



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE  
GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

Proyecto de Investigación Previo la Obtención del Título de Abogada  
de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador

**TITULO**

**La Inadecuada Aplicación de la Prisión Preventiva  
en Delitos Flagrantes ocurridos en el Cantón  
Guayaquil en el año 2012**

**TUTOR:**

**DRA. ZOILA ALVARADO MONCADA**

**EGRESADAS:**

**MELISA JOHANNA RAMÍREZ AYALA  
VERÓNICA ELIZABETH SALTOS SOLANO**

**GUAYAQUIL – ECUADOR**

**2014 - 2015**

## **DEDICATORIA**

Esta tesis se la dedico a mi Dios quién supo guiarme a mi objetivo, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mi familia quienes por ellos soy lo que soy.

Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, y por ayudarme con los recursos necesarios para estudiar. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, mi coraje para conseguir mis objetivos.

A mis hermanos por estar siempre presentes, acompañándome para poder cumplir mis objetivos. A mi sobrina Melanie quien ha sido y es una mi motivación, inspiración y felicidad.

**MELISA JOHANNA RAMÍREZ AYALA**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de investigación lo dedico a mi amada madre YOLANDA SOLANO BALVERDE, mujer sabia, emprendedora y luchadora; que ha sido la mejor Madre y Padre a la vez; ejemplo de rectitud, honestidad y trabajo; quien es un pilar fundamental en mi vida, que con su infinito amor y apoyo incondicional ha sabido formarme con buenos principios y valores.

A ti, amor de mi vida, esposo, confidente y amigo ANTONIO FAJARDO PICO por su inmenso amor y comprensión, por su apoyo incondicional a través de toda la carrera, por estar a mi lado en aquellos momentos en que el estudio y el trabajo ocuparon mi tiempo y esfuerzo; por sus sabios y prudentes consejos e ideas en todo momento, por su humildad, solidaridad, prudencia y calma que tanto lo caracterizan.

Y de manera especial, a ti mi hermosa princesa ISABELLA FAJARDO SALTOS, que aún estas en mi vientre y ya has llenado mi vida de felicidad, alegría y mucha fe, a ti por cambiar mi vida, tu que me has dado el último empujón para terminar el presente trabajo. Eres sin duda mi mayor bendición y fuente de fe, fortaleza, ternura, inspiración, impulso y amor.

**VERÓNICA ELIZABETH SALTOS SOLANO**

## **AGRADECIMIENTO**

El presente trabajo de tesis primeramente me gustaría agradecerle a Dios por bendecirme de tal manera para llegar hasta donde he llegado, porque ha hecho realidad este sueño tan anhelado.

A mi madre, cuyo vivir me ha mostrado que en el camino hacia la meta se necesita de la dulce fortaleza para aceptar las derrotas y de perseverancia para derribar miedos.

A mi padre, quien ha sido ese ejemplo de fortaleza y carácter que me ha ayudado a formarme.

A mis hermanos, los incondicionales con los que siempre he podido contar y siempre han estado para darme esas palabras que me han motivado.

A mi sobrina Melanie quien desde siempre creyó en mí, quizá en ocasiones más que yo misma y desde antes de culminar mi carrera ya era su abogada; ser su ejemplo fue uno de los impulsores más grandes que he tenido a lo largo de este camino.

También me gustaría agradecer a mis profesores durante toda mi carrera profesional porque todos han aportado con un granito de arena a mi formación.

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a las que me encantaría agradecerles por sus consejos, apoyo, ánimo, compañía y enseñanzas en los momentos difíciles de mi vida.

**MELISA JOHANNA RAMÍREZ AYALA**

## **AGRADECIMIENTO**

A ti mi Dios de Amor, por guiarme en cada paso que doy, por darme salud, sabiduría e inteligencia y haberme permitido culminar con éxito mi carrera profesional y así cumplir uno de mis anhelos.

A nuestra tutora Dra. ZOILA ALVARADO MONCADA, por su ayuda, su guía y sugerencias, quien con su asesoría hizo posible la culminación del presente trabajo de investigación.

A mis profesores que durante el transcurso de mi carrera estudiantil impartieron sus conocimientos y experiencias y así han aportado con un granito de arena a mi formación.

Y a todos aquellos amigos que de una u otra forma, colaboraron o participaron en la realización de esta investigación, hago extensivo mi más sincero agradecimiento.

**VERÓNICA ELIZABETH SALTOS SOLANO**



## **CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR**

**MELISA JOHANNA RAMÍREZ AYALA** y **VERÓNICA ELIZABETH SALTOS SOLANO**, declaramos bajo juramento, que la autoría del presente trabajo nos corresponden totalmente y nos responsabilizamos de los criterios y opiniones que en el mismo se declaran, como producto de la investigación que hemos realizado.

De la misma forma, cedemos nuestros derechos de autores a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, según lo establecido por la Ley de la Propiedad Intelectual, su Reglamento y Normativa Institucional vigente.

---

**MELISA JOHANNA RAMÍREZ AYALA**

---

**VERÓNICA ELIZABETH SALTOS SOLANO**



## CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Certifico que el Proyecto de Investigación titulado “LA INADECUADA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS FLAGRANTES OCURRIDOS EN EL CANTÓN GUAYAQUIL EN EL AÑO 2012”, ha sido elaborado por **MELISA JOHANNA RAMÍREZ AYALA** y **VERÓNICA ELIZABETH SALTOS SOLANO**, bajo mi tutoría, y que el mismo reúne los requisitos para ser defendido ante Tribunal Examinador que se designe al efecto.

---

**DRA. ZOILA ALVARADO MONCADA**

## RESUMEN EJECUTIVO

LA INADECUADA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS FLAGRANTES OCURRIDOS EN EL CANTÓN GUAYAQUIL EN EL AÑO 2012.

En el presente trabajo de investigación hemos querido corroborar los efectos que tiene la medida cautelar de prisión preventiva en la sociedad, para así verificar si estos efectos están viciados de una indebida motivación generada por la deficiente interpretación de la normativa penal ecuatoriana por parte de los Jueces de Garantías Penales y Agentes Fiscales.

Hemos llegado a establecer cuáles son las deficiencias que conducen a que la fiscalía solicite y el Juez ordene que el ya procesado sea mantenido privado de su libertad al menos mientras dure la Instrucción Fiscal, en el que se puede dar dos casos el primero después de una investigación el fiscal determina que el procesado no tiene injerencia en el cometimiento del delito y en la Audiencia Preparatoria de Juicio emite un dictamen abstentivo, en el segundo caso el fiscal después de transcurrido el tiempo de instrucción fiscal dentro del cual desarrolla todas las diligencias que lo llevan a determinar que el procesado ha tenido participación en el cometimiento del ilícito emite un dictamen acusatorio; viendo estas dos circunstancias si se da la segunda opción la actuación del Fiscal y del Juez quizá no estuvo equivocada al mantenerlo privado de su libertad pero y si se cumple la primera circunstancia mantuvieron detenido a un inocente y es ahí donde se violenta todos los derechos humanos y los que constan en la nuestra Constitución.

Es decir que se atropella el derecho fundamental de las personas esto es el derecho a la libertad que a título de prisión preventiva muchas personas han permanecido en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley por varios meses o hasta años para finalmente obtener una sentencia en la cual se confirma su inocencia;



siendo esto capítulo muchas veces visto, es por ello que la prisión preventiva como de manera repetida lo hemos citado en nuestro trabajo es una medida cautelar radical, por lo que no debería ser dictada con tanta frecuencia en delitos flagrantes ya que estos carecen de los indicios suficientes para dictar esta medida cautelar.

Hemos también llegado a la conclusión que uno de los motivos que ha llevado a que se dicte esta medida cautelar con tanta frecuencia en delitos flagrantes es que en su mayoría deben contar con el auspicio de un defensor público que por más que quieran realizar una defensa de calidad el tiempo proporcionado para preparar la misma no resulta suficiente y por muchas veces no contar con el arraigo social necesario es dictada una medida cautelar radical, como es la prisión preventiva.

## **PALABRAS CLAVES**

PRISIÓN PREVENTIVA, MEDIDAS CAUTELARES, DELITO FLAGRANTE, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LIBERTAD, DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS HUMANOS.

## INDICE GENERAL

<u>DEDICATORIA</u> .....	I
<u>AGRADECIMIENTO</u> .....	III
<u>CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR</u> .....	V
<u>CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN</u> .....	VI
<u>RESUMEN EJECUTIVO</u> .....	VII
<u>INTRODUCCIÓN</u> .....	XIII

## CONTENIDO

### LA INADECUADA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS FLAGRANTES OCURRIDOS EN EL CANTÓN GUAYAQUIL EN EL AÑO 2012

## CAPITULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

<u>1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS</u> .....	1
<u>1.1.-EL DERECHO ECUATORIANO</u> .....	6
<u>1.2.-DIAGNÓSTICO:ÁMBITO Y CONTEXTO</u> .....	8
<u>1.2.1.- EL DERECHO A LA LIBERTAD</u> .....	9
<u>1.2.2.- EL IN DUBIO PRO REO</u> .....	12
<u>1.2.3.- EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA</u> .....	14
<u>1.2.4.- LA FALTA E INDEBIDA MOTIVACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES Y FISCALES</u> .....	17
<u>1.3.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA</u> .....	19
<u>1.4.- OBJETIVO GENERAL</u> .....	21
<u>1.5.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u> .....	22
<u>1.6.- DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</u> .....	22
<u>1.7.- INTENCIONALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN</u> .....	23

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO**

<u>2.1.- HIPÓTESIS</u> .....	25
<u>2.1.1.- HIPÓTESIS PARTICULARES</u> .....	25
<u>2.2.- FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA</u> .....	26
<u>2.2.1.- CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES</u> .	27
<u>2.2.2.- MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES (C.P.P) – MEDIDAS CAUTELARES PARA ASEGURAR LA PRESENCIA DE LA PERSONA PROCESADA (COIP)</u> .....	30
<u>2.2.3.- CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA</u> .....	31
<u>2.2.4.- CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA</u> .....	34
<u>2.2.5.- NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA</u> .....	38
<u>2.2.6.- PRISIÓN PREVENTIVA Y DELITOS FLAGRANTES</u> .....	40
<u>2.2.7.- EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR PARTE DE LOS JUECES Y EL ASPECTO SOCIAL QUE EL MISMO CAUSA</u> .....	43
<u>2.2.8.- RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN DEL ESTADO</u> .....	46
<u>2.2.8.1.- El Caso Tibi</u> .....	49
<u>2.3.- FUNDAMENTACIÓN LEGAL</u> .....	58
<u>2.3.1.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD</u> .....	58
<u>2.3.2.- NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA</u> .....	60
<u>2.3.3.- LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE FUNDAMENTARSE</u> .....	64
<u>2.3.4.- EN QUE PROCESOS SE DICTA PRISIÓN PREVENTIVA</u> .....	67
<u>2.3.4.1- En los delitos de acción pública</u> .....	67
<u>2.3.5.- REQUISITOS PARA DICTAR LA PRISIÓN PREVENTIVA</u> .....	71
<u>2.3.5.1- INDICIOS SUFICIENTES SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA</u> .....	72
<u>2.3.5.2- INDICIOS CLAROS Y PRECISOS DE QUE EL IMPUTADO ES AUTOR O COMPLICE DEL DELITO</u> .....	73
<u>2.3.5.3- QUE SE TRATE DE UN DELITO SANCIONADO CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO</u> .....	74
<u>2.3.6.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE PRISIÓN PREVENTIVA Y DETENCIÓN</u> .....	75
<u>2.3.6.1- Semejanzas</u> .....	76

<u>2.3.6.2- Diferencias</u> .....	76
<u>2.4.- CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES</u> .....	78
<u>2.4.1.- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</u> .....	78
<u>2.4.2.- PACTO UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</u> .....	80
<u>2.4.3.- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (BOGOTÁ, COLOMBIA, 1948)</u> .....	81
<u>2.4.4.- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE 22 DE NOVIEMBRE DE 1969)</u> .....	81
<u>2.4.5.- DERECHO A LA LIBERTAD JURIDICA</u> .....	82

## **CAPITULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

<u>3.1.- UNIVERSO MUESTRAL</u> .....	88
<u>3.2.- MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</u> .....	88
<u>3.3.- PROCESAMIENTO DE DATOS</u> .....	89
<u>3.4.- PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS</u> .....	92

## **CAPITULO IV**

### **LA PROPUESTA**

<u>4.1.-TITULO DE LA PROPUESTA</u> .....	97
<u>4.2.- JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA</u> .....	97
<u>4.3.- OBJETIVO GENERAL DE LA PROPUESTA</u> .....	97
<u>4.4.- OBJETIVOS ESPECIFICOS DE LA PROPUESTA</u> .....	97
<u>4.5.- HIPOTESIS DE LA PROPUESTA</u> .....	98
<u>4.6.- LISTADO DE CONTENIDOS Y FLUJO DE LA PROPUESTA</u> .....	98
<u>4.7.-DESARROLLO DE LA PROPUESTA</u> .....	99
<u>4.8.- IMPACTO/PRODUCTO BENEFICIO OBTENIDO</u> .....	100
<u>4.9.- VALIDACIÓN DE LA PROPUESTA</u> .....	100-101
<u>5.- COMPARACIÓN Y DIFERENCIAS ENTRE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (CPP) Y EL CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL (COIP)</u> .....	102

<u>6.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u> .....	105
<u>7.- BIBLIOGRAFÍA</u> .....	107
<u>8.- ANEXOS</u> .....	111

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación hemos desarrollado una problemática que forma parte de la realidad de muchos ciudadanos que ya sea directamente o por medio de algún familiar que se haya visto inmiscuido en un injusto penal por una INADECUADA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS FLAGRANTES OCURRIDOS EN EL CANTÓN GUAYAQUIL, y es por ello que ese es nuestro tema.

La prisión preventiva dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia en cual habitamos, no puede convertirse en un mecanismo desmedido, indiscriminado, y de aplicación general, toda vez que la Constitución de la Republica ordena que las autoridades judiciales deben velar por el cumplimiento y el respeto de los derechos y libertad de las personas, es por eso que se ha previsto constitucionalmente que la privación de la libertad no será la regla general y se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario. Considerando que los derechos fundamentales del ser humano son en primer lugar la vida y segundo la libertad, por lo que las detenciones ilegales causan gran perjuicio moral, psicológico, familiar y económico.

Es por ello que en el presente trabajo de investigación hemos abarcado una amplia explicación de todos los motivos que han conllevado a la dictación de la prisión preventiva como medida prácticamente prioritaria, aún sin ser ésta en todos los casos necesaria para garantizar la comparecencia del procesado a juicio, motivo por el que hemos querido analizar todos aquellos frentes por los cuales se ha filtrado este ataque a la libertad personal violentando de muchas maneras los derechos fundamentales e incluso tratados internacionales ratificados por el Ecuador.

Por lo investigado y analizado nosotras nos cuestionamos ¿si se respeta el principio de presunción de inocencia, el mismo que se encuentra

garantizado en la Constitución de la República, al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva?

Nosotras sostenemos que, actualmente hay un total irrespeto e incumplimiento a este principio fundamental y constitucional por parte de los Agentes Fiscales al solicitar Medidas Cautelares de Prisión Preventiva para todos los Delitos Flagrantes y los Jueces de Garantías Penales al cumplir con las pretensiones de los Agentes Fiscales, al dictarlas sin ninguna motivación.

Finalizamos señalando, de que cómo vivimos en un Estado Constitucional de Derechos, el dictar de una forma inadecuada y excesiva la prisión preventiva, no es un factor que propicia la impunidad u olvidarse el derecho que tienen las víctimas, sino que se cumplan los principios básicos de protección y dignidad del procesado.

# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La prisión como medida preventiva o incluso como una pena fue casi desconocida en el antiguo derecho específicamente en la cuna del derecho que fue en Roma ya que se empleó principalmente como medio de mantener seguros a los procesados durante la etapa del proceso; el texto de ULPIANO **“Carcer enim ad Continendos Homines non ad puiendos haberi debet”** (SANZ DELGADO, 2013, pág. 8) expresa claramente su carácter. Pero se utilizó como medio represivo de pena se conoció el ergastulum que era el arresto o reclusión de los esclavos en un local o cárcel destinados a este fin, en la casa del propietario de los mismos.

Tenemos así mismo que en el Derecho Germánico predominaba la pena capital y las penas corporales, la prisión prácticamente no es mencionada. Un edicto de Luitprando, Rey de los Longobardos (712-744) dio la orden de que cada Juez tuviera en su casa una cárcel en la que se encerraría a los ladrones por 1 o 2 años. Una Capitular de Carlomagno del año 814 ordenaba que las personas “boni generi” que hubiesen delinquido debían ser castigadas con cárcel hasta que se corrigieran esto era dado por el rey. Es una esporádica mención de lo que en un futuro sería denominado como Prisión Preventiva.

En la Edad Media específicamente en el Derecho Canónico, ya aparece como pena la prisión. Unas veces consistía en la reclusión en un monasterio, en particular, de los clérigos que hubieran incurrido en penas eclesiásticas, detrusio in monasterium, otras veces para los herejes y delincuentes juzgados por la jurisdicción canónica. Se ejecutaba en



locales destinados a la reclusión de condenados que se denominaba “carceres”. Esta pena se imponía con carácter de penitencia con el fin de que el culpable reflexionase sobre la culpa y se arrepintiera. Tal como podemos ver en el KAHN, en la parte referente a la reclusión canónica primitiva se utilizó el régimen de aislamiento en una celda (*cella ergastolum carcer*), en algunos casos por necesidad de carácter práctico o para atenuar la dureza del encierro se empleó la prisión en común, según la gravedad del delito. La cárcel canónica no llevaba consigo la obligación de trabajar, los textos no lo menciona. El régimen de la prisión podía ser determinado por el Juez en sentencia. Los gastos ocasionados por los presos, alimentación, etc., corrían a su cargo, más si carecían de recursos eran alimentados a expensas del obispo. Este autor presenta la prisión canónica como más humana y suave que los suplicios y mutilaciones del derecho laico, pero asegura que sería exagerado quererla equiparar con la prisión moderna.

La prisión desde la etapa primitiva, hasta finales del siglo XVI pasando por el Derecho Técnico Germánico, se ha utilizado fundamentalmente para guardar delincuentes, incluso con ulteriores fines antropofágicos, no como medio represivo en sí y ello es resultado de la concepción que sobre el delito y delincuente tiene la época: el hecho sancionable es un mal, y el culpable un “*perversus homo*” no susceptible de enmienda sino de castigo rápido y capital. En esta situación la cárcel custodia se impone frente a la prisión entendida y aplicada como pena. (GARCIA VALDES, 1982, pág. 11)

La historia de la detención preventiva se remonta aquellos viejos tiempos en que los anales del derecho han registrado alguna batalla librada en defensa o conquista de la libertad de la persona humana. Es por ello que en Grecia, donde desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como la libertad corporal, la justicia penal aunque administrada de manera arbitraria por los *éforos*, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos penales, nunca llegó a imponer la pena de

prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquella por penas pecuniarias. Por tanto, puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación. (ELLUL JACQUES, 1970, págs. 85, 109, 110)

Fue en Roma, no obstante la aplicación limitadísima que en general se hizo de ella, donde esta institución habría de cobrar los rasgos característicos que aun hoy en día, se reflejan en las legislaciones de nuestra época.

En efecto, en los primeros tiempos del derecho romano o sea, durante el periodo monárquico que va del siglo VIII hasta el siglo V, a de J.C., así como en los primeros años de la República, cuando el derecho se hallaba aun sometido a imperativos religiosos, los jueces penales y magistrados podían a su discreción imponer esta medida como medio de coerción; recordemos que originalmente la *coertio* era el único instrumento de persecución de los delitos, llegando a constituir un poder arbitrario e ilimitado; sin embargo, el abuso y los excesos a que su empleo dio lugar, condujeron a la expedición de disposiciones, tales como *las Leges Porciae*, a mediados del siglo VI, tendientes a reprimir tales prácticas abusivas. (DE LUCA GIUSEPPE, 1953, pág. 13)

Durante la República, siglo V hasta el año 134 a. de J.C. y más precisamente bajo la vigencia de la Ley de las Doce Tablas, es decir, a partir de mediados del siglo V, aun cuando el rigor del derecho, ya para entonces laicizado, impusiese la detención del inculcado, por lo general se prescindía de su encarcelamiento, confiando su custodia, algunas veces, a los particulares (*custodia libera*), si bien en la mayoría de los casos, el inculcado queda en libertad, con la sola condición de que algunos ciudadanos respondiesen por el cómo fiadores (*vades publici*). Ya a partir de las *Leges Juliae de vi publica et privata*, año 17, a. de J.C. los ciudadanos romanos estaban exentos por prescripción legal de tal medida, tratándose de ciertos delitos. Tal situación se justificaba por el hecho de que el sistema acusatorio, entonces imperante, otorgaba,

conforme a la citada Ley de las Doce Tablas, plena igualdad al acusado y al acusador, debiendo ambos, a fin de no quebrantar tal principio de igualdad, permanecer en completa libertad, situación, que en el sistema de *judicia publica*, había desembocado en la supresión de la detención preventiva.

