UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

"NECESIDAD DE REGULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS CONTENIDAS EN EL ART. 160 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

Héctor Orlando Moreno

DIRECTOR:

Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras

LOJA - ECUADOR

2013

CERTIFICACIÓN

Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras, Docente de la carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia, de la Universidad Nacional de Loja.

C E R T I F I C O:

Haber revisado prolijamente la Tesis de Grado bajo el título **"NECESIDAD DE REGULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS CONTENIDAS EN EL ART. 160 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL"** realizado por el postulante Héctor Orlando Moreno, por cuanto reúne los lineamientos metodológicos de la Universidad Nacional de Loja; Autorizo su presentación para la defensa y sustentación ante el tribunal correspondiente.

Atentamente,

Ángel Medardo Hoyos Escaleras
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Héctor Orlando Moreno, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual

Firma: _____

Cédula: 1100395308

Fecha: 29 de Octubre del 2013

Autor: Héctor Orlando Moreno.

CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Héctor Orlando Moreno, declaro ser autor de la tesis **"NECESIDAD DE REGULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS CONTENIDAS EN EL ART. 160 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL"**. Como requisito para optar al título de ***Abogado***; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de Información de país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los 29 días del mes de Octubre del dos mil trece, firma el autor.

Firma: _____

Autor: Héctor Orlando Moreno
Cedula: 1100395308
Dirección: Santo Domingo de los Colorados, Cooperativa Alborada.
Correo Electrónico: orlando310@hotmail.com
Teléfono: 0969436421

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Ángel Medardo Hoyos Escaleras

Tribunal de Grado:

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg, Sc.	PRESIDENTE
Dra. María Antonieta León Mg, Sc.	VOCAL
Dr. Mario Sánchez Armijos Mg, Sc	VOCAL

AGRADECIMIENTO

Dejo expresa constancia de mi profunda gratitud a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, a la Carrera de Derecho, al Ángel Medardo Hoyos Escaleras, Director de la Tesis y a todos los docentes que compartieron con esmero y desinterés sus experiencias en el campo del derecho hasta lograr alcanzar mi sueño anhelado.

Héctor Orlando Moreno

DEDICATORIA

Este modesto trabajo de investigación lo quiero ofrecer de manera especial a mi esposa y a mis hijos, que han sido la fuente de inspiración y la razón de superarme en mis estudios para poderles ofrecer una vida mejor en el futuro; de manera particular quiero dedicarlo también a mis maestros, familiares y amigos, quienes han sabido brindarme el apoyo moral e incondicional en pos de que logre alcanzar una de las metas más importantes dentro de mi vida personal.

Héctor Orlando Moreno

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. GENERALIDADES

4.1.1.2. El Derecho Penal

4.1.1.3. Delito

4.1.1.4. Jurisdicción

4.1.1.5. Competencia

4.1.2. MEDIDAS CAUTELARES

4.1.2.1. Definición

4.1.2.2. Clásica concepción de Medidas Cautelares

4.1.2.3. Finalidad de las medidas cautelares

4.1.2.4. Presupuestos para las Medidas Cautelares

4.1.2.4.1. Peligro en la Demora (Periculum in Mora)

4.1.2.4.2. Apariencia de Buen Derecho (fumusbonis iuris)

4.1.3. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

4.1.3.1. Medidas cautelares civiles

4.1.3.2. Medidas cautelares penales

4.1.3.3. Medidas cautelares reales

4.1.3.4. Medidas cautelares personales

4.1.3.5. Otros actos o medidas preventivas

4.1.4. MEDIDAS CAUTELARES SU APLICACION PROCESAL PENAL
4.1.4.1. Medidas cautelares provisionalísimas
4.1.4.1.1. La citación
4.1.4.1.2. La conducción o comparecencia bajo la fuerza pública
4.1.4.2. El arresto
4.1.4.3. La retención
4.1.4.4. La aprehensión
4.1.4.5. La detención
4.1.4.6. La prisión preventiva
4.1.5. MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS
4.1.5.1. Concepto de las medidas sustitutivas o alternativas
4.1.5.2. Finalidades de las medidas alternativas
4.1.6. MEDIDAS ALTERNATIVAS FRENTE A LA VíCTIMA
4.1.7. CRÍTICA A LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS
4.1.8. MEDIDAS ALTERNATIVAS DE ÚLTIMA APLICACIÓN

4.2. MARCO DOCTRINARIO
4.2.1. LA LIBERTAD DERECHO HUMANO INNATO
4.2.2. DERECHOS DEL HOMBRE Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
4.2.3. PRINCIPIOS Y DERECHOS GARANTIZADOS A LA PERSONA
4.2.3.1. El principio del debido proceso
4.2.3.2. Principio de mínima intervención penal
4.2.3.3. Derecho a la presunción de inocencia
4.2.3.4. La presunción de inocencia en nuestra legislación
4.2.3.5. Presunción de inocencia y medidas cautelares
4.2.4. PRISIÓN O DETENCIÓN PREVENTIVA
4.2.4.1. Breve historia de la detención preventiva
4.2.4.2. Definición
4.2.4.3. Propósitos y fines de la prisión preventiva
4.2.4.4. La privación de la libertad medida de última ratio
4.2.4.5. La prisión preventiva, medida de aseguramiento
4.2.5. PRINCIPIOS SUSTENTABLES A LAS MEDIDAS CAUTELARES

4.3. MARCO JURÍDICO
4.3.1. GENERALIDAD
4.3.2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES GARANTIZADOS
4.3.2.1. Derecho de movilidad y libre tránsito.
4.3.3.2. Derecho al debido proceso
4.3.4. MARCO LEGAL DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
4.4.1. GENERALIDAD
4.4.2. TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS
4.4.3. INFLUENCIA DE ORGANISMOS (ONU, OEA) EN LA IMPLEMENTACION DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS EN LAS LEGISLACIONES DE CADA ESTADO
4.4.4. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN DE OTROS PAÍSES AMERICANOS

5. MATERIALES Y MÉTODOS
5.1. Materiales
5.2. Métodos
5.3. Técnicas

6. RESULTADOS
6.1. Resultado de la aplicación de la encuesta

7. DISCUSIÓN
7.1. Verificación de Objetivos
7.2. Contrastación de la Hipótesis
7.3. Fundamentación de la Propuesta Juridica
8. CONCLUSIONES
9. RECOMENDACIONES
9.1. PROPUESTA JURÍDICA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

Anexos 1

Anexos 2

ÍNDICE

1. TÍTULO

“NECESIDAD DE REGULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS CONTENIDAS EN EL ART. 160 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”

2. RESUMEN

En materia de prisión preventiva, los derechos fundamentales constituyen limitaciones normativas, por ello, antes de la adopción de las medidas cautelares se interpondrán el principio de inocencia y el respeto a la libertad como garantías constitucionales.

Al respecto el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, establece las medidas cautelares de carácter personal, encontrándose las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, sin tomar en consideración que hoy el delito tiene mayor radio de acción, generando inseguridad y psiquis social, que no se sabe quién, ni cuál será la próxima víctima; por ello es necesario que nuestra legislación adopte su propia identidad conforme a nuestra realidad social, no sirve de nada hacer parches de reformas o copiar leyes de otros estados que son diferentes a nuestra idiosincrasia social, caso contrario nuestro estado tenderá a una mayor descomposición social de sus ciudadanos; por lo que corresponde al Estado como tal, dar seguridad a los habitantes, así lo establece la Constitución.

Ante la problemática antes descrita decidí elaborar el presente trabajo investigativo titulado:"NECESIDAD DE REGULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS CONTENIDAS EN EL ART. 160 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL" en el que realizo un análisis doctrinario y jurídico de la problemática planteada, logrando demostrar la

falencia de la ley y la necesidad urgente de reformar la norma a efecto debrindar protección y seguridad a los ciudadanos, para lo cual se debe de adoptar una política de Estado, que recoja en su legislación, la firme convicción de que el infractor, no salga con tanta facilidad luego de cometer delitos graves y sea sancionado con severidad y proporcionalidad al acto ejecutado y no se escuden en medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva para recuperar su libertad y continúen en las calles, acechando a sus víctimas.

Por consiguiente dentro de este trabajo se recogen los argumentos teóricos, resultados de la investigación de campo, en cuyo análisis se demuestra la necesidad de regular la aplicación de la norma contenida en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, siendo esta la idea principal de mi trabajo de tesis, con lo que espero se contribuya a solucionar esta problemática.

2.1 ABSTRACT

Regarding custody, fundamental rights are regulatory constraints, therefore, before the adoption of the injunction is brought innocence and the principle of respect for freedom and constitutional guarantees.

In this respect the Article 160 of the Criminal Procedure Code provides alternative measures or alternatives to pretrial detention, regardless of the crime today has greater range, generating insecurity and social psyche, that nobody knows who, or what will be the next victim, so it is necessary that our legislation adopts its own identity according to our social reality, does not help make reforms or copy patches laws of other states that are different from our social idiosyncrasies, our state otherwise tend to greater social decomposition of their citizens, and therefore belongs to the state as such, provide security to the people, the Constitution so provides.

Given the problems described above decided to develop this research paper entitled: "NEED REGULAR IMPLEMENTATION OF MEASURES substitute or alternative contained in art. 160 of the Code of Criminal Procedure "where I carry out an analysis of the doctrinal and legal issues raised, achieving demonstrate the failure of the law and the urgent need to reform the standard in order to provide protection and security for citizens, for which is due to adopt a state policy, setting out in law, the firm conviction that the infringer did not go so easily after committing serious crimes be punished severely and proportionality

to the act performed, not hide behind alternatives or alternatives to remand to regain their freedom and continue in the streets, stalking their victims.

Therefore in this paper reflected the theoretical arguments, results of field research, in which analysis demonstrates the need to reform the rule contained in Article 160 of the Criminal Procedure Code, this being the main idea of my work thesis, which I hope will help solve this problem.

3. INTRODUCCIÓN

Es evidente el incremento de la delincuencia y la inseguridad de los ciudadanos, debido a la falta de una reglamentación adecuada para la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal, Art. 160 del Código de Procedimiento Penal vigente en nuestro país, cuyas medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva, pues su uso o abuso inadecuado en aplicarlas, facilitan para que el sujeto activo del delito, salga fortalecido en alcanzar medidas distintas a la privación de la libertad y con ello seguir en sus actos de acecho a víctimas, testigos y a la sociedad, produciendo reincidencia, desprotección e impunidad, que genera afectación a la paz social, la seguridad humana y ciudadana, garantizada por el Estado a todos sus habitantes.

Por ello me ha motivado haber realizado un estudio profundo de las medidas cautelares de carácter personal, aplicables en el sistema procesal penal, partiendo desde la conceptualización amplia y general, para luego llegar a determinar la esencia misma de las medidas cautelares alternativas o sustitutivas en forma particular, así como el uso inadecuado e impropio en la utilización de éstas, dentro de la administración de justicia.

Seguro que el estudio de las medidas cautelares, es muy amplio y que para mejor comprensión he tomado la iniciativa de partir desde los conceptos doctrinarios de ilustres tratadistas del derecho, siempre destacando tener claro los fundamentos, principios, derechos, que se involucran en la aplicación de las medidas cautelares personales, que restringen la libertad de la persona, y que

para contrarrestar la prisión preventiva, se han determinado medidas alternativas o sustitutivas que aunque limitan la libertad de la persona, bien puede ser aplicadas en su momento para beneficio del sospechoso o procesado, y pueda actuar con libertad física, en su defensa.

En esta investigación, podrá apreciarse que las medidas cautelares alternativas o sustitutiva a la privación de la libertad, en su implementación y adecuación a nuestra legislación interna así como en otros países, tiene su influencia directa por las reglas de Tokio, contenidas y dispuestas por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990, quienes recomiendan a los Estados, promover su adecuación de las medidas no privativas de la libertad, debiendo establecerse medidas cautelares sustitutivas o alternativas, haciendo de racionalizar la política de justicia penal, respetando y garantizando los derechos humanos, buscando la rehabilitación del delincuente, la mínima intervención del Estado, la racionalización, la despenalización y destipificación de delitos; **que la prisión preventiva proceda como último recurso,** en tiempo determinado y proporcional, aplicada con humanidad y respecto a la dignidad del ser humano, etc., que bien por la libertad del ser humano como tal eso no se la discute; pero qué, pasa con los derechos de las víctimas y de la sociedad, que cada vez se siente insegura y desprotegida, por el desborde incontenible e irracional de la delincuencia, y quienes se benefician de las medidas sustitutivas sin control.

La implementación de las medidas cautelares sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, en nuestro procedimiento penal, hace notar la falta de un

equilibrio racional y preponderante que garantice la seguridad ciudadana, por ello es necesario establecer reglas claras a fin de garantizar los derechos de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, establecidas en la Constitución, para que las medidas sustitutivas o alternativas incrementadas se las regule con mayor eficacia adoptando una legislación apropiada a nuestra realidad, a fin de que el que delinque también asuma las responsabilidades de sus actos, y no evada la justicia o no se burle de la sociedad, siendo su reincidencia en el accionar, por el constante uso y abuso de las medidas sustitutivas o alternativas que conllevan a la impunidad de sus actos; he aquí la propuesta al problema, que es necesario reglamentar las medidas sustitutivas o alternativas, y que la Asamblea Nacional, cumpla su obligación de adecuar la Ley, para así dar tranquilidad, seguridad y armonía social a todos los ciudadanos.

En la investigación de campo realizada la pregunta 2 **¿**Cree Usted que se encuentra debidamente regulado en la Ley la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva?, de Santo Domingo, de los encuestados el 73% manifiestan claramente no estar debidamente regulado en la ley, la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva; con lo que se justifica este trabajo investigativo de reglamentar en la ley la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva.

De allí la importancia del presente trabajo “NECESIDAD DE REGULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS CONTENIDAS EN EL ART. 160 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”, que analiza la problemática que se presenta al momento de aplicar las medidas

sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, dependiendo de la argumentación que logre estructurar; el presente trabajo parte por conceptualizar en términos generales las medidas cautelares personales, medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva; desde el marco doctrinario se analiza principios y derechos fundamentales garantizados a la persona, la prisión preventiva, las medidas sustitutivas o alternativas; desde el ámbito jurídico, en nuestra Constitución, en la legislación procesal penal, su aplicación y vigencia; culminado con la legislación comparada, en la que se recoge amplia información con respecto a las medidas alternativas o sustitutivas, así como la comparación con otras legislaciones de países como Colombia, Argentina, Venezuela, Chile, etc., en la que determinan una gama de medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. GENERALIDADES

Con el fin de poder entrar al marco conceptual referente al tema materia de esta investigación, y con ello poder definir conceptos adecuados e inherentes a lo que constituyen las medidas cautelares en general y de forma específica aquellas que afectan, limitan o restringen la libertad de la persona y que con el fin de proteger ese derecho innato del hombre, se han instituido las medidas sustitutivas o alternativas, pero también debemos conocer en breves rasgos ciertos definiciones a lo que es propio de la acción correspondiente y para ellos partiré señalando.

"Los seres humanos nacen y son libres, en estado de naturaleza, todos somos libres", afirmará Locke. El problema está en que, en el uso de la Libertad, unos pueden oprimir a otros. Para evitar esta posibilidad surge el Derecho y surge la necesidad del Estado.

Mi comentario, partiendo del derecho innato del hombre que es la libertad, pues se hace necesario para su real vigencia y de coexistir en la sociedad surge en Derecho y por ende la institución del Estado, que regula e instituye las normativas sobre las que se ha de desarrollar la convivencia social del hombre.

4.1.1.1. El Derecho Penal

Es un derecho normativo, valorativo y de una esencia conservadora del orden social y jurídico, que tiene una naturaleza eminentemente sancionadora. El derecho penal es un conjunto de leyes que pretenden tutelar bienes jurídicos y precisar el alcance de esta tutela de su violación conocida como delito, dicha violación tiene una consecuencia = la coerción penal. El Derecho Penal no sólo debe defender a las personas contra los delitos, sino que tiene también que buscar cómo garantizar los derechos individuales, que son entonces límites al poder punitivo. Binding, describe que el delincuente no infringía las leyes, sino que llenaba con su conducta la flácida fórmula de la ley. Lo que quebranta el delincuente es algo más que se encuentra por encima de la ley que es la norma.

La Norma.- Es la que crea lo antijurídico, es prohibitiva o imperativa y de allí nace la acción y la omisión que el derecho penal castiga.

La Ley Penal.- Es la que crea el delito, describe la acción, se compone de preceptos y sanciones

4.1.1.2. Delito

Cada tratadista del Derecho Penal, han elaborado sus propias definiciones sobre el delito, la generalidad de especialistas modernos lo hacen incluyendo sus elementos esenciales: Acción, Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad.

Eugenio Cuello Calón afirma: “Delito es la acción prohibida por la Ley bajo la amenaza de una pena.”- Enrico Ferri: “Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteren las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.” - Beling: “acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad.” [1] - Carrara “Delito es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”. - Sebastián Soler. “El delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta.

Comentario a las diferentes definiciones de los tratadistas invocados, pues llevan a tener claro lo que es el delito, un acto producido por el ser humano, el que se constituye en antijurídico, culpable y merecedor de una sanción o pena, por lo tanto un delito tiene que estar determinado por ley su tipificación y sanción, es decir constar en la ley penal, para su aplicación de sanción o pena, porque si no consta en la ley no se puede considerar el acto como delito.

4.1.1.3. Jurisdicción

Es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado en una materia determinada. La competencia exclusiva a quien le corresponden esta potestad es a los tribunales y las juezas o jueces

[1] Luis Jiménez de Azua - Lecciones de derecho penal, pág. 139.

establecida por la ley. No podemos dejar de hablar de competencia al nombrar a la jurisdicción.

En mi análisis, la jurisdicción es el ámbito de acción, en el que procede o se desenvuelve el Juez, con respecto a sus pronunciamientos, emitidos a través de sus providencias o autos dentro del ámbito de su jurisdicción y competencia en la administración de justicia.-

4.1.1.4. Competencia

Es la medida dentro del cual la referida potestad está distribuida entre los tribunales y juzgados, la competencia se distribuye por razón del: 1) Territorio; 2) De la materia; 3) De las personas; y 4) De los grados.

Con estas breves conceptualizaciones, como es natural conocerlos previo a entrar a tratar lo de fondo, a las medidas cautelares, ya que se tiene que tomar muy en cuenta a quien van dirigidas a aplicarse las medidas restrictivas de la libertad de la persona y que es de suma importancia tener muy en cuenta dentro de este trabajo de forma general los conceptos descritos.

