional.

No se debe olvidar que el derecho procesal penal es, fundamentalmente, el desarrollo de las garantías constitucionales y que ese desarrollo debe preservar en todo momento el sentido primigenio de las garantías.

No obstante la evolución política por la que atravesó la Edad Media, existió una institución que se mantuvo constante, aunque se modificó paulatinamente su fundamento. Esta institución fue el necesario juicio previo, y esta persistencia nos habla precisamente de su importancia político-institucional.

La idea de un poder limitado, ya latente en la Edad Media, sea como una imposición de los barones al rey, sea como un privilegio de la burguesía o como un derecho inalienable del hombre que surge de su propia naturaleza, lo cierto es que la idea misma del poder limitado estuvo siempre intrínsecamente ligada al principio de que ninguna persona podía ser castigada sin juicio previo.

Cabe destacar que en la conciencia jurídica de esa época se instaló, ya de un modo insoslayable, la idea de que el ejercicio del poder penal debía ser limitado por la existencia de un juicio previo.

Lo expuesto ut supra sirve para comprender el carácter eminentemente político de la garantía del juicio previo. Ella se vincula con dos dimensiones básicas; por un lado, nos señala que el ejercicio del poder penal del Estado está limitado por una forma. Esta forma, en nuestra Constitución Nacional, tiene un contenido preciso, a saber: juicio oral, público y por jurados. Y así como el juicio tiene un contenido preciso, también debe existir un proceso que conduzca al juicio.

Cuando la garantía constitucional hace referencia a una ley anterior al hecho del proceso, no sólo nos está dando pautas concretas acerca de qué ley se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos está indicando que debe existir necesariamente un proceso y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto.

El juicio debe ser preparado y controlado; la preparación del juicio, así como el control de la sentencia conforma, junto con el juicio, la totalidad del procedimiento, en sentido estricto.

En síntesis, del artículo 18 de la Constitución Nacional de Argentina surge que el castigo sólo puede imponerse mediante un proceso penal que desemboque en un juicio oral, público y por jurados. Y toda otra estructuración del proceso penal es inconstitucional.

La segunda dimensión con la que se vincula la garantía del juicio previo consiste en la necesaria existencia de un juez. El juicio previo al que se refiere la Constitución es el realizado por jueces y no por otra autoridad.

Esta idea surge del mismo desarrollo histórico y político. La idea de un límite al poder penal del Estado se manifestaba también en la convicción de que no podía ser el mismo rey el que juzgará las causas. Tampoco podía ser un delegado del rey que pudiera recibir sus órdenes, de tal modo que no sólo se trataba de que existiera un juez, sino que ese juez fuera un juez independiente del poder central y de todo otro poder.

SER LLEVADO SIN DEMORA ANTE UN JUEZ.-

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al igual que la Convención Americana, establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez.⁸⁰

Previamente, la Corte ha resaltado la importancia de este derecho pues garantiza el bienestar y evita la violación de otros derechos de la persona detenida, para interpretar el contenido de la frase “sin demora” la Corte Interamericana, en el caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*, señaló que el estado contravino su obligación de llevar sin demora a los detenidos ante un juez pues en dicho caso las víctimas fueron llevadas diecisiete y trece días después de su detención respectivamente.⁸¹

Otros tribunales internacionales han procurado definir la comparecencia sin demora del detenido ante un juez con mayor precisión. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, llegó a la conclusión de que un período de una semana a partir de la fecha del arresto y hasta la fecha en que el acusado es llevado ante un juez constituye una violación al PIDCP.⁸²

⁸⁰ PIDCP, art. 9 (3); ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *García Asto y Ramírez Rojas*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrs.110 y 132.

⁸² Comisión de Derechos Humanos (ONU), *Peter Grant c. Jamaica*, Comunicación No. 597/1994, párr. 8.2

Asimismo, la Corte Europea opinó que una demora de cinco días superaba el significado de sin demora de la Convención Europea para que el detenido sea llevado ante una autoridad judicial. Desde estos ejemplos, podemos afirmar que lo ideal es que la persona sea puesta inmediatamente a órdenes del juez.

3.4 FINALIDAD DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL MINIMO.-

Partiendo de la concepción netamente jurídica tanto de delito como de pena, y abandonando cualquier confusión con la moral o la naturaleza, podemos afirmar que si la condena no es un juicio acerca de la inmoralidad o naturaleza patológica de la persona, sino exclusivamente la comprobación procesal de que se han cumplido los supuestos legales en presencia de los cuales se puede aplicar el castigo, entonces, queda excluida toda finalidad de enmienda o tratamiento.

Acorde con la doble finalidad del derecho penal mínimo, por paradójico que parezca, la finalidad de la pena es proteger a la persona condenada.

El monopolio estatal del uso de la fuerza y su aplicación organizada a una persona se justifican, en este momento del derecho penal, por lograr prevenir los castigos excesivos que produce la venganza privada.

3.5 ESTADO COMO GARANTE DE DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD.-

Como manifestamos en el acápite precedente, y como su nombre parece anunciar, los derechos humanos le corresponden al ser humano por el solo hecho de serlo. No se trata por tanto de debatir si las personas condenadas al cumplimiento de una pena conservan o no sus derechos; este es un tema que no admite discusión y mucho menos decisiones, las personas privadas de la libertad continúan siendo titulares de derechos, independientemente de si el

Estado lo reconoce o no, o de si existen los mecanismos adecuados para garantizar su efectivo cumplimiento.