En época del Imperio, si bien la Ley no prescribía la detención preventiva durante la instrucción del proceso, salvo en los casos de crímenes graves y de flagrante delito, no podía detenerse al inculcado sino en virtud de una orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad. (MOMMSEN TEODORO, 1953, pág. 11)

En el antiguo derecho español, con su enorme herencia romana, la detención tuvo escasa importancia como medio procesal, ya que las Partidas (Partida 7ª título 29, Leyes 1ª, 2ª, 3ª), señalaban que la detención preventiva debía aplicarse solo a los acusados de delitos graves, sin que para que pudiesen continuar en libertad, se les aceptasen fiadores, por el temor a su fuga u ocultamiento.

En el siglo XVI la pena de galeras, esta fue una forma diferente de aplicar la prisión, pues los presos en ellas eran encadenados a las “brancas” o argollas se hallaban los galeotes, la galera era una cárcel flotante. La pena de galera, nació en España por Real Cedula del 14 de noviembre de 1502, que dispuso el cambio de las condenas de muerte por el envío a galeras.

Tiempo después por pragmática de Carlos I el 31 de enero de 1530, fueron conmutadas por esta pena las corporales y las de destierro. A partir de esta fecha, a causa de las crecientes empresas militares y marítimas y de la consiguiente necesidad de brazos para remar en estas naves, emanadas de aquel monarca y de sus sucesores Felipe II, Felipe III y Felipe IV, se aplicaron nuevas disposiciones conmutando las penas corporales por el servicio de las galeras. Y este servicio fue considerado

tan indispensable que Felipe IV dispuso que ninguno de los condenados a esta pena pudiera ser indultado y autorizó la conmutación de la pena de muerte por la de las galeras. Los galeotes encadenados a las “brancas” o argollas de las naves remaban descansados las más de las veces, pero en momentos graves, en caza o en combate, se los hacía remar vertiginosamente bajo el rebenque del cómitre. El régimen disciplinario era durísimo, la alimentación pobre, escasa y malsana.

En la Edad Media, se utilizaron dos sistemas para el enjuiciamiento de los inculcados, uno, la *accusatio*, proveniente directamente, del derecho romano y, el otro, la *inquisitio*, resultado de la interpretación de ciertas partes del derecho romano, adaptadas a las necesidades de la época. (JAVIER MALAGON, 1940, pág. 33)

El nacimiento de la pena de prisión es atribuida al triunfo de la ilustración francesa y alemana según lo plasmado en la Doctrina tradicional y la Penología clásica. En este marco normativo, el sistema represivo aparece dulcificado, atribuyéndose a la prisión una metamorfosis de simple custodio en pena a la victoria de las ideas liberales y humanitarias, consagradas en la Revolución Francesa y cristalizadas en los Códigos napoleónicos.

En el siglo XVI, aquellas penas privativas de la libertad dominan el sistema penal, y es por ello que todavía se siguen manteniendo en las legislaciones extranjeras ya que muchas mantienen o simplemente no han instaurado la pena capital y es ahí cuando la Prisión Preventiva, cuantitativamente hablando es la más importante.

Se podría decir que el origen de todo lo que en la actualidad conocemos como medidas cautelares en especial la prenombrada de orden son conocidas doctrinalmente como: **“Acciones cautelares, medidas precautelares, medidas preventivas, pretensiones cautelares, medidas provisionales, aseguramiento judicial, medidas de seguridad, medidas de**

**garantías"** (DR. MOSQUERA MORENO, 2005, pág. 17), como única institución jurídica se remonta al Derecho Romano, no conociendo los romanos que las medidas cautelares como tales, implicaron encontrar variadas instituciones dentro de su Derecho Procesal con una conformación considerada casi igual, por decir lo menos, a estas medidas que, podían cumplir un cometido semejante al que en la actualidad esperamos.

### **1.1.- EL DERECHO ECUATORIANO**

La primera Ley de procedimiento criminal de la República se dictó en el año 1839 y se distingue porque no existían tribunales pluripersonales, sino que todos eran singulares, sin que se pueda decir que seguía un sistema definido de procedimiento, pues la redacción y la ubicación de las instituciones procesales carecían de sistematización.

Con fecha 20 de Noviembre de 1847 del Congreso Nacional dictó la Ley de Jurados, la misma que fue sancionada por el Poder Ejecutivo el 8 de Enero de 1848.

La Ley de Jurados es una verdadera Ley de procedimiento penal, pues en ella no solo se habla de Jurados propiamente dichos, sino que también tiene capítulos relacionados con el sumario, la sentencia, etc. No es del caso, para la finalidad de esta obra, el hacer el estudio de todas y cada una de las instituciones a las que se refiere la Ley de 1848, sino que debemos destacar que desde ese momento el procedimiento penal ecuatoriano adoptó el sistema mixto, pues se encuentran dentro de la Ley instituciones propias tanto del sistema inquisitivo, como del sistema acusatorio.

Así, dentro de la organización del sumario (Capítulo IV) se dispone el secreto de la denuncia y la orden de que tanto el Juez como el Fiscal están obligados a guardar reserva "bajo la pena de ser juzgados y

castigados como prevaricadores en caso que faltasen a la reserva” (art. 15). Se establece la **Prisión Preventiva** con las excepciones señaladas en el art. 22 párrafo 1°, y como consecuencia de la Prisión Preventiva se admite la incomunicación del acusado hasta que rinda su declaración, según se lee en el ordinal 16° del art. 21. También admite la caución. El sumario debía estar concluido en el plazo de tres días y al finalizar el mismo, si el delito era competencia del Jurado de Acusación, debía remitirse el proceso al mismo para que resuelva si la acusación debía o no ser admitida.

En el primer caso debía pasar el proceso al Jurado de Decisión, el mismo que debía contestar a un interrogatorio que le presentaba el Juez y de acuerdo con dicho interrogatorio se declaraba si el acusado es o no culpable.

Si se declara la culpabilidad el Juez es el encargado de dictar la sentencia aplicando la pena legalmente prevista. En el Jurado de Decisión los debates son públicos, orales y contradictorios, siguiendo el sistema acusatorio.

En el Código de 1906 desaparece la incomunicación del sindicado como consecuencia de la Prisión Preventiva, que se había mantenido hasta el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal editado por la Corte Suprema de Justicia en 1892 “Con arreglo a la Ley de 6 de Agosto de 1892”.

En resumen históricamente, el primer sistema procesal penal fue el acusatorio. Posteriormente surge, como hemos examinado, el sistema inquisitivo y es aquí donde aparece que la Prisión Preventiva se puede dictar desde el momento en que se sospeche que una persona está involucrada en la comisión de un delito. (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, págs. 89, 94).

## 1.2.- DIAGNOSTICO: ÁMBITO Y CONTEXTO

La Prisión Preventiva, es una medida cautelar de carácter personal extrema y es así como lo encontramos dentro del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano numeral 13, (actual Art. 522 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal) siendo esta la última opción a la cual los Jueces de Garantías Penales y Agentes Fiscales deben acogerse, puesto que nuestra Constitución de la República en el Art. 77 numeral 1 claramente nos indica que ***La privación de la libertad no será la regla general***; pero lamentablemente la Prisión Preventiva en los últimos años ha venido siendo aplicada al reo de una forma inadecuada y excesiva.

Es por eso que la Prisión Preventiva se debe dictar cuando no existe otro método eficaz que garantice la comparecencia del acusado al proceso, y siempre los Agentes Fiscales y Jueces de Garantías Penales deberán tener como última opción y deberían utilizar alguna otra medida cautelar de menor rigor.

Como manifiesta el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, la Prisión Preventiva dentro de un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, no puede convertirse en un mecanismo de privación de libertad indiscriminado, general y automático, puesto que, la Constitución establece el derecho al debido proceso, y el derecho a no ser privados a la libertad, sino en la forma y casos previstos en la Ley y la Constitución.

La Prisión Preventiva que llega a convertirse en una forma de pena anticipada aunque no sea esa su finalidad, no debe ser manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, pues es una forma preponderante de coerción penal que produce como principales efectos los desintegradores de la personalidad, como la despersonalización, prisonización, etiquetamiento, etc., que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la Prisión Preventiva.

Doctrinariamente encontramos la necesidad de la utilización de la Prisión Preventiva como medida de aseguramiento personal en los siguientes argumentos. Los límites racionales para el encierro preventivo pueden encontrarse en planteamientos como:

1. Su excepcionalidad, de manera que la libertad se siga respetando como principio.
2. Su fundamento únicamente en la probabilidad de autoría y participación o riesgo de fuga o de entorpecimiento en la búsqueda de la verdad.
3. Evitar que la Prisión Preventiva produzca un mayor daño que la amenaza de la pena por respeto al principio de proporcionalidad.
4. La subsidiariedad, vale decir que se evite en lo posible el encarcelamiento.
5. Su limitación temporal, de manera que enervados los indicios que permitieron fundar una presunción de responsabilidad se disponga de inmediato su revisión y la cancelación de la medida de aseguramiento preventivo. (ZAMBRANO PASQUEL , 1995, pág. 405)

Cabe señalar, que las órdenes de Prisión Preventiva causan gran preocupación, ya que inciden en varios bienes jurídicos sumamente importantes y valorados de la persona, como son su libertad, su dignidad, el derecho al trabajo y a la presunción de inocencia, por lo que la Prisión Preventiva constituye una de las medidas cautelares más graves que contempla nuestro Código de Procedimiento Penal, hoy en día el Código Orgánico Integral Penal.

### **1.2.1.- EL DERECHO A LA LIBERTAD**

La Prisión Preventiva como medida cautelar de carácter personal afecta al derecho a la libertad que tiene toda persona, la misma que debe proceder, cuando las demás medidas cautelares no fueren suficientes para asegurar o garantizar los objetivos del procedimiento penal, esto es la comparecencia del acusado al proceso. La libertad, es sin duda un



elemento fundamental de la naturaleza del ser humano y es una de las particularidades más grandes del mismo.

En la actualidad, la Prisión Preventiva se ha venido utilizando como la medida cautelar de mayor relevancia en nuestra sociedad, con el fin de así disminuir el alto índice delincencial y nos hacemos la pregunta realmente ¿se lo está logrando? Por otra parte debemos tener presente que con la aplicación de esta medida cautelar se estaría violentando los derechos que tiene toda persona y que se encuentran consagrados en nuestra Constitución de la República, y los tratados internacionales de derechos humanos como tenemos por ejemplo el derecho a la libertad al que nos estamos refiriendo.

Pues como todos sabemos vivimos en un Estado Constitucional de Derechos, pero al aplicar la Prisión Preventiva de una forma inadecuada y excesiva se atropella el derecho a la libertad de los ciudadanos, los mismos que muchas veces permanecen meses recluidos en los Centros de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley y que en muchos casos finalmente obtienen una sentencia donde son declarados inocentes.

Es por eso que la libertad, como valor supremo de una sociedad democrata en la cual vivimos se ve relegada y vulnerada a diario, por el irrespeto a la presunción de inocencia que se ejerce arbitrariamente por los Jueces de Garantías Penales y Agentes Fiscales.

Así encontramos en el Art. 9 inciso 3 del (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICO, 1976, pág. 3), esta característica de excepcionalidad: ***Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. “La Prisión Preventiva de las personas que hayan***

***de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.***

Como también tenemos lo que manifiesta el Dr. Maximiliano Blum:

Según lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Prisión Preventiva tiene el carácter de restrictiva, es decir que se la dicta cuando sea absolutamente indispensable, por lo que se explica la existencia de medidas sustitutivas de que trata el Código Procesal Penal. (BLUM MAXIMILIANO, 2009, pág. 230)

Como manifiesta el autor anterior de la revisión (Convención Americana de los Derechos Humanos, 1969, pág. 2) el mismo que menciona el ***Derecho a la Libertad Personal*** el numeral 1 nos dice: ***Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales***, es decir que se garantiza el derecho a la libertad personal y en el numeral 5 nos expresa: ***Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*** Este numeral nos manifiesta tres puntos importantes:

1. Que toda persona debe ser juzgada en un tiempo razonable.
2. O caso contrario al numeral 1 debe ser puesta en libertad, y
3. Sin perjuicio de que se continúe con el juicio en su contra, con esto lo que se busca es salvaguardar el derecho a la libertad que toda persona tiene, dando la potestad a quienes hacen cumplir la Ley, esto es a jueces y Fiscales de aplicar cualquier otra medida cautelar diferente a la Prisión Preventiva.

El derecho constitucional a la libertad, es un derecho que como fundamental debe ser salvaguardado para toda persona, pero cuando se ve restringido por el cometimiento de una infracción penal, dicha restricción está respaldada por una serie de garantías que señala la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las Leyes, y especialmente el Código de Procedimiento Penal, actualmente el Código Orgánico Integral Penal.

De tal manera, que solo se debe privar de la libertad a un ciudadano durante el juicio penal cuando haya sentencia condenatoria en firme producto de un juicio transparente, público, en el cual se hayan observado las reglas del debido proceso, por cuanto la libertad es el bien más importante del ser humano después de la vida.

### **1.2.2.- EL IN DUBIO PRO REO**

Ante esta problemática tenemos que meditar sobre lo que dice nuestra Constitución en el Art. 426 (Constitución de la República del Ecuador, 2013, pág. 104) ***Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.***

***Las Juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.***

***Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de Ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar***

***la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.***

Con lo descrito en el artículo anterior se establece que se aplicara siempre lo más favorable, entonces nos encontramos con el principio universal del **in dubio pro reo**, es una locución latina que expresa el principio jurídico de que en caso de duda se deberá aplicar lo más favorable al reo.

Hay que recordar, que el Juez no debe condenar al reo, cuando del análisis de las pruebas se concluye que hay duda razonable, esto es más allá de ese razonamiento o juicio acerca de la culpabilidad; toda vez que la presunción de inocencia implica que a los procesados no se los trate como culpables, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre la responsabilidad penal.

Así tenemos lo manifestado por el Dr. García Falconi, respecto de este principio **“Principio IN DUBIO PRO REO; y, sobre la consecuencia de los elementos del delito debe absolver, no toda duda obliga absolver de manera total, sobre la tipicidad frente a dos delitos se le debe condenar por el más leve o por el menos grave”**. (GARCIA FALCONÍ, 2001, pág. 61)

En síntesis, el principio del in dubio pro reo, asegura que en caso de duda la decisión debe ser de no punibilidad, pues sólo la certeza de culpabilidad, examinada por las autoridades judiciales, puede modificar la situación de inocencia reconocida constitucionalmente.

La certeza positiva o probabilidad positiva es aquella que afirma el hecho imputado y la certeza negativa o probabilidad negativa es aquella que se dirige a explicar cómo inexistente el hecho imputado, por tanto es correcto afirmar que solo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad permitan la absolución como consecuencia del in dubio pro reo (MAYER JULIO, 1999, pág. 496)

De lo antes citado se desprende, que la certeza negativa y duda conducen a la sentencia confirmatoria de la inocencia del procesado. Es decir que ante la duda y la falta de certeza en la responsabilidad del reo, la decisión judicial debe ser siempre la de favorecer al procesado.

Así, la duda técnicamente es el estado procesal que tiene el Juez y ante la duda insalvable por excepción, la decisión judicial debe favorecer al procesado, esto es cuando el Tribunal de Garantías Penales no tiene certeza de la responsabilidad del procesado aparece la duda; y esto implica reconocer su inocencia.

Es necesario no confundir el principio de “in dubio pro reo” con el estado jurídico de inocencia, pues si bien es cierto que ambos entran dentro de la categoría del *favor rei*, la diferencia se observa el primero pertenece al campo de la interpretación, en tanto que el segundo entra dentro del campo probatorio, pues si no existe la prueba de cargo que enerve la inocencia del acusado éste no puede ser condenado. (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, págs. 206, 207)

La presunción de inocencia no puede significar sino el postulado de que en la duda no es lícito condenar, así para poder absolver no se esperará que resulte probada la negación del hecho, sino que bastara que no se logre su comprobación. Es la afirmación del brocardo “*in dubis reus est absolvendus*”, es decir en la duda hay que absolver al reo; o “*in dubos abstine*”, esto es, en la duda, abstente; todo lo cual se sintetiza en el principio “in dubio pro reo”, o sea en la duda a favor del reo. (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, pág. 212)

### **1.2.3.- EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

El antes mencionado principio a la vez está relacionado con el **principio de presunción de inocencia** que lo encontramos señalado en el Art. 76 numeral 2 de nuestra (Constitución de la República del Ecuador, 2013,

pág. 26) que dice lo siguiente: ***Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.***

La presunción de inocencia es el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori, mientras un Juez competente no adquiriera la certeza, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida, respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal y especialmente la Prisión Preventiva en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales.

Además, que existe una directriz universal, para garantizar que toda persona procesada se le presuma su inocencia hasta que judicialmente se determine su culpabilidad mediante sentencia en firme, esta es una norma rectora del derecho penal de todo Estado constitucional de derechos; de tal manera que la presunción de inocencia acompaña a la persona procesada desde el inicio de la acción penal hasta cuando haya sentencia ejecutoriada de culpabilidad, así lo señala la Constitución de la República.

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

De igual forma encontramos este principio en el actual y vigente Código Orgánico Integral Penal en el Art. 5 numeral 4, que se encuentra dentro

del Capítulo Segundo, que se refiere a las Garantías y Principios Rectores del Proceso Penal; el mismo que señala:

**Artículo 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:**

**4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.**

Al respecto del presente tema, tenemos lo manifestado por dos especialistas en materia penal, los mismos que opinan lo siguiente: **“El principio de que se presume la inocencia de toda persona hasta que se dicte sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra, es muy conocida en la legislación ecuatoriana y universal, sin embargo, muchas veces se vulnera esta importante garantía”** (VIVANCO GUERRERO, 2000, pág. 45)

**“Principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo, de lo cual se infiere a su vez la existencia de un derecho constitucional permanece en libertad mientras no exista condena”** (GARCIA FALCONÍ, 2001, pág. 85)

Entendemos entonces que **“Toda persona es inocente hasta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada”** y así lo establece la Constitución de la República, además este es un derecho universal que muchos autores consideran el más importante, pero que lastimosamente en diversas ocasiones se quebranta al dictar de una forma inadecuada y excesiva la medida cautelar de Prisión Preventiva sin tener en cuenta estos principios constitucionales y universales. Y es por eso que cuando se investiga el tema del abuso de la Prisión Preventiva generalmente las

críticas apuntan a la actuación de los jueces por cuanto incumplen con los derechos y garantías que toda persona tiene.

Esta es la posición doctrinaria del Dr. Zavala, quien expresa que:

El mismo principio de inocencia exige que, para condenar al acusado, el Juez adquiera la convicción de su culpabilidad, de modo que en caso de duda debe absolverlo; para llegar a esta solución no es necesario que este convencido de su inocencia, desde que esta es – repitamos- una situación jurídica que no requiere ser construida. (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, pág. 206)

Con lo antes manifestado se puede apreciar que la presunción de inocencia es también una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal; por lo que resulta incompatible el derecho a la presunción de inocencia con la Prisión Preventiva.

#### **1.2.4.- LA FALTA E INDEBIDA MOTIVACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES Y FISCALES.**

Por otra parte para ordenar y dictar la Prisión Preventiva el Juez de Garantías Penales debe cumplir con los requisitos enumerados en el Artículo 167 del Código de Procedimiento Penal (actual Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal) y de igual forma el Agente Fiscal deberá motivar su solicitud tal como manifiesta el Art. Innumerado siguiente del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal actualmente primer inciso del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal).

Además lo manifiesta nuestra (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2012, pág. 26) En su Art. 76 literal I ***Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los***



***antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.***

Es decir que tanto el Agente Fiscal como el Juez de Garantías Penales siempre deben motivar la petición y la orden de Prisión Preventiva.

La Constitución de la República institucionaliza la motivación en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de las personas; y, esto como precaución básica, y de aquí la base para que el Juez de Garantías Penales y el Fiscal cumplan este rol fundamental que les da la nueva Carta Magna. De tal forma que el representante de la Fiscalía General del Estado y luego el Juez de Garantías Penales, siempre deben motivar la petición y la orden de Prisión Preventiva, y tal motivación debe ser razonada y razonable, tanto más que el papel del Juez debe pasar por la exigencia de la motivación, esto es debe dar razón de sus providencias, autos o sentencias, tanto a las partes procesales como al público en general.

El Juez de Garantías Penales, a pedido razonado del Fiscal, previa audiencia oral, en exposición fundada, si lo considera necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena podrá, iniciada la instrucción Fiscal o en cualquier estado de ella o en el auto de apertura del juicio, decretar la Prisión Preventiva. (BLUM MAXIMILIANO, 2009, pág. 230)

La Prisión Preventiva la dispone el Juez de Garantías Penales competente, esto es el titular del órgano jurisdiccional penal de turno en los delitos flagrantes o el que por sorteo conozca la resolución de inicio de la instrucción, en los delitos no flagrantes, a pedido del representante de la Fiscalía General del Estado, previa audiencia pública, que para el efecto convocara, con notificación de o los procesados, sin que cuando la

solicite el Fiscal este obligado a acceder, puede negarla cuando no obstante encontrarse reunidos los presupuestos, no la considera necesaria, o sustituirla por una o varias de las medidas alternativas establecidas en la Ley.