4.1. 2 MEDIDAS CAUTELARES

Palabra Medida.- Según GUILLERMO. Cabanellas, **"***Acción de medir (v.); determinación de las dimensiones de una persona o cosa… //Actitud, disposición, prevención u orden. // Sensatez, cordura***,** *tino. // Límite, tasa. //*

*Resolución tomada para evitar o remediar un mal"***.**[2] Esta de varias definiciones constante en su obra, y concluye "*Tomar medidas. Adoptar las disposiciones o dar las órdenes que las circunstancias impongan; de modo singular, para restablecer el orden, contra el abuso, restablecer la confianza o la disciplina"*[3].

Medida en el ámbito jurídico y del derecho se constituye en un instrumento en el que se instituye una acción de orden que da la autoridad para hacer prevalecer ciertos derechos de las personas y bienes e imponer el orden y la disciplina. Etimológicamente la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; que a su vez, equivale al conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo.

Palabra Cautelar.- Es la acción cuyo fin es el de prevenir la consecución de un determinado fin, o de precaver lo que pueda dificultarlo; son medios adoptados para evitar un riesgo. "**Cautelar.-** Prevenir, adoptar precauciones, precaver".[4] También **"***(De cautela). tr. Prevenir, precaver, verbo pronominal Precaverse, recelarse". o* adjetivos "*Preventivo, precautelatorio; usado también en sentido figurado del Derecho, dicho de una medida o de una regla, destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. Acción, procedimiento, sentencia cautelar".*[5]

La palabra cautelar, mantiene algunas variables o sinónimos empleados y utilizados en el derecho, con el efecto de disponer las medidas preventivas,

[2] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Guillermo Cabanellas. T. V. Pág. 368.
[3] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Guillermo Cabanellas. T. V. Pág. 368.
[4] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Guillermo Cabanellas. T. V. Pág. 368.
[5] Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua Española pág. 328 T.

provisorias, previas, necesarias y oportunas, que bien podemos considerarlos como **cautela, precaución, precautelar, precaver, coacción, coercitivo,** todos estos términos son homónimos, similares, equivalentes a la palabra cautelar; por ello son diversamente utilizados por tratadistas dentro del Derecho como iguales en sus fines o resultados perseguidos, que son acciones de prevención y restricción de derechos y libertades, mediante la acción obligatoria e imperativa de la ley, medios utilitarios y empleadas por el juez, que recaen sobre derechos y libertades de las personas y de bienes patrimoniales.

1.1.2.1. Definición

Medidas cautelares en el campo del Derecho son los instrumento previsivo, determinados por el legislador y adoptados por el Juez, ante el incumplimiento de las observaciones y recomendaciones establecidas por la ley. Equivale a un conjunto de precauciones tomadas para evitar un riesgo. Según Fenech, Las medidas cautelares *"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".*

Las medidas cautelares personales son resoluciones, actos procesales provenientes de un Juez, que se dictan dentro de un proceso penal, para ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras del imputado o procesado; y para evitar la

realización de actos o actividades que impidan la comparecencia del procesado al proceso penal; todo lo cual se realiza de forma provisional hasta tanto se decida el asunto; es intervención legal en el derecho a la libertad personal.

En términos generales las medidas cautelares son actos procesales, medios o instrumentos jurídicos empleados por las partes y dispuestos por el juez, a través de actos concretos, con el fin de proteger el objeto de la pretensión patrimonial o para determinar la seguridad de la persona. Se comprende entonces que una medida cautelar, tiene como misión u objeto prevenir mediante una orden o disposición de un juez, sobre algún punto del derecho, que alguien lo reclame, o que por protección a la sociedad manifieste de oficio.

4.1.2.2. Clásica concepción de Medidas Cautelares

Al establecer la definición de medidas cautelares, partiré reconociendo que se trata de una institución vasta, sobre la cual no existe doctrinariamente un acuerdo, aún sobre su denominación, así se habla *de acciones cautelares, procesos cautelares, providencias cautelares, acciones precautorias, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas provisionales, medidas urgentes, medidas de cautela, providencias conservatorias o interinas, medidas cautelares, etc.* no obstante debemos reconocer, que la denominación que se dé, no estructura la esencia de la cosa o de la institución, sino que, por el contrario, ésta debe imprimir su nombre, en virtud de la finalidad y la naturaleza de las precauciones de que aquí se trata, parece que el nombre apropiado es medidas cautelares, puesto que el sentido lingüístico corresponde al contenido,

simplemente porque se da la idea de prudencia, de previsión cauta ante periculum in mora que corre el derecho o la situación, así sea ahora un fumusbonis iuris o solo verosímil o únicamente presumible.[6]

Las medidas cautelares pueden solicitar antes, conjuntamente o después de una demanda, cuyo objeto asegurar las pretensiones de las partes durante la pendencia del proceso, está íntimamente ligadas a la existencia del proceso; por lo que se impone la necesidad de solicitar medidas cautelares para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis, en estos procedimientos impera la necesidad de protección inmediata y urgente de las condiciones fácticas y jurídicas que se encuentren amenazadas, y que pueden ser alteradas durante la pendencia del proceso, es decir hay peligro en cualquier demora, por ello para su otorgamiento no se requiere conocimiento exhaustivo o profundo; configurando dos condiciones básicas, acuerdo generalizado en los tratadistas: el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho; por lo tanto la concesión de estas medidas presupone la existencia de un peligro ocasionado por la tardanza del proceso, y la innecesidad de certeza plena de la existencia del derecho o de su amenaza.

El efecto jurídico del otorgamiento no constituye un prejuzgamiento del asunto litigioso, ni cosa juzgada, no hay una declaración del derecho, *"por esto, siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria, la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a*

[6]Eduardo García y Jeannette García, *Medidas Cautelares*, Bogotá, Editorial Temis S.A, Segunda Edición, 2005, pp. 10. (Los autores al hacer este comentario resaltan, que ésta es la posición compartida de Hugo Alsina, Podetti, Gonzalo Quintero, Eduardo Couture, Calamandrei, Chiovenda y DevisEchandía)

través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, si se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituida."[7] Las medidas cautelares se otorgan en términos generales a pedido de parte e *inaudita pars,* sin sustanciación previa con el afectado; no obstante por situaciones de orden público se pueden disponer de oficio.

La doctrina señala que se debe averiguar la finalidad, para la definición de medidas cautelares, por estar íntimamente ligada con el fin o propósito que persiguen; así Calamandrei señala "en las providencias cautelares hay, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva".[8] Desde ésta perspectiva las medidas cautelares serían aquellas que buscan asegurar la efectividad de la sentencia definitiva; González Chévez, agrega otra finalidad de las medidas cautelares "que es la de evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil o imposible reparación"[9]

Las medidas cautelares son aquellas que buscan asegurar la efectividad de la sentencia definitiva, así como evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil reparación, por lo cual Kielmanovich, considera a las medidas cautelares ser "pretensión de tutela

---

[7]Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares,* Buenos Aires, 1996, p. 90, citado por Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 106.

[8]Piero Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares, Buenos Aires, 1945, p. 45, citado por Héctor González Chévez, La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares, México, Editorial Porrúa S.A., 2006., p. 80

[9]Héctor González Chévez, La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo……. p. 81

anticipada, al servicio de un proceso contencioso de conocimiento o ejecución, o ya extra-contencioso, adoptadas ha pedido de parte o de oficio, en orden de aseguramiento de bienes, o personas o la satisfacción de sus necesidades urgentes, con abstracción, de que para decretarlas se deba sustanciar el pedido o se las disponga *inaudita pars*, como sucede comúnmente."[10]

4.1.2.3. Finalidad de las medidas cautelares

Desde el ámbito doctrinario a las medidas cautelares han adoptado conceptos y definiciones de varios tratadistas y que en forma general tener la siguiente. Son aquellas medidas que pueden solicitar los intervinientes de un proceso penal, deben ser decretadas por un juez o tribunal de garantías con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso o asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieren derivarse con el acusado.

No obstante tenemos otros aportes de tratadistas Casarino, señala "Resguardos legales para evitar que el demandante sea burlado los derechos que puede ser reconocidos por la sentencia"[11]. René Jorquera, "Aquellos actos procesales que tienen por objeto asegurar los resultados de la acción deducida, o que se va a deducir si la medida precautoria se solicita como prejudicial". Calamandrei: "Anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que se podría derivar del resultado de la misma". La finalidad de evitar el daño que puede producirse si el demandado enajena o destruye sus bienes antes de la sentencia definitiva.

[10]Jorge Kielmanovich, Medidas Cautelares …,p.31
[11]Jorge Kielmanovich, Medidas Cautelares …,p.31

Manuel Viteri, *"Son medidas de carácter excepcional, con limitaciones legales que mediante un proceso se hacen efectivas, para el cumplimiento de los fines procesales y extraprocesales, y esto por exigencias sociales jurídicamente valoradas."*[12] Como esta definición existen muchos conceptos, desde el punto de vista amplio y general de las medidas cautelares, que nos ilustran a entender y comprender mejor lo que constituyen las medidas cautelares.

Para la Doctrina, el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado del proceso definitivo; Calamandrei sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o preordenación. Para Couture, la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo.

Según Podetti, "las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces"[13]

---

[12]Manuel Viteri Olvera Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, pág.

[13]Villaroel Rion, Pedro. Del procedimiento cautelar de la tercería y del embargo ejecutivo. Ediciones Libra, Caracas, Venezuela. La Roche, Ricardo Henríquez.

Binder, "*.... todas las medidas de coerción son, en principio, excepcionales. Dentro de esa excepcionalidad, la utilización de la prisión preventiva debe ser mucho más restringida aún. Para asegurar esta restricción, deben darse dos supuestos. En primer lugar, no se puede aplicar la prisión preventiva si no existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él...., requisitos procesales: Estos requisitos se fundan en el hecho de que ese encarcelamiento preventivo sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena*..."[14]

Raúl Ábalos afirma "*la Constitución estatuye la libertad como un derecho de rango superior y frente al proceso penal como una valla puesta a los jueces para no entorpecer aquella libertad en su modalidad ambulatoria en virtud del principio de inocencia. Por el otro lado se justifica constitucionalmente la coerción personal. De donde deriva que cualquier medida de coerción personal, no implica de manera alguna una sanción, es decir, una retribución por la acción desplegada, sino una medida asegurativa, que tiende a no desvirtuar los fines del proceso,…* ".[15]

En mi criterio pues toda medida cautelar tiene su propia finalidad de precautelar o restringir derechos patrimoniales o personales, esto en términos generales lo que se constituyen en instrumentos de los que se nutre el juez, para dispones de actos preventivo que limiten derechos y libertades.

[14]Ricarda Ysabel Cabañas de Rodríguez
[15]Ricarda Ysabel Cabañas de Rodríguez

4.1.2.4. Presupuestos para las Medidas Cautelares

Previo a que se disponga una medida cautelar deben configurarse ciertos requisitos o presupuestos que han sido adoptados por la doctrina de necesarios indispensables, aunque no exista un acuerdo unánime entre los diferentes autores al establecerlos, sin embargo todos coinciden en dos presupuestos básicos de concesión: el peligro en la demora (*periculum in mora*) y la apariencia del buen derecho (*fumusbonis iuris)*.

4.1.2.4.1. Peligro en la Demora (*Periculum in Mora*)

De las afirmaciones realizadas por los tratadistas en torno a las medidas cautelares, Priori Posada, establece dos caracteres del peligro en la demora:1) El riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso; y 2) El riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia.[16] El peligro en la demora, *Periculum in Mora*, constituye para Calamandrei, la base de las medidas cautelares, criterio que se ha mantenido en la mayoría de los autores.

4.1.2.4.2. Apariencia de Buen Derecho *(fumusbonis iuris)*

Doctrinariamente se la considera, de manera unánime, como un presupuesto de admisibilidad de las medidas cautelares. Se refiere al conocimiento no

[16]Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares,* Buenos Aires, 1996, p. 43, citado por Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p.39

exhaustivo o profundo que debe tener el juzgador al momento de otorgar las medidas cautelares, este no debe exigir certeza, debe verificar únicamente una apariencia, un cierto grado de verosimilitud del derecho; el juez no deberá requerir una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer la veracidad de lo alegado. Un conocimiento pleno se requiere para dictar la sentencia definitiva, luego de recorrer todo el proceso;[17]

Kielmanovich, señala "Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino solo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que solo incorporados al proceso que objetivamente y *prima facie* lo demuestre se logra al agotarse el trámite, si bien aquella debe resultar de los elementos"[18]

Acogiendo estos aportes doctrinarios, puedo señalar consecuentemente que para la procedencia de las medidas cautelares, pues el juez, requiere de tomar muy en cuenta para su aplicación o disposición de tales medidas, que se produzcan estos dos presupuestos básicos como son el peligro en la demora (*periculum in mora*) y la apariencia del buen derecho (*fumusbonis iuris)*; por ello es necesario tener en cuenta, para la procedencia de las medidas cautelares, que vayan a cumplir sus fines de prevención y precautelar derechos y bienes.

---

[17]Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares,* Buenos Aires,1996, p.77, citado por Giovanni Priori Posada, *La Tutela Cautelar*, Lima, Editorial ARA Editores E.I.R.L., 2006, p.73

[18]Jorge L. Kielmanovich, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal –Culzoni, 2000, p. 51

4.1.3. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Dentro del ordenamiento jurídico, podemos considerar que existen medidas cautelares que cuyo fin es prevenir o precautelar un derecho afectado o un bien jurídico protegido. Las medidas cautelares pueden ser según la materia y competencia, en el ámbito civil y/o penal, esto según las circunstancias y los procedimientos adoptados a cierto derecho demandado.

4.1.3.1. Medidas cautelares civiles

Son aquellas medidas o actos cautelares dispuestos por la jurisdicción civil o la ordinaria, cuyos actos o medidas precautelatorias o preventivas se dirige de forma más común sobre los bienes patrimoniales o derechos reales. Ejemplo el imponer la prohibición de enajenar a un inmueble en la demanda ejecutiva; en estas medidas cautelares, no influye en mayor medida la libertad de la persona.

4.1.3.2. Medidas cautelares penales

Aquellas medidas que pueden solicitar los intervinientes de un proceso penal, las cuales deben ser decretadas por el juez o tribunal de garantía penales con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso o asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieren derivar para el acusado. Las medidas de coerción en el proceso penal son actos que limitan la libertad de una persona con el objeto de resguardar la aplicación de la ley penal. Según Maier, es la “aplicación de la fuerza pública que coarta las libertades reconocidas por

el ordenamiento jurídico que pretende el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento y averigua la verdad y la actuación de la ley sustantiva o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento”[19]

4.1.3.3. Medidas cautelares reales

Las medidas cautelares de carácter real, se dirigen en ciertos actos judiciales que tienden a recaer sobre los bienes materiales, estos ya sean para la prevención de un acontecimiento u obligación civil, o para hacer efectivo ciertas obligaciones, como también se las puede considerar para asegurar las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias y el valor de costas procesales que el Juez, podrá ordenar sobre los bienes del imputado. Pueden tener varias finalidades, según tiendan a asegurar los medios de prueba; o asegurar la condena al pago de una cantidad en dinero por las personas responsables penales, o por los terceros responsables civiles, todas aquellas que miran el gravamen de los bienes del demandado, sindicado o procesado, con la finalidad de afianzar el cumplimiento de las obligaciones de carácter patrimonial y que son: Secuestro; Retención; Prohibición de enajenar; y, Embargo.

4.1.3.4. Medidas cautelares personales

Son aquellas que afectan la libertad del individuo por medio del ejercicio de la potestad coercitiva, como manera de asegurar la presencia del sindicado o procesado en el juicio para el cumplimiento de la pena. Las que pretenden

[19]MAIER, Julio La ordenanza procesal Pena Alemana. Vol.II. p.127

asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el Juez Instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el Juzgador.

"*Aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal, que pueden adoptar en tribunal en contra del imputado, en el proceso penal, con el objetivo de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento*."[20] En mi criterio son aquellas que imponen la limitación del derecho a la libertad personal del procesado, reconocidas en el ordenamiento jurídico, para asegurar su presencia, vinculación y la asistencia del imputado en el proceso.

4.1.3.5. Otros actos o medidas preventivas

A las medidas cautelares indicadas pues podemos determinar que hay otro tipo de actos o medidas que aunque se parezcan por su forma a las cautelares estas no lo son, y nos referimos a las llamadas "medidas preventivas" como la inhabilitación o suspensión del cargo, profesión u oficio, la privación del permiso de conducir, no se podrán considerar medidas cautelares, porque no concurre uno de los elementos esenciales de este tipo de actuaciones el "periculum in mora", ya que el imputado no puede impedir o dificultar la ejecución de penas con el contenido mencionado.

[20]LOPEZMASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica, 2002

4.1.4. MEDIDAS CAUTELARES SU APLICACIÓN PROCESAL PENAL

Las medidas cautelares en el proceso penal son aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de bienes, con el fin de garantizar sus efectos.

Son medidas de coerción personal, que sólo se justifican si sirven a los objetivos y fines del proceso penal; el proceso penal está al servicio del derecho penal, en base al principio constitucional del juicio previo, a nadie se le puede aplicar la ley penal, sin antes haber sido sometido a proceso; por ello, que el único fundamento de la medida coercitiva está en el proceso penal, nos lleva a afirmar que dichas medidas no pueden tener los mismos fines que tiene la pena. El Código Procesal Penal señala como únicos fines de las medidas cautelares o coercitivas el asegurar la presencia del imputado en el proceso e impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad.

4.1.4.1. Medidas cautelares provisionalísimas

Actos o medidas cautelares dispuestas que tienen como fin requerir la comparecencia de determinada persona ante la autoridad, dar cumplimiento con un acto o diligencia requerida por la autoridad; se da la categoría de provisionalísimas, a estos actos o medios empleados de forma coercitiva como la Citación, la conducción o comparecencia bajo la fuerza pública.[21]

[21] www.tecmaestriasenlinea.mx/EcuadorEnlaces patrocinados

4.1.4.1.1. La citación

Es la comunicación que el fiscal o juez realiza a una persona con el objeto de que comparezca ante ellos para ser notificado, declarar o practicar algún otro acto o diligencia, reconocimiento, pericia, etc. La citación es una limitación leve al derecho de locomoción, por cuanto se le impone a una persona la obligación de estar en un lugar determinado a una hora fijada bajo apercibimiento, esto con el anticipo que de no hacerlo se lo hará bajo el auxilio de la fuerza pública.

4.1.4.1.2. La conducción o comparecencia bajo la fuerza pública

En aquellos casos en los que la persona debidamente citada no compareciese sin existir motivo justificado; La conducción es el acto mediante el cual una persona es llevada por la fuerza pública ante el juez o el fiscal, debido a que su presencia es indispensable para practicar un acto o notificación; es subsidiaria de la citación, para ordenar la conducción es requisito que previamente se haya realizado citación y que el citado no haya acudido sin causa justificada.