Precisamente porque se evidenció que el Estado era quien por excelencia violaba los derechos de sus nacionales, el respeto a estos derechos, anteriores a cualquier organización y normativa, pasa a ser de interés y regulación internacional, así, se formulan varias declaraciones y suscriben convenios en los que los Estados se obligan a respetar y garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Si tal como señalamos, el derecho penal es el ámbito en el que más claramente se refleja el conflicto entre Estado y derechos individuales y, dado que, “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”⁸³, la tutela de los derechos humanos durante la ejecución de la pena reviste especial importancia por ser este campo en el que mayores violaciones se pueden producir.

Por lo tanto, dada la relación de absoluta sujeción que existe entre la persona privada de la libertad y el Estado, en vista de que es el Estado el responsable de los centros en los que se ejecuta la pena y, ya que es el Estado el que asume la custodia de todas las personas que han sido condenadas, es indudablemente el Estado el garante directo de los derechos de todas las personas privadas de la libertad.⁸⁴

En virtud de su condición de garante, el Estado debe reconocer claramente, tanto en su normativa superior como en la legislación secundaria, que las personas condenadas al cumplimiento de una pena continúan siendo titulares de todos aquellos derechos fundamentales que no hayan sido legítimamente restringidos por una sentencia condenatoria, debe eliminar todas las

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Calderón, párr. 92, Cfr.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci, párr. 195.

disposiciones directamente violatorias de derechos y también las que permitan un amplio espacio de discrecionalidad y arbitrariedad a las autoridades penitenciarias y debe crear mecanismos para garantizar la efectividad de los derechos.

Es así como se debe mejorar la condición de las cárceles y no elaborando tratamientos clínicos y pedagógicos, luchando para que a pesar de la paradoja intrínseca funcionen de la mano la reclusión con la reinserción, con la finalidad de transformar a las personas al modelo que la sociedad creó para los diferentes estratos socio-económicos.

El Derecho es concebido como límite del poder absoluto, garantía de justicia, equidad e imparcialidad, en la práctica no siempre ha sido así, pero no por ello debemos renunciar a los ideales que lo inspiran. No se debe permitir que el derecho penal se transforme en el brazo armado del poder político, violencia estatal al servicio de la venganza alimentada por el miedo.

Un Estado que tortura, que mata, que en definitiva vulnera derechos en nombre de la seguridad ciudadana, no solo que se deslegitima, sino que se equipara a los delincuentes a los que tanto dice combatir, con la diferencia de que sus actos criminales son organizados, constantes y sistemáticos. El "Derecho" que avale una actuación de este tipo no puede llamarse Derecho.

Como lo hemos repetido a lo largo de este tema, el Derecho Penal es garantía de todos y todas frente al arbitrio del poder punitivo, lo que se intenta por tanto con un derecho penal mínimo es la defensa del Estado de derecho, cuyos principios han sido históricamente conquistados desde la época de la Ilustración como respuesta al abuso estatal.

Lo que se pretende es que las penas aplicadas sean aquellas necesarias, humanas y por lo tanto legítimas.

En fin, que el Derecho Penal no se convierta en cómplice de la violación de derechos, que no sea una violencia irracional adicional a la producida ya por el delito, que reconozca sus límites y que no los olvide, porque hoy puede actuar en contra del “otro” pero su poder absoluto podría extenderse a todos, a todos los que no detentan el poder.

CAPÍTULO IV

4.- AUTO DE PRISION PREVENTIVA.-

4.1.- QUIEN LO DICTA

Corresponde al Juez Penal, "cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviara a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales, a fin de que se señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, acto en el que se solicitara de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales.

El juez de garantías penales que conozca el caso, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes, señalará día y hora para la audiencia solicitada, la que deberá realizarse dentro de cinco días a partir de dicho señalamiento, indicando en la notificación a los sujetos procesales, que de no concurrir a la misma, se contara con el defensor público.

El juez de garantías penales dará inicio a la audiencia, identificándose ante los concurrentes como juez de garantías; luego concederá la palabra al fiscal, quien en su exposición, y luego de identificarse, deberá consignar en su pronunciamiento lo siguiente:

1. La descripción del hecho presuntamente punible;
2. Los datos personales del investigado; y,
3. Los elementos y resultado de la indagación que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación.

El fiscal solicitara al juez de garantías penales que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales; y señalara además el plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal, la que en todo caso, no excederá de noventa días, con la excepción prevista en el artículo 221.

La resolución de la instrucción fiscal, con todos los datos consignados en la audiencia y la notificación respectiva, quedara registrado en el extracto de la

audiencia, elaborado por el secretario de la judicatura y suscrito por el, bajo su responsabilidad.

No impedirá la realización de la audiencia, el desconocimiento, respecto del lugar o domicilio en que deba notificarse a la persona o personas contra quienes se vaya a formular la imputación; y en todo caso la audiencia se desarrollara con la intervención del defensor publico, para garantizar el derecho a la defensa.⁸⁵ En casos de Fuero serán los Ministros Fiscal Provincial o Ministro Fiscal General, según sea el caso, y según lo dispuesto en el Art. 377 del Código de Procedimiento Penal

La presencia del juez es la garantía de las garantías individuales, de tal modo que sólo si el juez ejerce su papel garante puede esperarse que el ciudadano crea legítima y acate de buen agrado el proceder del gobernante, porque sabrá que hay alguien con autoridad para tutelar sus derechos, por esta razón hay que recordar que el Código de Procedimiento Penal se basa en la libertad individual como principio general, y por tal la privación de la libertad como la excepción.

El juez debe exhibir características esenciales como estas. Naturalidad, competencia, independencia, imparcialidad y sobre todo honradez, por esta razón haremos un pequeño estudio detallado sobre la misión del juez.