Sobre el tema el Dr. Blum señala: **“Tratándose de delitos flagrantes, la convocatoria a audiencia por parte del Juez de Garantías Penales, será dentro de las 24 horas de la detención, por cuanto según la Constitución dicha medida cautelar no puede durar más de dicho lapso”**. (BLUM MAXIMILIANO, 2009, pág. 234)

Finalmente otras de las grandes complicaciones con el tema de la Prisión Preventiva es que aglomera aún más los centros carcelarios de la ciudad y por otra parte viene a constituir un adelanto a la pena expresamente prohibido por tratados internacionales ratificados por nuestro país.

### **1.3.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA**

Hemos seleccionado el tema correspondiente, para justificar el problema presentado por medio de las siguientes consideraciones:

1. La investigación guarda pleno interés por analizar la correlación entre las variables del problema formulado.
2. La investigación tiene plena vigencia legal en la Constitución de la República del Ecuador.
3. Es por ello que a propósito de la violación a los derechos de cada individuo por el abuso e inadecuada aplicación de la Prisión Preventiva, se ha llegado a la determinación de este tema como una problemática en la que se ven perjudicados e inmersos no solo las personas que son privadas de su libertad sino también las familias que están atrás de cada individuo.

Con el transcurrir del tiempo nuestra sociedad ha ido evolucionando paulatinamente en el aspecto socio – jurídico y por tal razón nos hemos dado cuenta que en muchas ocasiones han sido violentados nuestros derechos de una u otra manera.

Sin embargo, al aplicar la Prisión Preventiva se estaría cometiendo otro delito, el privarle de la libertad a personas que aún no han sido juzgadas y lo que es peor, que podrían ser inocentes del delito que le están imputando.

Siendo una de las medidas cautelares que produce un gran impacto en los derechos constitucionales y en general los derechos fundamentales de cada persona, como es el derecho a la libertad durante un lapso de tiempo más o menos prolongado; lo cual solo procederá cuando las demás medidas cautelares llegasen a ser insuficientes para asegurar los objetivos establecidos y citados en el Código de Procedimiento Penal (actual Código Orgánico Integral Penal).

Debemos resaltar la gran importancia que tiene el estudiar: El abuso de la aplicación de la Prisión Preventiva en delitos flagrantes en el año 2012.

Por esta razón para contrarrestar este gran problema social se ha implementado en nuestro Código de Procedimiento Penal (actual Código Orgánico Integral Penal), la Prisión Preventiva al momento de tener suficientes elementos de juicio para dictar esta medida cautelar.

Debemos tener presente que las Leyes que son aprobadas por los asambleístas, van a beneficio de la colectividad, que obedecen a una necesidad social e histórica como la que estamos viviendo, en la que los índices delincuenciales van en aumento, pensándose que por ser más estrictos en la dictación de este tipo de medida los delincuentes se van a frenar y lastimosamente no cumplen el propósito inicial y en el camino van

violentando los derechos personales y constitucionales de cada individuo que cae en una situación de este tipo.

Considerando que en nuestro país deberían ser más fuertes las penas que sancionan a los culpables cuando esta calidad ya llega a ser demostrado en una audiencia de juicio en un tribunal, porque es ahí cuando se llega a una verdad histórica y se puede imputar culpabilidad y no antes es por ello que debe haber una gran distinción entre aquella persona que le dictan una medida cautelar tan fuerte como la Prisión Preventiva sin saber en realidad como llego a verse inmerso en este injusto penal, si fue acaso su participación en el ilícito o constituye una mera confusión y aquella persona que ya es declarada culpable y no castigar a ambos con la misma condición de vida durante un tiempo indeterminado.

Desgraciadamente nos encontramos con la tradición de arbitrariedad y abuso de los derechos humanos los mismo que se encuentran consagrados en nuestra Constitución, por tal motivo creemos conveniente que la aplicación de la Prisión Preventiva debe ser examinada exhaustivamente con el propósito de garantizar el debido proceso sin violentar los derechos sociales de los ciudadanos, los mismos que se encuentran indefensos por el desconocimiento de la Ley, ya que la Ley mismo establece que el desconocimiento de la Ley no excusa a persona alguna.

#### **1.4.- OBJETIVO GENERAL**

*Examinar la inadecuada aplicación de la Prisión Preventiva como una medida cautelar extrema de carácter personal por parte de quienes administran justicia y a que se debe la poca inclinación de los Jueces de Garantías Penales a la aplicación de medidas cautelares alternativas a la Prisión Preventiva, los efectos sociales, jurídicos y constitucionales que de la misma resultan.*

## **1.5.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Vigilar la aplicación de las medidas alternativas cautelares antes que la Prisión Preventiva, por parte de Jueces de Garantías Penales, conforme a la Constitución de la República..
2. Evitar la violación de derechos constitucionales por el abuso de la Prisión Preventiva.
3. Determinar el porqué de este tipo de detenciones.
4. Llegar a los verdaderos motivos que conllevan a la preferencia por parte de las autoridades de la aplicación de la Prisión Preventiva frente a las demás medidas sustitutivas.

## **1.6.- DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

En la actualidad en nuestra sociedad es muy frecuente escuchar acerca de la Prisión Preventiva y del abuso por parte de las autoridades que se encargan de la administración de justicia, so pretexto de así disminuir el alto índice delincencial que se ha llegado a constituir en una alarma de nuestra sociedad, prefiriendo así velar por el derecho colectivo, sin importar el derecho personal de aquel individuo involucrado en un ilícito que no ha sido debidamente investigado y basándose en meras presunciones el Agente Fiscal llega a solicitar una precipitada y muchas veces inmotivada Prisión Preventiva, alejándose del principio constitucional de Presunción de Inocencia y no llegando a cumplir el, objetivo central que conlleva a la dictación de esta medida cautelar de orden personal.

Debemos recordar una vez más que con esta medida cautelar se producen varios efectos jurídicos ya que se estaría violentando los derechos consagrados en nuestra Constitución de la República como tenemos el derecho a la libertad, el derecho a la presunción de inocencia,

el derecho a una investigación lo suficientemente acuciosa como para llegar a la verdad histórica de los hechos materia del ilícito.

La Prisión Preventiva consideramos una medida necesaria, pero llega a ser más justificable en los casos de delitos graves cuyas penas sean consideradas así, en los demás casos creemos que se podría garantizar bajo otros parámetros ya sea la comparecencia de la persona imputada, la que puede ser bajo fianza, la comparecencia ante el Juez o Jueza de Garantías Penales con la frecuencia que este así lo requiera, el secuestro de bienes, y demás mecanismos que logren instigar a la persona de presentarse a las diligencias procesales y responder por los probables daños causados a las víctimas, sin perder su derecho a ser libre y defenderse bajo este estado de libertad ante un Juez o Jueza que determinará posteriormente su culpabilidad o no del acto materia de la investigación, sin embargo mientras eso llega la persona imputada goza de la presunción de inocencia, y por lo tanto no debería ser sancionada todavía.

La máxima obligación del Estado es el respeto y la aplicación siempre en apego a los derechos humanos, siendo este su objetivo fundamental, la Prisión Preventiva se vuelve una medida atentatoria a los principios contemplados en la Constitución de la República, es deber por lo tanto analizar y ponderar cuál es el camino a seguir, la limitación a derechos en el proceso bajo el ideal del bien común, o el respeto a los principios y derechos que gozan las personas que no tienen sentencia condenatoria sin contemplar ninguna clase de limitación o perjuicio a esto.

## **1.7.- INTENCIONALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN**

El propósito de la realización de la presente investigación, es llegar a la determinación mediante una exhaustiva indagación del porque hay aquella inclinación por parte de los funcionarios judiciales, ya sea por parte de los jueces de garantías penales en dictar una medida cautelar de

carácter personal tal como la Prisión Preventiva, sin considerar que es un individuo que muchas veces cuenta con un trabajo, una familia y una vida que corre riesgo de cambiar abruptamente a causa de permanecer recluido, y cabría preguntarnos qué ocurre con esa persona que permanece recluida en contra del cual, no constan los indicios suficientes como para determinar participación en el ilícito?, y si resulta ser inocente quien le devuelve el tiempo que permaneció sin generar un sueldo o el tiempo que permaneció lejos de su familia, ya que a so pretexto de garantizar la comparecencia del procesado a juicio y en si por el mero hecho de creer que así realiza una mejor labor y funciones, porque lo ve como un delincuente que no se escapó y no considera que también puede ser un inocente que permanecería recluido injustamente.

Así mismo queremos llegar a determinar por qué existe la ligereza en los Agentes Fiscales que solicitan dicha medida, la misma que la pelean fervientemente sin considerar que muchas veces es inconstitucional, aun sabiendo que por el corto tiempo con el que cuentan para realizar las investigaciones, en un delito flagrante no han logrado recabar la suficiente información para imputar participación sobre el ilícito materia del proceso penal; será acaso que los administradores de justicia en mérito de realizar una mejor administración de justicia violentan el derecho individual de cada uno de los ciudadanos que incurre o se ve inmerso en el cometimiento de un delito flagrante, dentro del cual puede haber muchos elementos que con lleven a una confusión ya que en la mayoría de los casos los agentes aprehensores capturan a todo aquel que este en el lugar de los hechos.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1.- HIPOTESIS**

¿La falta de una eficaz aplicación de la normativa ecuatoriana en cuanto al principio del respeto a los derechos fundamentales, afecta a los derechos de la ciudadanía?

Los efectos jurídicos que ocasiona la prisión preventiva es la aplicación de la Ley penal en el caso de su violación.

##### **2.1.1.- HIPOTESIS PARTICULARES**

El efecto que origina la prisión preventiva es facilitar el descubrimiento de la verdad sin interferencia ni intromisión en el proceso investigativo.

1. El beneficio que ocasiona la prisión preventiva, es de garantizar el interés social en la investigación de los delitos, pese a ser una buena intención la que conlleva a la dictación de la misma el abuso de esta hace que se incurra en violaciones a los derechos fundamentales de cada ser humano.
2. No se realiza el respectivo análisis lógico jurídico, de los presupuestos subjetivos de la Prisión Preventiva al momento de dictarla.
3. Se lesiona el derecho fundamental a la libertad corporal, y a la presunción de inocencia al momento de aplicar injustificadamente la Prisión Preventiva.



## **2.2.- FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

La Prisión Preventiva es la más importante de las medidas cautelares y del procedimiento penal por que concierne con la privación de la libertad de las personas, la misma que debe ser ordenada por el Juez de Garantías Penales que conozca de la causa, reuniendo los requisitos y presupuestos procesales legales para su aplicación.

Como lo manifiesta el Dr. Duran Díaz:

La libertad personal es uno de los derechos fundamentales del ser humano. La libertad está consagrada en la Declaración de los Derechos Humanos de Las Naciones Unidas. La libertad es la capacidad del ser humano de decidir dónde quiere estar, por cuanto tiempo quiere estar en ese lugar, cuando quiere trasladarse a otro, cuanto tiempo quiere permanecer fuera de su hogar, moverse con su voluntad, en eso consiste fundamentalmente la libertad personal. (DURAN DIAZ, 2013, pág. 35)

Es por eso que la Prisión Preventiva es una de las instituciones del derecho procesal penal sobre la cual de manera reiterada y contundente, ha recaído el impacto y crítica de las discusiones políticas y sociales.

La crítica a esta medida cautelar frecuentemente se encasilla desde dos aspectos diferentes: uno relativo al crecimiento del ámbito de acción de esta medida, pues buscan convertirla en un mecanismo eficaz de la lucha contra la delincuencia; y, un segundo aspecto, que la considera excesiva, desde la posición restrictiva de un proceso penal desarrollado en un Estado de derechos y garantista de las libertades y derechos fundamentales.

Como hemos manifestado anteriormente la Prisión Preventiva es una medida cautelar, la misma que en la actualidad es la más utilizada, por lo que es necesario referirnos y analizar un poco sobre las mismas.

## 2.2.1.- CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Según el Diccionario Espasa nos dice:

**Medidas.-** Actuaciones judiciales que deben practicarse o adoptarse preventivamente en determinados casos previstos en la Ley.

**Cautelares.-** Aquellas que se puede adoptar preventivamente por los Tribunales y estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice; no obstante podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procediendo si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren adoptado. (ESPASA, 2001, pág. 963)

Según Gimeno Sendra las medidas cautelares son:

Las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado del surgimiento de su calidad del imputado y de otro de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia. (GIMENO SENDRA, 1997, pág. 390)

Como encontramos en el segundo inciso del Art 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional **Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.**

Las medidas cautelares deben tener como principio primario el de excepcionalidad, pues al respecto el Dr. Zavala dice:

En efecto la regla general es que toda persona es libre individualmente considerada, así como también tiene el derecho de disponer de su propiedad en el momento que lo crea conveniente de acuerdo con las regulaciones legales. Por lo tanto, las medidas cautelares que limitan la libertad y el ejercicio del derecho de propiedad, son medidas excepcionales y como tales deben ser administradas con sentido restringido en tanto cuanto afecten a derechos garantizados constitucionalmente. (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, pág. 23)

Las medidas cautelares constituyen el medio legal a través del cual se garantiza la inmediación del procesado al proceso penal y/o asegurar el cumplimiento de una pena. En las cuales, hallamos un conflicto entre el interés del Estado por lograr una gran efectividad en las sentencias que llegasen a dictarse en el orden penal, y por otra parte, el ineludible respeto a los derechos fundamentales de las personas, siendo este el que debe primar.

Y por eso manifiesta referente al tema lo siguiente “no es una finalidad de la medida cautelar personal o real la de aprehender al imputado, o limitar el derecho a la propiedad del mismo, sino que el proceso se vale de la medida cautelar como instrumento que le permita cumplir su finalidad. No es que la medida cautelar “garantice” la predicha inmediación o el pago de las indemnizaciones, sino que la medida cautelar permite que se hagan efectivas tanto la inmediación como el pago. No garantiza la inmediación: la hace posible y todo aquello que hace posible un fin es un instrumento y no un fin en sí mismo”.

El jurista chileno Urquiaga opina que:

La obligación constitucional de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana brinda sustento a las medidas cautelares que adopte el tribunal, entre las cuales cabe la restricción o privación de la libertad de una persona, que puede lesionar aquellos derechos para amparar a la víctima o a otros potenciales

lesionados, cuando existan, por cierto, antecedentes que lo justifiquen y la decisión judicial sea susceptible de los recursos a los que pueda acudir para impugnarla. (PFEFFER URQUIAGA , 2005, pág. 132)

En la Convención Interamericana del 8 de mayo de 1979, se proclamó en el art.1, que ***para los efectos de esta convención las expresiones medidas cautelares o medidas de seguridad o medidas de garantía se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en contra de la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral, y en procesos penales en cuanto a la reparación civil.***

Y es así como define el penalista Jiménez, a las medidas cautelares:

Con el nombre común de medidas preventivas o cautelares y también asegurativas, puesto que todas ellas poseen significados equivalentes, entiende la práctica y la doctrina procesal todas aquellas acordadas por el Juez instructor o el tribunal resolutor, en su caso para asegurar la efectividad de los resultados de un proceso. (JIMENEZ ASENJO, 1952, pág. 118)

Otra definición es la que nos dan Alcalá y Levene en relación al tema, y dicen que:

La adopción de las medidas o prohibimientos cautelares, asegurativos o precautorios, constituye un conjunto de actuaciones al que la más moderna doctrina propende a caracterizar como proceso, al igual que el de conocimiento y el de ejecución, acotando entre los 3 los fines del proceso globalmente considerado. (ALCALÁ Y LEVENE, 2013, pág. 16)

Finalmente como observamos en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal contamos con 13 medidas cautelares de carácter personal (actual Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal, dentro del cual solo encontramos 6 medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada). Siendo las siguientes de nuestro intereses:

- 1. El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial, o sin vigilancia;** en el actual y vigente Código Orgánico Integral Penal solo lo encontramos como **arresto domiciliario**.
- 2. La detención; y**
- 3. La Prisión Preventiva.**

Como notamos nuestros legisladores, han previsto varias medidas alternativas a la Prisión Preventiva, que permitan una correcta aplicación a fin de garantizar el proceso penal. Y solo cuando se hayan agotado las otras medidas cautelares, el Juez de Garantías Penales podrá ordenar la Prisión Preventiva, lo cual, sería por excepción.

Por lo que la Prisión Preventiva, sólo debe ser aplicada en la extrema ratio, es decir, cuando las otras medidas cautelares de orden personal resulten inadecuadas e insuficientes para evitar que el procesado, pueda eludir la acción de la justicia, esto es el proceso penal.

#### **2.2.2.- MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES (C.P.P.) – MEDIDAS CAUTELARES PARA ASEGURAR LA PRESENCIA DE LA PERSONA PROCESADA (COIP)**

Estas medidas cautelares, son el medio legal a través del cual se busca garantizar la inmediación procesal y asegurar la sujeción del procesado/imputado al proceso penal, es decir, contar con la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para

garantizar su declaración ante el Juez, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el Juzgador.

Según Fenech tenemos la siguiente definición:

Son actos o medidas cautelares los que consisten en una imposición del Juez o Tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una persona... y que tiene por fin asegurar la prueba o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la consecución del fin del proceso penal. (FENECH , 1952, pág. 37)

De la misma manera, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas de 8 de mayo de 1979, proclamó en el art. 1, que las medidas cautelares personales ***“son todo procedimiento o medio que tienden a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en contra de la seguridad de las personas.”***

### **2.2.3.- CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Empezaremos con la definición de Prisión Preventiva según el diccionario jurídico de Cabanellas:

***Prisión: En general, acción de prender, coger, asir o agarrar. Cárcel u otro establecimiento penitenciario donde se encuentran los privados de libertad; ya sea como detenidos, procesados o condenados. Pena privativa de libertad más grave y larga que la de arresto e inferior y más benigna que la de reclusión.***

***Preventiva: La que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución de Juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito y por razones de seguridad.***

En el diccionario jurídico Espasa define:

***Prisión provisional o preventiva.- supone la privación de la libertad del encausado durante la tramitación del proceso penal, dentro de los plazos señalados en la Ley.***

El ilustrado criterio del Dr. Zavala manifiesta con relación a la prisión provisional, **“Como medida cautelar de carácter personal, se encuentra justificada sólo en casos especiales, que deben ser claramente señalados por las Leyes de procedimiento y sujeta dicha medida a un límite temporal”**. (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, pág. 220)

Además nos dice: “Como un acto proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que procede cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente señalados por la Ley, y que tiene por objeto privar de la libertad a una persona, de manera provisional hasta tanto subsistan los presupuestos que la hicieron procedente o se cumplan con determinadas exigencias legales tendientes a suspender los efectos de la institución”.

La Prisión Preventiva constituye una restricción a la libertad del ser humano, adoptada como una medida de seguridad por la autoridad judicial competente, a efectos de evitar que el imputado se despoje de la acción de la justicia.

El Dr. García Falconi, dice al respecto:

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 regulado y su afectación sólo debe darse por excepción. (GARCÍA FALCONÍ, 2009, pág. 103)

Así también Señala tenemos lo manifestado por Guerreiro Vivanco: **“Es aquella que puede ordenar el Juez de instrucción, de policía, de**

**derecho, en los enjuiciamientos por delitos pesquisables de oficio, cuando se encuentran reunidos los requisitos del Art. 177 (hoy 167) del Código Procedimiento Penal.” (GUERRERO VIVANCO , 2002, pág. 334)**

Otro penalista como lo es Viteri, sostiene que: **“la Prisión Preventiva es un acto procesal de carácter cautelar, provisional y preventivo, que emana del titular del órgano jurisdiccional penal y que surge en razón de un proceso; y frente al proceso, cuando se cumplen los presupuestos de carácter subjetivo y objetivo” (VITERI OLVERA, 2012, pág. 53)**

Finalmente Hassemer Wintried, señala **"es digno de elogio que la discusión acerca de la Prisión Preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente."** (HASSEMER WINTRIED, 1995, pág. 105)

Luego de estos enunciados sobre la Prisión Preventiva, se proyecta con fuerza la idea del “estado de libertad” y la excepcionalidad de la privación de libertad durante el proceso. Sin embargo, en la práctica no existe este grado de reconocimiento al derecho a la libertad del procesado, manteniéndose en nuestra ciudad una tendencia totalmente contraria al uso constante y exagerado de esta medida cautelar de carácter personal.

Hasta los actuales momentos, el sistema penal ecuatoriano ha girado en torno a la Prisión Preventiva de la cual se abusa, la mayoría de las personas que se encarcelan en el país son bajo Prisión Preventiva.

De este modo, la Prisión Preventiva en nuestro país especialmente en Guayaquil, sufre una metódica desnaturalización, pasando a convertirse de una medida cautelar, a un instrumento de control social.