4.1.4.2. El arresto

Es la aprehensión física que se hace a un contraventor para ser juzgado. El contraventor no es sujeto ni de prisión preventiva ni de detención, hablando conforme a derecho y en teoría; pero, en la práctica hay ciertos contraventores que son privados de su libertad para llevarlo ante el juez, quien está obligado a juzgarlo inmediatamente.

4.1.4.3. La retención

La que en situaciones de urgencia posee la autoridad, para limitar la libertad de movimiento o locomoción de una persona, sobre la que surge sospecha de participación o que puedan haber sido testigos de un hecho punible con el objeto de evitar la fuga del imputado y de impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad. La ley es taxativa al señalar los supuestos en los que se puede retener a una persona; en el caso que lo realice el Fiscal o la policía, cuando existan indicios de que la persona ha cometido un hecho punible y que se requiera su retención; pero de no existir peligro de fuga o de ocultamiento de prueba, citará al imputado para que concurra ante el juez para que declare en libertad. En nuestra legislación la retención se presenta en el Art. 216 numeral 5, Código de Procedimiento Penal, entre las atribuciones del Fiscal: *"Impedir por un tiempo no mayor de seis horas que las personas cuya información sea necesaria se ausenten del lugar sin haberla proporcionado."*[22]

4.1.4.4. La aprehensión

Es una medida de coerción personal, que puede adoptar la autoridad judicial, la policía e incluso los particulares; la aprehensión consiste en privación de libertad de una persona sorprendida en delito flagrante y sobre la que pesa sospecha de comisión de un hecho delictivo, con el objeto de ponerla a disposición del juez, para que preste su declaración, cumplido este acto, sólo podrá permanecer privado de libertad si le dicta auto de prisión preventiva.

[22]Código de Procedimiento Penal

La aprehensión de la persona en delito flagrante se da, ya sea en el mismo momento del acto o delito, o siendo perseguido de forma inmediata e interrumpida al infractor dentro de las 24h00 desde la comisión del delito hasta su detención. Está regulado desde los Arts. 161, al 163 del Código de Procesal Penal y los numerales 1 y 2 del Art. 77 de la Constitución de la República, es una medida cautelar excepcional, que puede actuar cualquier persona, sin orden de autoridad y puesto a orden del juez, quien llevara la audiencia de flagrancia en la que se resolverá la situación del aprehendido, ponerlo en libertad o dictarle medidas alternativas o la prisión preventiva según la gravedad del caso y de la presunta responsabilidad del aprehendido. También contemplada en el numeral 6 del Art. 116 del Código de Procedimiento Penal, como una de las atribuciones del Fiscal; el numeral 3 del Art. 209 del mismo cuerpo legal como deber y responsabilidad de la Policía Judicial; en general la aprehensión puede hacer policías o cualquier persona Art. 161 y 163 del CPP.

4.1.4.5. La detención

Medida cautelar extraprocesal que priva de la libertad a un individuo por parte del titular del órgano jurisdiccional penal competente, por sospecha en la intervención de la comisión de un delito, con fines de investigación procesal; la detención no nace del proceso penal, pero surge para servir al proceso penal. “Fenech, define la detención como un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de carácter provisional y que tiene como fin ponerla a la persona inculpada a disposición mediata o inmediata del Instructor del proceso penal, para los fines de éste, en la expectativa de la posible prisión

preventiva”[23]. Mario Oderico *“Es diligencia previa al procesamiento indagatorio que se justifica por razón de urgencia en el aseguramiento de la persona del sospechoso y para evitar que pueda hacer desaparecer las pruebas del delito”*.[24]

En nuestra legislación se encuentra contemplada en los Arts. 164, 165 y 166 del CPP los casos que el juez puede disponer la detención para investigación de un delito, por tiempo limitado de 24 horas; del resultado de la investigación bien podrá dejar sin efecto la detención o de considerarlo vinculante al caso que investiga, en audiencia de formulación de cargos, dispondrá medidas cautelares sustitutivas o alternativas del Art. 160 CPP, según el caso o la prisión preventiva de cumplirse los presupuestos del Art. 167 del mismo CPP.

4.1.4.6. La prisión preventiva

Es una medida coercitiva, consistente en la limitación de la libertad individual de una persona, ordenada por el órgano jurisdiccional competente y que tiene por objeto el ingreso de ésta en el centro penitenciario como instrumento para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia.

La prisión preventiva “*Es una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal*

[23] Manuel Viteri Olvera Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, pág. 41
[24] Manuel Viteri Olvera Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, pág. 41

y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento."[25] Por lo tanto la prisión provisional, como todas las medidas cautelares personales supone una privación de la libertad, pero por ser más acusada que el resto debe ser aplicada con especial cuidado, no es obligatoria, tiene un carácter excepcional por lo que deberá acordarse como *"ultima ratio"* cuando sea estrictamente necesaria atendiendo a las especiales circunstancias del caso; y en ningún caso se puede aplicar con fines punitivos.

La prisión provisional y la detención presentan la nota común de constituir una privación de la libertad individual de la persona, pero tienen importantes diferencias, entre otras: la detención es de corta duración máximo 24 horas, mientras que la prisión preventiva puede persistir todo el tiempo que dure la instrucción fiscal o el proceso; con un plazo de seis meses para delitos sancionados con prisión y un año por delitos sancionados con reclusión; la detención puede llevarla a efecto cualquier particular, autoridad o agente de la policía judicial, mientras que la prisión preventiva, requiere siempre la resolución de un órgano jurisdiccional que la ordene.

Por lo tanto se considera que la prisión preventiva es un acto procesal de carácter cautelar, provisional y preventivo, en contra de una persona natural, la que se emana del titular del órgano jurisdiccional penal y que surge en razón de un proceso instructivo y frente al proceso, cuando se cumplen los presupuestos de carácter subjetivo y objetivo establecidos en el marco legal y Constitucional; medida cautelar dictada excepcionalmente.

[25] Moreno Catena. Derecho Procesal Penal. Pág. 524.

4.1.5. MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS

Palabra Alternativa.- *"f.* Derecho para ejecutar alguna cosa o gozar de ella alternando con otra. Opción entre dos cosas."[26] Posibilidad de elegir entre otras opciones o soluciones diferentes; opción o solución que es posible elegir entre varios.

En mi criterio se entiende por alternativa, la posibilidad del escoger entre una u otra posibilidad, a fin de obtener un resultado, y respecto a las medidas cautelares, en nuestra normativa tenemos, varias medidas que podrían tomar el juez con respecto a la limitación de la libertad del sospechoso o procesado.

Palabra Sustitutiva.- "Que puede ocupar el lugar de otra cosa para que realice la misma función. Adj. de la sustancia que puede remplazar a otra en el uso."[27] El término proviene de sustituir o remplazar en vez de, por lo tanto vale esta apreciación a fin de poder comprender mejor en lo que corresponde al tema jurídico de las medidas sustitutivas.

4.1.5.1. Concepto de las medidas sustitutivas o alternativas

Las medidas sustitutivas o alternativas, son medios o instrumentos jurídicos procesales, que dispone el órgano jurisdiccional (juez), para interponerlas siempre aplicando los principios de excepcionalidad en el proceso penal, limitando todo tipo de medida coercitiva que restrinja la libertad del indiciado,

[26]Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial , S.L
[27]Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial , S.L

haciendo efectivo los derechos y garantías constitucionales del imputado. La medida sustitutiva, es aquella que sustituye una medida cautelar de cierto rigor por una más flexible o que se adapta al caso concreto. Las medidas sustitutivas son alternativas que ofrece el Código Procesal Penal a la privación preventiva, en aquellos casos en los que los fines de la misma pueden lograr por otras vías menos gravosas para el sindicado.

Es una forma de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, para que los imputados de ilícitos penales no estén en prisión antes de que se les dicte sentencia condenatoria o absolutoria instruido en su contra. Por lo tanto las medidas sustitutivas constituye una excepción a la prisión preventiva, y para el sindicado un beneficio, por supuesto este beneficio estaría sujeto a una serie de condiciones que el Código Procesal determina, así como prohibiciones que el sindicado debe cumplir.

Conceptualmente hablando se tiene que las medidas sustitutivas o medidas alternativas, son medios jurídicos procesales, de los que dispone el órgano jurisdiccional para aplicar el principio de excepcionalidad en el proceso penal, limitando todo tipo de medida coercitiva que restringa la libertad del sindicado, haciendo patente, los derechos y garantías constitucionales del imputado. Son formas e instrumentos jurídicos utilitarios para aplicarse medida alternativa a la prisión preventiva, para que procesados e imputados por ilícitos penales no estén en prisión antes de que se les dicten sentencia condenatoria o absolutoria instruido en su contra.

Las medidas sustitutivas constituye excepciones a la prisión preventiva, y para el sindicado un beneficio, por supuesto éste beneficio estaría sujeto a una serie de condiciones que el Código Procesal determina, así como prohibiciones que el sindicado debe cumplir; por lo tanto las medidas sustitutivas son alternativas que se ofrece a la prisión preventiva en aquellos casos en que los fines de la misma se pueden lograr por otras vías menos gravosas para el sindicado.

La doctrina emplea las expresiones medidas alternativas o sustitutivas penales para identificar a un variado conjunto de procedimientos y mecanismos normativos, que tienen como función común la de eludir o limitar la aplicación o la ejecución de penas privativas de libertad, de corta o mediana duración.

DE LA CUESTA ARZAMENDI precisa que se trata de mecanismos que operan de modo diferente sobre la "pena privativa de libertad que tratan de sustituir o evitar:[28]

- Algunos sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad.
- Otros, basados en la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad.
- Existen también sistemas que apoyados, en la probable falta absoluta de necesidad de pena, procuran la evitación de la prisión a través de la

[28]José L. de la Cuesta Arzamendi. Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993, p. 322 y ss.

instauración de períodos de prueba, que si se superan satisfactoriamente no darán lugar a la imposición de pena alguna.

- Finalmente, hay hasta instituciones orientadas a la evitación completa, condicional o no, de toda reacción penal y no exclusivamente de la plasmada en privación de libertad"

4.1.5.2. Finalidades de las medidas alternativas

Cuando se trata de las medidas alternativas a la prisión, se hace desde un doble ángulo; antes de que se produzca sentencia y luego de ella. Se distingue así entre penas y medidas alternativas: se alude a **“penas alternativas”** como aquellas diferentes a la pena de prisión que se impone como resultado de una sentencia condenatoria. Se denominan **“medidas alternativas”** las que se utilizan en el proceso, previo a la fase de juicio, y que pretenden ser sustitutivas de la prisión preventiva con el fin de no entorpecer la investigación y evitar la fuga de la persona procesada.

Las medidas y penas alternativas hacen resurgir el fin **resocializador** de las pena pues están exentas de las críticas hechas a la prisión – no así al sistema penal o a la política criminal en su conjunto- y plantean la posibilidad de que el Estado no abandone su poder sancionatorio y que, a la vez, provea a quienes hayan infringido la ley penal, un régimen de penas en libertad que les permita un mejor ejercicio casi pleno de sus derechos fundamentales.[29]

[29]Revista de Ciencias Penales de Costa Rica pág. 84

Las medidas sustitutivas o medidas alternativas, son medios jurídicos procesales, de los que dispone el órgano jurisdiccional para aplicar **el principio de excepcionalidad** a la prisión preventiva en el proceso penal, limitando todo tipo de medida coercitiva que restrinja la libertad del sindicado.

Las medidas sustitutivas son alternativas que ofrece el Código Procesal Penal a la prisión preventiva, en aquellos casos en los que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el sindicado. Es una forma de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, para que los imputados de ilícitos penales no estén en prisión antes de que se les dicten sentencia condenatoria o absolutoria instruido en su contra.

4.1.6. MEDIDAS ALTERNATIVAS FRENTE A LA VÍCTIMA

Con estas medidas cautelares alternativas o sustitutivas incorporadas a nuestro sistema jurídico, se trata de hacer en lo posible el menor daño a los derechos humanos, en busca de una justicia con humanidad, y propender una rehabilitación social del procesado. Qué bien pero también nos preguntamos **¿pero qué pasará con las víctimas de las infracciones y sus derechos, donde quedan sus derechos y garantías constitucionales y las de seguridad civil, ciudadana y jurídica, quien los protege?** Habrá que seguirnos preguntados, sobre estos derechos de las personas y de la sociedad; por ello se hace necesario también hacer referencia a lo que determina el Art. 78 de la Constitución referente al derecho de las víctimas señala: ***"Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les***

garantizará su no revictimización, *particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.*

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales."[30]

Que hacer para que esta norma también se cumpla, además que en el campo legal estos sólo son declaraciones liricas de garantías que no se cumplen y por ello pues también hay que reclamar la seguridad jurídica que indica el Art. 82 de la Constitución.- ***"El derecho a la seguridad jurídica*** *se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."* [31]

Podre seguir enarbolando toda la gama de derechos, garantías y libertades de nuestra Constitución y ley procesal penal que se las han incorporado en sus estamentos jurídicos para su aplicación, donde como está consolidado se ha legislado en beneficio de quien transgrede las normas, esto también motiva que debiendo ser justos con la hipótesis de la investigación, ante el uso y abuso que se ha dado a los derechos y libertades, que hoy estamos azotados por una inseguridad social y un desamparo inequitativo de la ley con respeto a la

[30] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008
[31] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008

víctima del delito, a la sociedad y por ende a la institucionalidad del mismo Estado, que determina la igualdad ante la ley y seguridad a sus habitantes.

Es necesario concluir que siendo la pena privativa de la libertad una medida marginal que solo debe utilizarse cuando sea estrictamente necesaria en vista de la naturaleza y gravedad del delito y la personalidad del delincuente, se deberá preferir entonces la adopción de medidas alternativas o sustitutivas a la pena de privación de la libertad que resulten con mayor eficacia el tratamiento del infractor de la ley, que no solos e legisle buscando beneficio del trasgresor de la ley, sino que se proteja a las víctimas, y a la propia sociedad, que las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad, deben ser revisadas y determinar una regulación de mayor efectividad para su aplicabilidad por los operadores de la justicia ya si lograr controlar la delincuencia y bajar los índices de inseguridad, de impunidad y reincidencia del infracto en la comisión del delito.

4.1.7. CRÍTICA A LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Al respecto, transcribiré en su mayoría el texto emitido por el Dr. Alfonso Zambrano, un estudioso del Derecho, quien de su página web, manifiesta: **"**En un caso como el que se analiza hay un ejercicio doloso y abusivo del cargo de juez de garantías penales, en perjuicio de la causa pública, incumpliendo el juez con la obligación de prestar el auxilio que la causa pública demanda y que es inherente al ejercicio del cargo. No se trata de echarle la culpa al Código de Procedimiento Penal, a la Constitución del 2008, o a las reformas al Código de

Procedimiento Penal del 24 de marzo del 2009, pues como dice un destacado jurista argentino Julio Bernardo José Maier, autor del Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el mejor código del mundo fracasa si no tiene buenos operadores, que significa buenos policías(el primer filtro de selectividad del sistema penal), buenos fiscales y buenos jueces."[32]

En guarda del respeto a un derecho penal mínimo y a un concepto justo de lo que debe ser la mínima intervención penal, dejamos constancia de que el derecho penal mínimo o el principio de oportunidad o un uso racional del derecho cuando se trata de utilizar la prisión preventiva como último recurso (Art. 77 numeral 11 de la Constitución del 2008), se degenera cuando un mal juez pone en libertad a un traficante de drogas o a un violador o asesino, etc., a pretexto de las garantías constitucionales y procesales. El derecho penal mínimo busca la utilización de la cárcel como recurso extremo.

Lo que es para el primer mundo –incluyendo España– el flagelo del terrorismo, es para nosotros el tráfico de drogas, ambas expresiones de la delincuencia organizada trasnacional o transfronteriza. Cuando defendemos un *derecho penal de última o de extrema ratio* no estamos legitimando la impunidad, antes y por el contrario lo que pretendemos es llegar a la contracción al máximo del derecho penal, para que el sistema penal funcione realmente sancionando los delitos más graves, de la manera más pronta, y con

[32]Se puede revisar el documento en nuestra página web, en www.alfonsozambrano.com en el link DOCTRINA PENAL. Pg. 408, 409 y 410

la intensidad que reclama una sociedad azotada por la delincuencia de mayor costo social, y de mayor contenido violento.[33]

En mi comentario debo señalar que en parte comparto tal critica del tratadista; pero no es menos cierto que el haber legislado en favor del infractor, pues se ha degenerado la conducta del que infringe la ley o del que delinque, y ante ello pues el Estado debe de tomar mecanismos más apropiados, para hacer frente al uso y abuso de las medidas cautelares sustitutivas o alternativas que se han implementado, porque al final el delito es un fenómeno social que cada vez se incrementa mientras las leyes lo permitan deforma deliberativa.

4.1.8. MEDIDAS ALTERNATIVAS DE ÚLTIMA APLICACION

Ante la pena de prisión muy cuestionada, por el fracaso de readaptación, que ha demostrado en diversas partes del mundo, dando lugar a la evaluación y consagración legal de sustitutivos para las penas privativas de la libertad de corta duración y al surgimiento de distintas modalidades para el cumplimiento de dicha pena, a la que podré llamar también de última generación, surgen medidas alternativas de mucha mayor eficacia y protagónicas como: la Prisión Abierta, Prohibición de concurrencia, Detención de fin de Semana, Control Electrónico, etc.

Prisión Abierta.- Consistente en un régimen de salidas del establecimiento carcelario durante el día para realizar tareas laborales o de formación, con

[33]Se puede revisar el documento en nuestra página web, en www.alfonsozambrano.com en el link DOCTRINA PENAL. Pg. 408, 409 y 410

regreso durante la noche y fines de semana, son esta institución se persiguen diversos objetivos además de neutralizar el carácter nocivo de la prisionalización, tales como:

- Posibilitar que los penados brinden un servicio a la comunidad, mediante trabajos de interés para la misma;
- Evitar la superpoblación carcelaria;
- Posibilitar su efectiva readaptación al medio social;
- Acercamiento familiar;
- Formación educativa.[34]

Control Electrónico.- Consistente en el seguimiento del imputado o condenado a través de dispositivos electrónicos -por ejemplo pulseras o brazaletes-, que permitan su localización o monitoreo permanente, u otro tipo de control por medio tecnología electrónica o informática que posibiliten el control de determinados actos. Estos sistemas, también pueden utilizarse para la ejecución o control de otro tipo de medidas, por ejemplo aquellas que ordenan al sujeto la prohibición de frecuentar determinados lugares o personas, impedir ciertos contactos personales, etc.[35] En algunos países latinoamericanos, se lo ha establecido en sus legislaciones.