En materia penal, el juez debe utilizar todos los medios a su disposición, para evitar una innecesaria restricción de la libertad, debe evitar que una detención se prolongue por mas tiempo del estrictamente necesario, debiendo por tal evitar que dichas autoridades no estén a disposición de los ciudadanos en todo momento en que se requiera su intervención para evitar situaciones necesarias, más aún el juez de oficio no debería ordenar medidas cautelares sino solo a petición de parte.

El juez de lo penal por el hecho de dictar orden de prisión preventiva, no está prejuzgando, ni está comprometido su criterio, ni está tomando partida en la

⁸⁵ Código de procedimiento penal, Art. 217, pag. 117.

controversia jurídica, dado que para dictar Auto a Juicio, o sentencia Condenatoria son otros los requisitos procesales que deben existir, esto es diferente a los de la prisión preventiva, pero debemos recalcar que se debe limitar la facultad de dictar medidas cautelares de oficio.

El juez que ordena la prisión preventiva, aun cuando no se encuentren reunidos los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, incurre en prevaricato, esto es cuando el juez hubiese ordenado la prisión preventiva con malicia, es decir dolosamente, recordando eso si que la presunción de inocencia como todo derecho, tiene un campo de acción preciso, delimitado, ser titular de él no es causa para abusar de él, pues la imperfección de la justicia humana y el afán asegurar los interés sociales hacen conveniente y necesario limitarlo, igualmente recordamos la obligación de los abogados en libre ejercicio esto es la obligación del abogado de presentar el caso de su cliente ante el juez o tribunal penal en forma verídica y completa, por lo tanto los abogados son una parte integral de la maquinaria de la justicia.

Es de conocimiento general, que en nuestro país se contempla actualmente el derecho a una justicia sin demoras, clara, transparente, este principio esta incorporado en la Constitución política, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, especialmente tratándose sobre la libertad de la persona, permitiendo proponer recursos contra la prisión preventiva con el Hábeas Corpus y el Amparo de Libertad, y así el Superior tiene término urgente para solucionar dicho recurso.

Se reitera que la policía no tiene facultades legales para señalar la legalidad o no de la prisión preventiva, ni tampoco lo tiene un funcionario público, ni siquiera el representante del Ministerio público, anotándose de que hay necesidad que las resoluciones se dicten de manera inmediata, pues la demora suele convertirse en detención, la detención en prisión, la prisión preventiva en prisión definitiva y todo esto sin duda alguna en una injusticia, y en una violación de los Derechos humanos.

Al tratar sobre que entenderíamos por plazo razonable, La Corte Europea de Derechos Humanos, dicta una sentencia en contra de Portugal, como país miembro de esa Organización en la que señala de manera categórica “Ni la complejidad de la causa, ni la dilación surge esencialmente de la manera en que las autoridades competentes han conducido la causa” termina señalando dicha sentencia.

Existe por lo tanto exceso de plazo razonable en el sentido del Art. 6 inciso primero de la Convención de Salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

Por esta razón entre otras, se dicto la norma del Art. 77 numeral 9 de la Constitución Política que está en vigencia en el País. Hay que señalar que un tribunal puede verse fatigado, pero si un juez no tiene tiempo para resolver la legalidad de una detención inmediata, es porque no tiene tiempo para ser juez.

El juez debe pensar cada paso que va a dar, esto es:

- 1.- Interpretando las conductas que el expediente describe.
- 2.- Valorándolos Correctamente.
- 3.- Eligiendo con precisión las normas que conceptualicen las conductas.
- 4.- Pensando con la cabeza de Juez, con vocación de justicia.

Se dice actualmente que el juez es un funcionario burocrático triturado por expedientes, mal pagado, con ganas de sacarse de encima las causas pendientes, antes que revolucionar la jurisprudencia con sentencias históricas. Se indica que el juez al resolver una situación, debe hacerlo con intuición intelectual y capacidad de comprensión.

DILTHEY dice: “La naturaleza se explica, la cultura se comprende. Comprender, es ver en una cosa su sentido con los ojos de inteligencia, pero añadiendo el que ve descubre el sentido y a la vez lo otorga”.

Así el ve el valor de la conducta y el otorgársela son situaciones relativas en la cabeza del juez. El sentido de las conductas es lo que debe ver y otorgar el juez cuando juzga.

Sobre la Pirámide de Kelsen, se anota que en la base de la pirámide de kelsen, es decir aquello que lo sustenta está la Sentencia, es decir que cuando un juez resuelve un caso y para ello da a conocer su sentencia, no son las convicciones de ese juez lo que condena o absuelven, es la sentencia lo que hace, pues la misma se funda en todo el sistema jurídico vigente, es decir que cuando un juez absuelve o condena, es todo el ordenamiento jurídico el que está condenando o absolviendo, además la solución que dicta el juez, esta contenida en toda la estructura jurídica vigente, y por lo tanto el juez y la sentencia son los verdaderos motores del ordenamiento jurídicos.

Sobre la existencia de normas decimos que aun cuando una norma se haya publicado, pero no se aplica por parte del juez, es una norma que no tiene existencia, pues solo vive la sentencia de acuerdo a ellas, y solo así funciona de verdad el organismo estatal.

En resumen es el juez quien da la vida al ordenamiento jurídico, haciéndolo funcionar a todo él, cada vez que emite un fallo, pues el derecho esta haciéndose siempre, y que siempre que haya jueces que juzguen el derecho, estará haciéndose y reapareciendo en todos sus tramos de existencia; el juez no es indiferente al derecho, no está fuera de la existencia jurídica, sino que la integra viviéndola de una manera única.

4.2.- DATOS QUE DEBE CONTENER EL AUTO DE PRISIÓN PREVENTIVA.-

El Art. 168 del Código de Procedimiento Penal establece que el auto de Prisión Preventiva debe contener:

1.- Los datos personales del imputado, o si se ignoran, los que sirven para identificarlo.