Para Oswaldo Gozaini, existen dos motivos básicos, por las cuales los centros carcelarios albergan desproporcionada e injustificadamente personas bajo Prisión Preventiva:

En primer lugar, la mayoría de los procesados penales son encarcelados en lugar de concederles libertad provisional mientras sus procesos están pendientes, lo que supone una violación de las normas internacionales que exigen que se conceda generalmente la libertad durante el juicio. En segundo lugar debido a que el sistema de justicia es ineficaz, está sobrecargado y politizado; o porque los procesos penales se llevan a cabo de acuerdo a un código procesal anticuado. (GOZAINI OSVALDO, 2008, págs. 59, 60)

Si bien el objetivo esencial para la aplicación de esta medida, constituye impedir una posible evasión de la justicia; lastimosamente, el sistema penal ha desnaturalizado el espíritu de esta medida, cuando ha realizado un uso excesivo y en ocasiones con un tiempo de duración prolongado de ella, lo que ha llevado a que la conviertan en una verdadera pena.

Por lo expuesto, la realidad de la Prisión Preventiva en Guayaquil es la torcedura de todo un sistema penal, la prisión provisional definitivamente en el estado actual se ha desbordado y ha abandonado con el fin de disminuir el índice delictivo combatiendo la peligrosidad criminal. Y ese no es el lugar de la Prisión Preventiva.

#### **2.2.4.- CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

La Prisión Preventiva tiene las siguientes características:

**1. Es facultativa.-** Que puede ser únicamente ordenada por Autoridad competente, en este caso por el Juez de Garantías Penales que conozca de la causa y que forma parte de la Función Judicial. Pues el *ius puniendi*, le corresponde a esta Función del Estado.

**2. Es motivada.-** Como señala el Art. 76 numeral 7 letra I de la (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2012, pág. 26) ***Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.***

**3. Es Revocable.-** Es decir que las medidas cautelares son susceptibles de alteraciones y variables o sea que cabe su modificación.

Para revocar esta medida, el Juez bajo su criterio debe valorar la situación del procesado; y, en el caso que los motivos hayan variado le corresponderá al mantener o levantar la Prisión Preventiva acorde a valoración de la sana crítica, esto es motivando y fundamentando.

La misma que suspenderá o revocara en los casos que la Ley señala en el Art. 170 del (CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2012, pág. 320) así tenemos:

- 1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;**
- 2. Cuando el “procesado” o acusado hubiere sido sobreseído;**
- 3. Cuando “la Jueza o Juez” considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa;**
- 4. Cuando su duración exceda los plazos previstos en el “artículo 169”.**

Dentro del (Codigo Organico Integral Penal, 2014, págs. 86, 87) vigente, encontramos que la Revocatoria y Suspensión se encuentran en artículos

distintos, esto es en el Artículo 535 la Revocatoria y en el Artículo 538 la Suspensión los mismos que señalan lo siguiente:

**Artículo 535.- Revocatoria.- La prisión preventiva se revocará en los siguientes casos:**

- 1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.**
- 2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia.**
- 3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva.**
- 4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida.**

**Artículo 538.- Suspensión.- Se suspenderá la prisión preventiva cuando la persona procesada rinda caución.**

**4. Tiene tiempo de duración.-** Esta medida cautelar tendrá como duración lo prescrito en el Art. 169 primer inciso del Código de Procedimiento Penal, que expresa **La Prisión Preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión.** En el Código Orgánico Integral Penal lo encontramos dentro del Artículo 541 numeral 1 y numeral 2 que dice lo siguiente:

**Artículo 541.- Caducidad.- La caducidad de la prisión preventiva se regirá por las siguientes reglas:**

- 1. No podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.**
- 2. No podrá exceder de un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años.**

Es decir que cumplido los plazos antes mencionados obtendrán de forma inmediata la libertad, calculándose desde la fecha en que se dictó la orden de Prisión Preventiva.

**5. Su duración es imputada a la pena.-** Una vez que se haya probado el delito y la responsabilidad del inculpado en el cometimiento del mismo, se dictará sentencia de acuerdo a las normas legales pertinentes, debiendo descontarse el tiempo que estuvo detenido con orden de Prisión Preventiva de la pena a la que sea condenado.

**6. Instrumentalidad.-** Ya que tiene como finalidad evitar la frustración del proceso penal por causa de la fuga del procesado y así asegurar la ejecución de la sentencia. Y es por eso que se debe emitir por escrito, de manera motivada y fundamentada, la boleta constitucional de encarcelamiento para la ejecución de esta medida cautelar.

**7. Es Provisional.-** Esto se debe a que esta medida no es definitiva sino que es temporal; ya que depende del proceso que está pendiente y de la sentencia en firme que la confirme o que la extinga. Esta característica además está orientada a precautelar y asegurar al procesado.

**8. Legalidad.-** Por cuanto esta medida no se podrá dictar y ordenar sino se encuentra determinado en la Constitución de la República, Tratados Internacionales y la Ley y además del análisis y el sano juicio del Juez.

**9. Excepcional.-** La (Constitución de la República del Ecuador, 2013, pág. 27), señala: ***La privación de la libertad no será la regla general...*** Al decir que no es la regla general, entendemos que es de aplicación excepcional, lo cual tiene relación con varios tratados internacionales vigentes en el país los mismos que manifiestan que no hay que considerar a la Prisión Preventiva como una regla general a aplicar.

Así tenemos lo señalado en su Art. 9 inciso 3ero (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICO, 1976, pág. 2) ***...la Prisión Preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...***

Hay que insistir que esta medida de acuerdo con la doctrina penal y los derechos humanos, tiene un carácter estrictamente excepcional, por cuanto constituye una medida extrema, porque viola uno de los derechos esenciales que tiene toda persona, esto es la libertad.

**10. Apelable.-** El procesado puede apelar del auto resolutorio en el cual dispone la Prisión Preventiva, y el Agente Fiscal de igual forma podrá apelar cuando el Juez niegue esta medida cautelar pues así dispone el Código de Procedimiento Penal en su Art. 343 numeral 3 y de igual forma dispone el vigente Código Orgánico Integral Penal en su Art. 653 numeral 5.

Cabe manifestar que para interponer el recurso de apelación se lo hará mediante escrito fundamentado ante el Juez de Garantías Penales o Tribunal, dentro de los tres días y posterior a ello, pasa a conocimiento de la Sala respectiva de la Corte Provincial, la misma que convoca a una Audiencia Oral Pública y Contradictoria en 10 días, según el Código de Procedimiento Penal, a diferencia que en el actual y vigente Código Orgánico Integral Penal, el plazo es de 5 días; finalizado el debate la Sala procederá a la deliberación y anunciara su Resolución.

#### **2.2.5.- NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Única y estrictamente en casos necesarios y en la medida que sea imprescindible para garantizar los derechos de los demás por las exigencias del bien común, se puede restringir la libertad de las personas; es por eso que su restricción es solo aplicada en casos de excepcionalidad.

En varias legislaciones se han aceptado muchas veces razones inconsecuentes para la interposición de la Prisión Preventiva justificando que son argumentos de ejemplaridad, de seguridad, de eficacia contra la delincuencia imperante en nuestras sociedades, de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, entre otras. Y que tiene como finalidad eliminar la alarma social que pueda generar el delito, contrarrestar la peligrosidad del imputado, descartar la posible reincidencia, garantizar la protección de la víctima y de los testigos, disuadir a posibles delincuentes, entre otros.

Como manifiesta Carnelutti en La Miserias del proceso:

Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes... la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura... (CARNELUTTI FRANCESCO, 1960, pág. 27)

De todos los males que se hacen sufrir al inculpado, ninguno tan grave y tan injusto como la pérdida de la libertad. Grave, porque, por decirlo con palabras de Miguel Cervantes, "el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres", injusto porque se impone a una persona de la que aún no se sabe si es culpable o inocente del delito de que se le acusa, ya que el juzgador todavía no dicta su sentencia; esto es, porque es una pena sin condena.

¿Por qué tiene que sufrir el inculpado la Prisión Preventiva si, de acuerdo con el principio de presunción de inocencia consagrado en todos los sistemas procesales de los regímenes democráticos, se le considera inocente mientras no sea declarado culpable por la autoridad judicial?

Dentro de las supuestas virtudes de la Prisión Preventiva algunos destacan las siguientes: "reduce la incidencia delictiva, disminuye la

inseguridad pública, protege a la sociedad de sujetos peligrosos, es el único medio eficaz para impedir la fuga del inculpado, disuade a potenciales delincuentes, brinda un sentimiento de mayor seguridad y garantiza la reparación del daño.”

Sin embargo si es preocupante que se quiera avalar a la Prisión Preventiva como un medio de seguridad general cuando las funciones son otras.

Al parecer los Jueces de Garantías Penales de nuestra ciudad y de nuestro país en general, están totalmente convencidos de tales virtudes que tienden a aplicar la Prisión Preventiva desmesuradamente.

#### **2.2.6.- PRISIÓN PREVENTIVA Y DELITOS FLAGRANTES**

El artículo 162 del (CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO, 2012, pág. 315) establece como delito flagrante lo siguiente: ***Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención.***

Y el nuevo y vigente (Codigo Organico Integral Penal, 2014, pág. 85) en su Artículo 527 establece: ***Flagrancia.- Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se***

***encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.***

***No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.***

La Dra. Solanda Vera, define a los delitos flagrantes de la siguiente forma:

***Delito Flagrante.-*** Es aquel en que el delincuente es sorprendido mientras está cometiendo un delito, cuando es detenido sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa o frustración; y cuando es aprehendido en situaciones tales, o con objetos, que constituyen en indicios vehementes de la comisión del delito y la participación del sospechoso; Por ejemplo: Quien posee objetos robados y no da descargo de su posesión, o quien aparece con lesiones o manchas de sangre junto a alguien muerto o si se sabe que estuvo en contacto con la víctima hasta la última hora. (Dra. SOLANDA VERA, 2013, pág. 48)

El autor Ernesto Albán, manifiesta **“El delito es flagrante en dos casos: Cuando se comete en presencia de dos o más personas, o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, y el autor es aprehendido con armas, instrumentos relativos al delito recién cometido (flagrancia asimilada)”**. (ALBÁN ERNESTO, 2012, pág. 83)

Es decir, la flagrancia constituye apenas un hecho indicador para abrir una investigación, detectar una detención preventiva posible para desarrollar un juicio; de todos modos el Juez tiene que tener en cuenta que una persona puede ser sorprendida en flagrancia e inclusive capturada bajo esa circunstancia, pero luego puede demostrar una circunstancia de justificación del hecho o de inculpabilidad, o que se trata de un inimputable; de tal manera que ni aún en este caso se quiebra la presunción de inocencia, porque para establecer la responsabilidad penal debe hacerse sobre la base de hechos constitutivos, impeditivos y



extintivos, esto es debe haber certeza de la existencia del delito y certeza de la responsabilidad del acusado, de tal manera que la tenencia de un objeto, instrumento o que aparezca huella mostrando a una persona como presunto partícipe en la comisión de un hecho punible, solo es base para imputarlo en la instrucción Fiscal, pues la flagrancia es una situación meramente objetiva”

La flagrancia no desvirtúa el estado de inocencia, solamente es una circunstancia que da origen a un proceso penal, no porque se lo capturó flagrantemente quiere decir que la persona es culpable y por lo tanto debe estar presa, todos los detalles que se deriven de la detención deberán ser analizados por parte del Juez de Garantías Penales.

El Juez de Garantías Penales en la audiencia de calificación de flagrancia decidirá primero si la detención es legal, si se cumplen los parámetros para calificar a la infracción como flagrante, puesto que si no lo es, el detenido deberá ser puesto inmediatamente en libertad, y en el caso de evidenciar indicios claros de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado así como de riesgos procesales, podrá adoptar alguna medida cautelar siempre teniendo como última alternativa y de forma excepcional la aplicación de la Prisión Preventiva.

Con la existencia de la flagrancia no quiere decir que se ha comprobado el delito ni tampoco su autor, ya que eso se deberá demostrar en las audiencias posteriores, como tampoco podemos decir que si se ha calificado al acto como flagrante inmediatamente la persona deberá permanecer privada de su libertad.

El abuso de la Prisión Preventiva aún es más preocupante en esta clase de delitos, la flagrancia solo es un procedimiento especial que permite exenciones formales para la detención de la persona y consecuentemente para dar inicio a la instrucción Fiscal, sin embargo nuestros administradores de justicia aplican desmedidamente la Prisión Preventiva,

las cifras de esta medida cautelar en los procesos flagrantes es sumamente alto, siendo esto injustificable, porque así digamos que en un delito flagrante contamos con casi todos los elementos para garantizar su juzgamiento, no nos podemos olvidar que las medidas cautelares tienen como objeto garantizar las finalidades procesales, por lo tanto se deberá demostrar que existen peligros reales para justificar su imposición, más aún en el caso de la Prisión Preventiva debemos cumplir con todos los requisitos constitucionales y legales, puesto que si no se los aplica, dicha decisión sería ilegal e inconstitucional, además de arbitraria e ilegítima, y estaría violando derechos fundamentales del ser humano.

**Elementos del Delito Flagrante.-** Por lo que podemos apreciar y es evidente, que el delito flagrante tiene sus elementos básicos para que opere como son: Huellas, instrumentos, autoridad, evidencia, pero tiene que ser aprehendido inmediatamente después del hecho delictivo, con las manos en la masa. En cambio La Prisión Preventiva tiene que cumplir con una serie de presupuestos legales que haya petición del Fiscal al Juez para dicte la orden de Prisión Preventiva siempre, y cuando haya los indicios suficientes para imputar el delito cometido, y con la debida Instrucción Fiscal; y, también por propia decisión del Juez en los casos de delitos flagrantes, hasta que el Fiscal de turno dicte el Auto de Instrucción Fiscal acuse y pida la Prisión Preventiva, y los delincuentes no se burlen de la justicia, han habido ocasiones que la policía de Narcóticos han detenido en delito Flagrante, pero el Fiscal no ha acusado y no ha dictado el auto de instrucción Fiscal, ni pedido la Prisión Preventiva al Juez, y los delincuentes han fugado burlando a la vindicta pública.

### **2.2.7.- EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR PARTE DE LOS JUECES Y EL ASPECTO SOCIAL QUE EL MISMO CAUSA.**

En efecto, nuestra ciudad padece de una aplicación excesiva de la Prisión Preventiva en la cual el Estado busca privar de su libertad a una persona para aplacar así la alarma social que genera la comisión del delito, y así

de una manera no convencional, ni racional; acrecentar credibilidad, esto se aplica por puro populismo que no soluciona jamás el problema de fondo, que es la delincuencia.

Definitivamente la Prisión Preventiva en nuestra ciudad sufre una sistemática desnaturalización, pasando a convertirse de una medida cautelar, a un instrumento de control social; porque es solicitada por los Agentes Fiscales y posteriormente ordenada por el Juez de Garantías Penales, con total automatismo, convirtiéndose en una auténtica practica punitiva.

Por el actuar procesal se manifiesta **“Juez robot o automatizado que convierte el juzgado en fábrica de elaboración de Prisión Preventiva a pedido del Fiscal, quien como se sabe es Juez y parte en la sustanciación de la primera etapa del proceso penal”**. (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, pág. 104)

Del mismo modo un ilustre doctor Zambrano Pasquel, critica la labor de los jueces y dice: **“La falta de respeto al derecho a la libertad ha sido la quiebra principal de nuestro actual sistema penal, por lo que la administración de justicia vigente es la principal responsable de la pérdida de confianza popular en la judicatura”**. (ZAMBRANO PASQUEL J. , 1996, pág. 81)

Hay que aclarar una vez más que la décima tercera medida cautelar de carácter personal, actual sexta medida cautelar para asegurar la presencia de la persona procesada en el Código Orgánico Integral Penal es la Prisión Preventiva, las otras son medidas alternativas; de tal modo que el Juez tiene que utilizar las reglas de la sana crítica y aplicar de forma prioritaria y necesaria medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, teniendo en cuenta las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social del procesado; tal como lo señala la Constitución de la República.

Es de dominio público escuchar que se ha dictado órdenes de Prisión Preventiva contra tal o cual persona, y reclamos constantes por dicha medida cautelar personal referente al abuso de la misma e injusticias en su uso.

Pues hay que reconocer que una gran mayoría de Fiscales al solicitarla y de los Jueces de Garantías Penales al disponerla, sencillamente la aplican mal, por lo que más bien cabe un cambio de mentalidad de los administradores de justicia, antes que reformas legales.

Respecto del tema, tenemos la opinión dada por el Dr. Ernesto Pazmiño que como Defensor Público crítica y cuestiona el actuar de los Agentes Fiscales y Jueces de Garantías Penales por el abuso e inadecuada aplicación de la prisión preventiva.

El Defensor Público criticó en el año 2009 la práctica común de los jueces ecuatorianos para echar mano de la Prisión Preventiva del sospechoso o imputado de algún delito, por menor que sea; Pazmiño habla de que un 90% de las causas penales, se resuelven con Prisión Preventiva, como si esta medida cautelar fuese la única que puede adoptar un Juez de Garantías Penales. (PAZMIÑO ERNESTO, PRISION PREVENTIVA, 2009, pág. 2)

En el año 2012, que es el que nos basamos para nuestra tesis, nuevamente manifiesta Ernesto Pazmiño, Defensor Público, hay un uso “abusivo e irracional de la Prisión Preventiva por parte de los Fiscales y Jueces”. Esta institución defendió a 52.052 personas durante el 2012. Según los registros de Pazmiño, el 65% de las personas detenidas son absueltas. El riesgo de hacer de la Prisión Preventiva la regla y no la excepción es que se aplica también sobre inocentes, recalca. (PAZMIÑO ERNESTO, ABUSO DE LA PRISION PREVENTIVA, 2013, pág. 8)

Lamentablemente, los jueces guayaquileños todavía creen que la única forma de combatir el delito, es a través de la Prisión Preventiva. Hay que

cuestionar también el accionar de los agentes Fiscales, quienes piensan o creen que su tarea principal es solamente acusar y pedir Prisión Preventiva.

### **2.2.8.- RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN DEL ESTADO**

El sometimiento a Prisión Preventiva de una persona imputada de un delito, y que posteriormente recupera su libertad por sobreseimiento o por absolución, plantea la gran interrogante de si tiene algún derecho y/o a una reparación del daño sufrido en uno de sus bienes jurídicos más preciados, como es su libertad personal.

Y como respuesta a esta gran interrogante tenemos lo manifestado en el Art. 11 numeral 9 inciso 4º de la (Constitución de la Republica del Ecuador, 2013, pág. 4): ***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.***

Además de los pactos internacionales sobre derechos humanos que también advierten esta problemática y consagran el derecho a la reparación de aquel que se ha visto privado ilegítimamente de su libertad. Es por eso que el Pacto de San José, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 10 dispone: ***Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la Ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.***

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 5 dice: ***Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.***

De esta manera podemos apreciar claramente que existe la posibilidad de exigirle al Estado la reparación de los daños producidos por una privación de libertad que se motive en la ilegalidad o en el error judicial, amparados en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales.

Actualmente, encontramos establecido las reglas específicas para la sustanciación de los procesos por el mal funcionamiento de la administración de justicia, las mismas que se encuentran en el Capítulo II, del Título I, del Código Orgánico de la Función Judicial.

En el inciso primero del Art. 32 del referido Código Orgánico, consta que: ***El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.***

En el caso que nos ocupa respecto a la Prisión Preventiva, y al principio de presunción de inocencia, cuando haya violaciones constitucionales, observamos que los perjudicados, pueden proponer ante la autoridad competente, una acción o demanda de daños y perjuicios y de daño moral.

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

Así tenemos en el Art. 416 del (CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO, 2012, pág. 395), en el que se refiere al caso de Revisión, determinando: ***Cuando la Corte Nacional de Justicia,***

***aceptando el Recurso de revisión revoque o reforme la sentencia recurrida, el injustamente condenado tiene derecho a una indemnización equivalente al cuádruple de los ingresos percibidos según su declaración de impuesto a la renta, correspondiente al año inmediato anterior de su privación de libertad, en proporción al tiempo que haya permanecido preso. Además será obligación del Estado proporcionar al injustamente condenado un trabajo acorde con sus antecedentes, formación y necesidades.***

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

Es decir que el Estado se encuentra obligado a reparar los daños y perjuicios de una persona, que estuvo con Prisión Preventiva y fue sobreseída o cuando haya tenido una sentencia condenatoria ésta ha sido revocada mediante el recurso de revisión. En el vigente Código Orgánico Integral Penal ya no encontramos este Título referente a la Indemnización al Procesado, Acusado o Condenado.