Detención de Fin de Semana.- Esta medida tiende fundamentalmente a evitar los efectos negativos, que el encierro en la prisión ocasionaría a la persona condenada o sentenciada, tanto en sus relaciones familiares como en

[34]página web www.naoabogado.com.ar sección "doctrina", puede consultarse el artículo "La Probation".
[35]página web www.naoabogado.com.ar sección "doctrina", puede consultarse el artículo "La Probation".

la faz laboral. Consiste en cumplir la pena privativa de libertad los fines de semana, el *cumplimiento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del condenado"*.[36]

Prohibición de Concurrencia.- Esta medida, consistente en impedir la concurrencia de determinadas personas a lugares que tengan relación con el delito o contravención, se encuentra adecuando en legislaciones de países y que también su aplicación para la prevención y represión de la violencia en espectáculos deportivos.

[36]página web www.naoabogado.com.ar sección "doctrina", puede consultarse el artículo "La Probation".

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. LA LIBERTAD DERECHO HUMANO INNATO

El hombre sujeto activo y pasivo de derechos y libertades innatas con su propia existencia natural pues es fundamental tratar sobre la acción y afectación a sus derechos fundamentales a su libertad, de allí aquel pensamiento de Rouseau, *"El hombre ha nacido libre, y en todas partes se halla prisionero. Creyéndose dueño de los demás no dejase ser aún más esclavo que ellos."*[37]

Definición natural a la libertad del hombre, con el fin de procuran el orden social también describe *"La más antigua y la única natural de todas las sociedades es la familia. Hasta los hijos permanecen ligados a los padres sólo durante el tiempo que tienen necesidad de ellos para conservarse. Inmediatamente que cesa esta necesidad se disuelve el lazo natural."*[38] Y complementa *"**La familia es, por lo tanto, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas**: el jefe es la imagen del padre; el pueblo, la de los hijos; y habiendo nacido todos iguales y libres, no enajenan su libertad más que por su utilidad."*[39]

Podría entenderse que el ser humano, en su estado natural también ha necesitado un orden para su permanencia, por ello la comparación de la familia que hace y en la que por sobre todo determina de la libertad del hombre en su estado natural; y que esa libertad también lo ha sido limitado por el mismo hombre sobre el otro, pero todos somos iguales y libres.

[37]Grandes Pensadores LIBSA Rousseau El contrato social pág. 178
[38]Grandes Pensadores LIBSA Rousseau El contrato social pág. 178
[39]Grandes Pensadores LIBSA Rousseau El contrato social pág. 178

4.2.2. DERECHOS DEL HOMBRE Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

María Clelia Rosenstock, expresa "a través de la historia el derecho ha recogido una u otra acepción de libertad, para hacerla objeto de tutela jurídica; pero la lucha por la libertad humana no puede considerarse concluida."[40] El hombre tal cual lo manifiesta la tratadista, ha querido dar una acepción a la palabra libertad y tutelarla jurídicamente, al igual que su convivir entre iguales, en democracia, ante ello algunas declaratorias del hombre libre; en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789, *"Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho; la libertad consisten en poder hacer todo lo que no dañe a los demás".*[41] Las Naciones Unidas, diciembre de 1948, los Derechos del Hombre. *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derecho, están dotados de razón y de conciencia y deben obrar los unos para con los otros con espíritu de fraternidad"*[42]

Los derechos y libertades del hombre, por su constante accionar alcanzan ser consagrados y garantizados en las cartas fundamentales de los Estados, persistiendo el interés social y afianzando la convivencia, más en determinados momentos estos valores socialmente reconocidos se ven amenazados, por lo que es necesario la imposición de una sanción a quien trasgrede la ley o normas de convivencia social para que este derecho no sea afectado por otro hombre; de allí, se ha considerado de vital importancia para la supervivencia de la comunidad y el individuo, ser defendidos por **medio de la coacción**.

[40]Enciclopedia Jurídica "Omeba" – Tomo XXIII página 185,
[41]Manuel Viteri Olvera Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano. pág. 19
[42]Manuel Viteri Olvera Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano. pág. 19

Estos intereses reconocidos socialmente se llaman bienes sociales, cuando son objeto del ordenamiento jurídico, se llaman bienes jurídicos; tales intereses o bienes son muy diversos, como la vida, la libertad, el honor, la propiedad**,** etc.; el Estado hace de dichos bienes, objeto de normas especiales de conducta emanadas del Estado, a través de disposiciones constitucionales o legales, conocidas como normas jurídicas, que tienen por objeto proteger los bienes jurídicos, aquellos bienes que dicen relación con interés fundamentales de la sociedad y del Estado, dando protección mediante penas a quienes violenten esas normas jurídicas, y por ende lesionen los bienes jurídicos que comprenden, he allí la importancia de los fines que persigue el derecho penal y procesal penal, que pretende restablecer la paz social alertada por el delito.

El maestro Jorge Zavala señala "La persona es sujeto de derechos en relación con el ordenamiento jurídico, el cual tiene como finalidad esencial proteger los derechos del hombre, individual y colectivamente; persona que es titular de los derechos y que contiene esos bienes jurídicos debidamente reconocidos y protegidos desde el Estado".[43]

De lo claramente detallado de puede entender que la persona en sí, es sujeta de derechos que le constituyen en bienes jurídicos protegidos por todo ordenamiento jurídico desde el propio Estado y como tal se los debe prevenir en forma general.

[43]Jorge Zavala -Delito Contra las Personas pág. 25 "Los bienes jurídicos innatos, esto es, que nacen con el hombre porque están ínsitos en él, como la vida, la salud, la libertad, el honor, son inalienables, indispensables e intransferibles"

4.2.3. PRINCIPIOS Y DERECHOS GARANTIZADOS A LA PERSONA.

4.2.3.1. El principio del debido proceso

El debido proceso, es de origen anglosajón "dueprocess of law" que se encuentra formulado por escrito por primera ocasión en el capítulo XXXIX de la Carta de Inglaterra de1215 en el que dispone "ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna forma molestado…"[44]

En nuestra Constitución de la República define en el Art. 76 *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:…"*[45] describe las garantías básicas que corresponden a todo proceso en el que el ciudadano tiene que hacerlos efectivos, que podemos simplificar entre otros: la presunción de inocencia, ser juzgado y sancionado por leyes previstas y tipificadas, por jueces competentes, tramite propio y procedimiento, aplicar sanción menos rigurosas, debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones y derecho a la defensa a toda persona con sus garantías descritas.

Por tanto nuestra Constitución garantiza el debido proceso a toda persona, la que también se incluye en el Código de Procedimiento Penal Art. 5-A *"Debido proceso. Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los*

[44]Alfonso Zambrano Pasquel. Proceso Penal y Garantías Constitucionales Pág. 47
[45]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008

principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos."[46]

Jorge Zavala, "El debido proceso en el derecho penal, tiene que ver con el respeto irrestricto a las garantías y derechos fundamentales que le asiste a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La legalidad del debido proceso penal es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que se hacen efectivos los principios rectores del debido proceso penal, que se constituyen en las garantías del debido proceso, esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado".[47]

En mi criterio el debido proceso son derechos y garantías básicas de todo proceso, al que toda persona tiene derecho en hacer uso y ejercicio, en todo momento, que se encuentra plenamente sustentado y garantizado en la Constitución y las Leyes que nos rigen, para todas las personas sin excepción.

4.2.3.2. Principio de mínima intervención penal

También conocido de "ultima ratio", o poder mínimo del Estado, determina la necesidad de restringir al máximo la intervención de la ley penal, reservándose sólo para casos de ataques graves a las normas de convivencia social, cuando la ausencia de alternativas sancionatorias más eficaces se revele como única

[46]Código de Procedimiento Penal Ley s/n., publicada en (R.O, -S. Nº 555 de 24 –III-2009)
[47]Jorge Zavala. El Debido Proceso, Edino 2002pag. 351

respuesta posible frente a conductas reprobables que afecten a los bienes jurídicos más preciados; de manera que el derecho penal será utilizado como último recurso exclusivamente para cuando se trate de bienes jurídicos que no pueden ser protegidos mediante el derecho civil o administrativo sancionado. El principio de última ratio constituye, límite esencial al poder punitivo del Estado.

En mi criterio es que la intervención de la acción penal como tutela fundamental del Estado para con las personas, solo procede cuando sea de extrema necesidad y excepcionalmente de allí que la aplicación de medidas cautelares o sanciones penales deben ser como último recurso.

4.2.3.3. Derecho *a la presunción de inocencia*

Derecho que tienen todas las personas que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada 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 en forma restrictiva, y evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación a sus derechos fundamentales.

El *derecho a la presunción de inocencia* constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del juez

competente, independiente, imparcial, Ferrajoli, “que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son *la regla de tratamiento del imputado,* que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal y *la regla del juicio*, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda.”

La tradición humanista de Ulpiano,-*Corpus Juris Civiles*- quien precisa *"nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente".* En el siglo XVII, Voltaire claramente rechazará la práctica de las órdenes de castigar sin oír al inculpado y sin prueba, planteo el juicio oral y público, la asistencia judicial por abogado y el sistema de íntima convicción del juez en la valoración de la prueba.

Sin embargo será Francesco Carrara, como señala Ferrajoli, el que elevó el principio de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso. El Marqués de Beccaria, quién tuvo una gran influencia en el medio europeo en su *texto "Dei Delittie delle pene", el que criticaba la falta de garantías del proceso inquisitivo en que el acusado era tratado como culpable desde el primer momento, debiendo el imputado probar su inocencia.*

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789, Art. 9 dice: “… *todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable…”*[48]. Así

[48]http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm

también el Art. 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*", norma incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8, párrafo I, determina: *"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad".*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido *que el derecho a "la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías"*[49] que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encausa.

4.2.3.4. La presunción de inocencia en nuestra legislación

Se encuentra contenido en nuestra Constitución de la República en el Art. 76 numeral 2 que dice: "*Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*"[50], y el Art. 4 del Código de Procedimiento Penal *"Presunción de inocencia.-Todo procesado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable."*[51] Este principio de inocencia forma parte del *derecho al debido proceso*, tal como lo establece nuestra normativa y con ello se garantiza de forma general que toda persona es

[49] *http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_presunci%C3%B3n_de_inocencia*
[50] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.
[51] Código de Procedimiento Penal - Ley s/n., publicada en (R.O. -S. Nº 555 de 24 –III-2009)

inocente hasta que no se pruebe lo contrario es decir se pruebe su culpabilidad, derecho que forma parte del bloque constitucional de los derechos fundamentales.

La presunción de inocencia es una garantía básica y parte vertebral del proceso penal, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia. La presunción de inocencia derecho fundamental, que sólo puede ser regulado por la potestad legislativa; derecho de aplicación directa e inmediata, obliga a todos los órganos y agentes del Estado, derecho que está relacionado con el principio *in dubio pro reo* como criterio auxiliar; constituye además un criterio básico, a la interpretación de las normas jurídicas en cuanto ellas deben hacerlo de conforme a la Constitución y los derechos fundamentales. La presunción de inocencia obliga al juez, en tener siempre presente al resolver el caso como regla de juicio y busca evitar los juicios condenatorios anticipados.

4.2.3.5. Presunción de inocencia y medidas cautelares

"La presunción de inocencia es también una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, que obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso. *Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsiste la necesidad de su aplicación. Estas medidas*

serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada"[52] La presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, aplicando los principios la adecuación y proporcionalidad.

4.2.4. PRISIÓN O DETENCIÓN PREVENTIVA

4.2.4.1. Breve historia de la detención preventiva

Históricamente, la detención provisional tuvo un carácter excepcional en el derecho romano, fundamentalmente en la época de la república, ya que no se hacía uso de la misma en los casos en que podía ser sustituida con otra medida de garantía, como la fianza, de modo que el sujeto que estaba dispuesto a prestarla no podía en ningún caso ser encarcelado. "Sólo una elevada probabilidad de llegar a una condena como resultado del proceso podía legitimar una grave limitación de la libertad personal del acusado." De este modo se aprecia que la detención provisional tenía una naturaleza cautelar en el sentido de que el fundamento para decretarla era la necesidad de asegurar la actuación de la pena.[53]

En la Edad Media, la detención preventiva es de forma inquisitiva, empleada en el enjuiciamiento criminal, fue instrumento eficaz para uno de los postulados de

[52]Montañés Pardo, Miguel Ángel. 1999, Ibíd., página 41.
[53]Publicado por INVESTIGACION JURIDICA Erickson Costa Carhuavilca.

la ideología absolutista, con lo cual el rey o sus representantes disponían arbitrariamente de la libertad de los súbditos, como consecuencia de esto, la detención provisional tiene que cumplir una función aflictiva con carácter de ejecución de la pena o incluso de ejemplaridad."[54] En el sistema inquisitivo, el acusado no era considerado un simple sospechoso, más bien se le estimaba culpable, al cual le correspondía el deber de destruir las conjeturas de culpabilidad, demostrando su inocencia. Aquí se permitía la tortura; la prisión preventiva es antecedente de la prisión misma como pena. Así, la prisión preventiva estaba acompañada de trabajos forzados o era recluido en calabozos insalubres y enloquecedores.[55]

En la edad moderna, se manifiesta como la idea de concebir a la detención preventiva como un instituto propio de la política criminal de un Estado se dio en el siglo XIX hasta inicios del XX, el cual consistió en atribuirle fines políticos criminales y determinar hasta qué punto esta medida debía ser regulada por la ley o dejarle amplio campo de análisis al juez para determinar tal medida, corresponde a la primera posición a Adolfo Prins y a la segunda, a Franz Von Liszt.[56]

En mi criterio, la detención preventiva, ha tenido sus trasfondos, respecto a la restricción de la libertad de la persona y que según su trayectoria histórica ha ido evolucionado de acuerdo a los intereses protegidos en las diferentes

---

[54]VASQUEZROSSI, Jorge E. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Rubianzal Culzoni Editores. Argentina, Buenos Aires 2004. p. 234.

[55]VON HENTING, Hans. La pena. Volumen II. Editorial Espasa - Calpe. Traducción de José María Rodríguez Devesa. España, Madrid 1967. p. 185.Erickson Costa Carhuavilca

[56]VON HENTING, Hans. La pena. Volumen II. Editorial Espasa - Calpe. Traducción de José María Rodríguez Devesa. España, Madrid 1967. p. 185.Erickson Costa Carhuavilca

épocas, con respecto a la comisión del delito y el proceso desarrollado para su aplicación y sanción. Más en la actualidad podría señalar que hay un sistema garantista de derechos y libertades que van contrarrestando de alguna forma la medida cautelar de la privación de la libertad a través de medidas sustitutivas o alternativas que generan al sujeto infractos de la ley un beneficio y que también produce en la sociedad una desprotección porque si las medidas sustitutivas no son bien empleadas pues degeneran en la inseguridad de sus habitantes.

4.2.4.2. Definición

Existen definiciones proporcionados por diversos autores, sobre la prisión preventiva y mencionaremos algunos que generan relevancia. Arturo Zabaleta, afirma **"La prisión preventiva es la situación permanente y definitiva por la que se priva judicial y formalmente al inculpado de su libertad durante el tiempo que se estime conveniente a los fines de justicia".**

La prisión preventiva, de acuerdo a la doctrina, es una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estriba en que el proceso fluya normalmente y si al concluir este se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplique la pena con toda certeza; Alberto Castillo manifiesta "es la privación de la libertad deambulatoria derivada de un auto emitido dentro de la tramitación de un juicio con el ánimo de que el detenido no se sustraiga al ejercicio de la acción judicial, pero sin que haya resuelto sobre su culpabilidad en la comisión

del ilícito que origina el juicio”; considera también a la prisión preventiva como una medida de seguridad; Rafael de Pina define “la privación de la libertad corporal destinada a mantener a los procesados en seguridad durante la tramitación del sumario, en aquellos casos expresamente señalados por la ley”.

Aunque varían en estilo, la totalidad de definiciones coinciden en cuatro puntos que se los describe: 1. Es una medida precautoria privativa de la libertad personal; 2. Debe imponerse solo de manera excepcional (únicamente si se trata de delitos graves); 3. Tiene que haber un mandato judicial; 4. Extiende su duración hasta que se pronuncie sentencia definitiva sobre el fondo. Por consiguiente la prisión preventiva es una de las medidas de coerción personal establecidas en nuestro Código Procesal Penal, como medida cautelar más afectiva y restrictiva a la libertad de la persona; y que procede de manera excepcional y que persigue un fin como es la vinculación al proceso.

4.2.4.3. Propósitos y fines de la prisión preventiva

Los propósitos y fines que persigue la prisión preventiva según algunos tratadistas tenemos. Carlos Fontán Balestra, señala que la prisión preventiva tiene como meta exclusiva el aseguramiento del proceso, La prisión preventiva es un mal necesario, se fundamenta en la necesidad que tiene la sociedad de tomar medidas de precaución contra quienes presuntamente ha cometido un delito; es una medida de seguridad, un medio para instruir los procesos y una garantía de que se cumplirá la pena.

Mientras Beccaria, intenta legitimar el encarcelamiento preventivo, destacando el único argumento válido y razonable, que es la necesidad, y ante esto señala que “la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia sino cuando la necesidad obliga. La cárcel es sólo la custodia de un ciudadano hasta en tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible, y debe ser la menos dura que se pueda”.

Para F. Carrara en este mismo sentido subordinó el uso de la prisión preventiva “a las necesidades del procedimiento, haciendo hincapié en que tiene que ser brevísima, que no es tolerable sino en graves delitos y que hay que **procurar suavizarla mediante la libertad bajo fianza**; admitiendo su prolongación solo para dar respuestas a necesidades: 1. De Justicia, para impedir la fuga del reo; 2. De verdad, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3. De defensa publica, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno.

Puedo señalar que en mi criterio, es que la prisión preventiva, tiene sus propósitos de restringir la libertad del imputado o presunto responsable de un hecho delictivo, y que se la dispone con el fin de conseguir los fines propios del desarrollo del proceso; por lo tanto la prisión provisional es una medida cautelar coercitiva contra la persona de coerción procesal, destinada a garantizar el curso normal del proceso penal en todas sus fases, para concluir con el cumplimiento efectivo de la sentencia en el caso de haberse determinado la responsabilidad.