2.- Una suncita enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva.

3.- La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior; y,

4.- La cita de las disposiciones legales aplicables.

4.3.- MOTIVACIÓN DEL AUTO DE PRISIÓN PREVENTIVA.-

El Art. 76 numeral 7 en su literal L de la Constitución de la República del Ecuador establece: “Las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas”.

No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados, siendo que la prisión preventiva es una medida que afecta directamente al imputado, y emitida por organismos de la Función judicial, los jueces están dentro de la obligación de fundamentar y motivar el auto de prisión preventiva que dictan.

La motivación según la enciclopedia Jurídica OMEBA⁸⁶: “....Es el conjunto de motivos que determinan la conducta de un individuo en una situación determinada. “Las motivaciones son objeto de estudio de la psicología criminal y son consideradas para los efectos de la sanción penal”.

Según el Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO⁸⁷: “.....Motivar significa desarrollar y exponer el pensamiento de quien motiva a través de argumentos y razones que justifiquen la resolución adoptada...Trasladando lo explicado al campo

⁸⁶ 35 Enciclopedia jurídica Omeba tomo VIII-II Apéndice, pág. 1309).

⁸⁷ 36 Dr. Jorge Zavala Baquerizo El Debido Proceso Penal, Quito, Edino V& O Graficas, 2002, Pág.137.

procesal penal se concluye que cualquier decisión que se tomen la iniciación, desarrollo y conclusión del proceso penal debe cumplir con el mandato constitucional de la motivación, de manera particular en las decisiones que constituyen, revocan o reforman sustancialmente la situación jurídica de los sujetos pasivos del proceso, como son la resolución inicial, el auto de prisión preventiva....".Para el Dr. JORGE GARCIA FALCONI⁸⁸: ".....MOTIVAR, es explicar; y justificar, EL PORQUE se dicta un acto, pues este debe ser resultado del proceso razonado y racional....."

Según el Dr. GALO ESPINOSA M⁸⁹, "Es establecer, asegurar y hacer firme una cosa. Razonar, argumentar. Articular los considerandos y resultados de una sentencia con adecuado razonamiento y base legal", razonamientos objetivos de los jueces que deben resolver sobre la solicitud de los fiscales que se ordene esta medida cautelar, limitando la libertad de los imputados, asegurando el éxito de la valoración de la prueba, el juzgamiento dentro de la etapa del juicio, para de ser el caso sean sentenciados los responsables de un delito.

⁹⁰"como exige el Código de Procedimiento penal, que la fundamentación de los indicios del cometimiento de un delito y de la responsabilidad del encausado deben ligarse a nuestro ordenamiento jurídico, pero muchas de las veces puede existir confusión de la responsabilidad de los participantes de una infracción, que debe ser ordenada por el Juez competente a propia decisión o a solicitud del fiscal que conozca la causa. Esta decisión del Juez de ordenar esta medida de prisión preventiva sin haberse probado la existencia de los indicios de los delitos señalados en la ley, es frecuente, limitándose a ordenar lo que le faculta el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, sin que se hayan analizado los indicios que demuestren que el sindicado es autor o

⁸⁸ 37 Dr. José García Falconi Compendio de las 17 Reglas del Debido Proceso contenidas en la Constitución Política del Ecuador, tratados internacionales y en el nuevo Código de Procedimiento Penal, Quito, primera edición, año 2003, Pág. 51.

⁸⁹ Espinosa M. Galo, Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Quito – Ecuador, Pág. 323.

⁹⁰ Vaca Andrade Ricardo, Seminario de Derecho Penal y Criminología, 8 al 12 de Mayo de 1989.

cómplice del delito, que es el fin del proceso, siendo mal utilizada esta facultad en nuestra legislación Ecuatoriana, por parte de los administradores de justicia, que es aplicada de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

Muchos fiscales y muchos Jueces sobre valoran los partes policiales, llegando a tener convicciones erradas sobre el conocimiento del acontecimiento de una infracción. Ciertamente los Jueces penales, pocos afortunadamente toman a los informes policiales como verdades incontrovertibles, y no entienden su papel de Jueces ni ubican a la policía en su propia y limitada dimensión investigativa.

De no existir la boleta Constitucional de encarcelamiento, o si se dejare de fundamentar o no se señalare el delito por el cual se lo arresta, la prisión preventiva es ilegal, por lo que el imputado puede presentar recurso de Hábeas Corpus judicial o Amparo de Libertad.

El Dr. JOSÉ MARIA ASENCIO MALLADO⁹¹, manifiesta: “La casi generalidad de autores del derecho Procesal mantiene esta postura en base a las siguientes afirmaciones: primera: la fuga, y por tanto, la declaración de rebeldía del sujeto frustrando no solo el proceso, sino también la ejecución de la futura pena; segunda: la pena no es únicamente la consecuencia de la tramitación de un procedimiento penal, sino su finalidad mas importante, de modo tal que el ejercicio del ius puniendi penal, sin el cual los ciudadanos carecerían de toda garantía frente a la Administración”.

Las penas tienen relación directa a la gravedad del delito cometido por los transgresores de la ley, cuyos logros se ejecutan por medio del procedimiento en los juzgados y tribunales de justicia, que deben observar el debido proceso y las garantías fundamentales en todos y cada uno de los casos, ya que la omisión tanto de solemnidades y el incumplimiento de requisitos pueden afectar la validez de todo el juicio.

⁹¹ Asencio Mellado José María, La prisión Preventiva, Madrid, 1987, Pág. 36.

CAFFERATA NORES⁹² dice al respecto de la fundamentación de las resoluciones judiciales que para ser tal se requiere la concurrencia de dos condiciones:

1.- Debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundamentan las conclusiones a que se arriba describiendo el contenido de cada elemento de prueba;

2.- Es preciso que estos sean meditados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo.