El Art. 419 del (CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2012, pág. 396) establece: ***Cuando el procesado sea absuelto o sobreseído, debe ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos, conforme lo previsto en los artículos anteriores. La indemnización será pagada por el acusador particular. Si no lo hubiere, la pagará el Estado, que tendrá derecho a repetir contra quien haya inducido la acusación Fiscal.***

Respecto de la indemnización por parte del Estado, en el vigente Código Orgánico Integral Penal ya no encontramos estos artículos.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sido clara respecto a los límites que supone el ejercicio del poder penal del Estado: Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

Por otra parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado que, entre las obligaciones de los Estados parte emanadas de la Convención Americana, está la de investigar sobre los derechos humanos ocurridas en su territorio, aún las cometidas por particulares y la de sancionar penalmente a los responsables de ellas. Si un Estado no investiga las violaciones ni sanciona a los responsables incurre en responsabilidad internacional por violación del Art. 1 de la Convención, que establece la obligación de garantizar los derechos en ella reconocidos. Para la Corte Interamericana “la sanción penal es necesaria para garantizar la vigencia de los derechos humanos” (OTTAVIANO SANTIAGO, 2008, pág. 430)

Finalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha sentenciado al Ecuador por la indebida aplicación de la Prisión Preventiva, para lo cual citaremos un caso que fue muy conocido con su respectiva sentencia:

#### **2.2.8.1.- El caso Tibi (2004)**

##### **1.1.- Hechos**

El señor Daniel Tibi, de nacionalidad francesa, era comerciante de piedras preciosas. Fue arrestado el 27 de septiembre de 1995, mientras conducía



su automóvil por una calle de la Ciudad de Quito, Ecuador. Su detención se produjo por una declaración del señor García León en el marco de la operación antinarcoóticos “camarón”.

El señor Tibi fue detenido por oficiales de la policía de Quito sin orden judicial. Luego fue llevado en avión a la ciudad de Guayaquil, aproximadamente a 600 kilómetros de Quito, donde fue recluido en una cárcel y quedó detenido ilegalmente por veintiocho meses.

El 4 de octubre de 1995 el Juez Primero Penal del Guayas emitió **orden de Prisión Preventiva** contra el señor Daniel Tibi e inició el proceso penal, el cual no le fue notificado. El señor Daniel Tibi no fue llevado de manera inmediata ante el Juez de la causa, ni interrogado por éste.

El señor Daniel Tibi no contó con defensa por el lapso de un mes, pese que se le había designado un abogado de oficio, al cual nunca conoció. El declarante que lo vinculaba con los hechos ilícitos cambio dos veces su versión.

El 1 julio de 1996 el señor Daniel Tibi interpuso un recurso de amparo judicial. El 22 de julio de 1996 el Presidente de la Corte Superior de Guayaquil denegó el recurso de amparo judicial interpuesto por el señor Tibi, con base en que no se habían desvirtuado en el proceso los méritos del cargo que sirvieron para fundamentar la Prisión Preventiva del detenido.

El 3 o 5 de septiembre de 1997 se dictó el sobreseimiento provisional del proceso del señor Tibi, el sobreseimiento subió a consulta sin que esto levante la Prisión Preventiva, lo que significó cuatro meses más de detención. El 14 de enero de 1998 se confirmó el sobreseimiento provisional a favor del señor Daniel Tibi.

El 2 de octubre de 1997 el señor Daniel Tibi interpuso un segundo recurso de amparo judicial ya que pese a que se había ordenado su inmediata libertad en la resolución dictada el 3 o 5 de septiembre de 1997, aún permanecía privado de libertad<sup>25</sup>. Este recurso le fue negado sin fundamento, la solicitud presentada para la aclaración del fallo no fue atendida.

El 21 de enero de 1998, el señor Tibi fue puesto en libertad. El 23 o 29 de septiembre de 1998 se dispuso la devolución de los bienes del señor Tibi, la cual nunca se llevó a cabo.

“En la Penitenciaría del Litoral el señor Tibi fue recluido en el pabellón conocido como “la cuarentena”, en el cual estuvo por 45 días, en condiciones de hacinamiento e insalubridad. En ese pabellón estaban recluidas entre 120 y 300 personas, en un espacio de 120m<sup>2</sup>. Allí permaneció encerrado las veinticuatro horas del día, el lugar no tenía ventilación ni luz adecuada y no se le proporcionó alimento. Tuvo que pagar a otros internos para que le trajesen comida. Posteriormente, el señor Daniel Tibi fue llevado al pabellón “atenuado bajo” de la Penitenciaría del Litoral y permaneció varias semanas en el corredor del pabellón, durmiendo en el suelo, hasta que finalmente pudo ubicarse por la fuerza en una celda. El 19 de febrero de 1997 el señor Tibi fue recluido en el pabellón de indisciplinados, donde fue atacado por otros reclusos”.

El señor Daniel Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban y fue torturado en al menos siete sesiones para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico. Cada sesión consistía en golpes de puño en el cuerpo y rostro, quemaduras de cigarrillos en las piernas, descargas eléctricas en los testículos y sumergir su cabeza en tanque de agua. Esto le provocó varias fracturas costales y sus dientes fueron quebrados.

Los efectos físicos y psicológicos de estos tratos persistían al momento de dictar la sentencia de la CortelDH. El señor Tibi fue representado en los trámites realizados ante la CIDH y la CortelDH por miembros del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

## **1.2.- Consideraciones relevantes del caso**

La CortelDH determinó que el Estado ecuatoriano violó el art. 7 de la CADH, que establece que la persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, basado en que la detención del señor Daniel Tibi fue ilegal, arbitraria y excedió el plazo razonable.

En este sentido la CortelDH determino que:

*“según el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la Ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”*

A continuación señaló que:

*“La Corte considera indispensable destacar que la Prisión Preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener*

*un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.*

*El Estado dispuso la Prisión Preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la Prisión Preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención”.*

De la misma forma, la CorteIDH, encontró que el Estado había violado los artículos 7(6) y 25 de la CADH por no haber puesto a disposición del señor Tibi recursos rápidos y efectivos para revisar la legalidad de su detención.

Sobre este punto la CorteIDH declaró que:

*“Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.*

Respecto a las torturas sufridas por el Sr. Tibi, las condiciones carcelarias en las que se vio envuelto y la angustia provocada a sus familiares, la

CorteIDH declaró la violación al artículo 5 de la CADH. Cabe destacar que la CorteIDH emplea una visión progresista de observar el derecho a la integridad personal, esto es el sufrimiento innecesario que sufren los familiares de las víctimas de violaciones a derechos humanos, por la inseguridad o la incertidumbre de la situación jurídica o de la vida de sus familiares.

Respecto a la tortura a la que fue sometido el Sr. Tibi, la CorteIDH estableció que:

*“Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del ius cogens. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”.*

Respecto a las condiciones carcelarias, la CorteIDH señaló que:

*“De conformidad con ese precepto toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. La*

*descripción de las condiciones en las que vivió el señor Daniel Tibi durante su detención evidencian que éstas no satisficieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno, conforme a su condición de ser humano, en el sentido del artículo 5 de la Convención”.*

Sobre la violación a los familiares de las víctimas:

*“Esta Corte observa que la señora Beatrice Baruet, sus hijas Sarah y Jeanne Camila Vachon, Lisianne Judith Tibi, hija de ella y el señor Tibi y Valerian Edouard Tibi, hijo del señor Tibi, vieron afectada su integridad personal como consecuencia de la detención ilegal y arbitraria, la falta del debido proceso y la tortura a que fue sometida la presunta víctima. Las afectaciones de éstos consistieron, entre otros, en la angustia que les produjo no conocer el paradero de la presunta víctima inmediatamente después de su detención; y en los sentimientos de impotencia e inseguridad por la negligencia de las autoridades estatales para hacer cesar la detención ilegal y arbitraria del señor Tibi; y el temor que sentían por la vida de la presunta víctima”.*

La CortelDH determinó que el Estado de Ecuador violó el artículo 8 de la CADH, por no haberse respetado, a favor del Sr. Tibi, la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a la comunicación con su abogado, el derecho a la información previa de los cargos y respecto al derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

Sobre la razonabilidad del plazo, la CortelDH señaló que:

*“La Corte considera que el alegato del Estado en el sentido de que las autoridades judiciales habían “actuado ágilmente aún a despecho de la complejidad y las características del asunto*

*materia de la investigación y las posibilidades propias del Estado”, no es suficiente para justificar el retardo en el proceso al cual estaba sometido el señor Daniel Tibi. Los casi nueve años transcurridos desde la aprehensión del señor Daniel Tibi pugnan con el principio de razonabilidad del plazo para resolver un proceso”*

Sobre la presunción de inocencia, la CorteIDH estableció que:

*“Se ha probado que el señor Tibi permaneció detenido desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998. Esta privación de libertad fue ilegal y arbitraria. No había elementos probatorios que permitieran inferir razonablemente que el señor Tibi estaba involucrado en el Operativo “Camarón”. [L]a acción del Estado se fundó en una sola declaración inculpatoria, que quedó desvirtuada posteriormente. Esto demuestra que se trató de inculpar al señor Tibi sin indicios suficientes para ello, presumiendo que era culpable e infringiendo el principio de presunción inocencia”.*

Por último, la CorteIDH dictaminó la violación del artículo 21, referido al derecho a la propiedad, por la confiscación de los bienes del Sr. Tibi sin que se le hayan devuelto hasta la presente los mismos. La violación a la protección a la familia (art. 17 de la CADH) fue rechazado por la Corte IDH.

### **1.3.- Sentencia y cumplimiento**

La CorteIDH estableció indemnizaciones pecuniarias por un monto total de 400.000 euros. Declaró que la Sentencia constituye per se una forma de reparación al Sr. Tibi.

“El Estado debía, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Daniel Tibi. El resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado”.

“El Estado deberá publicar, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en el Ecuador, tanto la Sección denominada Hechos Probados como los puntos resolutive de la Sentencia. Igualmente, el Estado debía publicar lo anterior, traducido al francés, en un diario de amplia circulación en Francia, específicamente en la zona en la cual reside el señor Daniel Tibi”.

“El Estado debe hacer pública una declaración escrita formal emitida por altas autoridades del Estado en la que reconozca su responsabilidad internacional por los hechos a que se refiere el presente caso y pida disculpas al señor Tibi y a las demás víctimas mencionadas en la presente Sentencia”.

“El Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos. El diseño e implementación del programa de capacitación, deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con la participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos”.

En su resolución de cumplimiento de sentencia del caso Tibi, del 22 de septiembre de 2006, la CorteIDH determinó que el Estado de Ecuador sólo había cumplido la sentencia en cuanto a las publicaciones dentro del Ecuador.



Ante la imposibilidad del Estado ecuatoriano de ubicar los bienes incautados al Sr. Tibi, la CortelDH estableció una compensación de 82.850 euros.

En los ítems restantes de la sentencia, la CortelDH determinó que se mantenía vigilante su cumplimiento.

## **2.3.- FUNDAMENTACIÓN LEGAL**

En la legislación ecuatoriana las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones conforme el Art. 10 del Código Penal Ecuatoriano (actualmente Art. 19 del COIP), los primeros que son sancionados con prisión y reclusión, los segundos sancionados con penas de pérdida temporal de libertad y multas.

### **2.3.1.- PRIVACIÓN DE LIBERTAD**

En el Ecuador según el Código de Procedimiento Penal (actualmente COIP), la privación de la libertad, procede en los siguientes casos:

- 1.- La aprehensión por delito flagrante Art. 161, 162 y 163; (actualmente Arts. 526, 527 Y 528 del COIP)
- 2.- La detención Art. 164, (actualmente art. 530 del COIP); y,
- 3.- La prisión preventiva Art. 167, (actualmente Art. 534 del COIP)

El muy ilustre Doctor, **“En su obra de Derecho Penal Ecuatoriano clasifica al delito de acuerdo al carácter de la acción judicial a que da lugar, sosteniendo que es de: De acción pública.”** (ECHEVERRIA GAVILANEZ, 1954, pág. 27)

De acción privada. Y de acción mixta. Entre las varias definiciones del delito el muy ilustre doctor, manifiesta:

Es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre, y sometido a una sanción penal”, siendo el delito la infracción de un derecho individual o colectivo, que se encuentra escrito de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el mismo que cambia de acuerdo a las necesidades de la sociedad en el tiempo y el espacio, determinado por una sanción a los infractores. (JIMENEZ DE ASUA, 1999, pág. 213)

Delitos de acción pública son todos aquellos perseguibles de oficio, investigados por el Ministerio Público en nombre y representación del Estado en cuidado de la sociedad; entendiéndose por perseguible: **La investigación, la indagación para descubrir algo o cerciorarse de su realidad y circunstancia.** y de oficio **lo que se tramita o resuelve por iniciativa o impulso del juez o tribunal, como opuesto a lo que se designa a instancia particular,** siendo obligación del estado la de proteger y garantizar la seguridad y los bienes de los habitantes.

La regla general establecida en cuanto a la presunción del delito es que deben ser los agentes de la sociedad quienes se encarguen de la tarea. Todo delito y toda contravención debe perseguirse de oficio aunque el afectado particular no reclame ni denuncie, ni haga nada en absoluto por buscar una sanción del delito por el hecho de haberlo cometido no depende de la voluntad del particular ofendido, sino de la voluntad de la ley, es regla general que los delitos de acción pública sean perseguidos de oficio por parte del Ministerio Público, pero esto no quita derecho a que los particulares, dentro de sus capacidades establecidas por la ley también puedan seguir esta acción.

**Son delitos de acción Privada aquellos que por regla general su acción de defenderse se deja al individuo, quien se lo conoce como querellante, que es quien debe presentar acusación particular para hacer valer sus derechos. El delito tiene un valor de ofensa a la sociedad, y la pena tiene valor de retribución en interés social. Es así que toda persona que ha**

**cometido un delito debe ser sancionada, siendo esta mayor o menor de acuerdo a la infracción que haya realizado.**

Con el Registro Oficial No. 360 del 13 de enero del año 2000, entra en vigencia el Código de Procedimiento Penal, en el que la acción penal se clasifica:

1. Pública de instancia oficial;
2. Pública de instancia particular; y,
3. Privada.

**Siendo la instancia oficial y particular de carácter público, diferenciándose que la primera su investigación es pesquisable de oficio por el Agente Fiscal, para probar indicios de la existencia de un delito y la responsabilidad del encausado, para resolver inicio de instrucción fiscal solicitando al juez competente ordene prisión preventiva de acuerdo al caso, pudiendo existir acusador particular, participando conjuntamente con el Ministerio Publico, los interesados en el proceso, en cambio la segunda que es de instancia particular debe ser presentada ante el fiscal por medio de denuncia, para que este realice las diligencias necesarias para verificar si existen los requisitos necesarios para resolver el inicio de instrucción fiscal solicitando al juez se ordene medida cautelar, expresándose que "El denunciante no será parte procesal"**

### **2.3.2.- NECESIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA**

No podemos apartarnos de la necesidad emergente de la prisión preventiva ya que la misma proporciona beneficios que otras medidas no tienen, pero así mismo el problema de la aplicación del mismo radica en el abuso e inadecuada aplicación de la prisión preventiva. La prisión preventiva asegura la presencia del imputado a juicio, para que pueda probarse el delito y la responsabilidad del encausado, pero esta medida de privación de la libertad puede agredir a los derechos Constitucionales, a los Pactos, Tratados, Convenios, Declaraciones y Convenciones

Internacionales sobre los Derechos Humanos del detenido, por lo tanto las leyes procesales penales deben ceñirse a las garantías de las personas.

El muy ilustre doctor, 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”** (ZABATELA J, 1945, pág. 284)

El muy ilustre doctor Viteri, expresa:

*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* (VITERI OLVERA, 2012, pág. 60)

Como la regla social es la libertad, satisfaciendo esta norma a las exigencias sociales, que es protegida y garantizada Constitucionalmente, la pérdida 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, en favor de la sociedad.

Un ilustre doctor manifiesta: **"La arbitrariedad judicial, en cuanto se relaciona con la libertad, puede ser funesta: entre que huyan 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"** (LOPEZ MORENO, 1993, pág. 341).

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

Se manifiesta que existen razones necesarias para aplicar esta medida cautelar:

- 1. *Asegurar los fines del proceso.***
- 2. *Garantizar la eventual ejecución de la pena. (FENECH , 1952, pág. 37)***

El muy ilustre doctor, señala:

- 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. (VITERA OLVERA, 2009, pág. 86)***

En consecuencia para la prisión preventiva es necesaria dentro de la sociedad para:

- a. Asegurar que el imputado se vincule con el proceso penal del delito que se le acusa.
- b. Asegurar la comparecencia a juicio ante los tribunales penales, para garantizar las pruebas.
- c. Evitar se eluda la responsabilidad del delito con la fuga del imputado.

El Código de Procedimiento Penal actualmente (art. 534 del COIP) 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 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.

Por este motivo no es necesario probar si existe delito, ni que el sindicado sea autor o cómplice de la infracción, sino 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 se 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.

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

Los indicios que manifiesta el Código de Procedimiento Penal (actualmente COIP) de la existencia de un delito y la responsabilidad del sindicado, deben ser claros, en tal virtud que no se cometan errores al apresarse 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 dé 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.

### **2.3.3.- LA PRISION PREVENTIVA DEBE FUNDAMENTARSE**

La Constitución del Ecuador, en su Art. 24 numeral 13, manifiesta que Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas y principios jurídicos en que se hayan fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho; 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 su pertinencia, entendiendo por fundamentar según el Dr. GALO ESPINOSA M., 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 encausados, asegurando el éxito de la valoración de las pruebas, el juzgamiento dentro de la etapa del juicio, para de ser el caso sean sentenciados los responsables de un delito.

Se explica que para fundamentar un hecho deben concurrir dos condiciones:

1. Debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba descubriendo 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 de supuesto infractor a juicio. (CAFFERATA NORES, 1994, pág. 33)

Esta medida debe cumplir formalidades para su cumplimiento como son:

1. Motivos de la detención.
2. El lugar y fecha en que se la expide; y,
3. La firma del juez competente. Ordenándose esta medida por auto en el cual se dispone se gire la boleta Constitucional de encarcelamiento, que debe contener.

Los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;

- Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva;
- La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presuntos previstos en el artículo anterior; y,

La cita de las disposiciones legales aplicables. "Como exige el Código de Procedimiento Penal (actualmente el COIP), 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 de 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 Procedimiento Penal (actualmente el Art. 534 COIP), sin que se hayan analizado los indicios que demuestren que el sindicado es auto



cómplice del delito, que es el fin del proceso, siendo mal utilizada esta facultad en el Ecuador, 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 cometimiento de una infracción. Ciertamente los jueces penales – pocos afortunadamente - que toman a los informes policiales como verdades incontrovertibles, ni 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 señale el delito por el cual se lo arresta, la prisión preventiva es ilegal, por lo que el sindicado puede presentar recurso de Hábeas Corpus Judicial o Amparo de Libertad.

El muy ilustre doctor 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 más importante, de modo tal que el ejercicio del ius puniendi penal, sin el cual los ciudadanos carecerían de toda garantía frente a la Administración (ASENCIO MELLADO, 2010, pág. 33)

Las penas tienen relación directa a la gravedad del delito cometido por los transgresores de la ley, cuyos logros se perpetra 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.

### **2.3.4.- EN QUE PROCESOS SE DICTA PRISION PREVENTIVA**

Esta medida de carácter personal se dicta en todos los delitos de instancia oficial y los de instancia particular pública. El ejercicio de la acción pública corresponden 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 (actualmente Art. 539 # 3 del COIP) 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 más tiempo preso 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 práctica 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.

#### **2.3.4.1.- EN LOS DELITOS DE ACCION PÚBLICA**

La prisión preventiva procede dentro de los delitos de acción pública de instancia oficial que son perseguibles de oficio en garantía de los bienes jurídicos de la sociedad, entre los ilícitos se reseñan los siguientes:

1. El Asesinato;
2. El Homicidio;
3. La Violación;
4. El Peculado;
5. El Plagio;
6. El Enriquecimiento Ilícito;
7. El Narcotráfico, etc.

En el Art. 33 del Código de Procedimiento Penal (*actualmente Art. 419 del COIP*) se prescribe: **El ejercicio de acción pública corresponde exclusivamente al fiscal.** El Art. 215 del mismo cuerpo de leyes prescribe, el fiscal, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio haya llegado a su conocimiento".

**De acuerdo al Registro Oficial No. 734 de fecha 13 de Enero de 2.003 se establece que la indagación previa se mantendrá en forma reservada al público en general, pero no de las personas investigadas quienes tienen acceso inmediato efectivo y suficiente de los hechos investigados, garantizando el precepto Constitucional del legítimo derecho a la defensa. El representante del Ministerio Publico está obligado a investigar los delitos públicos de instancia oficial, mediante la indagación previa fiscal que es una etapa extra 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 incurría 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 ilícito.**

Esta investigación que es pesquisable de oficio de acuerdo al Art. 216 de la ley Procesal Penal ecuatoriana (*actualmente Art. 458 del COIP*) prescribe: Son atribuciones del Fiscal:

1. Las de 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 dieren. Se las advertirá de la obligación que tiene de presentarse a declarar ante el Juez o ante el tribunal penal. Estos datos se consignarán en el acta que será suscrita por las personas intervinientes;

4. Solicitar al juez que con las solemnidades y formalidades previstas en el Capítulo de la prueba testimonial, reciba el testimonio de quien se encuentra 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 ausente 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 del juez competente;
7. Solicitar al juez que realice la identificación del sospechoso o del imputado, cuando el agraviado o los declarantes no conozcan el nombre y apellido de la persona a la que consideran incriminadas en el delito que es objeto del proceso, pero aseguren que la reconocerían si volvieren a verla.
8. Esta diligencia, se cumplirá en presencia del abogado de la defensa de acuerdo a las siguientes reglas:
  - El juez, 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 más individuos, lo más análogamente vestidos, el juez preguntara a la persona que debe realizar la identificación, si en el grupo que tiene frente a él se encuentra el sospechoso;
  - Si el agraviado o el declarante respondiere afirmativamente, el juez ordenará que señale a la persona a quien se refirió en el momento de declarar; y,
  - De lo practicado en el acto de identificación se sentará el acta correspondiente; con las firmas del juez, secretario, e identificado.