4.2.4.4. La privación de la libertad medida de última ratio

La pena privativa de la libertad, entendida como la restricción total de la libertad personal del sujeto condenado, es la pena preponderante en el Estado moderno desde varios siglos atrás y la sanción criminal más común y drástica en los ordenamientos jurídicos de Occidente. La privación de la libertad personal, debido a su naturaleza restrictiva a los derechos fundamentales, solo debería utilizarse como último recurso para enfrentar conductas delictivas de la más alta gravedad, en otras palabras, cuando sea estrictamente necesaria en vista de la naturaleza y gravedad del delito, la personalidad del delincuente y las necesidad de la convivencia social. Así entonces, es claro que analógicamente con el espíritu del derecho penal moderno, las penas privativas de la libertad deben utilizarse como *ultima ratio,* ya que la libertad personal es la regla general, así es reconocida en todos los instrumentos internacionales.[57]
La restricción de la libertad de una persona, medida excepcional que tiene lugar cuando es absolutamente necesaria, después de haberse cumplido todos los procedimientos legales previstos, tiene como propósito asegurar el desarrollo de las investigaciones, la comparecencia del procesado al juicio.

4.2.4.5. La prisión preventiva, medida de aseguramiento

En el uso racional del Derecho, según Alfonso Zambrano, “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

[57]DERECHO Y HUMANIDADES, N° 18, 2011, pp. 41-50 Rodrigo Escobar Gil / Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad

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".[58]

Es importante considerar los parámetros sobre la que se podrá disponer o establecer la prisión preventiva, como medida de aseguramiento personal contra el infractor de la ley penal, claro el tratadista señala también los desvalores del infractor al momento de hacerse efectivo la prisión preventiva y de allí que intuye a el uso racional del derecho para la aplicación de la prisión preventiva como medida de seguridad y de responsabilidad de uso racional del derecho.

4.2.5. PRINCIPIOS SUSTENTABLES A LAS MEDIDAS CAUTELARES

De excepcionalidad.- Nuestra Constitución garantista de derechos y libertades, determina que las medidas restrictivas de la libertad de locomoción de las personas o que impidan el libre circular, se las debe emitir excepcionalmente, así lo consagra el Articulo 66, numeral 14 de nuestra Constitución: "El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país…"[59] y el Art.

[58] Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Práctica Procesal Penal,* Edilex S.A., 2009, p.127 y ss
[59] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008

159 del Código de Procedimiento Penal "En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva,…."[60] principio de excepcionalidad a ser considerado especialmente al referirse a la prisión preventiva, por ser una medida cautelar personal más grave; impuesta únicamente cuando se considere que ninguna otra medida cautelar puede ser útil, Art. 77, numeral 1 de la Constitución.

De necesidad.- Las medidas cautelares personales son adoptadas únicamente cuando el Juez, del análisis respectivo llega a concluir que la única manera de garantizar el cumplimiento de las normas de procedimiento es limitando provisionalmente la libertad del procesado mediante medida cautelar. La privación de la libertad, sólo se impondrán de forma excepcional y cuando sea estrictamente necesarias para garantiza la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena Art. 77 numeral 1 de la Constitución;

De proporcionalidad.- Debe existir una relación sine qua non entre la medida cautelar adoptada, el hecho delictivo y lo que se pretende garantizar; pues, si existe desproporcionalidad en la imposición de una medida se produce desigualdad e indefensión del procesado; el principio de proporcionalidad debe entenderse la equivalencia entre la intensidad de la medida de coercitiva de la privación de la libertad, con la magnitud del peligro procesal. En la Constitución Art. 76 numeral 6 "*La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*"[61]

---

[60] Código de Procedimiento Penal – Ley s/n., publicado en (R.O. –S. Nº 555 de 24-III-2009)
[61] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008

De obligatoriedad.- La obligatoriedad no se refiere a que la medida cautelar personal deba ser obligatoriamente impuesta por el Juez; sino que, una vez impuesta, debe ser obligatoriamente cumplida por el procesado o imputado que la sufre, y sostener su fiel cumplimiento bajo los efectos jurídicos que le acarrea a su incumplimiento, sobre todo en las medidas cautelares alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva.

De instrumentalidad.- Se refiere que las medidas cautelares personales constituyen un instrumento coadyuvante para el desarrollo del proceso penal; medidas que dependen de la existencia de un proceso, están subordinadas a él, conforme lo indica el Art. 159 inc. 1ro. del Código de Procedimiento Penal.

De provisionalidad.- Surgen del plazo determinado o razonado, que tiene la existencia jurídica de las medidas cautelares personales de acuerdo con las normas constitucionales y procesales penales así tenemos que la prisión preventiva en casos de delitos sancionados con prisión no podrá exceder de seis meses y en los delitos de reclusión un año desde que se la dictó; Art. 77, numeral 9 de la Constitución.

De Revocabilidad.- La medida cautelar personal adoptada debe ser revocada inmediatamente después de que desaparecen los presupuestos que le dieron vida, es decir se extingue por falta de causal procesal para mantenérsela, o se han desvirtuado los fundamentos legales y motivados por las que se dispuso; conforme al Art. 170 del Código de Procedimiento Penal.

De impugnabilidad.- Toda resolución en la cual se adopta una medida cautelar personal admite ser sujeta a la impugnación, dando un efecto jurídico suspensivo, es decir con la apelación suspende la ejecución de la resolución hasta tanto no se resuelva la misma en instancia superior correspondiente lo contempla el Art. 77 numeral 14 de la Constitución, entre otras normas.

De judicialidad.- Partiendo de este principio de judicialidad, una medida cautelar personal sólo puede ser adoptada en audiencia oral pública y contradictoria salvo excepciones previstas en la ley; realizada por el Juez competente, por ser el funcionario autorizado legalmente para hacerlo, conforme al Art. 160-A, 161-A, del Código de Procedimiento Penal.

De motivación.- Las medidas cautelares debe ser motivadas, no sólo por el mandato Constitucional que ordena que toda resolución de los poderes públicos que afecte a las personas debe ser motivada Art.76 Numeral 7, literal l, señala *"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,.."*[62], *en* igual forma lo contempla el Código de Procedimiento Penal en el Art. 167-A.

De legalidad.- Principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público tiene que estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción, y no a la voluntad de las personas. En este caso, ninguna medida cautelar podrá ser impuesta si no se encuentra autorizada por la ley

[62] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008

adjetiva penal 159 último inciso: "*Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este código"*[63] El principio de legalidad de las medidas cautelares personal tiene sustento Constitucional en su artículo 77 numeral 1, y otros, que establece que la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente, por orden escrita de juez, salvo caso de delito flagrante. Por tanto, al Juez no le estará permitido "inventar" medidas cautelares, sino, por el contrario, elegir, según el caso concreto, dentro del elenco que la ley estipula y, en cuanto sea posible, la menos aflictiva para los derechos del imputado.

[63]Código de Procedimiento Penal – Ley s/n., publicado en (R.O. –S. Nº 555 de 24-III-2009)

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. GENERALIDAD

El presente un análisis de la regulación ecuatoriana de las medidas cautelares, instituciones que se encuentra contemplada en el proceso penal de nuestro país; en efecto tanto en lo conceptual y doctrinario se sustentan las medidas cautelares, clases, fines que persiguen o previenen.

Estas actuaciones procesales, herramientas o instrumentos preventivos que hace efectivas el Juez para imponerlas en circunstancias necesarias y conforma lo contempla la ley a fin de poder sostener y garantizar la inmediación del procesado al proceso, y la comparecencia de las partes al juicio, así como también asegurar preventivamente el pago de indemnizaciones de daños y perjuicios al ofendido conforme la definición que describe el Código de Procedimiento Penal.

Las medidas cautelares personales, tienen que ver con la restricción de la libertad de la persona, las mismas que se dispondrán de forma excepcional, siendo el juez quien tiene la potestad por el principio de inocencia, la proporcionalidad, la oportunidad de la persona implicada en un ilícito, tomar medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva suficientes para evitar que el procesado esté vinculado al proceso y no evada la acción de la justicia, siendo imperativo que al juez le está prohibido disponer medidas cautelares no previstas en la ley.

4.3.2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES GARANTIZADOS

Es importante hacer referencia a los principios fundamentales que instituyen nuestra Constitución, garantista de derechos y libertades, para de esta forma poder determinar una mejor comprensión de la investigación, partiendo de la declaración que hace nuestra Constitución en su primer artículo dice:

> ***Art. 1***.- *"El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico…." "La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público…."*[64]

Bajo esta declarativa de los principios fundamentales en que se instituye la República del Ecuador, en ser un Estado constitucional de derechos y justicia social; tenemos que son deberes primordiales del Estado para con sus habitantes los que establece el artículo 3, de la Constitución numerales 1 y 8 que dicen:

> *1.- Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales,…"*
>
> 8.-*"Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción."*[65]

[64] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.
[65] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.

Deberes que deben ser en la práctica aplicados con absoluta responsabilidad del Estado para con sus habitantes sin excepción alguna, declaraciones de principios fundamentales sobre los que se instituye nuestra normativa de la Constitución aprobada por el pueblo y publicada en el R. O. 449, del 20 de Octubre del 2008; la que manifiesta ser garantista de derechos a las personas en forma individual o colectivas considerando todas sus formas de organización social, artículo 10 de la Constitución.

> Art. 10.- "Titulares de derechos.- *Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales."*[66]

Para el pleno ejercicio de los derechos garantizados a las personas, hace de complementarlo el Art. 11 de la Constitución, que taxativamente titula ***"Principios para el ejercicio de los derechos.-*** *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:"*[67] de los cuales haremos referencia en algunos numerales de forma parcial:

> *1. "Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento*."
>
> *3. "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e*

[66]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.
[67]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.

inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte."

"Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley."

4. "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales."

5. "*En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.";*

"9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución."

"*El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a repararlas violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos."*

"El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas."

"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."

"Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos."[68]

Esta jerarquización de derechos y garantías en la Constitución, en instrumentos internacionales de derechos humanos para su aplicación y legitimidad, nos determina la obligación imperativa a todo funcionario o servidor público en aplicar directa e inmediata de estos derechos y garantías constitucionales a cualquier persona que las demande, so pena de incurrir en responsabilidades a su incumplimiento, pues en el último numeral (9), de este artículo, se hace referencia el deber y responsabilidad del Estado, a sus delegatarios, concesionarios, funcionarios, empleados y toda persona que actúe en potestad pública, de las responsabilidades del derecho de repetición, de la detención arbitraria, error judicial, violación de principios, al debido proceso, sentencias

[68] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008

condenatorias reformadas o revocadas, reparación etc., lo que hay que destacar y empieza manifestando

Con este escueto comentario al contenido del artículo 11 de la Constitución, que en forma parcial he transcrito, es de suma importancia conocerlos y comprender de mejor forma la vigencia del Estado garantista de derechos a la persona; que para su mejor aplicabilidad y cumplimiento de estos derechos y garantías constitucionales, es necesario también complementar a los principios de supremacía constitucional comprendidos en el Titulo IX capítulo I de la Constitución de la República; ya que ninguna ley inferior se puede sobreponer a ella y es indispensable también transcribirlos para su mayor utilización y aplicabilidad.

Supremacía constitucional

> *Art. 424.-* ***La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico****. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*
>
> *La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*[69]

[69]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.

El orden jerárquico de aplicación de las normas

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos….”[70]

Cumplimiento y aplicación

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. (….)[71]

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,…..”

4.3.2.1. Derecho de movilidad y libre tránsito

Partamos de que nuestra Constitución es garantista de derechos humanos y constitucionales, entre sus más elevados principios fundamentales, garantiza por sobre todo el derecho a la libertad a la persona de pleno uso y goce, conforme lo instituye en el Art. 66 de la Constitución, y en cuyos derechos vale

[70]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.
[71]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.

determinar el numeral 14, que tiene que ver con el derecho de movilidad o libre tránsito de la persona.

> *14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.*[72]

Como es de conocimiento las medidas cautelares personales restrictivas de la libertad, y entre ellos está el de movilidad o de libre tránsito es afectado por las mismas restricciones o limitaciones que imponen la prisión preventiva, la detención, el arresto domiciliario, entre otras medidas coercitivas.-

Otro derecho a referirnos es el derecho a la inviolabilidad de domicilio de toda persona, conforme lo determina el numeral *22.*

> *"22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial,* ***salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley****."*[73]

En efecto nos referimos a este derecho que garantizar la libertad de la persona a la integridad de su vivienda o domicilio a no poder ser violentada, salvo en los

[72]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.
[73]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.

casos de delito flagrante o en los casos y formas que establezcan las leyes de forma excepcional; pues hacemos alusión a esta normativa porque también es objeto en algunas circunstancias de ser afectado ordenándose el allanamiento del dominio, con los fines restrictivos de la libertad o para la recuperación de evidencias o instrumentos de un delito, etc. Art. 194 Código de Procedimiento Penal.

4.3.2.2. Derecho al debido proceso.

En la parte preliminar del Art. 76 de nuestra Constitución indica "*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se* ***asegurará el derecho al debido proceso*** *que incluirá las siguientes garantías básicas:"* [74]

Como hemos visto doctrinariamente lo que corresponde al debido proceso, pues también lo contempla la Constitución de forma clara las normas del debido proceso que debe sustentarse en toda causa, se garantizan estos derechos y obligaciones a cumplirse en cualquier orden y la autoridad tiene que garantizar y cumplir las normas y los derechos de las partes como son: la presunción de inocencia de toda persona; la seguridad jurídica en la tipificación de los delitos la seguridad del procesado ante juez competente; y, al propio proceso; la eficacia probatoria; aplicación de leyes menos rigurosas a favor del infractor; la proporcionalidad entre la infracción y las penas; el derecho a la defensa y sus garantías, contempladas en el numeral siete del artículo indicado, y entre los que determinan que todas las resoluciones deben ser

[74] Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.

motivadas; todos estos derechos que constituyen las normas del debido proceso deben ser consideradas en todo proceso por toda autoridad, funcionarios y por toda persona, vale destacar de esta normativa el principio de la presunción de inocencia como lo instruye el numeral "***2. Se presumirá la inocencia*** *de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.".*[75]

El debido proceso lo entendemos aquel en el que se respetan las garantías y derechos fundamentales previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, los pactos, tratados y convenios internacionales que ha sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son forzosos y de incuestionable cumplimiento.

4.3.3. MARCO LEGAL DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS

Constitución de la República

En lo principal de nuestra investigación, siendo la esencia del tema que nos corresponde, tenemos que en nuestra actual normativa constitucional, instituye o categoría jerárquica, tiene como objeto establecerse en forma categórica la existencia de medidas cautelares alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva, si bien en el ámbito jurídico han venido siendo aplicadas en ciertos casos o aislados pero no con mayor prestancia de cumplimiento y ejecución en

[75]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.

el proceso penal, con respeto a la privación de libertad, porque, aunque constaban para ciertos casos eran más bien excepcional su aplicación o cumplimiento, y ante todo no constaban en la clasificación del Art. 160 del Código de Procedimiento penal y que a partir de la reforma del 24 de marzo del 2009, en relación a la Constitución se determina que la prisión preventiva puede emitirse como último recurso al sospechoso o procesado, no obstante de detallarse otras once medidas diferentes que el Juez de Garantías Penales, puede disponer a la persona que se vincule a un proceso investigativo por un acto delictivo, por lo que es necesario conocer la fuente de tal reforma y aplicación procesal penal determinado en la Constitución, Art 77 numeral 11.

> *". La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada."*[76]

Código de Procedimiento Penal

Las medidas cautelares según el actual Código de Procedimiento Penal de nuestro país, se encuentran establecidas en el Libro Tercero comprendidas del Art. 159 al 205; partamos de la definición que describe el legislador, de forma general sobre la finalidad de las medidas cautelares, clases y sobre que o quienes recaen sus efectos.

[76]Constitución de la República del Ecuador R.O. 449-20-0ct-2008.

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

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

Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.[77]

Las reformas y modificaciones adoptadas en el Código de Procedimiento Penal, en marzo del 2009, en lo concerniente a las medidas cautelares que determina el Art. 159, pues vemos que el legislador ha creado e inspirado en entregar una definición mucho más acorde con la Constitución, al determinar en el segundo inciso que "*En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva*"[78]

Con lo cual se da origen a que se incrementen al Art. 160 del mismo cuerpo legal, otra medidas cautelares alternativas y necesarias para que las adopte el

[77]Código de Procedimiento Penal – Ley s/n., publicado en (R.O. –S. Nº 555 de 24-III-2009)
[78]Código de Procedimiento Penal- Ley s/n., publicado en (R.O. –S. Nº 555 de 24-III-2009)

sistema de justicia actual, haciendo prevalecer los derechos garantistas que determina nuestra actual Constitución a las personas, partiendo de que dichos principios fundamentales que priman en los derechos humanos a toda persona puesto que la libertad es lo último que puede perder el individuo, porque existe un derecho de inocencia que prima sobre cualquier inculpación, estos y otros factores han generado cambios y transformaciones no solo en nuestra legislación sino también en otras legislaciones de otros países, he allí que aparece las medidas cautelares que contrarresten en alguna medida la privación y limitación de la libertad de la persona, mientras no se demuestre que el procesado tenga claras responsabilidades del acto que constituya delito.

Pues es la oportunidad de la persona inculpada defenderse en libertad y no privado de la misma, como hemos analizado en la doctrina, existe una corriente permanente de tratadistas del derecho, inculcar principios que tratan de orientar el respeto de la integridad física del ser humano, y por ello que se legisla bajo esos parámetros como hoy tenemos en nuestra legislación.

Es dispensable tratar la clasificación a las medidas cautelares personales que contempla el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, que en la práctica se constituyen en medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva; ya que así lo define nuestra actual legislación procesal penal, garantizada por la Constitución de la República del Ecuador al indicarse que la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o asegurar el cumplimiento de la penal; que en efecto podemos determinar que antes de dictarse esta medida cautelar

extrema, que va con la restricción material y física de la persona sujeta de un proceso penal, pues tiene el Juez que considerar las once medidas cautelares alternativas contantes en la ley, enumeradas con anterioridad a la detención y prisión preventiva, esta última, se podría ordenar como recurso excepcional.

Artículo 160 del Código de Procedimiento Penal

La última reforma al Art. 160 del CPP, se dio mediante L s/n RO-S 555: 24–mar-2009, donde se instituyen once medidas cautelares adicionales a las dos ya existentes que son la detención y la prisión preventiva, estas dos últimas adoptando los puestos 12 y 13, según su grado de afectación a la libertad de la persona; no obstante vale indicar que muchas de estas clases de medidas cautelares incrementadas a este artículo, ya se contemplaban en otras leyes, y en el mismo Código de Procedimiento Penal; pero lo que corresponde es que se las aplique en el proceso penal, como medidas cautelares alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva que es la medida extrema que restringe la libertad de la persona, cuyo artículo transcribiré:

***Art. 160**.- Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal, son:*

1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;

2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;

3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;

4) La prohibición de ausentarse del país;

5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;

6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;

7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;

8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;

9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, (108 actual) regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;

10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;

11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;

12) La detención; y,

13) La prisión preventiva.

Las medidas cautelares de orden real son:

1) El secuestro;

2) La retención; y,

3) El embargo.