Siendo para este autor la concurrencia de estas condiciones indispensables para fundamentar debidamente un auto de prisión preventiva, para asegurar la validez de la prueba y la concurrencia del supuesto infractor a juicio. Esta medida debe cumplir formalidades para su cumplimiento como son: 1.- motivos de la detención. 2.- El lugar y fecha en que se expide. 3.- La firma del Juez competente; Ordenándose esta medida por auto en el cual se dispone gire la boleta constitucional de encarcelamiento, que debe contener: 1.- Los datos personales del imputado, o si se ignoran, los que sirvan para identificarlos; 2.- Un resumen del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva; 3.- La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior; y, 4.- La cita de las disposiciones legales aplicables.

Ambas condiciones deben concurrir simultáneamente para que puedan considerarse que la sentencia o el auto se encuentran motivados, cualquiera de ellos que falte le privará en la debida fundamentación.

Los jueces de cualquier nivel, deben cumplir con el mandato constitucional de motivar o fundamentar las decisiones o resoluciones judiciales contenidas en autos resolutorios como los de prisión preventiva de allanamiento y otras medidas cautelares de aseguramiento personal y real, para hacer efectivo el

⁹² García Falconí José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas cautelares, Primera Edición 1988, Quito – Ecuador, Pág. 125.

respeto al debido proceso en un estado de derecho, así como en sobreseimientos, sentencias auto de apertura juicio, etc. Cumpliendo así la norma constitucional señalada.

Así obligatoriamente necesariamente se debe indicar los hechos objetivos que lo motivan pues el “asegurar el descubrimiento de la verdad, la actuación de la ley y la comparecencia al proceso del imputado” que son las razones que dan muchas veces los señores jueces para disponer la prisión preventiva, son finalidades de todo proceso penal que nada indican sobre el porque en el presente caso procedía a ordenar prisión preventiva en contra de ..., de lo cual se puede concluir que ha lugar a la apelación, pues el imputado estuvo ilegalmente detenido, puede señalar la Corte Superior en caso de apelación.

Es decir que motivar, es dar cuenta el juez de lo que él hace, convencer acerca de la racionalidad de su decisión, por eso debe ser lógica la resolución y capaz de persuadir, además de ser redactada en forma lógica y en un buen castellano, en resumen motivar es razonar en forma lógica, persuasiva, sencilla, lo más claro posible.

Es de mucha importancia la existencia de la imputación con fundamento para poder concretar el derecho a la defensa y así el ser informado sobre los motivos de la captura y el juez que lo ordenó, de lo contrario habría imposibilidad material de defenderse, así lo ratifica el Art. 14.3 del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Estas órdenes de prisión preventiva son equiparadas a las sentencias definitivas, dado que ocasionan un perjuicio que podría resultar de imposible preparación en el futuro, mas aun existe una garantía constitucional en cuestión que es el derecho a gozar de libertad hasta que se dicte sentencia definitiva, de tal modo que en la orden escrita en la que se ordena prisión preventiva se debe hacer constar los siguiente.

a).- Los hechos que son materia de investigación con su calificación jurídica y la pena prevista por la ley sustancial, esto es para ver si la pena es mayor de un año de prisión.

b).- Los elementos probatorios que establecen la tipicidad del hecho que se investiga y su análisis.

c).- Los elementos probatorios sobre los cuales se basa la probable responsabilidad del imputado como autor o cómplice del ilícito investigado.

Como acotación podemos mencionar que en la república de Colombia se exige también señalar las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.

Así la privación de la libertad debe ser dada de modo excepcional, por el tiempo, en los casos y con las formalidades previstas en la ley, recalcando que el Código Procesal Penal señala que hay que fundamentar y tener en cuenta siempre el fin del proceso, mas aún esta es la única forma en que el Juez justifica su función ante la sociedad.

4.4 PROCESOS EN LOS QUE SE DICTA PRISIÓN PREVENTIVA.-

Esta medida de carácter personal se dicta en los delitos de Acción Pública, el ejercicio de la acción corresponde exclusivamente al fiscal, no se puede dictar orden de prisión preventiva en los delitos de acción privada, el mismo artículo 173 del Código de Procedimiento penal determina que no procede cuando el delito merezca pena privativa de libertad que no exceda a un año, porque caso contrario se violarían garantías Constitucionales y pasarían mas tiempo presos hasta que se determine la responsabilidad ante los tribunales penales.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano no procede dictar esta medida en contra de los encubridores ya que ellos no tienen tanta responsabilidad como los autores del cometimiento del delito, en la practica siempre al inicio de una causa se confunde la responsabilidad de los

participantes en la comisión de un delito, por lo que es facultad del Juez determinar los requisitos esenciales y los indicios que hagan presumir la existencia de una infracción y sus posibles responsables.

En los delitos de acción pública, la prisión preventiva procede dentro de los delitos de acción pública que son pesquisables de oficio en garantía de los bienes jurídicos de la sociedad, entre los ilícitos se señala los siguientes: El Asesinato; El Homicidio; La Violación; El Peculado; El Plagio; El Enriquecimiento Ilícito, El Narcotráfico, el cohecho, la concusión, el abigeato, etc.

En el Art. 33 del Código de Procedimiento Penal se prescribe: “El ejercicio de acción pública corresponde exclusivamente a la fiscal o el fiscal”. El art 215 del mismo cuerpo de leyes prescribe, Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, la fiscal o el fiscal con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.