Este mismo procedimiento de identificación se observara cuando se tratare de personas homónimas;

9. 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.
10. 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 criminalistas;
11. 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 que 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, está 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 pueden hacer uso de la fuerza pública. Siendo los delitos de acción pública 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 éstas cuando son de carácter personal es el siguiente:

El conocimiento del cometimiento de un presunto delito y de sus responsables llega 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 existen más de un juzgado penal, con el conocimiento de los hechos y de existir méritos el juez revocará u ordenará la prisión preventiva, para que de esta forma se asegure y 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 imputado, 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 de proceso iniciado.

Es de anotar, que con la reforma introducida al Código de Procedimiento Penal el 13 de enero del 2003, los perjudicados e interesados que tengan capacidad pueden presentar la acusación particular desde el inicio de la instrucción fiscal hasta la finalización de la misma.

### **2.3.5.- REQUISITOS PARA DICTAR LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, (actualmente Art. 534 del COIP) prescribe los requisitos que se deben cumplir para que se aplique esta medida cautelar que como manifiesta el Dr. José Gracia Falconí, el juez para ordenar esta medida cautelar de carácter personal debe estar completamente seguro que se ha cumplido con las formalidades y requisitos necesarios, estos requisitos son:

- 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.**

#### **2.3.5.1.- INDICIOS SUFICIENTES SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA.**

Muchos tratadistas exponen su opinión acerca de este tema entre los cuales tenemos:

Indicios que de acuerdo el ilustre doctor nos dice, **“los denomina objetivos sin los cuales la prisión preventiva no sería jurídicamente procedente”**. (ZAVALA BAQUERIZO, 2004, pág. 24)

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 imputaba, es un hecho que jamás nadie logrará resarcirle en la sociedad aparte 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 el que la ley del más fuerte es la que impera muchas de las veces convirtiéndose en la escuela de la formación para el delito. Por estos motivos es tan 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 sobre vivencia en los centros carcelarios del país, que lamentablemente no cumplen con el fin social para el que fueron establecidos.

Nuestra Constitución en el Art. 76 numeral 2 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" "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 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 en el 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 fiscal y durante la instrucción fiscal para determinar si en verdad es procedente ordenar en contra de un ciudadano esta clase de medida".

### **2.3.5.2.- INDICIOS CLAROS Y PRECISOS DE QUE EL IMPUTADO ES AUTOR O CÓMPLICE DEL DELITO**

Hemos encontrado basta jurisprudencia en la que manifiesta que es muy importante que haya más que una simple presunción y es de vital importancia, para preservar los derechos fundamentales de los procesados, que hayan indicios claros y precisos de que el imputado tiene injerencia en el cometimiento del delito, como a continuación se cita:

El muy ilustre doctor, 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. (ESCRICHE JOAQUIN, 1847, pág. 411)



Como siendo requisito previo antes de dictar 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 demostrada 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.

### **2.3.5.3.- QUE SE TRATE DE UN DELITO SANCIONADO CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO**

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 en suspenso el cumplimiento de la pena". "Mientras en el Código Adjetivo Procesal 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 duración es negativa, mucho más 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.

**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 las acciones del Tribunal, desnaturalizan la escénica de la garantía procesal, ya que en ese caso, la prisión preventiva deja de ser un medio de aseguramiento de los fines del proceso, y pasa a ser una mera retención de la persona del sospechado que no cumple finalidad alguna.**

Si en virtud de estos delitos se dictare esta medida cautelar preventiva, por parte de juez, se puede presentar el Recurso de Apelación ante el Superior, quien deberá revocar el mismo o confirmar su aplicación si existen los requisitos, la motivación debidamente fundamentada con las bases legales pertinentes, para su aplicación.

### **2.3.6.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE PRISION PREVENTIVA Y DETENCION**

La detención es otra medida cautelar de carácter personal que de acuerdo al ilustre doctor determina:

Por su carácter de irreparable y la gravedad que implica, solo se efectúa cuando existe una vehemente doctrina y los últimos proyectos sostienen la necesidad de limitar la presunción de culpabilidad evitando en lo posible el error. Para eso es la detención". "Debiendo existir indicios suficientes que una persona tiene responsabilidad, con el delito, para asegurar las pruebas que puedan desaparecer, evitando que los presuntos autores se separen del lugar cuando en el momento de cometer un delito existan más de dos personas y no se puedan individualizar las responsabilidades y el actor del hecho. (LEVENE RICARDO, 1967, pág. 22)

En la actualidad se aplica a solicitud del fiscal con el fin de investigar un delito público, que debe contener:

1. Los motivos de la detención.
2. El lugar y la fecha en que se lo expide; y
3. La firma del juez competente.

Esta orden se entregará a un agente de la policía judicial, quien se encarga de detener al investigado, de acuerdo a las normas legales, esta medida durará solamente veinticuatro horas tiempo en el cual deberán ser

puestos a órdenes de del juez, quien de existir méritos a solicitud del representante del Ministerio Público, dictará orden de prisión preventiva, o caso contrario deberán ser puestos en libertad cumplido este plazo; en la actualidad no se cumple con este precepto Constitucional, ya que existen en las cárceles ecuatorianas varias personas que se encuentran con esta medida cautelar durante mucho tiempo detenidos y sin que exista fórmula de juicio o se haya iniciado la instrucción fiscal en contra, y aun de interponer las acciones de amparo de libertad o hábeas corpus, éstos se tramita con gran lentitud atentando los Derechos Humanos y Constitucionales. La persona detenida tiene el derecho a conocer el motivo de su detención, el juez que la dicto, y a llamar a una persona de confianza o de su abogado defensor.

#### **2.3.6.1.- SEMEJANZAS**

1. La prisión preventiva y la detención son medidas personales, las dos son ordenadas por el Juez competente, cumpliendo ciertos requisitos para su validez legal.
2. Son medidas excepcionales de privación de la libertad, impuestas a las personas vinculadas con un delito.
3. La finalidad de estas medidas es la de asegurar se cumpla con la responsabilidad de los supuestos infractores de la ley, para que de acuerdo a un proceso se pruebe el delito y la responsabilidad de los implicados.

#### **2.3.6.2.- DIFERENCIAS**

1. La detención es un acto extra procesal, ordenado con el objeto de investigar un delito público, siendo la base para la iniciación de la instrucción fiscal; la prisión preventiva es una medida procesal por naturaleza.
2. La detención es la privación de la libertad de forma temporal, ordenada en contra de quien se establezca presunciones de responsabilidad

obteniendo su excarcelación si no existen méritos para que se aplique la prisión preventiva que recae sobre la persona contra quien existen presunciones claras y precisas extraídas de los indicios procesales, de la presunción de ser autor o cómplice, de un delito.

3. En cuanto al tiempo de duración, la detención dura veinticuatro horas y la prisión preventiva dura seis meses cuando se trata de delitos sancionados con prisión y de un año cuando se trate de delitos sancionados con reclusión, o cuando subsistan los presupuestos que la iniciaron.

Con esta visión jurídica, entonces diremos que tiene sentido y lógica el mandato constitucional y jurídico de la presunción de inocencia, porque caso contrario, si el imputado ya está pagando una pena anticipada sin haber sido condenado, se estaría vulnerando gravemente los derechos fundamentales y humanos de las personas. Tengo la seguridad y la certeza de que cuanto más nos adentremos a la plena vigencia del sistema procesal acusatorio, se respetarán éstos derechos, ya que cambiará de a poco la manera de pensar no solo de las personas involucradas en el que hacer de la administración de la justicia, sino de la sociedad en general, lo que conllevaría a la observancia plena de estos derechos y consecuentemente a manifestar que vivimos en un estado derecho, en donde se respete a las personas por el simple hecho de ser tales, sin diferencias ni discrimenes de ningún tipo, en donde quien transgreda las leyes serán efectiva y personalmente responsables por los mismos, pero previa a un procedimiento con observancia y respeto a las normas del debido proceso, a los derechos humanos, la constitución y la ley.

En definitiva manifestaremos que para dictar una prisión preventiva y privar de la libertad a un semejante, se debe tener la medida, conocimiento, probidad, sentido de proporcionalidad y justicia suficiente, prolijidad y cautela, ya que hay que recordar que para ser Juez, el primer requisito es ser, un ser humano.

Estimo que para ser Juez Penal, ya sea de primer nivel, o de fuero de Corte Superior o Suprema, se deberían elegir a los mejores y destacados profesionales del derecho, con conocimientos suficientes en materia penal, procedimiento penal y la constitucionalidad de nuestro país, únicamente así garantizaremos el respeto a los derechos de las personas.

Además, estimo que como sucede en otros países, el Juez debe tener inmunidad en sus decisiones judiciales, para garantizar el principio constitucional de independencia, ya que puede suceder que si un fallo, cualquiera que éste sea, simplemente no les agrade al acusador particular, al ofendido o imputado, o a la propia fiscalía, entonces se podría atacar contra el Juez que dictó el fallo, ya presentando una improcedente queja o ya proponiendo o iniciando una instrucción por el delito de prevaricato. Por lo que ante esta posibilidad, debe previamente el Consejo de la Judicatura, después del respectivo proceso administrativo y de haber mérito, podría imponer la sanción que corresponda y levantar la inmunidad del Juez. Asimismo deberían gozar de inmunidad los fiscales, y ésta ser levantada por el Consejo de Fiscales, por justa causa luego del expediente administrativo correspondiente, órgano que se lo debería crear con fiscales en funciones y no administrativos, además sería el organismo para autorizar y juzgar a la más alta autoridad del Ministerio Público, en caso de cometimiento de delitos, lo que llenaría el vacío actual del Código Procesal Penal.

## **2.4.- CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES**

### **2.4.1.- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona

Artículo 4.- Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 9.- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado.

Artículo 13.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14.- En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

## **2.4.2.- PACTO UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

Así tenemos lo que señala el Artículo.- 9

1.- Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privada de su libertad, salvo por las causas fijadas por Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. I

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales, y o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Además de lo señalado en el Artículo.- 17

1.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

### **2.4.3.- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, BOGOTÀ, COLOMBIA, 1948)**

#### **Derecho de Protección contra la Detención Arbitraria. Artículo XXV**

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

### **2.4.4.- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto De San José 22 de noviembre de 1969)**

#### **Art. 7.- Derecho a la Libertad Personal**

2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ella.

3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.



6.- Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un Juez o Tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

La libertad representa un concepto contrario al determinismo y ofrece extraordinaria importancia en relación con el Derecho Político, ya que la libertad es un fundamento no ya de un determinado sistema de vida, sino de la organización del Estado. La libertad constituye la idea rectora de los Estados de Derecho y de los gobiernos democráticos-liberales. De ahí que la libertad resulte siempre desconocida y atropellada por los regímenes totalitarios, tiránicos, dictatoriales y autocráticos.

#### **2.4.5.- DERECHO A LA LIBERTAD JURÍDICA**

Los derechos comprendidos en los dos primeros términos de la clasificación que antecede, son verdaderos derechos individuales, porque tienden a asegurar al individuo la integridad de su persona, permitiéndole hacer, sin restricción, todo aquello que se considera indispensable para su integridad fisiológica y moral.

De esta manera puede concretarse la doctrina de los verdaderos derechos individuales diciendo brevemente que son “facultad de hacer”. En efecto; analícese cuidadosamente uno por uno los derechos individuales que conciernen a la libertad política y civil y se hallará que todos ellos significan la facultad personal de hacer algo. Aunque puede el precepto constitucional que declara a todo individuo no obligado a hacer lo que la ley no manda, porque obligarlo, constreñirlo significa, implica siempre privarlo de la facultad de hacer lo contrario, facultad que le

reconoce expresamente la Constitución por medio de los derechos declarados y enumerados.

En cuanto a los derechos erróneamente llamados individuales (dada su naturaleza social) que atañen a la libertad jurídica por ejemplo el derecho de propiedad, es imposible negar que se refiere a las cosas, a los bienes, no a las personas y al régimen jurídico de los bienes es de diferente naturaleza institucional que el de la libertad de los individuos.

Por nuestra parte es necesario que se vea clara la diferencia entre el derecho de propiedad y un derecho individual; la propiedad es enajenable se puede ceder, donar, cambiar, vender- no obstante la declaración constitucional de su inalienabilidad y eso no se puede hacer con ninguno de los verdaderos derechos individuales que atañen a la persona. Podría asegurarse que la característica de los derechos individuales consiste en que son siempre derechos de los seres humanos sobre sí mismo, poder de la conciencia y la voluntad humana sobre el organismo que integra la personalidad, ejerciéndose por medio de la ejecución de aquellos actos que son propios de la naturaleza del individuo en estado de convivencia social.

Debemos acotar que los derechos llamados individuales, atañen a la libertad jurídica, significan la existencia de un vínculo de las personas con las cosas o bienes, vínculo de carácter jurídico que se refiere al patrimonio y de ningún modo al individuo propiamente dicho.

Si tomamos al azar, cualquiera de los derechos individuales permite la sustitución de la palabra “derecho” por la palabra “libertad” y ambas son empleadas indistintamente por la Constitución, de tal manera que puede decirse libertad o tránsito, libertad de palabra, de culto, etc., pero no puede decirse libertad de propiedad.

Además, jamás podrá haber conflicto entre dos individuos respecto a un verdadero derecho individual, ya que es común a todos y en todos

idénticos, de tal manera que se hace imposible establecer sobre él un privilegio y mucho menos exclusividad. Por el contrario, las cosas o bienes, objetos del derecho de propiedad, dan lugar al conflicto de intereses encontrados, porque no pertenecen a todos por igual porque no son comunes desde que “comunidad” es exactamente lo opuesto a “propiedad”, que quiere decir, facultad exclusiva y excluyente.

En los verdaderos derechos individuales el sujeto y el objeto del derecho se confunden e identifican: en el derecho de propiedad, el sujeto es una persona y el objeto un bien cuya pertenencia crea una desigualdad que proviene de lo que el individuo es por sí mismo, sino de lo que le otorga la sociedad que es, por definición la propietaria titular de toda la riqueza social creada, por obra del trabajo humano acumulado anónimamente.

Todo derecho individual verdadero es siempre por su naturaleza cualitativo y no se puede poseer en mayor o menor cantidad: se posee o no, eso es todo. En efecto: nadie puede ejercitar dos derechos de pensar, de escribir, de transitar, etc., y nadie puede apoderarse y usar, a más de propio, un derecho individual ajeno. Esto confirma y acentúa el carácter subjetivo de los verdaderos derechos individuales a diferencia de los derechos patrimoniales, objetivos y cuantitativos.

El sistema jurídico del siglo *XIX* es contradictorio y frecuentemente anula el valor teórico de las declaraciones, reduciéndolas a simples fórmulas de aspiración idealista. Ejemplo: la inalienabilidad e inviolabilidad absolutas de los derechos del hombre; las cuales, por extremadas y absurdas, resultan imposibles y contraproducentes como lo prueba luego la necesidad de acordar y hasta de subordinar la mayor parte de tales derechos al interés social que sólo se concilia con la verdadera libertad, es decir con aquellos derechos individuales que aseguran en la medida que corresponde el logro de los legítimos fines del individuo.

Los derechos comprendidos en los dos primeros términos de la clasificación que antecede, son verdaderos derechos individuales, porque tienden a asegurar al individuo la integridad de su persona, permitiéndole hacer, sin restricción, todo aquello que se considera indispensable para su integridad fisiológica y moral.

Así existe una profusa y minuciosa legislación que defiende la propiedad con mucho mayor ahínco que a todos los otros derechos individuales juntos, hasta el extremo monstruoso de que un hombre puede apoderarse de otro sin que su acto reporte sanción penal efectiva, pero sí en lugar de apoderarse de él íntegramente se apodera de su sombrero, por ejemplo: va a la cárcel, con toda seguridad.

Es evidente la aberración de que adolece nuestro orden jurídico siglo XX y XXI de haber prestado mayor atención a las cosas que a las personas, armando al propietario de un bien con acciones sumarísimas de retener o de recobrar, pero sin establecer procedimiento semejante alguno para que cada hombre retenga o recobre la integridad de su ser, su ser fisiológico, moral, social y político.

Es interesante observar que los interdictos posesorios han sido siempre calificados de acciones y a nadie se le ha ocurrido llamarles recursos, no obstante ser opuestos muchas veces a los actos de autoridad que vulneran el derecho privado de los particulares sobre el suelo, el hábeas corpus es, como procedimiento, de una estructura jurídica análoga a los interdictos posesorios, pero, a diferencia de éstos, tiende a asegurar la posesión del individuo sobre sí mismo, lo que le da una significación social y hasta filosófica mucho más alta y trascendental e incluso de mayor urgencia.

En efecto, no sería posible expropiar el objeto o contenido de los verdaderos derechos individuales que integran la libertad personal, porque sólo son expropiables los bienes y de ningún modo la "facultad de

hacer” que esos verdaderos derechos acuerdan. La limitación constitucional o legal que fija la medida de los derechos individuales en nombre del interés de la sociedad cuando llega a producirse conflicto entre ella y el individuo, no se parece en nada a una expropiación, sino que se convierte en el encauzamiento obligado y necesario de energías particulares, haciéndolas concurrentes cada vez que tiendan a ser divergentes y antisociales.

O sea 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 de la República, protege a este hombre porque es inocente así lo proclama hasta que no haya sido probado su culpabilidad... Con los modos y las formas que prescribo y que debí respetar" esto es, que en nuestro Ordenamiento Penal Procesal impera un estado de inocencia, desde el momento en el cual el Juez inicia el proceso, especialmente cuando decide vincular a alguien al mismo, debe estar guiado por esta norma rectora.

Esta es la garantía más importante, que se encuentra a la cabeza de las demás garantías constitucionales cuando se trata de un proceso penal, conforme he manifestado a través de todo este proyecto de investigación.

Por tal razón señores Jueces, tened en cuenta que la presunción de inocencia es antes que nada una posición de ventaja que la Constitución del Ecuador 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 algo para demostrarlo; o sea, esta persona no tiene en absoluto que probar su inocencia, le basta y le sobra, la pasividad más absoluta, por esto es la garantía procesal de mayor importancia. Recalco, es el eje sobre el cual gira todo el proceso

penal y específicamente en el Código de Procedimiento 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 tal debe reducir al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos, una vez más recordemos 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.

Hay que tener en cuenta que el principio de inocencia impone que la carga de la prueba corresponda a los acusadores y a la Fiscalía; y que para desvirtuarla sea necesario que la prueba practicada haya tenido lugar en un juicio con todas las garantías procesales y formalidades previstas.

Para condenar señores Jueces, es indispensable la certeza de la culpabilidad, debido a que es la INOCENCIA la que se presume CIERTA.

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLOGICO**

#### **3.1.- UNIVERSO MUESTRAL**

El objetivo fundamental del campo de estudio de nuestra investigación es determinar si la solicitud y orden de Prisión Preventiva cumplen con los requisitos constitucionales y legales necesarios; para así determinar si hay una inadecuada aplicación de la Prisión Preventiva, que es objeto de estudio de la presente investigación.

Para lo cual hemos escogido a las partes procesales que intervienen en un juicio penal, como nuestro universo, considerando que los mismos son los que palpan día a día si es que hay o no el abuso de la medida cautelar en mención, por lo cual han opinado al respecto, a través de las entrevistas que les hemos realizado.

La muestra fue recogida en la ciudad de Guayaquil, a los siguientes profesionales del derecho esto es un Juez de Garantías Penales de primer nivel, a un Juez de Sala Penal de la Corte Provincial y a un Juez de Tribunal de Garantías Penales, así como también a un Agente Fiscal de lo Penal, a un Defensor Público y a un Defensor Privado.

#### **3.2.- MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

La técnica que aplicamos en el presente trabajo de investigación fue la Entrevista, siendo este un medio más eficaz y amplio de obtener una respuesta, ya que es una forma más específica de interacción social.

Nosotras como entrevistadoras formulamos preguntas a personas capaces de aportar en el presente tema de tesis estableciendo un dialogo,

donde nosotras buscamos recoger información y los entrevistados fueron nuestra fuente de información.

La ventaja esencial de la entrevista reside en que los mismos actores sociales son quienes nos proporcionaron los datos relativos a sus conductas, criterios jurídicos, opiniones, experiencias, actitudes y expectativas. Nadie mejor que la misma persona involucrada para hablarnos acerca de aquello que piensa al respecto y siente por cuanto lo ha experimentado en el ejercicio de su profesión, sobre esta problemática.

### 3.3.- PROCESAMIENTO DE DATOS

A continuación exponemos mediante cuadros la información obtenida a través de las Entrevistas.