4) La prohibición de enajenar.[79]

De esta forma pues se han establecido en nuestro ordenamiento jurídico las diversas medidas cautelares personales alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad de la personas, medidas cautelares alternativas que son mecanismos e instrumentos de los que se vale el Juez o Tribunal, para asegurar que una persona acusada de un delito asista a su juicio y que de esta manera el delito no quede en la impunidad por motivo de una fuga del acusado.

Concluyendo señalo que con el objetivo de garantizar el principio de inocencia a toda persona, se instituyen en nuestra legislación once medidas adicionales a las que existían; entre estas medidas están la comparecencia periódica ante la autoridad, la prohibición de salida del país, el no acercamiento a víctimas, testigos, familiares y otras personas, la no concurrencia a determinados lugares, el arresto domiciliario, etc., y que buscan evitar que se use la más drástica de las medidas cautelares que es la prisión preventiva.

[79]Código de Procedimiento Penal – Ley s/n., publicado en (R.O. –S. Nº 555 de 24-III-2009)

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1 GENERALIDAD

Las medidas cautelares sustitutivas o alternativas, incrementadas en nuestra legislación y normativa interna del país, a partir de marzo del 2009, ha tenido también su influencia en la adecuación de la legislación de otros estados, por lo tanto se hace necesario realizar un estudio comparativo con la legislación de otros países o estados en especial los países latinoamericanos, que es lo que más nos une y nos interrelacionamos de forma más activa e inmediata, ya sea por nuestro entorno geográfico, cuanto por nuestras raíces, así como también por los problemas económicos, políticos, sociales, por ende en el asunto de contrarrestar la delincuencia e inseguridad, hay que poner atención al sistema de justicia, hoy por hoy traído en constantes modificaciones a los sistemas judiciales en cada Estado, sin olvidar que nuestra Constitución de la República del 2008, instituye al Estado garantista que reconoce y protege los derechos humanos de todas las personas muy ampliamente.

En las legislaciones de cada Estado se instituye un modelo garantista, denominado también modelo liberal, se basa en la idea de que el ejercicio del poder penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites. Según explica Alberto Binder, se caracteriza por tomar decisiones de autolimitación y se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado.[80]

[80]BINDER, Alberto. Política criminal de la formulación a la praxis. Ad hoc. Buenos Aires, 1997, p. 36.

Luigi Ferrajoli, importante representante del garantismo, expone que éste constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva que nació como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia que existía en diferentes latitudes entre los principios establecidos en la Constitución y la legislación penal ordinaria, la jurisprudencia y las prácticas administrativas o policiales. Por lo tanto, es "garantista" todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Teniendo que en el plano normativo el referente más importante del modelo garantista lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran una serie de garantías procesales que constituyen a su vez el marco más importante de límites al ejercicio del poder penal.[81]

Pues en mi comentario puedo señalar que en efecto hoy se constituye un sistema garantista de derechos y libertades, buscando obtener una sociedad equilibrada y humanizada por sobretodo, lo que también influye que la delincuencia sea mucho más audaz al momento de actuar, ya que a toda costa al proteger derechos conocen y actúan en su propia acción defensiva, lo que hace que usen y abusen de las diversas medidas sustitutivas o alternativa que se antepondrían a la prisión preventiva que limita su libertad.

Países como Colombia, Venezuela, Chile, Argentina, y otros han adoptado una postura de buscar ser más coherentes entre sus normas jurídicas internas, sus Constituciones y los Tratados o Convenios Internacionales, existiendo una

[81]2FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Trota. Madrid. 1989. p. 852

corriente de unificar los sistemas legales en Latinoamérica, para ellos se han promovido en estas dos últimas décadas una corriente garantista de derechos y libertades que impulsan a modificar legislaciones de cada país, de hacer leyes más efectivas que traten de cambiar los viejos esquemas doctrinarios inquisitivos, para hacer un derecho humanitario y moderno.

Las modernas corrientes jurídicas de derecho penal abogan por el "derecho penal mínimo", es decir, el empleo restrictivo y marginal o *ultima ratio* del poder punitivo estatal. El Derecho Penal constituye la máxima expresión del poder sancionatorio del Estado, que se dirige a la protección de los bienes jurídicos y a la preservación de un orden social justo, atiende al carácter de *ultima ratio*, en atención a la necesidad de privilegiar la libertad personal, la dignidad humana y demás derechos e intereses ius fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional como inherentes a todas las personas, no obstante que las sociedades acuden como medio de control social a la imposición de penas, previa definición legal con observancia de las garantías procesales pertinentes, lo cierto es que a estas solo puede acudirse como último recurso, en atención a que el derecho penal en los Estados democráticos solo tiene justificación como la *últimara-tio*.[82]

4.4.2. TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Carta de las Naciones Unidas, establece a los Estados partes dentro del Pacto que se sustenta en los principios, de libertad, justicia y paz en el mundo;

[82]DERECHO Y HUMANIDADES, N° 18, 2011, pp. 41-50 Rodrigo Escobar Gil / Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad

que dentro del preámbulo entre los reconocimientos consta "*Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,"* pues bajo estos manifiestos nace la obligatoriedad a los Estados partes de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas, derechos reconocidos constante en el Art. 9.

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

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 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 otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.[83]

La privación de la libertad de una persona, conlleva a que se cumpla dentro de los parámetros de la legalidad, racionalidad, porque en efecto la libertad es un derecho innato del hombre y ante todo hay que garantizarlo y protegerlo, pero también esto se ha prestado para que el infractor reincidente de la ley, pues actúe sobre protegido, y prevalido de estas virtudes de las leyes universales.

[83]Derechos Humanos De Wikipedia, la enciclopedia libre Saltar a navegación, búsqueda *la declaración de la ONU de 1948, véase Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Por otra parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José; dentro de su preámbulo establece a los Estados Americanos signatarios de la presente Convención. Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

4.4.3. INFLUENCIA DE ORGANISMOS (ONU, OEA) EN LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS EN LAS LEGILACIONES DE CADA ESTADO

Se puede establecer que las medidas sustitutivas o alternativas tienen su influencia externa, para que se las establezca en la legislación de los Estados, con el fin de racionalización de la pena de privación de la libertad del sujeto objeto de un proceso penal. Organismos como la ONU y OEA, en diversos instrumentos orientan a impulsar la adopción de medidas sustitutivas a la privación de la libertad personal, y así tenemos: en la OEA tenemos los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, adoptado por la CIDH mediante la Resolución 1 de 2008, que en el principio III, numeral 2, “Excepcionalidad de la privación

preventiva de la libertad", y numeral 4, "Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad". En la ONU encontramos: 1.- Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, conocidas también como Reglas de Tokio; 2.- El Informe sobre Medias Sustitutivas de la Prisión y Medidas de Reinserción Social de los Presos, presentada en 1985 en el VII Congreso de la ONU, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; 3.- Los documentos elaborados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.[84]

Si bien no son abundantes los instrumentos internacionales que se ocupan del tema de medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad, sí existen unas directrices y recomendaciones con carácter vinculante que deben observar los Estados al formular sus políticas criminales en orden a adoptar medidas alternativas para sancionar la comisión de delitos, a la par que se promueva la despenalización de ciertas conductas en las que no sea necesaria la intervención del sistema penal.[85]

Teniendo presente los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena, cuando en el ordenamiento criminal existan otras medidas que no impliquen restricciones a la libertad de las personas y por medio de los cuales se satisfagan los fines de la protección de la sociedad, la resocialización de la persona condenada y la garantía de los derechos de las víctimas, se deberá optar por las medidas sustitutivas que resultan más garantistas de los derechos

[84]DERECHO Y HUMANIDADES, N° 18, 2011, pp. 41-50 Rodrigo Escobar Gil / Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad
[85]DERECHO Y HUMANIDADES, N° 18, 2011, pp. 41-50 Rodrigo Escobar Gil / Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad

humanos de las personas condenadas y torna innecesaria la privación de la libertad. Las Reglas Mínimas, emiten una serie de medidas sustitutivas, sin perjuicio de que los diferentes Estados diseñen y ejecuten otro tipo de medidas, de acuerdo a sus necesidades sociales y políticas o a la naturaleza y gravedad del delito y personalidad del delincuente y entre las propuestas consta: penas privativas de derechos o inhabilitaciones, sanciones económicas y penas en dinero, restitución o indemnización a la víctima, suspensión de la sentencia o condena diferida, imposición de servicios a la comunidad, obligación de acudir regularmente a un centro determinado, arresto domiciliario, entre otras.[86]

Pues bien si bien se busca proteger y defender al infractor, con medidas cautelares más humanas; pero esta interrogante también he planteado y que pasa con las víctimas, la sociedad quien la protege de la delincuencia y la inseguridad, entonces allí va mi propuesta de que se hace necesario la regularización de las medidas sustitutivas y alternativas para que haya una mejor aplicación del proceso y la sanción al implicado.

4.4.4. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN DE OTROS PAÍSES AMERICANOS

Se hace necesario así comprender que las legislaciones internas de varios países, han generado el incremento de las medidas cautelares no privativas a la libertad o medidas sustitutorias o alternativas a la prisión preventiva, que hace de ingresar al análisis u observación del derecho comparado con otros

[86]DERECHO Y HUMANIDADES, N° 18, 2011, pp. 41-50 Rodrigo Escobar Gil / Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad

Estados y que en ellos podemos encontrar una gama de medidas que en su gran mayoría tienen su estrecha vinculación y relación con la actualidad del estado garantista de derechos, racionalizando supuestamente la delincuencia, de forma inequitativa contra la protección de las víctimas y de la sociedad.

Para mejor comprensión y poder determinar las similitudes y diferencias entre las medidas alternativas o sustitutivas de cada país en comparación con las que mantenemos en vigencia en nuestro país, procedo a transcribir textualmente la ley de varios países:

Código Procesal Penal de ARGENTINA

"Articulo 159.- (Texto según Ley 13943) Alternativas a la prisión preventiva. Cuando se tratare de imputados mayores de setenta (70) años, o que padecieren una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratare de un mujer en estado de gravidez o con hijos menores de cinco (5) años y siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión,…

Articulo 160.- (Texto según Ley 13943) Modalidades. Enunciación.- Entre otras alternativas, aún de oficio y con fundamento suficiente, podrá disponerse la libertad del imputado sujeta a una o varias de las condiciones siguientes, de acuerdo a las circunstancias del caso:

1.- La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quién informará periódicamente a la autoridad.

2.- La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe.

3.- La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas.

4.- La prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o por otra persona.

5.- La simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con ésta bastara como alternativa o fuere imposible el cumplimiento de otra.

6.- La prohibición de concurrir a todo tipo de espectáculos deportivos de la misma especie, cuando en el proceso se investigue la probable comisión de alguno de los delitos previstos en la Ley Nacional 23184 o cualquier otro delito tipificado en el Código Penal suscitado con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo en los términos de la citada Ley. La medida se hará extensiva hasta un radio de quinientos (500) metros a la redonda del estadio o predio en el que se desarrolle la práctica deportiva, mientras dure la misma, sus preparativos y desconcentración."

Código de procedimiento penal de COLOMBIA

"Artículo 307.Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.

2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.

2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.

3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.

4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.

5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.

6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.

8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza….

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. (……)"

Código Procesal Penal de CHILE

Art. 155. Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la

sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;

b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;

c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;

d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;

e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;

f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y

g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél. (…)

<u>Código Orgánico Procesal Penal de VENEZUELA</u>

"*Art. 242. Siempre que los presupuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad puedan ser razonablemente satisfechos con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado o imputada, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del imputado o*

imputada, deberá imponerse en su lugar, mediante resolución motivada, algunas de las medidas siguientes:

1. *La detención domiciliaria en su propio domicilio o en custodia de otra personas, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal ordene.*
2. *La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará regularmente al tribunal.*
3. *La presentación periódica ante el tribunal o la autoridad que aquel designe.*
4. *La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.*
5. *La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.*
6. *La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.*
7. *El abandono inmediato del domicilio si se trata de agresiones a mujeres, niños o niñas, o de delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado o imputada.*
8. *La prestación de una caución económica adecuada, de posible cumplimiento por el propio imputado o imputada o por otra persona, atendiendo al principio de proporcionalidad,….*
9. *Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria."*

<u>Código Procesal Penal de PANAMÁ</u>

"Artículo 224. Medidas personales. Son medidas cautelares personales:

1. La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad u oficina designada por el Juez.

2. La prohibición de salir del ámbito territorial que se determine.

3. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.

4. El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de agresiones y la víctima conviva con el imputado.

5. La prestación de una caución económica adecuada.

6. La suspensión del ejercicio del cargo público o privado, cuando se le atribuya un delito cometido en su ejercicio.

7. La obligación de no realizar alguna actividad, si pudiera corresponder la pena de inhabilitación, reteniendo en su caso la licencia o documento que acredite la habilitación correspondiente.

8. La obligación de mantenerse en su propio domicilio o en el de otra persona.

9. La colocación de localizadores electrónicos.

10. La detención provisional."

Código Procesal Penal de REPÚBLICA DOMINICANA

"*Art. 226.- Medidas. A solicitud del ministerio público o del querellante, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se explica en este código, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción:*

1) La presentación de una garantía económica suficiente;

2) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

3) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez;

4) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;

5) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;

6) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga;

7) La prisión preventiva. (….)."

CONCLUSIONES:

En términos generales las medidas cautelares alternativas o sustitutivas dentro del derecho comparado con otros países se puede obtener las siguientes conclusiones:

1.- Que los diferentes países Latinoamericanos, dentro de sus propios ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, han guardado mucha similitud en establecer un catálogo de medidas no privativas de la libertad, ajustando sus legislaciones a los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, instituidos como fundamentos y garantías de la libertad de la persona, procurando en todos los ámbitos jurídicos en anteponer los derechos de libertad ante cualquier amenaza de pena, por lo tanto se

manifiestan estar reconociendo y haciendo efectivo la aplicación de que las medidas cautelares como la prisión preventiva, la detención, la privación de la libertad, etc., según como lo estatuyen en cada Estado, en lo que tiene que ver con el restringir libertades al ser humano, sea la última circunstancia o el último recurso o la excepcionalidad para dictársela y que antes de aquello, pues se debe de disponer de las diversas medidas sustitutivas o alternativas contra la persona que se encuentre involucrado a un acto ilícito o a un proceso penal, es decir la aplicación del principio de ultima ratio, garantista de derechos y libertades que se encuentra imponiéndose en el mundo jurídico penal actual.

2.- Se verifica que las legislaciones internas de cada país han primado entre las medidas cautelares alternativas o sustitutivas: el arresto domiciliario, las prohibición de salida del país o el arraigo social, la prohibición de acceder a personas, victimas, testigos, a lugares, reuniones, la vigilancia controlada, la limitación de acceso a personas, salida de domicilio o lugares, etc.

3.- Mas también hay que destacar que aunque existen similitudes de medidas alternativas entre los Estados, pues existen algunas legislaciones que generan diferencia y podremos recabar entre otros: Colombia, Panamá, República Dominicana, que establecen entre las medidas alternativas a la privación de libertad, el control mediante el *mecanismo de vigilancia electrónica, con localizadores electrónicos o medios electrónicos;* con lo que diferencian a las que mantiene nuestra legislación; a lo mejor sería dable también en nuestro país, incrementar a estas medidas para un mejor control del delincuente, y su radio de acción y localización usando la tecnología.

4.- Podré seguir analizando las particularidades de las medidas cautelares alternativas de cada Estado, pero la gran coincidencia del derecho comparado, es también comparar dicha legislación y encontramos en la gran mayoría la coincidencia que estas medidas restrictivas a la libertad de las personas, emitidas por orden judicial, en el marco de la legalidad, son dispuestas excepcionales o como último recurso la prisión preventiva.-.

5.- No obstante que se ha velado o protegido el derecho del que delinque o trasgrede la ley o la norma, pues no habido esa misma predisposición de equidad para garantizar y defender los derechos de las víctimas y de la propia sociedad que merece tener y mantener una seguridad efectiva y eficaz, para contrarrestar, sancionar y controlar el accionar desbordante de la delincuencia que hoy más que nunca ha generado un uso y abuso a las medidas sustitutivas o alternativas que nos conlleva a la inseguridad de los ciudadanos, a la reincidencia del delincuente y a la impunidad del acto delictivo que no es sancionado adecuada y oportunamente.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 MATERIALES

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo en lo referente a la revisión de literatura, se utilizó básicamente textos relacionados con la aplicación de la medidas alternativas a la prisión preventiva, así como el servicio de internet, también se emplearon las fichas para extraer lo más importante de la información analizada.

Por otro lado para procesar y ordenar la información de campo obtenida se utilizó una computadora, para el análisis y procesamiento de datos se utilizó la calculadora, de igual forma se utilizaron algunos otros recursos materiales como papel, copiadora, grabadora y otros materiales de oficina.

5.2. MÉTODOS

De acuerdo a lo previsto en la metodología de la investigación jurídica, en lo general estuvo regido por los lineamientos del método científico.

Como métodos auxiliares contribuyeron en este estudio el método inductivo-deductivo y deductivo-inductivo, que fueron utilizados según las circunstancias que se presentaron en la sustentación del eje teórico del trabajo; el método bibliográfico descriptivo y documental, fue de singular valía en la elaboración de la revisión de literatura de la tesis.

En la presentación y análisis de los datos obtenidos en el trabajo de campo se utilizaron los métodos de análisis y síntesis, que permitieron presentar los resultados obtenidos a través de frecuencias y porcentajes ordenados en las respectivas tablas, y representados en gráficos estadísticos que permitieron realizar el análisis comparativo.

5.3. TÉCNICAS

Para la recolección de la información que sustenta la parte teórica del trabajo se utilizó la técnica del fichaje, a través de la elaboración de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

En el trabajo de campo para la obtención de datos empíricos acerca de la problemática estudiada, se procedió primero a aplicar una encuesta a una muestra investigativa de un total de treinta profesionales del derecho en la Ciudad de Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, quienes dieron sus criterios y que estuvieron orientados a recabar sus opiniones acerca de la temática propuesta.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS

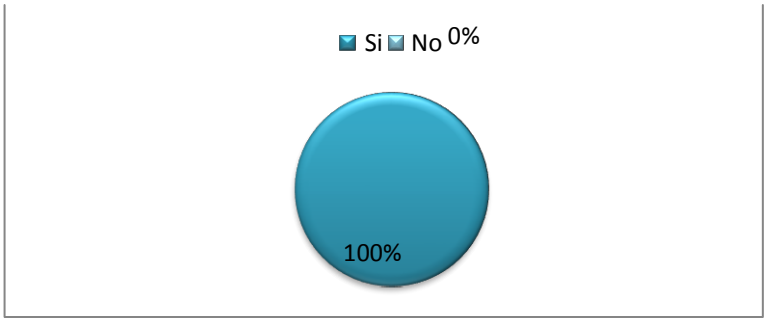
Con la finalidad de obtener una información acertada de la problemática investigada, se realizó la investigación de campo, **en la ciudad de Santo Domingo, provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en base a la aplicación de una encuesta a una muestra investigativa de treinta profesionales del derecho,** quienes supieron brindar valiosos aportes para la realización del trabajo de campo y cuyos resultados presento a continuación:

Encuesta

1. ¿Considera usted que las medidas alternativas a la prisión preventiva constituye el mecanismo para precautelar la libertad de las personas y el debido proceso**?**

CUADRO N° 1		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
Si	30	100
No	0	0
Total	**30**	**100**
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Héctor Orlando Moreno		

GRAFICO 1



INTERPRETACIÓN:

Del número de encuestados, observamos que treinta profesionales que representan el 100% consideran que las medidas alternativas a la prisión preventiva constituye el mecanismo para precautelar la libertad de las personas y el debido proceso.