El representante del Ministerio Público esta obligado a investigar los delitos de acción pública, mediante la indagación previa fiscal que es una etapa pre - procesal reuniendo las pruebas necesarias para resolver iniciar instrucción fiscal, y de ser necesario solicitar al Juez competente dicte alguna medida cautelar para asegurar la inmediación de la infracción.

Si para el éxito de la investigación es necesario obtener una orden legal, se deberá solicitar al Juez su consentimiento, caso contrario incurriría en un acto ilegal siendo sancionado por no haber actuado debidamente con apego a las normas legales ecuatorianas.

Un ejemplo es cuando se necesita obtener una orden de allanamiento de domicilio para probar la existencia de un delito. Esta investigación que es pesquisable de oficio de acuerdo al Art. 216 de la ley Procesal Penal ecuatoriana señala: “Son atribuciones de la fiscal o el fiscal:

- 1.- Recibir las denuncias presentadas por delitos de acción pública.
- 2.- reconocer los lugares, resultados, huellas, señales, armas, objetos, e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar a sus posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el capítulo de la prueba material.
- 3.- Recibir del ofendido y de las personas que hubieren presenciado los hechos o de aquellas quienes constare algún dato sobre el hecho o sus autores, sin juramento, las versiones que diere. Se las advertirá de la obligación que tiene de presentarse a declarar ante la Jueza o Juez de garantías penales o ante el Tribunal de Garantías Penales. Estos datos se consignarán en el acta que será suscrita por las personas intervinientes.
- 4.- Solicitar a la Jueza o Juez de Garantía Penales que con las solemnidades y formalidades previstas en el capítulo de la prueba testimonial, reciba el testimonio de quien se encuentre imposibilitado de concurrir cuando procesalmente le corresponda.
- 5.- Impedir, por un tiempo no mayor de seis horas que las personas cuya información sea necesaria se ausenten del lugar sin haberla proporcionado.
- 6.- Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, a órdenes de la Jueza o Juez de Garantías Penales.
- 7.- Solicitar a la Jueza o Juez de Garantías Penales que realice la identificación del sospechoso o del imputado, cuando el agraviado o los declarantes no conozcan el nombre de la persona a la que consideran incriminada en el delito que es objeto del proceso, pero aseguren que la reconocerían si la volvieran a verla. Esta diligencia, se cumplirá en presencia del abogado de la defensa de acuerdo a las siguientes reglas:
 - a).- La Jueza o Juez de Garantías Penales, el Secretario y el agraviado, o el declarante en su caso pasaran al lugar donde se encuentre el sospechoso, y colocado este en el puesto que hubiere escogido entre diez o mas individuos,

lo más análogamente vestido, La Jueza o Juez de Garantías Penales preguntara a la persona que debe realizar la identificación, si en el grupo que tiene frente a el se encuentra el sospechoso;

b).- Si el agraviado o el declarante respondiere afirmativamente, La Jueza o Juez de Garantías Penales ordenará que señale a la persona a quien se refirió en el momento de declarar;

c).- De lo practicado en el acto de identificación se sentará en el acta correspondiente, con las firmas de La Jueza o Juez de Garantías Penales, secretario, e identificante. Este mismo procedimiento de identificación se observará cuando se trate de personas homónimas;

8.- disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten.

9.- De ser posible y necesario, realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y que se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalísticas.

10.- Practicar todas las demás investigaciones que juzgare necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo y para la fundamentación de la acusación.

El fiscal podrá delegar la práctica de las diligencias a quien se refieren los numerales 2, 3 y 5 a la Policía Judicial o investigadores especializados bajo la dirección de ésta. El denunciante o cualquier persona que, a criterio del fiscal deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, esta obligado a concurrir a la fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo, para cuyo fin el secretario le notificara personalmente o por una boleta dejada en la residencia del notificado.

En caso de incumplimiento el fiscal o Tribunal de garantías Penales pueden hacer uso de la fuerza pública". Siendo los delitos de acción pública, facultad y obligación del fiscal la de conocer, investigar, realizando las diligencias

necesarias para encontrar pruebas, indicios suficientes, para la presunción del cometimiento de un delito, que será puesto a conocimiento de los jueces competentes solicitando si es el caso medidas cautelares, el procedimiento para estas cuando son de carácter personal es el siguiente:

El conocimiento del cometimiento de un presunto delito y de sus responsables llegando a conocer el fiscal por cualquier medio legal, el mismo que como lo prescriben las leyes procesales penales es investigado, cumpliendo con las formalidades de ley, y cuando llegue a la conclusión que se ha cometido la infracción, terminará la indagación previa fiscal para darse comienzo al proceso con la resolución de inicio de la instrucción fiscal, solicitando las medidas cautelares necesarias; de ser el caso y de existir detenidos por delitos flagrantes, se pondrá en conocimiento del Juez dentro de las veinte y cuatro horas de su detención, todo lo actuado por el fiscal se eleva al Juez, que radica competencia mediante el sorteo que se realiza cuando de existir méritos el Juez revocará u ordenara la prisión preventiva, para que de esta forma se asegure se cumpla con las obligaciones penales y civiles que se desprendan del cometimiento de la infracción, esta medida es extendida por orden expresa y firmada por Autoridad Competente, debiendo ser notificado el procesado, el Centro de Rehabilitación Social, el abogado defensor, de no haberlo un defensor de oficio, El Ministerio público, el ofendido o su representante legal, para que actúen dentro del proceso indicado.

En los delitos de Acción Privada.- El Art. 36 del Código Procesal Penal señala cuales son los delitos de acción privada, y dentro de estos no se podrá ordenar prisión preventiva, pudiendo valerse de las otras medidas cautelares de carácter real como son el secuestro, prohibición de enajenar, la retención, el arraigo; y son los siguientes:

- a) El estupro perpetrado a 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 siguiendo 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;
- f) La muerte de animales domésticos o domesticados;;
- g) La violación de domicilio; i) la revelación de secretos de fábrica;
- h) El hurto;
- k) Las lesiones que no superen los treinta días de enfermedad o incapacidad para el trabajo, excepto en los casos de violencia intrafamiliar y delitos de odio.