#### PREGUNTA 1

**¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la Prisión Preventiva?**

	SI	NO
Entrevistado 1	X	
Entrevistado 2		X
Entrevistado 3	X	
Entrevistado 4		X
Entrevistado 5	X	
Entrevistado 6	X	
PORCENTAJE	66,66%	33,34%



## PREGUNTA 2

¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la Prisión Preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?

	SI	NO
Entrevistado 1		X
Entrevistado 2		X
Entrevistado 3		X
Entrevistado 4	X	
Entrevistado 5		X
Entrevistado 6		X
PORCENTAJE	16,67%	83,33%

## PREGUNTA 3

¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la Prisión Preventiva?

	SI	NO
Entrevistado 1	X	
Entrevistado 2	X	
Entrevistado 3		X
Entrevistado 4	X	
Entrevistado 5	X	
Entrevistado 6		X
PORCENTAJE	66,66%	33,34%

#### **PREGUNTA 4**

**¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?**

	PRISIÓN PREVENTIVA	PROHIBICION DE SALIDA DEL PAIS	PRESENTACION ANTE EL JUEZ
Entrevistado 1		X	X
Entrevistado 2		X	X
Entrevistado 3			X
Entrevistado 4	X		
Entrevistado 5		X	X
Entrevistado 6		X	X
PORCENTAJE	10%	40,00%	50%

## PREGUNTA 5

**¿Cree que debería regularse que no se dicte Prisión Preventiva en los llamados delitos de bagatela?**

	SI	NO
Entrevistado 1	X	
Entrevistado 2	X	
Entrevistado 3	X	
Entrevistado 4	X	
Entrevistado 5	X	
Entrevistado 6	X	
PORCENTAJE	100%	

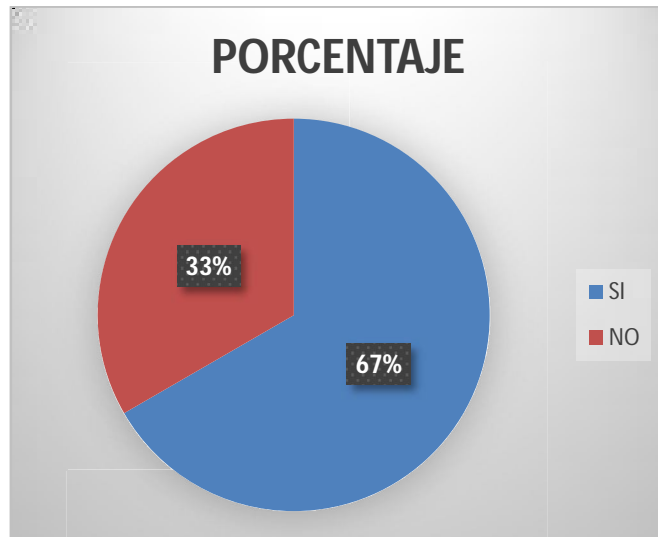
### 3.4.- PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

En esta parte del trabajo de investigación realizaremos la representación de los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas a las partes procesales de un juicio penal, para lo cual primero haremos una representación gráfica con sus respectivos porcentajes, con el fin de establecer si de esta forma se vulnera el principio fundamental de presunción de inocencia, aplicando inadecuada y excesivamente la Prisión Preventiva, que es motivo de estudio en el presente trabajo.

Y posterior a ello, realizaremos un análisis de cada pregunta realizada a los Entrevistados, de tal forma que nos sirva y ayude para la verificación de nuestra hipótesis.

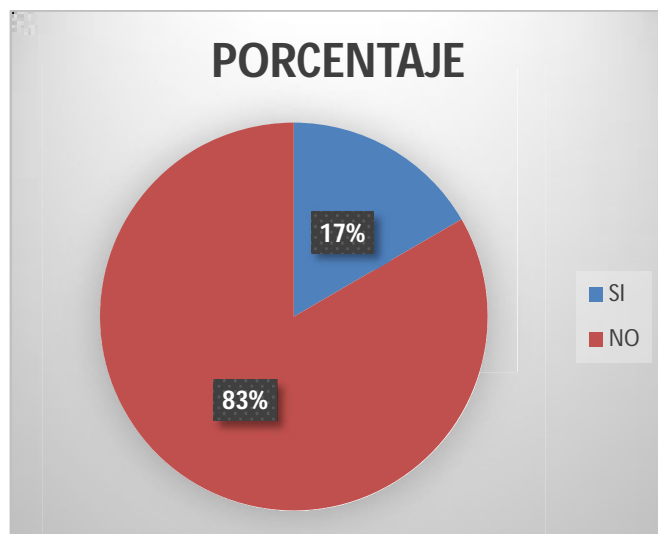
## PREGUNTA 1

¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la Prisión Preventiva?



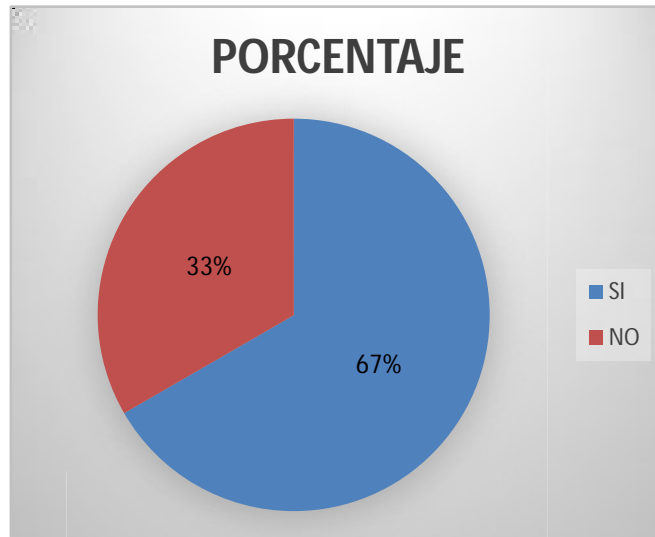
## PREGUNTA 2

¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la Prisión Preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?



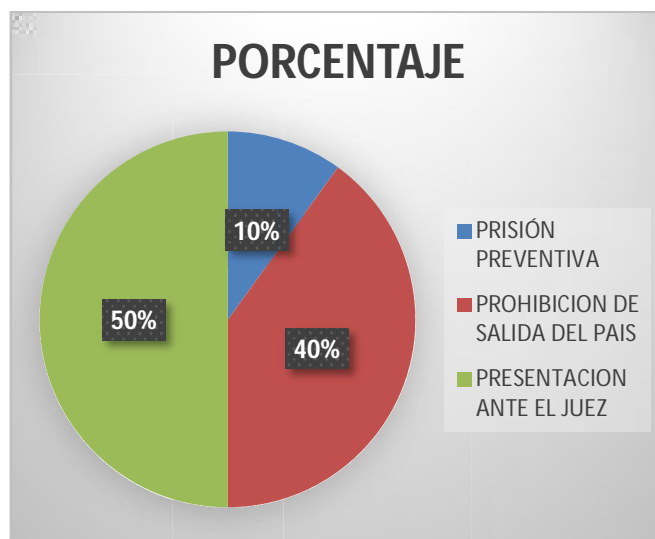
### PREGUNTA 3

¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la Prisión Preventiva?



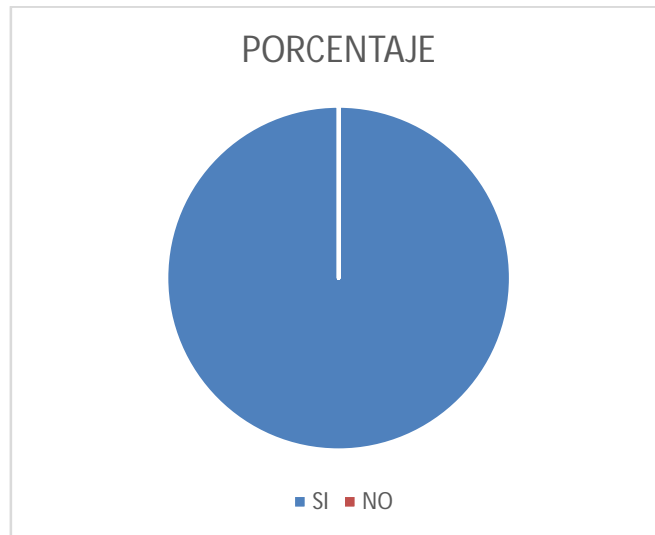
### PREGUNTA 4

¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?



## PREGUNTA 5

**¿Cree que debería regularse que no se dicte Prisión Preventiva en los llamados delitos de bagatela?**



## ANÁLISIS DE DATOS

**1. ¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la Prisión Preventiva?**

Nosotras pensamos que si hay un abuso en la aplicación de esta medida cautelar y así se lo constato en las entrevistas realizadas, ya que sin ver la situación en sí, los Jueces de Garantías Penales al momento de dictar la Prisión Preventiva a veces se basan simplemente en lo que dice la Ley Penal y no tanto en la Constitución, como fiel veedora de los derechos humanos.

**2. ¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la Prisión Preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?**

En este caso en ocasiones si ha sido motivo de que se incremente la impunidad ya que el procesado como tal, a veces, es verdad que no registra antecedentes, pero esto no quiere decir que el mismo no se encuadre en múltiples conductas delictivas, es por esto que antes de dictar una medida cautelar debe ser dada con mucho cuidado lo que no quiere decir que esto constituya un impedimento para que se dicte la misma.

**3. ¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la Prisión Preventiva?**

Si nosotras pensamos que en la actualidad los Jueces se ven muy forzados a que si las medidas alternativas a la Prisión Preventiva son dictadas esto se hace con el debido cuidado y motivación.

**4. ¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?**

Pensamos que lo mejor para garantizar la comparecencia del procesado a juicio son las medidas contempladas en el numeral 4 y 10 del ibedem, esto es la prohibición de ausentarse del país y la obligación de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantías Penales o ante la autoridad que éste designare.

**5. ¿Cree que debería regularse que no se dicte Prisión Preventiva en los llamados delitos de bagatela?**

Si ya estos delitos son menores y ya en las reformas que se han dado en las Leyes actualmente en su mayoría a este tipo de delitos los han tipificado como contravenciones con penas privativas de libertad menores.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA PROPUESTA**

#### **4.1.- TÍTULO DE LA PROPUESTA**

La aplicación del Artículo 77 de la Constitución de la República, dictando la Prisión Preventiva, la misma que no será la regla general.

#### **4.2.- JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA**

En nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, antes de dictarse la privación de libertad de un ser humano, por parte del Juez de Garantías Penales; el auto en el cual le ordene dicha medida cautelar, debe estar sometido a la Constitución de la República, con su debida fundamentación y además deben guardar correspondiente armonía con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos y al último con la Ley; es por ello que hemos llegado a determinar que la problemática sobre la cual está basado nuestro tema de investigación se da porque lo manifestado en líneas anteriores no se cumple.

#### **4.3.- OBJETIVO GENERAL DE LA PROPUESTA**

Aplicar por parte de los operadores de justicia los Requisitos del Artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con las exigencias de la Constitución de la República y de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Ecuador.

#### **4.4.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA PROPUESTA**

Vigilar que se cumpla con la aplicación de las medidas alternativas cautelares antes que la Prisión Preventiva, por parte de Juezas/ces,



conforme a la Constitución y a la normativa internacional sobre Derechos Humanos.

Evitar la violación a la Libertad Personal por el abuso e inadecuada aplicación de la Prisión Preventiva, mediante la utilización de las garantías básicas Constitucionales (Habeas Corpus, Acción de Protección).

#### **4.5.- HIPÓTESIS DE LA PROPUESTA**

Que se aplique las medidas alternativas a la prisión preventiva, estipuladas en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal numerales 1, 2 y 4; que son la Prohibición de Ausentarse del país, Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe y en especial esta nueva medida que se ha implementado como es el Dispositivo de vigilancia electrónica que en muchos países ya utilizan este mecanismo y ha dado resultados muy favorables y positivos.

#### **4.6.- LISTADO DE CONTENIDOS Y FLUJO DE LA PROPUESTA**

Que se cumpla y se respete con lo establecido en la Constitución de la Republica y los siguientes Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Ecuador; estos son:

1. Constitución de la República del Ecuador
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Registro Oficial No. 101 de 24 de enero de 1969;
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, publicado en el Registro Oficial 101 de 24 de enero de 1969;
4. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, publicada en el Registro Oficial No. 140, de 14 de octubre de 1966;

5. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Registro Oficial No. 101 de 24 de enero de 1969;
6. La Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José” publicada en el Registro Oficial No. 801 del 6 de agosto de 1984;
7. La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, publicada en el Registro Oficial No. 924 de 28 de mayo de 1988;
8. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos y culturales “Protocolo de San Salvador”, publicada en el Registro Oficial No. 175 de 23 de abril de 1993;
9. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, publicada en el Registro Oficial No. 360 de 13 de enero de 2000.

#### **4.7.- DESARROLLO DE LA PROPUESTA**

Primeramente debemos tener en consideración que uno de los puntos más importantes para garantizar una adecuada aplicación de la prisión preventiva es la aplicación del Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador y tener en consideración todas las garantías básicas, previas a la dictación de una medida cautelar como la prisión preventiva, así mismo de conformidad con lo establecido en el Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Juez tiene como uno de sus deberes primordiales aplicar lo señalado en la Constitución de la República al momento de dictar cada una de sus resoluciones y más aún en las que está en juego algo tan importante como el derecho fundamental a la libertad de las personas.

Es por ello que consideramos que uno de los puntos más significativos para que se cumpla lo establecido en la Ley tal como lo hemos

manifestado en líneas anteriores, es que se apliquen prioritariamente las medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, establecidas en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal.

Es por todo lo anteriormente expuesto, que para que esta propuesta a la investigación sea llevada a la práctica, tiene que estar fundamentada por un lado en la dignidad de las personas a través del principio más preciado "LA LIBERTAD". Siendo así, el diagnóstico realizado de la realidad actual sobre la Prisión Preventiva, y sobre todo en la aplicación por parte de los operadores de Justicia (Agentes Fiscales y Jueces de Garantías Penales) de la normativa Constitucional guardando relación con los Tratados Internacionales, Acuerdos y Convenios sobre Derechos Humanos vinculantes para nuestro país, para que no se viole la seguridad jurídica del país.

#### **4.8.- IMPACTO/PRODUCTO BENEFICIO OBTENIDO**

Menos personas procesadas con Auto de Prisión Preventiva y así se evitara el hacinamiento en los Centros de Privación de la Libertad de Personas Adultas en conflicto con la Ley.

#### **4.9.- VALIDACIÓN DE LA PROPUESTA**

## VALIDACIÓN DE LA PROPUESTA

Ab. Darwin Valencia Juez, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE LO PENAL  
NORTE N. 1

**1. ¿Usted considera que los jueces de Garantías Penales deben aplicar el Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva?**

Entre las dos normas aplicadas la que tiene mayor jerarquía es la Constitución y además es obligación de los jueces de Garantías Penales la aplicación de los tratados en convenios internacionales del cual el Ecuador es suscriptor.

Dentro de las obligaciones y facultades de los jueces tenemos la obligación de aplicar las Garantías Constitucionales, esto está a su vez contenido en el Art. 4 y 5 del Código Orgánico De La Función Judicial, Art. 82 de la Constitución, donde se habla de la seguridad jurídica siempre y cuando el delito, no sea un delito contra el estado, un delito de lesa humanidad, de violencia intrafamiliar o de carácter sexual.

Así mismo si el juez considera que los elementos en que el fiscal se basa o con los cuales fundamenta la prisión preventiva no están debidamente fundamentados es ahí cuando se debe aplicar lo contenido en el Art. 77 numeral 11 de la Constitución.

AB. DARWIN ALBERTO VALENCIA JUEZ  
JUEZ UNIDAD JUDICIAL DE LO PENAL NORTE Nº1

*Abg. Darwing Valencia Juez*  
**JUEZ**  
UNIDAD JUDICIAL PENAL  
NORTE N.º 1

## **5.- COMPARACIÓN Y DIFERENCIAS ENTRE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (CPP) Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP)**

Haremos una breve comparación, para lo cual primero nos referiremos al Código de Procedimiento Penal y luego al nuevo Código Orgánico Integral Penal, así tenemos:

1. Contábamos con 13 Medidas Cautelares (Art. 160 CPP), ahora solo tenemos 6 Medidas Cautelares (Art. 522 COIP)
2. Antes se denominaban medidas cautelares de carácter personal, en el nuevo Código las encontramos como medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada.
3. Anteriormente decía delito flagrante en el Art. 162 del CPP, hoy en día lo encontramos como flagrancia refiriéndose a una situación de flagrancia en el Art. 527 del COIP.
4. El Artículo innumerado siguiente del 167 del CPP ya no lo encontramos en el vigente Código Orgánico Integral Penal.
5. Referente a la Revocatoria o Suspensión en el anterior Código estaba en un mismo Artículo esto es en el Art. 170, el cual contenía 4 numerales, entre esos el número 3 se refería a que el o la juez podía sustituir la medida por otra medida alternativa, actualmente la Revocatoria y Suspensión lo encontramos en Artículos separados esto es en el Art. 535 y 538 respectivamente y adicional a esto tenemos un Artículo referente a la sustitución el número 536.
6. Referente a la Apelación antes el plazo para que la Sala convoque a Audiencia era de 10 días (Art. 345 CPP) en el COIP es solo de 5 días (Art. 654)

7. En el CPP dentro de las Disposiciones Finales, encontrábamos el Título III referente a la Indemnización al Procesado, Acusado o Condenado; en el actual Código esto ya no está.

Finalmente podemos determinar que uno de los cambios más notables implementados en el COIP es la implementación del procedimiento directo el mismo que cabe cuando son delitos flagrantes de hasta 5 años de prisión que generalmente la norma en el Art. 640 del COIP no establece que se dicte prisión preventiva, inmediatamente se aplica el procedimiento directo y esto de muchas maneras evita que se vulneren derechos fundamentales en lo que bajo el abrigo del Código de procedimiento Penal eran vulnerados y por ser este procedimiento aplicado los jueces deben dar medidas alternativas a la prisión preventiva contempladas en el Art. 552 del COIP.

Una de las ventajas que trae consigo la aplicación del COIP es en los casos de droga ya que anteriormente la ley de sustancias estupefacientes en su Art. 120, obligaba al fiscal a solicitar la prisión preventiva, sin ser a veces esta necesaria, por ser cantidades mínimas de droga.

Es por ello que en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas en la parte de procedimiento de delitos donde existen las normas punitivas desde el Art. 57 hasta el Art. 65 que contemplan los tipos de delitos han sido derogadas desde la entrada en vigencia del COIP por cuánto .

Incluso muchos de los operadores de justicia manifiestan que desde la publicación del COIP antes de su entrada en vigencia ya el abuso de la prisión preventiva disminuyó notablemente porque ya todo lo manifestado en la constitución, podía ser cumplido por los jueces por cuanto ya sabían que en los meses próximos entraría en vigencia una ley que estaría en la misma línea que la constitución.

En cuanto a delitos aduaneros también el COIP deroga normativa referente a la pena en el Art. 177 y 178 contemplaba el contrabando y la

defraudación aduanera como delito y ya ahora esas normas están derogadas por que las contempla el COIP.

Todo esto antes no era posible por cuanto habían notables diferencias entre lo que era el Código de Procedimiento Penal y la Constitución, es por ello que los jueces debían innumerables ocasiones decidir cuál de las dos normas aplicar ya que muchas veces se contraponían.

Es por ello que ahora en el Art. 5 del COIP se encuentran contemplados todos los principios necesarios para ser aplicados al momento de resolver ya sea de favorabilidad al procesado entre otros y ya los jueces se encuentran limitados en la dictación de estas medidas de orden personal incluso por el principio de mínima intervención penal, esto significa que el estado solo debe aplicar el JUST PUNIENDI lo debe aplicar en los delitos que revistan de mayor envergadura.

## **6.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

De todo lo desarrollado, analizado y descrito en el presente Proyecto de Investigación, se pueden llegar a las siguientes:

### **CONCLUSIONES**

1. Los operadores de justicia, no cumplen con lo dispuesto en el art. 77 de la constitución, los tratados y acuerdos internacionales ratificados en el Ecuador, no cumplen, porque la aplicación a todos los casos sean estos flagrantes y no flagrantes.
2. Pese a que los defensores tanto públicos como privados, justificar el arraigo social de los procesados los jueces de garantías penales dictar auto de prisión preventiva sin considerar los principios constitucionales.
3. La medida cautelar de carácter personal tiene el carácter de no ser la regla general, sin embargo los jueces de garantías penales la siguen dictando sin discriminación alguna.
4. La medida cautelar de carácter personal, aunque se la viene dictando desde hace ya algunos años, no constituye un factor criminológico como prevención general para que bajo el índice de criminalidad en Guayaquil.
5. Que la medida cautelar de prisión preventiva constituye una pena anticipada.

### **RECOMENDACIONES**

1. De lo que hemos analizado en el presente trabajo la desproporcionalidad y abuso de esta medida cautelar se da por la disposición permitida por el Código de Procedimiento Penal para la aplicación de la Prisión Preventiva, es por eso que recomendamos que



se modifique el artículo 534 del actual Código Orgánico Integral Penal esto es que se exija que el Fiscal al momento de solicitar al Juez de Garantías Penales dicha solicitud sea de manera fundamentada; que se establezca que la Prisión Preventiva, se imponga para delitos graves sancionados con pena privativa de libertad de cinco años.