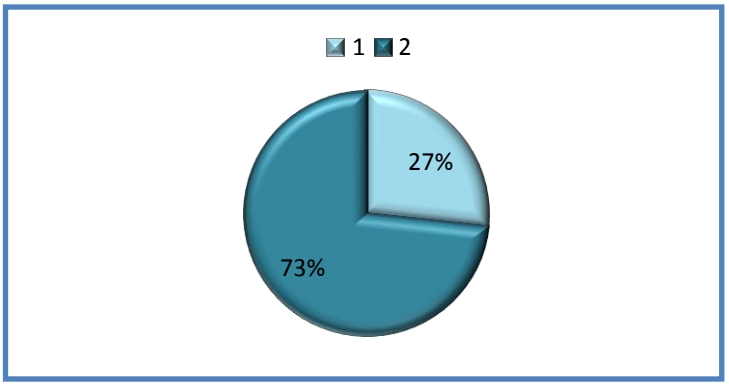
ANÁLISIS:

Todos los encuestados coinciden plenamente que las medidas alternativas a la prisión preventiva constituye el mecanismo para precautelar la libertad de las personas y el debido proceso, puesto que está garantizado el principio de inocencia contemplado en la Constitución de la República del Ecuador.

2. **¿**Cree Usted que se encuentra debidamente regulado en la Ley la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva**?**

CUADRO N° 2		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
Si	8	27%
No	22	73%
Total	**30**	**100%**
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Héctor Orlando Moreno		

GRAFICO 2



INTERPRETACIÓN:

Con respecto a ésta interrogante veintidós de los profesionales encuestados que representan el 73% manifiestan que NO se encuentra debidamente regulado en la ley la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva; mientras que ocho de los profesionales que representan el 27% manifiestan que SI está debidamente estipulado en la norma la aplicación de la medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva.

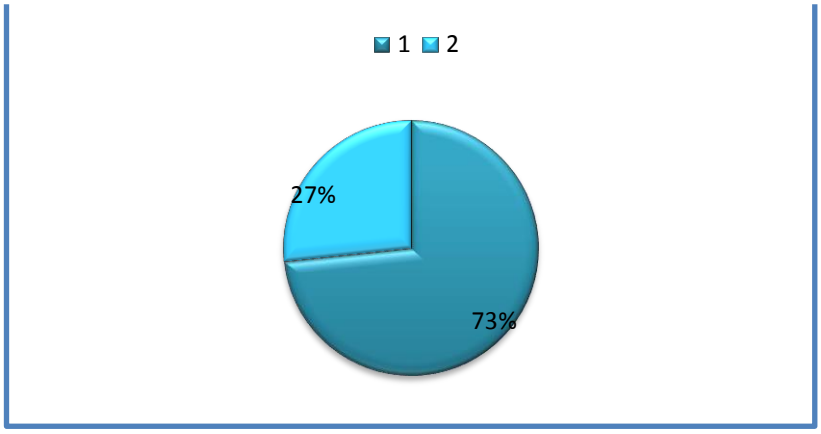
ANÁLISIS

Como se puede determinar la gran mayoría de los encuestados manifiestan que no se encuentra debidamente regulada en la ley la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, que hace falta reglamentar su aplicación a efecto de no generar impunidad.

3. **¿**Estima Usted que la falta de un mecanismo legal que regule la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva ha dado lugar a que se incremente los niveles de reincidencia**?**

CUADRO N° 3		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
Si	22	73%
No	8	27%
Total	**30**	**100%**
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Héctor Orlando Moreno		

GRAFICO 3



INTERPRETACIÓN

Con respecto a esta pregunta debo señalar que veintidós profesionales que representan el 73% opinan que la falta de un mecanismo legal que regule la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva ha dado lugar a que se incremente los niveles de reincidencia; mientras que ocho profesionales que representan el 27% manifiestan que los niveles de reincidencia no se debe

a la falta de un mecanismo legal que regule la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, que esta es efecto de otros factores criminológicos.

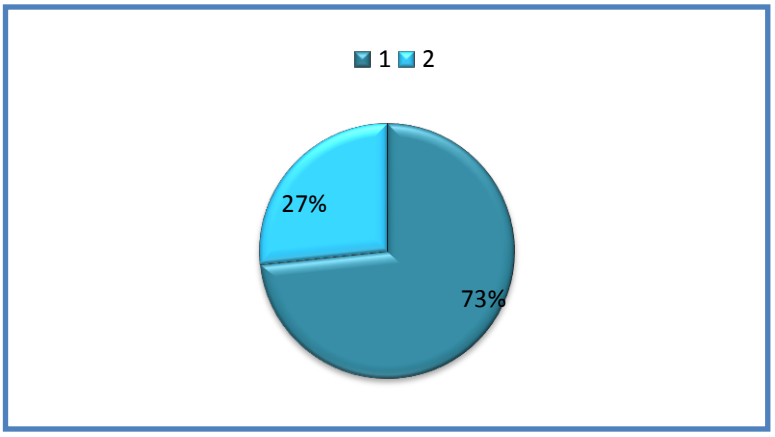
ANÁLISIS

De las respuestas vertidas a esta interrogante, por parte de la mayoría de los profesionales encuestados, se llega a determinar que la falta de un mecanismo legal que regule la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva ha dado lugar a que se incremente los niveles de reincidencia, puesto que la aplicación indebida de las mismas determina que los transgresores de la ley salgan en libertad con facilidad.

4. **¿**Considera usted que el abuso que se hace de las medidas alternativas a la prisión preventiva por parte de los operadores de justicia, debido a la falta de un mecanismo de regulación ha dado lugar a que se genere la impunidad y la desprotección de la víctima**?**

CUADRO N° 4		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
Si	22	73%
No	8	27%
Total	**30**	**100.00**
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Héctor Orlando Moreno		

GRAFICO 4



INTERPRETACIÓN:

Con respecto a esta pregunta, se observa que, veintidós profesionales que representa el 73% consideran que el abuso que se hace de las medidas alternativas a la prisión preventiva por parte de los operadores de justicia, debido a la falta de un mecanismo de regulación ha dado lugar a que se genere la impunidad y la desprotección de la víctima; mientras que ocho de los encuestados que representan el 27% manifiestan que existe un sistema de protección de víctimas y testigos, así como también se ha regulado en la ley la forma de aplicar las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva, por lo tanto no constituye este el factor que produce la impunidad.

ANÁLISIS:

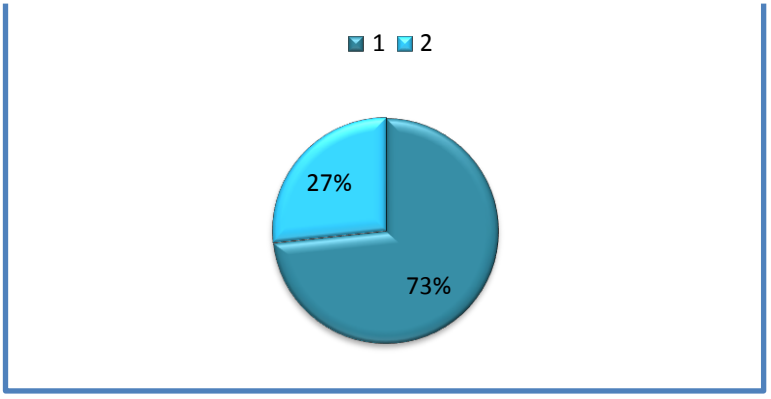
De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de los profesionales del derecho, la mayoría coinciden plenamente en afirmar que el abuso que se hace de las medidas alternativas a la prisión preventiva por parte de los

operadores de justicia, debido a la falta de un mecanismo de regulación ha dado lugar a que se genere la impunidad y la desprotección de la víctima.

5.- ¿Estima usted que se hace necesario reformar la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva contenidas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal**?**

CUADRO N° 5		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
Si	22	73%
No	8	27%
Total	**30**	**100%**
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Héctor Orlando Moreno		

GRAFICO 5



INTERPRETACIÓN:

Del número de encuestados, se obtiene que veintidós profesionales que representan el 73% manifiestan que se hace necesario reformar la norma contenidaen el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal que norma la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva;

mientras que ocho profesionales que representan el 27% manifiestan que no es necesario reformar la norma que regula la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, por cuanto su aplicación se encuentra prevista en la ley.

ANÁLISIS:

En base a las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de la gran mayoría de los profesionales del derecho encuestado, se deja entrever la necesidad que existe de reformar el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal que norma la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, a efecto de que no se produzca el abuso en la aplicación de las mismas.

7. DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Como autor del presente trabajo investigativo, me formulé algunos objetivos que fueron presentados en el respectivo proyecto de tesis y que a continuación procedo a verificar:

OBJETIVO GENERAL:

"Realizar un estudio jurídico doctrinario y de campo de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva**"**

Este objetivo se cumple, por cuanto a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo se ha abordado de forma jurídica, crítica y doctrinaria la normativa legal referente a las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, abordado desde la revisión de literatura como desde el estudio de campo con las respuestas a las preguntas 3 y 4 de la encuesta, determinan las falencias existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico en actual vigencia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

"Determinar que la falta de regulación en relación a la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas ha dado origen a que se incrementen los niveles de reincidencia**".**

Este objetivo ha sido cumplido en su totalidad, con el análisis de los contenidos doctrinarios que se han escrito en materia de las medidas cautelares de carácter personal, que restringe la libertad, y que las medidas sustitutivas o

alternativas, contrarrestarían esa privación de la libertad del procesado penalmente, lo que ha sido reforzado con la verificación de la norma legal contenida en la Constitución de la República del Ecuador, Código de Procedimiento Penal, así como del análisis de la legislación comparada y en base a la investigación de campo con las respuestas a las preguntas 2, 3 y 4, lo que me ha permitido determinar que la falencia de la norma en relación a la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva ha dado lugar a que se incremente los niveles de reincidencia.

Determinar que el abuso en la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva ha originado a la impunidad.

Del análisis de la doctrina y de la legislación comparada, ha sido posible despejar este objetivo en forma positiva, puesto que se ha logrado demostrar que el derecho como toda ciencia no se estanca, sino que se encuentra en constante evolución, por lo tanto los cambios que se producen en la sociedad inciden en las normas legales, especialmente en las que regulan la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, así como también de la investigación de campo en base a las respuestas a las preguntas 2, 3 y 4 de la encuesta.

"**Elaborar una propuesta de reforma en relación a regular la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva contenidas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal"**

Este objetivo se verifica en base al análisis jurídico de la norma legal, así como del trabajo de campo en relación a la pregunta 5 de la encuesta, en donde se determina la necesidad de reformar el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal que norma la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, a efecto de que no se produzca el abuso en la aplicación.

7.2 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el proyecto de investigación de igual forma realicé el planteamiento de una hipótesis, la cual sería contrastada una vez desarrollado todo el proceso investigativo. La hipótesis sujeta a contrastación fue la siguiente:

"La existencia de leyes con beneficio de inventario en favor del delincuente, y la mala aplicación de las medidas alternativas o sustitutivas del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, conllevan a la reincidencia, a la afectación y desprotección de las víctimas por la mala aplicación de la ley, y por la falta de una legislación procesal penal que se ajuste a nuestra realidad"

La presente hipótesis se contrasta positivamente por cuanto en la parte teórica dentro del marco doctrinario así como en el análisis jurídico de la norma legal y con los resultados obtenidos en la investigación de campo en las respuestas a las preguntas 2, 3, 4 y 5 de la encuesta se ha corroborado:

Que la benignidad de la norma y el abuso que se realiza de las mismas, por falta de regulación legal para su aplicación, como sucede con las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva contenidas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal.

7.3 FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA JURÍDICA

Que en efecto no se encuentra debidamente regulada en la Ley, la aplicación de las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva.

Que ante la falta de mecanismos legales que regulen la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva ha dado lugar a que se incremente los niveles de reincidencia del delincuente en la comisión de delitos quedando en la impunidad.

Que debido al abuso que se hace de las medidas alternativas por parte de los operadores judiciales ha dado lugar a que se genere la inseguridad y desprotección a las víctimas y por ende a la sociedad, conllevando a la impunidad.

Que ante la falta de una legislación apropiada y efectiva en la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, así como la ineficacia del Estado en implementar políticas de prevención del delito, pues se hace necesario una regulación a las medidas alternativas, contenidas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que se controle el uso y abuso de éstas medidas, y se evite la reincidencia del delincuente, por lo que se sustenta mi propuesta de reforma o regular esta Ley.

8. CONCLUSIONES:

La presente investigación me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- Que si bien, nuestra legislación determina un gran avance en la garantía de derechos y libertades del ser humano en general, pues esto no ha contribuido en contrarrestar la delincuencia, ha generado inseguridad y desprotección a las víctimas y a los ciudadanos por la desproporción en la aplicación de las medidas alternativas y la falta de ley que regule y controle al delincuente con mayor eficacia.

- El uso y abuso en la aplicación de las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva ha generado impunidad y que se incrementen los índices de reincidencia.

- Que se hace necesario reformar la norma contenida en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal con la finalidad de regular la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva.

9. RECOMENDACIONES:

Como producto de la investigación podemos establecer las siguientes:

- Pues es deber del Estado, garantizar la seguridad humana a través de políticas y acciones que aseguren la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz, prevenir las formas de violencia, discriminación y **la comisión de infracciones y delitos,** por consiguiente, corresponde a la Asamblea Nacional, la potestad de crear leyes adecuadas y pertinentes para la prevención, control y sanción del delito y del delincuente, generando una seguridad jurídica a todos los ciudadanos con leyes previas, claras, públicas y aplicables, de forma correcta por los operadores de justicia, a fin de que no reine la impunidad y la reincidencia del delincuente.
- Que es necesario que nuestro ordenamiento jurídico tenga relación con el precepto constitucional, a efecto de que no exista contraposición de la norma.
- Que los jueces, funcionarios judiciales y administrativos hagan conciencia que si bien los derechos constitucionales como el debido proceso son de aplicación inmediata, pero bajo pretexto de su aplicación no podemos abusar de la norma.
- Que las Universidades del país, por intermedio de sus Facultades de Derecho incluyan en su pensum de estudios el análisis de las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva a efecto de encontrar los mecanismos más viables para su aplicación.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

QUE, es necesario adecuar el marco jurídico que regula la aplicación de las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva, a efecto de no violentar el derecho de las personas.

QUE, la falta de regulación en la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva está generando incertidumbre jurídica, limitando el derecho de las víctimas.

QUE, el marco legal que regula el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal no contempla el mecanismo de aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 120, numeral 6, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

A continuación del artículo 160, agréguese los siguientes innumerados:

Artículo innumerado (1) Las medidas alternativas tendrán lugar en delitos sancionados con una pena que no exceda de cinco años de prisión correccional, en delitos sancionados con penas de reclusión, no tendrá lugar su aplicación.

Articulo innumerado (3) Cuando se determine que el Juez de Garantías Penales haya otorgado en forma infundada una medida alternativa a la prisión preventiva, será destituido de su cargo sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar por su actuación.

Disposición General.- Quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley, en relación a la aplicación de las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva.

Articulo Final: La presente Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, a los……..días del mes de……. del año……..

EL PRESIDENTE EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS Juan y otros autores , El Proceso Penal Acusatorio Colombiano, Ediciones Jurídicas André Morales 2007
- ARROYO Baltra Lenin T. Las Normas Penales en Blanco y su Legitimidad, Arroyo Ediciones Manta 2005
- ARROYO Baltra Lenin T. Victimología, Arroyo Ediciones, Manta 2006.
- BAYTELMAN Andrés y Duce Mauricio Litigación Penal y Juicio Oral EDIAR EDITORES LTDA. Chile 2006
- CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1989, Editorial HeliastaS.R.L.
- CARRARA Francesco Programa de Derecho Criminal Editorial TEMIS, Bogotá Colombia 2009
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Editorial Jurídica del Ecuador, 2009
- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicación oficial de la Asamblea Constituyente 2008

- DUQUE Mauricio y Quinceno Fernando Sistema Acusatorio y Juicio Oral Editorial Jurídica de Colombia Ltda. 2005
- FERRAJOLI Luigi. Derecho y razón Editorial Trotta
- FERRER Eduardo y Zaldivar Arturo La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional- México 2008
- JAKOBSGünther Nuevo concepto de Derecho Penal Universidad Autónoma de Madrid 2008
- JIMÉNEZ de Asúa Luis, Lecciones de derecho penal, Oxford, México 2003.
- JIMENEZ de Asúa Luis Teoría del Delito Editorial Jurídica Universitaria S.A. México 2009
- MENSIAS Pavón Fabián. Psicología Jurídica, Artes Gráficas, Quito 1997
- MORENO Fabián, YAZAN Ruth, Garantías Constitucionales y Derechos Humanos, Tulcán – Ecuador, agosto 2006
- ORTEGA Rivero Germán Diccionario del Sistema Penal Acusatorio Editorial Temis Bogotá Colombia 2010
- PALLARES Rivera Jorge La peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal, CREATIVE Cobos Impresiones, abril 2008 Quito.

- PARMA Carlos Derecho Penal Convexo, Ediciones El Original, La Paz 2008
- PEÑA Cabrera F. Alonso Raúl. Derecho Penal parte general, Editorial RODHAS, Lima Septiembre 2007
- PEREZ Pinzón Álvaro Orlando. Diccionario de Criminología, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Junio 1978
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, Criminología, Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia 2006.
- ZAFFARONI E. R., ALAGIA A., SLOKAR A. Manual de Derecho Penal-Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- ZAMBRANO Alfonso, Estudio Introductorio a las reformas al Código de procedimiento Penal CEP Quito- Ecuador 2009
- ZAMBRANO Alfonso, Proceso Penal y Garantías Constitucionales, Guayaquil, junio del 2005.
- ZAVALA Baquerizo Jorge Delito Contra las Personas, Tomo I y II, EDINO Guayaquil.