En estos delitos se presenta directamente la querrela o acusación particular a la Sala de Sorteos de la respectiva Corte, para que se radique la competencia de la causa ante el Juez competente.

ABRAHAM BARTOLONI FERRO, dentro de su obra el proceso Penal y los Actos Jurídicos Procesales Penales expresa, “querrela es el acto procesal por el cual se ejercita acción penal por uno o mas delitos determinados contra sus indicados autores....”

MARIO EDERIGO⁹³, en su obra Derecho Procesal Penal, manifiesta: “querrela es el acto por el cual una persona legítimamente autorizada, ejercita la acción penal, pone en conocimiento de un Juez la comisión de un delito”

De conformidad con estos autores la querrela es propuesta por quien se sienta ofendido directamente, para por medio de la vía judicial hacer valer sus derechos, debiendo presentar acusación particular ante los jueces para participar activamente dentro del procesamiento, cuyo procedimiento en los delitos de acción privada, tiene semejanza con una demanda que para su eficacia deberá cumplir con requisitos y formalidades establecidos dentro de nuestras leyes, presentada la querrela el Juez deberá calificarla, asegurándose que cumpla con todos los requisitos y formalidades de ley, y en caso de que

⁹³ Enciclopedia OMEBA, Tomo XXIII, CCE, Pág. 176 y 177.

falten mandará a completar en el plazo de tres días, misma que podrá ser propuesta “por si o mediante apoderado especial directamente ante el juez”.

El Art. 371 del Código Procesal manifiesta: “la querrela deberá ser por escrito y contendrá:

- 1.- Nombre y apellido, dirección domiciliaria y número de cédula de identidad del acusado.
- 2.- El nombre y apellido del acusado, y si fuere posible su dirección domiciliaria.
- 3.- La relación circunstanciada de la infracción, con determinación del lugar y fecha en que fue cometida.
- 4.- La protesta de formalizar la acusación una vez concluida la prueba.
- 5.- La firma del acusador o de su apoderado con poder especial, el cual deberá acompañarse. El poder contendrá la designación precisa del acusado y la relación completa de la infracción que se quiere acusar.

Si el acusador no supiere o no pudiere firmar, concurrirá personalmente ante la jueza o juez de garantías penales y en su presencia estampará la huella digital del pulgar derecho.

Todo querellante concurrirá personalmente ante la jueza o juez de garantías penales, para reconocer su acusación”.

Esta clase de delitos se mandará a citar a los querrelados, y una vez realizada esta diligencia el juez señala día y hora para la realización de la audiencia de conciliación, de llegar a un acuerdo dentro de esta se cumplirá con lo que las partes convengan y se da por terminado el juicio, en caso contrario, de no existir acuerdo, concluida la audiencia se abrirá la causa prueba durante el plazo de quince días en la que se practicarán las diligencias que estimen y pidan las partes.

Cumplido este plazo el juez mandará a que se formalice la acusación por el término de tres días y con la contestación de esta se cerrará traslado al

acusado, para que conteste en el mismo término. Si después de este término para formalizar, no la formalizare, el juez la declarará desierta con los mismos defectos del abandono, sin perjuicio de calificarla de maliciosa o temeraria de acuerdo al las tablas procesales, contestado el traslado o en rebeldía el juez dictará sentencia en el plazo de cuatro días; en esta clase de juicios no se ordena la prisión preventiva, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

4.5.- SUSTITUCION DE LA PRISON PREVENTIVA.-

La Legislación Procesal Penal Colombiana en el Art. 357 establece la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria, similar a nuestra Legislación Procesal Penal, arresto domiciliario que también encontramos en la Legislación Chilena, con la circunstancia de que se mantiene la vigencia Policial.

Requisitos:

El Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, establece: “Art. 171. SUSTITUCION.- Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el Juez o Tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

1. El arresto domiciliario con vigencia policial que el Juez de Garantías Penales disponga; 2. La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales o ante la Autoridad que designe; y, 3. La prohibición de salir del País, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales. Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el Art. 169 de este Código”.

De acuerdo con la norma citada para que proceda la sustitución de la prisión preventiva es el que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años; que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito; que el imputado pase de los sesenta y cinco años de edad; y que la mujer que cometió delito este embarazada, hasta noventa días después del parto.

Es una importante alternativa que se puso en vigencia para evitar el hacinamiento en las cárceles del País, especialmente de aquellas personas imputadas que no tienen recursos económicos para consignar una caución y obtener la suspensión de la Prisión Preventiva.

Características:

1. La dicta el Juez de Garantías Penales, o en caso de Fuero las Salas de los Penal de la Corte Superior o Corte Suprema de Justicia, según fuere el caso.
2. Se la dicta a petición de parte, con excepción de las mujeres embarazadas.
3. Es una orden escrita del Juez de Garantías Penales.

Procedencia:

La sustitución de la Prisión Preventiva, procede única y exclusivamente en delitos reprimidos con prisión de hasta cinco años, sin que sea procedente en delitos reprimidos con reclusión, y que el imputado no haya cometido delito anterior.

CONCLUSIONES.