2. Que las medidas cautelares no privativas de libertad que señala el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal, sean las que se usen con más frecuencia dentro del proceso penal, puesto que de esta manera se cumpliría y respetaría lo dispuesto en nuestra Constitución de la República y en los Tratados Internacionales de derechos humanos.

3. Aplicar la cuarta medida cautelar que señala el Art 522 del Código Orgánico Integral Penal, esto es el Dispositivo de vigilancia electrónica, con lo cual ya no sería necesario dictar la Prisión Preventiva, pues de este modo igual se aseguraría la comparecencia del sospecho a juicio; y de este modo se cumpliría el principio de presunción de inocencia y de excepcionalidad. Teniendo en cuenta que en otros países tales como Estados Unidos, Brasil, Colombia; donde esta medida cautelar a dado muy buenos resultados.

4. Capacitar a los Agentes Fiscales y Jueces de Garantías Penales que la privación de la libertad no será la regla general, por cuanto así lo establece el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República; y que por ende debe ser aplicada en los casos verdaderamente necesarios. Y que ellos son los indicados en hacer cumplir lo estipulado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución de las República, esto es los derechos fundamentales del ser humano como es el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia.

## 7.- BIBLIOGRAFIA

1. ALBÁN ERNESTO. (2012). *Régimen Penal Ecuatoriano*. Quito-Ecuador: Guía Práctica - Ediciones Legales.
2. ALCALA Y LEVENE. (26 de Septiembre de 2013). *Universidad de Cuenca- Escuela de Derecho*. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/>
3. ART. 9. (2012). *PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS*. Guayaquil-Ecuador: Guía Práctica - Ediciones Legales.
4. ASENCIO MELLADO, J. (2010). *Introducción del Derecho Procesal*. Santa Lucía - España: EDITORIAL TIRANT LO BLANCH.
5. BLUM MAXIMILIANO. (2009). *Procedimiento Penal*. Ecuador: Edición - Edina.
6. CAFFERATA NORES, J. (1994). *La Prueba en el Derecho Procesal Penal*. Cordova: Ediciones DePalma S.A.
7. CARNELUTTI FRANCESCO. (1960). *Las Miserias del Proceso I Parte*. Italia: Monografías Jurídicas 55.
8. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. (2012). *CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO*. Guayaquil-Ecuador: Guía Práctica - Ediciones Legales.
9. CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. (2014). *Código Organico Integral Penal*. Guayaquil - Ecuador: Ediciones Legales.
10. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. (2012). *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR*. Guayaquil - Ecuador: Guía Práctica - Ediciones Legales.
11. CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. (1969). *Convención Americana de los Derechos Humanos*. San Jose - Costa Rica: Editorial Pacto S.A.
12. DE LUCA GIUSEPPE. (1953). *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale - La Carcerazione Preventiva*. Madrid - España: Zavaleta.
13. DR. MOSQUERA MORENO, L. (2005). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Acusatorio*. Medellín - Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
14. Dra. SOLANDA VERA. (10 de 09 de 2013). *GACETA JURIDICA COORDINADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS*. Obtenido de [www.cadhu.com.ec](http://www.cadhu.com.ec)
15. DURAN DIAZ, E. (23 de SEPTIEMBRE de 2013). *UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL*. Obtenido de REVISTA JURIDICA: <http://www.revistajuridicaonline.com/>

16. ECHEVERRIA GAVILANEZ, E. (1954). *Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito - Ecuador: Graficas Nacionales.
17. ELLUL JACQUES. (1970). *Historia de las Instituciones de la Antigüedad*. Madrid-España: Editorial Aguilar.
18. ESCRICHE JOAQUIN. (1847). *Diccionario Razonado de Legislacion y Jurisprudencia*. Madrid - España: Establecimiento Tipografico-Literario Universario.
19. ESPASA. (2001). *Diccionario Juridico Nueva Edición totalmente actualizada*. Madrid - España: Espasa.
20. FENECH , M. (1952). *Derecho Procesal Penal Vol. II*. Barcelona: Editorial Labor.
21. GARCIA FALCONÍ, J. (2001). *Manual de Práctica Procesal Constitucional*. Quito - Ecuador: Guía Práctica - Ediciones Legales.
22. GARCIA FALCONI, J. (2009). *Garantías Constitucionales y La Responsabilidad Extracontractual*. Quito - Ecuador: Primera Edicion .
23. GARCÍA FALCONÍ, J. (2009). *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y Las Otras Medidas Cautelares*. Quito - Ecuador: Guía Práctica - Ediciones Legales.
24. GARCIA VALDES, C. (1982). *Estudios de Derecho Penitenciario*. Madrid: Tecnos S.A.
25. GIMENO SENDRA. (1997). *La Reforma del Derecho Penal Militar*. Madrid - España: Melchex Ediciones.
26. GOZAINI OSVALDO, A. (2008). *Derecho Procesal Constitucional*. Quito - Ecuador: Guía Práctica - Ediciones Legales.
27. GUERRERO VIVANCO , W. (2002). *Los Sistemas Procesales Penales*. Quito-Ecuador: Editorial Pudeleco.
28. HASSEMER WINTRIED. (1995). *Critica al Derecho Penal de Hoy Ad-Hoc, S.R.L.* Buenos Aires-Argentina: Primera Edición S.A.
29. JAVIER MALAGON, B. (1940). Algunos Principios del Proceso Criminal Medieval. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 33.
30. JIMENEZ ASENJO, E. (1952). *Derecho Procesal Penal Vol. II*. Madrid - España: Revista de Derecho Privado.
31. JIMENEZ DE ASUA, L. (1999). *Tratado en Derecho Penal*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Losada S.A.

32. LEVENE RICARDO. (1967). *Manual De Derecho Procesal Penal*. Argentina: Omeba S.A.
33. LOPEZ MORENO, V. (1993). *Arbitrario de Literatura Mexicana*. MEXICO: Vuelta S.A.
34. MAYER JULIO. (1999). *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos - Segunda Edición*. Buenos Aires - Argentina: Editores del Puerto.
35. MOMMSEN TEODORO. (1953). *DERECHO PENAL ROMANO*. Madrid - España: Zavaleta S.A.
36. OTTAVIANO SANTIAGO. (2008). *Garantias Penales*. Guayaquil - Ecuador: Ediciones Legales S.A.
37. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICO. (1976). *ART.9*. Quito - Ecuador: Resolución de la Asamblea Nacional.
38. PAZMIÑO ERNESTO. (23 de ABRIL de 2009). *PRISION PREVENTIVA*. Guayaquil: Ediciones Legales S.A.
39. PAZMIÑO ERNESTO. (2009). *PRISION PREVENTIVA*. Guayaquil - Ecuador: Ediciones Legales S.A.
40. PAZMIÑO ERNESTO. (03 de FEBRERO de 2013). *ABUSO DE LA PRISION PREVENTIVA. COMERCIAL*, 5.
41. PAZMIÑO ERNESTO. (03 de FEBRERO de 2013). *Seguridad Centro de Detencion, Justicia, Carceles y Policía*. Obtenido de Diario El Comercio: [www.elcomercio.ec](http://www.elcomercio.ec)
42. PFEFFER URQUIAGA , E. (2005). *Reformas Constitucionales*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
43. PROMULGADO POR LA AUTORIDAD JUAN PABLO II. (12 de Agosto de 2013). *Código de Derecho Canónico*. Obtenido de <http://www.vatican.va/>
44. SANZ DELGADO, E. (08 de AGOSTO de 2013). *Las Viejas Cárcels*. Obtenido de <http://www.terragnijurista.com.ar/>
45. VITERA OLVERA, M. (2009). *Constitucion de la Republica del Ecuador Legislacion Codificada Profesional*. Quito - Ecuador: Corporaciones de Estudios y Publicaciones.
46. VITERI OLVERA, M. (2009). *Constitución de la República del Ecuador: comentarios legislación conexas, concordancias*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
47. VITERI OLVERA, M. (2012). Quito-Ecuador: Guía Práctica-Ediciones Legales.

48. VIVANCO GUERRERO, W. (2000). *Los Sistemas Procesales Penales*. Guayaquil - Ecuador: Publicaciones de Legislación.
49. ZABATELA J, A. (1945). *Registro Oficial De La Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires - Argentina: Universidad de Michilligan.
50. ZAMBRANO PASQUEL , A. (1995). Uso Racional del Derecho Respecto de la Prisión Preventiva. *Revista Judicial*, 405.
51. ZAMBRANO PASQUEL, J. (1996). *Temas de Ciencias Penales*. Guayaquil-Ecuador: Ediciones Legales S.A.
52. ZAVALA BAQUERIZO, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil - Ecuador: Ediciones Legales.

# **8. ANEXOS**

## **ENTREVISTA**

### **1. ¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la Prisión Preventiva?**

Si, si se abusa de ese recurso del estado, para asegurar la comparecencia del procesado a juicio, en vez de dictarla única y exclusivamente cuando haya peligro de fuga o cuando haya peligro de injerencia del procesado con el medio de prueba se la dicta por la alarma social, se la dicta por la gravedad del delito, se la dicta por cualquier otra circunstancia pero no tomando en cuenta lo que realmente dispone la Ley y la doctrina.

### **2. ¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la Prisión Preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?**

Todo lo contrario el abuso de la prisionalización es lo que precisamente provoca inseguridad jurídica no tenemos que olvidarnos que las personas están protegidas por la presunción de inocencia y mientras que no haya una resolución de una sentencia en firme que declare la responsabilidad o culpabilidad de una persona procesada o de un sospechoso este es inocente y tiene ser tratado como inocente lo que no sucede si se le aplica la medida de Prisión Preventiva porque ningún inocente merece estar preso y si una persona esta presa quiere decir que no es tratado como manda la Constitución.

### **3. ¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la Prisión Preventiva?**

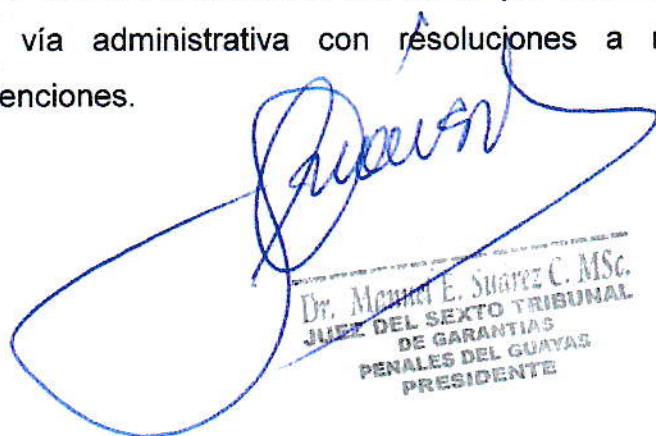
Definitivamente pues si no se motiva la resolución esa resolución es nula porque toda resolución de las autoridades que afecte derechos de las personas o q tenga que ver con los derechos de las personas tiene que ser motivada sino hay motivación la resolución es nula.

**4. ¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?**

Todas las medidas porque todas aseguran la comparecencia del procesado a juicio, pues son las medidas de no ausentarse del país, son las medidas de comparecer ante la autoridad cada determinado tiempo, la medida de Prisión Preventiva es una medida demasiado radical demasiado invasiva que afecta no solamente al procesado sino que afecta también a toda su familia

**5. ¿Cree que debería regularse que no se dicte Prisión Preventiva en los llamados delitos de bagatela?**

Definitivamente en los delitos de bagatela no se debería porque son sancionados con pena privativa de la libertad también insignificantes entonces eso debería incluso resolverse por otra vía, debería resolverse por la vía administrativa con resoluciones a nivel de jueces de contravenciones.



Dr. Manuel E. Suarez C. MSc.  
JUEZ DEL SEXTO TRIBUNAL  
DE GARANTIAS  
PENALES DEL GUAYAS  
PRESIDENTE



## **ENTREVISTA**

**1. ¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la prisión preventiva?**

Actualmente no, debido a que esta medida de carácter cautelar se la dicta en una Audiencia, que bien puede ser de Calificación de Fragancia, Formulación de Cargos o de Vinculación, en la que intervienen las partes procesales y, en caso, de ausencia de Abogado particular del sospechoso o procesado, se cuenta con la defensoría pública, lo cual garantiza que no se quede en un estado de indefensión.

**2. ¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?**

No, por cuanto lo que se requiere con la Medidas Cautelares es asegurar la comparecencia del procesado a juicio y no la impunidad.

**3. ¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la prisión preventiva?**

Las medidas alternativas se las dicta de conformidad a lo señalado en el Artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, y esto queda a criterio subjetivo del juzgador ordenar las mismas, siempre y cuando se cumplan con las exigencias que establece la Ley.

**4. ¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?**

La de no ausentarse del país y, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez, que está en los numerales 4 y 10 de dicha norma legal.

**5. ¿Cree que debería regularse que no se dicte prisión preventiva en los llamados delitos de bagatela?**

Claro porque este tipo de delitos no son sancionados con penas menores de una año, mal se podría dictar una orden de prisión penal.



*Ab. Juan Paredes Fernández*  
**PRESIDENTE**  
DE LA SEGUNDA SALA DE LO PENAL Y TRÁNSITO  
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS

## ENTREVISTA

**1. ¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la prisión preventiva?**

Sí, hay por qué se aplica en ocasiones en donde no es necesario aplicarla habiendo otras medidas alternativas.

**2. ¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?**

No, porque la aplicación de las medidas alternativas se basa primeramente en el principio de mínima intervención penal, por lo que no considero que por ello haya un aumento en la criminalidad en el Ecuador, incluso en muchas de las ocasiones con una prisión preventiva no solucionamos absolutamente nada y con una alternativa hay incluso la posibilidad que se pueda llegar a un acuerdo entre las partes mientras el delito así lo permita y la ley así lo establezca.

**3. ¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la prisión preventiva?**

No se motiva simplemente se basa en la solicitud que realiza la fiscalía y es por ello que el juez simplemente manifiesta que en base a que la fiscalía ha

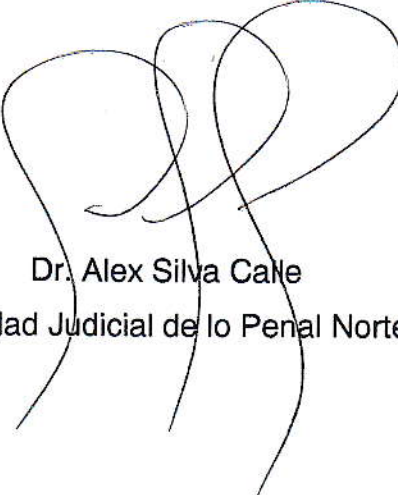
hecho este pedido ellos otorgan tales medidas pero no hay una motivación adecuada sobre ese aspecto.

**4. ¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del código de procedimiento penal cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?**

Yo considero que la prevista en el numeral 10 del Art6. 160, es la mas efectiva de todas las demás no son efectivas, ya que esta establece que se presente periódicamente ante el juez y si el procesado no cumpliera el juez revoca la medida y ordena la prisión preventiva.

**5. ¿Cree que debería regularse que no se dicte prisión preventiva en los llamados delitos de bagatela?**

Si, es verdad no debería dictarse la presión preventiva sobre este tipo de delitos de bagatela, ya que estos delitos no tienen ningún tipo de alarma social además la doctrina ya deberían constituirse en contravenciones y deberían ser sancionados por los jueces de contravenciones.



Dr. Alex Silva Calle  
Juez Unidad Judicial de lo Penal Norte N°1

## ENTREVISTA

### **1. ¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la prisión preventiva?**

Considero que si existe un abuso por parte del fiscal al solicitar la prisión preventiva ya que de acuerdo a la normativa penal dice que el fiscal debe sustentar la solicitud de la prisión preventiva cuando se realiza una audiencia de formulación de cargos en un delito flagrante, el fiscal únicamente lo solicita en especial cuando se trata de delitos flagrantes sin fundamentación alguna entonces ahí existe un abuso por parte de la fiscalía como ellos son los únicos que pueden solicitarla entonces vemos que la solicitan y como en un delito flagrante hay muy poco tiempo para preparar una audiencia el defensor escasamente tiene documentos para demostrar el arraigo social entonces la mayor parte de personas se van con prisión preventiva.

### **2. ¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?**

Si nosotros vemos las medidas alternativas que la vemos en el Art. 160, si se pueden aplicar pero no considero que han dado pie a la impunidad porque la persona que acoge esas medidas, suponiendo que va a firmar cada quince días donde el juez si el no cumple tranquilamente se hace una audiencia de Revisión de Medidas, donde se puede revocar la medida, es por ello que no considero que se dé pie a la impunidad porque se aplica y si no cumple se la revoca, y esto incluso le da la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa en libertad.

**3. ¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la prisión preventiva?**


En este caso debo decir que es raro que se aplique medidas sustitutivas y cuando se dan el abogado tiene que presentar tantos documentos que le juez exige que yo sí creo que son fundamentadas las medidas alternativas porque fácilmente no las dan.

**4. ¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del código de procedimiento penal cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?**

Considero que podría ser la prohibición de salida del país, y la que solicita que comparezca ante el juez cada cierto tiempo.

**5. ¿Cree que debería regularse que no se dicte prisión preventiva en los llamados delitos de bagatela?**

Bueno estos delitos son de los que fácilmente se pueden transigir, en el COID nosotros vemos que existe la mediación hay tranquilamente las partes pueden arreglar llegar a un acuerdo en donde se puede resarcir el daño a la víctima pero sin dejar en la impunidad el delito, si nosotros vemos la mediación da una alternativa que no solamente se enfoca en el castigo de la persona sino más bien en resarcir el daño ocasionado a la víctima.

  
Ab. Andrea Patiño Manosalvas  
Defensora Pública

## ENTREVISTA

**1. ¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la prisión preventiva?**

No, yo te digo como fiscal se tienen que reunir requisitos, que sea un delito de acción pública, que haya indicios que el procesado haya cometido el delito y que no haya una mejor forma para garantizar su comparecencia a juicio.

**2. ¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?**

Sí.

**3. ¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la prisión preventiva?**

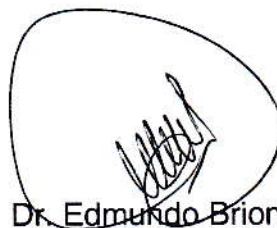
Al menos en los casos donde yo he intervenido si han motivado debidamente los ordenado.

**4. ¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del código de procedimiento penal cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?**

La prisión preventiva.

**5. ¿Cree que debería regularse que no se dicte prisión preventiva en los llamados delitos de bagatela?**

Sí, eso sí porque hay también algunos que cumplen con los requisitos que anteriormente ya manifesté, pero la naturaleza del delito no es de alarma social, y si deberían de tener otro tipo de tratamiento.

A handwritten signature in black ink, enclosed within a hand-drawn oval border. The signature is stylized and appears to read 'Edmundo Briones'.

Dr. Edmundo Briones

Fiscal del Guayas



## **ENTREVISTA**

**1. ¿Cree usted que hay un abuso en la aplicación de la Prisión Preventiva?**

Si, por el abuso de poder, para que el procesado comparezca a juicio, sin establecer los antecedentes del imputado.

**2. ¿Considera usted que la aplicación de medidas alternativas a la Prisión Preventiva han dado lugar a la impunidad del delito, a la inseguridad jurídica respecto a la víctima y al aumento del índice delictivo?**

No, en la gran mayoría de casos, por cuanto al aplicar una medida cautelar alternativa, lo que se está haciendo es salvaguardar el derecho fundamental del ser humano como es la presunción de inocencia y en otros podría ser.

**3. ¿Cree Usted que existe suficiente motivación cuando se dicta medidas alternativas a la Prisión Preventiva?**

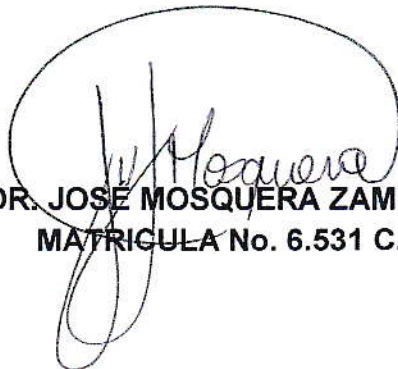
No, realmente no hay suficiente motivación, porque tiene otras influencias externas al proceso.

**4. ¿De las medidas cautelares de carácter personal contemplado en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, cuál cree usted que surte el efecto para la comparecencia del procesado a juicio?**

Para un tipo de personas que no son delincuentes si surte efecto las medidas cautelares como la Prohibición de salida del País, y presentarse periódicamente ante el juez; para el caso de los delincuentes que ya tienen antecedentes no surtiría efecto.

**5. ¿Cree que debería regularse que no se dicte Prisión Preventiva en los llamados delitos de bagatela?**

Si, por supuesto ya que estos delitos son sancionados con penas menores a un año.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Mosquera', is enclosed within a large, hand-drawn oval. The signature is fluid and cursive.

**DR. JOSÉ MOSQUERA ZAMBRANO**  
**MATRICULA No. 6.531 C.A.G**