La prisión preventiva ha sido utilizada en forma desmedida, sin aplicar el objetivo real de dictarse única y exclusivamente como medida extrema, dejándose de lado la sustitución que casi nunca por iniciativa propia del Juez De Garantías Penales, se lo aplica, sin embargo de existir la facultad para ordenar medidas alternativas frente a la Prisión Preventiva, y así lo señala Luis Alberto Fernández Piedra⁹⁴: “ En el Ecuador no se ha respetado a plenitud los derechos de sus habitantes en cuanto se refiere a la privación de la libertad por causa de una orden de Prisión Preventiva.... Más por causa de una deficiente aplicación por las autoridades competentes no se ha respetado sus plazos, sus formalidades, o los requisitos exigidos para que sea legal su aplicación....”

La facultad que se concede al Juez Penal, se ha convertido en una arbitrariedad, Manuel Viteri Olvera⁹⁵ destaca: “Pero sostenemos que al arbitrio del Juez no a la arbitrariedad del mismo, queda indicar si conviene o no socialmente la prisión preventiva del sindicado o procesado. **Por que decimos que es al arbitrio?** Por que si no caeríamos en la misma critica que ya hacia Baccaria de la institución, quien decía: Dejarle al Juez la facultad de privar de la libertad, y el inocente enemigo del Juez, quede privado de su libertad. Eso se llama arbitrariedad....”

Conviene que los Jueces apliquen estrictamente las normas legales que regulan la Prisión Preventiva y Normas Constitucionales que tienen relación a la libertad de las personas, al igual que la presunción de inocencia, pues, nada se gana con la vigencia de una Ley que no se aplica estrictamente, ni con la cárceles abarrotadas de detenidos con prisión preventiva.

⁹⁴ Luis Alberto Fernández Piedra, La Detención y Prisión Preventiva en el Ecuador, Quito, 2004, pág. 155.

⁹⁵ Dr. Manuel Viteri Olvera, Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Guayaquil, Soledad del Mar, 1991, Segunda edición, pág. 61.

Corresponde a los Jueces de Garantías Penales en delitos reprimidos con prisión de hasta cinco años, dictar una orden de prisión preventiva, previo al análisis del Art. 171 de la Ley Adjetiva Penal, de esta manera la Justicia no se convertiría en el mecanismo para saciar venganzas o convertir en un medio para destruir la unidad familiar.

RECOMENDACIONES.-

Es necesario reformar el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, en el numeral 1º., en lo que se refiere al arresto domiciliario con vigilancia policial que el Juez o tribunal disponga, constando únicamente como el arresto domiciliario, con lo cual el privado de su libertad pueda realizar sus actividades con normalidad dentro del perímetro de la competencia del juez que conoce el proceso penal y para controlar a las personas que se encuentren con el arresto domiciliario, se lo haría a través de un collar o pulsera electrónica, como consta del Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires, Argentina y que ha sido citado por el Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO en su obra "Tratado de Derecho Procesal Penal" Tomo VI pág. 182, sin descartar la colocación de localizadores electrónicos que establece el Art. 226 del Código Procesal Penal de la República Dominicana que cita el tratadista mencionado.

También se debe reformar el Art. 173 de la Ley Adjetiva Penal donde se establezca que no se puede ordenar la prisión preventiva en las infracciones que se sancionan con una pena que no exceda de dos años.

BIBLIOGRAFÍA-

- a) BERNAL CUELLAR, Jaime – MONTYELEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal Colombia, Universidad Externado de Colombia Departamento de Publicaciones, 2002.
- b) CARVAJAL FLOR, Paúl. Manual Práctico de Derecho Penal, Librería Jurídica Astrea, Quito, 2008.
- c) CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis, Bogotá, Tomo II, 1979.
- d) CLARIA OLMEDO, Jorge A. El Derecho Procesal Penal Buenos aires, Tomo I. Rubinzal- Culzoni Editores. 2001.
- e) CUEVA CARRION, Luis. Nueva Jurisprudencia. Quito. Impreseñal Cía. Ltda. Tomo IV.1999.
- f) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Medellín Colombia, Biblioteca Jurídica DIKE. 1994.
- g) DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Madrid, Espasa Calpe S.A., 2005.
- h) DICCIONARIO RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos aires, Editorial RUY DIA, 2004.
- i) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo VIII, II Apéndice. México, Copyright 2005.
- j) ENCICLOPEDIA OMEBA, Tomo XXIII.
- k) FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal. Barcelona, Editorial Labor S.A. Tomo II. 1985.
- l) FERNANDEZ PIEDRA, Luis. La Detención y la Prisión Preventiva en el Ecuador. Quito, Cuadernos Judiciales. 2004.
- m) FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho procesal, Bosch-Casa Editorial, Barcelona, 1987.

- n) GARCIA FALCONI, José. Compendio de las 17 reglas del debido proceso contenidas en la Constitución Política del Ecuador, Tratados Internacionales y en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Quito, Primera Edición 2003.
- o) GUERRERO VIVANCO, Walter. La Acción Penal Quito, Pudelelco Editores S.A. Tomo II. Marzo 2004.
- p) GUERRERO VIVANCO, Walter. Derecho Procesal Penal, Tomo II.
- q) QUICENO ALVAREZ, Fernando, Diccionario Conceptual de derecho Penal, Medellín Colombia, Editorial Jurídica Bolivariana, Primera Edición 1997.
- r) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. En busca de la Prisión Preventiva, Jurista Editores, Perú, 2006.
- s) VACA ANDRADE, Ricardo Manual de Derecho Procesal Penal Quito, Corporación de estudios y Publicaciones 11 Vol. II.2003.
- t) VITERI OLVERA, Manual. Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano. Contiene Manual de Procedimiento. Guayaquil. Soledad del Mar. 1991.
- u) ZAVALA BAQUERIZO, Jorge Tratado de Derecho Procesal Penal. Guayaquil, Tomo Vi, Editorial Edino. 2005.
- v) ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. El Debido Proceso Penal Quito, Edino V & O Graficas, 2002.