CITAS DE INTERNET:

- www.naoabogado.com.ar sección “doctrina”, puede consultarse el artículo “La Probation”.
- www.naoabogado.com.ar sección “doctrina”, puede consultarse el artículo “La Probation”.

- www.naoabogado.com.ar sección “doctrina”, puede consultarse el artículo “La Probation”.
- www.tecmaestriasenlinea.mx/EcuadorEnlaces patrocinados
- www.tecmaestriasenlinea.mx/EcuadorEnlaces patrocinados

11 ANEXOS

11.1 Formulario de encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
CARRERA DE DERECHO
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Distinguido profesional del Derecho, solicito a Usted muy comedidamente se digne dar respuesta a las preguntas contenidas en la siguiente entrevista técnica, cuyas respuestas será de gran ayuda para el desarrollo de mi trabajo de Tesis de Abogado titulada: **"NECESIDAD DE REGULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS CONTENIDAS EN EL ART. 160 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL"**

1.- ¿Considera usted que las medidas alternativas a la prisión preventiva constituye el mecanismo para precautelar la libertad de las personas y el debido proceso?

SI ( ) NO ( )

PORQUE

……
……
……

2.- ¿Cree Usted que se encuentra debidamente regulado en la Ley la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva?

SI ( ) NO ( )

PORQUE……
……
……

3.- ¿Estima Usted que la falta de un mecanismo legal que regule la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva ha dado lugar a que se incremente los niveles de reincidencia?

SI ( ) NO ( )

PORQUE……
……
……

4.- ¿Considera usted que el abuso que se hace de las medidas alternativas a la prisión preventiva por parte de los operadores de justicia, debido a la falta de un mecanismo de regulación ha permitido que se genere la impunidad y la desprotección de la víctima?

SI ( ) NO ( )

PORQUE
……
……
……

5.- ¿Estima usted que se hace necesario reformar la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva contenidas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal?

SI ( ) NO ( )

PORQUE
……
……
……

GRACIAS

11.2 PROYECTO

1. TEMA

“NECESIDAD DE REGULAR LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS O ALTERNATIVAS CONTENIDAS EN EL ART. 160 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”

2. PROBLEMÁTICA

En esencia en un régimen de Derecho, al Estado le corresponde dentro de su estructura jurídica legal establecer los puntales firmes en que se sostengan sus ciudadanos o habitantes, son los derechos inalienables del ser humano, como la vida, la libertad, la seguridad de las personas, entre otros derechos, en nuestro país están gravemente afectadas por la creciente incursión de la violencia desatada por los múltiples actos delictivos de diferente índole y es precisamente el Estado como tal, quien tiene que darnos esa protección y seguridad a los ciudadanos, para lo cual debe de adoptar una política de estado, que recoja en su legislación, la firme convicción de que el infractor, no salga con tanta facilidad luego de cometer delitos graves y sea sancionado con severidad y proporcionalidad al acto ejecutado y no se escuden en medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva para recuperar su libertad y continúen en las calles, acechando a sus víctimas sin sanción porque allí solo demuestra que las leyes son benévolas y con beneficio de inventario para el delincuente que tiene todas las facilidades para recuperar su libertar en tiempos récord, que hace imposible que la sociedad pueda contrarrestar este mal del siglo XXI, hay que actuar con mayor efectividad y eficacia en la

elaboración de leyes, en la tipicidad del delito, en las sanciones, en sus procedimientos, en la revisión de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva, a fin de que al sujeto infractor reincidente en los actos no se les dé con tanta facilidad la libertad, pues más demora en ser atrapado por la policía que éste en recuperar su salida para seguir en sus mismos actos conductuales delictivos, hay que operar con mayor eficacia, pues la normativa existente es muy ineficiente, porque la misma tiende para otro tipo de sociedad. Hoy el delito tiene mayor radio de acción, generando inseguridad y psiquis social, que no se sabe quién, ni cuál será la próxima víctima; por ello es necesario que nuestra legislación adopte su propia identidad conforme a nuestra realidad social, no sirve de nada hacer parches de reformas o copiar leyes de otros estados que son diferentes a nuestra idiosincrasia social, caso contrario nuestro Estado tenderá a una mayor descomposición social de sus ciudadanos.

Le corresponde al Estado como tal, dar seguridad a los habitantes, así lo establece la Constitución Art. 78**. "Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales."** lo que escasamente se

cumple, ya que las víctimas no denuncian por falta de confianza en el sistema de justicia y por cuanto el delincuente no tiene asegurada su permanencia en prisión ni la sanción, al temer por su integridad la gran mayoría queda perjudicada.

3. JUSTIFICACIÓN

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, académicamente dentro del Área del Derecho Penal, por tanto se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a la materias de Derecho Penal, para poder optar por el grado de Abogado.

Por otro lado me propongo demostrar la necesidad de la tutela efectiva del Estado en la protección de los Derechos individuales de las personas, puesto que existen normas legales que vulneran principios legales, a fin de precautelar los derechos fundamentales de las personas, como a la vida, a la propiedad privada entre otros..

Socio-Jurídicamente la investigación es necesaria para lograr que las personas gocen de seguridad jurídica y que no se violenten sus derechos como los contempla la Constitución de la República del Ecuador, estudiando y mejorando el régimen normativo de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva.

Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios alternativos de carácter jurídico-procesal penal.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, se cuenta con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico en relación a la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva; y, sus efectos socio-jurídicos que produce.

La presente investigación científica servirá para brindar un aporte a la colectividad y contribuirá a acoplar nuestros cuerpos legales a los cambios y transformaciones que sufre la sociedad dentro del constante proceso dialéctico por el que atraviesa.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio jurídico doctrinario y de campo de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva

4.2. OBJETIVOS ESPECÌFICOS

- Determinar que la falta de regulación en relación a la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas ha dado origen a que se incrementen los niveles de reincidencia.

- Determinar que el abuso en la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva ha originado a la impunidad.
- Elaborar una propuesta de reforma en relación a regular la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva contenidas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal.

5. HIPÓTESIS

La existencia de leyes con beneficio de inventario en favor del delincuente, y la mala aplicación de las medidas alternativas o sustitutivas del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, conllevan a la reincidencia, a la afectación y desprotección de las víctimas por la mala aplicación de la ley, y por la falta de una legislación procesal penal que se ajuste a nuestra realidad.

6. MARCO TEÓRICO

Habiendo efectuado una exhaustiva investigación del problema que me corresponde, considero que no ha de existir trabajo investigativo sobre: El delito y el delincuente con beneficio de la ley, en la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, conlleva a la reincidencia, y a la afectación y desprotección de las víctimas, lo que genera y afecta la paz y seguridad ciudadana; **así como afecta la integridad y seguridad de las personas, alterando la paz y armonía de la sociedad ecuatoriana**, por lo que el presente proyecto investigativo, tiende a desenvolver dentro del marco teórico la elaboración y aplicación de los conocimiento con el sustento de varias fuentes del derecho tanto en lo teórico,

como en lo comparativo y práctico con el aporte de los operadores de justicia, los ciudadanos, nuestra legislación y el derecho comparado con el de otros Estados en la materia a investigar, basado en este esquema formulo el marco teórico a desarrollar en el tema y problema a realizar.-

En las tres últimas décadas en América Latina ha existido una amplia discusión acerca de la cuestión de la prisión preventiva. Simplificando las cosas, se podría plantear que el inicio de esa discusión tuvo lugar con la publicación de los estudios de ILANUD que plantearon con mucha claridad el problema de los presos sin condena[87]. El dato más llamativo consistía en la constatación de que en todos los países latinoamericanos la mayoría de quienes se encontraban privados de libertad lo hacían sin que existiera una condena que lo justificara.

En materia de prisión preventiva, los derechos fundamentales constituyen limitaciones normativas, por ello, antes de la adopción de esta medida cautelar se interpondrán el principio de inocencia y el respeto a la libertad como garantías constitucionales.

¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios? Se pregunta Zagrebelsky. En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir constitutivo del orden jurídico. Las reglas aunque estén escritas en la constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan[88]. Significa por tanto, que los principios, desempeñan, un papel eminentemente

[87]Carranza, Elías; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino; y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). San José de Costa Rica, 1983.

[88]Osvaldo A. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso,*……p. 29.

constitucional, frente a esta esfera, a la vez que en nuestra Constitución y Código Procesal Penal, se ha instaurado y regulado la Prisión preventiva, como medida cautelar, se van a analizar lo principales principios, que se deben observar, siendo los principales:

En la actualidad, el derecho de presunción de inocencia abarca dos vertientes: una anclada al derecho penal contemporáneo y otra al derecho constitucional concerniente a la preservación de la libertad. Tales vertientes, íntimamente ligadas y debidamente equilibradas, marcan el modelo de sistema de justicia penal al que aspira toda sociedad democrática.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos dice que: "la presunción de inocencia salvaguarda los derechos de las víctimas del delito y los de la sociedad en general al castigar, con elementos de prueba irrefutables y conforme a Derecho, a quien verdaderamente corresponda. Se alude al concepto garantista de la presunción de inocencia; su tratamiento por el derecho internacional de los derechos humanos"[89].

En este contexto, la imaginación ilustrada acogió el principio de inocencia como valla frente a la arbitrariedad y a la aplicación de la pena de sospecha. Se suponía que esta resultaría capaz de lograr que el estado sólo pudiera imponer castigo a los individuos luego de realizar un juicio previo, frente a los ojos del público, con las debidas garantías, tendiente a asegurar que no se impondría

[89]Armando Alfonzo Jiménez, *Presunción de Inocencia: El régimen constitucional Mexicano frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 20.03.09, en htpp://vlex.com/vid/presunción-inocencia constitucional mexicano-452376.

una sanción penal a menos que se hubiera producido prueba suficiente para demostrar con certeza la culpabilidad del individuo acusado penalmente.

Ulpiano aparece como uno de los primeros juristas en referirse al inocente, al expresar en su *Corpus Juris civile*, "que nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente" [90] . Más tarde a partir de la revolución Francesa y, en especial, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se repone su plena vigencia como una forma de recuperar los derechos de las personas. En su Artículo 9, se establece, por primera vez, la presunción de inocencia. Montesquieu optó claramente por la protección de los inocentes, posición en que lo acompañaron grandes pensadores como Rousseau y Voltaire.

Los países en América Latina, adoptaron como principios fundamentales de su organización Jurídica, en sus textos constitucionales, tanto la protección genérica de la libertad ambulatoria cuanto el reconocimiento del principio de inocencia[91].

El "principio de principios"[92]. En materia de encarcelamiento preventivo, es sin duda el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia.

---

[90]Juan Colombo Campbell, *Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia,* en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Uruguay, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung .e.v. 2007. p. 347.

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

[92]Alberto Bovino, *El encarcelamiento*…...p. 437.

Este principio fundamental del Estado de derecho es el punto de partida. Según la formulación tradicional del principio, se impone una exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia.

Uno de los postulados básicos de nuestro sistema penal, es que nadie puede ser considerado culpable, mientras una sentencia firme no lo declare tal. Es decir, que antes y durante el proceso penal se considera que la persona es inocente precisamente, mediante el juicio previo se determinará si el imputado mantiene este estado de inocencia o si, por el contrario, se lo declara culpable; "hasta ese momento para la ley es inocente, aunque en la vida cotidiana se lo considere culpable con la simple denuncia"[93]

7. METODOLOGIA

La modalidad de la investigación, será cualitativa y cuantitativa: Cualitativa porque me ayudará a entender el fenómeno social y sus características; y, Cuantitativa porque para la investigación de campo se utilizará la estadística descriptiva.

La presente investigación es de carácter DESCRIPTIVO, BIBIOGRÁFICO, DE CAMPO, etc. porque está dirigida a determinar como es y cómo está la

[93]Carlos Enrique Edwards, *Garantías Constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, pp. 123,124

situación de las variables, a la vez que es de aplicación al ofrecer propuestas factibles para la solución de la problemática.

Se obtendrá de los estratos de la población vinculada a operadores de justicia, jueces, fiscales y abogados, una muestra de 84 personas, para aplicar las encuestas a través de la siguiente fórmula.

Se empleará los siguientes métodos: INDUCTIVO Y DEDUCTIVO.- Que nos permitirá lograr los objetivos propuestos y ayudará a verificar las variables aplicables.

INDUCTIVO.- Método que permitirá buscar y obtener la verdad científica, partiendo del estudio de los elementos particulares referentes a cada caso.

DEDUCTIVO.- Este método partirá de un principio general ya conocido como es el conjunto de leyes y normas vigentes en nuestro país, para inferir en consecuencias particulares como es el delito, la delincuencia y el agraviado o la víctima del delito.

ANALÍTICO- SINTÉTICO, porque estos métodos hacen posible la comprensión de todo hecho, fenómeno, idea, caso, etcétera.

ANALÍTICO.-Permitirá separar algunas de las partes del todo jurídico existente para someterlas a estudio independiente.

SINTÉTICO.- Permitirá reconstruir en el pensamiento la variedad de vinculaciones del objeto como un todo concreto para el establecimiento de un documento jurídico único.

HISTÓRICO – LÓGICO, porque analizaremos científicamente los hechos, ideas del pasado comparándolo con hechos actuales, de especial del campo jurídico e histórico.

COMPARATIVO.- Porque este nos llevara a analizar y profundizar en materias no circunscritas a fronteras Ej., el derecho comparado.

DESCRIPTIVO–SISTÉMICO, Porque es una observación actual de los fenómenos y casos, procurando la interpretación racional.

Dentro del presente trabajo de investigación se utilizará las siguientes Técnicas de Investigación:

Fichaje.**-** Se utiliza para incluir datos de encuestas, escuchada, leídas o combinadas.

La Encuesta**.-** A ciudadanos y a los operadores de justicia, para conocer cuáles son las expectativas de este trabajo, el nivel de aceptación y reconocimiento del problema generado por las leyes que dan beneficio al delito, al delincuente y a la delincuencia, en afectación y repercusión a la seguridad e integridad de los ciudadanos, del agraviado o víctima y por ende contra la sociedad; y se preparará cuestionarios dirigidos a jueces, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión para poder obtener información sobre la problemática real y emitir las posibles soluciones.

La Observación Directa.-Será utilizada con mayor importancia porque se realizará un trabajo de campo directo para determinar las influencias que se han producido y sus efectos causados en una legislación que ha dado beneficio

de inventario a la delincuencia y que por ello ha generado un grave problema de inseguridad social de los habitantes y ciudadanos de este país, en afectación de los derechos humanos de las víctimas del delito y de la sociedad, mirando y palpando el procedimiento que se efectúa dentro del accionar de la justicia en la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en lo relacionado al juzgamiento y particularmente la aplicación de las medidas cautelares alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva, que deja en total desventaja a los agraviados, víctimas y a la sociedad, lo que conlleva a la inseguridad ciudadana y a la impunidad del delito y a la reincidencia del delincuente.

Entrevistas.-Se las realizará a expertos para conocer el estado actual y las proyecciones inmediatas, a mediano y largo plazo del problema.

Los instrumentos que utilizaré para la investigación me apoyaré en los siguientes:

Fichas Bibliográficas**.-** Permitirán anotar los datos referentes a documentos y doctrina que sirvió para indagar sobre el tema de análisis.

Fichas Nemotécnicas.- A través de ellas se pondrá en práctica las técnicas para resumir, extractar, compendiar los conocimientos contenidos en los temas.

Cuestionarios.- A través de estos se podrán obtener conclusiones válidas para sustentar los resultados y propuesta de la investigación.

De ser necesario contaré con guía de Observación, guía de entrevista, grabaciones, cámara, videos, etc.

8. CRONOGRAMA

MESES / ACTIVIDADES	OCTUBRE 2011				NOVIEMBRE 2011				DICIEMBRE 2011				ENERO 2011				FEBREO 2012				MARZO 2012				ABRIL 2012			
Aprobación del proyecto de tesis				*																								
Desarrollo de la Tesis							*	*	*																			
Investigación de campo											*	*	*	*	*													
Presentación de análisis de resultados																*	*	*										
Aprobación de la tesis																					*							
Defensa de la tesis																									*	*		

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Para poder desarrollar este trabajo investigativo, se contará de forma preponderante y necesarios con los recursos materiales y humanos que siguen:

9.1. RECURSOS MATERIALES

Suministros de Oficina	$ 300,00
Bibliografía	$ 600,00
Pasado y reproducción del proyecto y tesis	$ 200,00
Movilización y hospedaje	$ 300,00
Imprevistos	$ 300,00
TOTAL	**$ 1.700,00**

SON: MIL SETECIENTOS DÓLARES

9.2. RECURSOS HUMANOS

Investigador: HÉCTOR ORLANDO MORENO.

Director de Tesis:

Población investigada:

9.3. FINANCIAMIENTO

Todos los gastos que se presenten en esta investigación propuesta serán financiados con recursos propios del autor.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS Juan y otros autores , El Proceso Penal Acusatorio Colombiano, Ediciones Jurídicas André Morales 2007
- ARROYO Baltra Lenin T. Las Normas Penales en Blanco y su Legitimidad, Arroyo Ediciones Manta 2005
- ARROYO Baltra Lenin T. Victimología, Arroyo Ediciones, Manta 2006.
- BAYTELMAN Andrés y Duce Mauricio Litigación Penal y Juicio Oral EDIAR EDITORES LTDA. Chile 2006
- CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1989, Editorial HeliastaS.R.L.
- CARRARA Francesco Programa de Derecho Criminal Editorial TEMIS, Bogotá Colombia 2009
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

- CÓDIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Editorial Jurídica del Ecuador, 2009
- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO
- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Publicación oficial de la Asamblea Constituyente 2008
- DUQUE Mauricio y Quinceno Fernando Sistema Acusatorio y Juicio Oral Editorial Jurídica de Colombia Ltda. 2005
- FERRAJOLI Luigi. Derecho y razón Editorial Trotta
- FERRER Eduardo y Zaldivar Arturo La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional- México 2008
- JAKOBSGünther Nuevo concepto de Derecho Penal Universidad Autónoma de Madrid 2008
- JIMÉNEZ de Asúa Luis, Lecciones de derecho penal, Oxford, México 2003.
- JIMENEZ de Asúa Luis Teoría del Delito Editorial Jurídica Universitaria S.A. México 2009
- MENSIAS Pavón Fabián. Psicología Jurídica, Artes Gráficas, Quito 1997

- MORENO Fabián, YAZAN Ruth, Garantías Constitucionales y Derechos Humanos, Tulcán – Ecuador, agosto 2006
- ORTEGA Rivero Germán Diccionario del Sistema Penal Acusatorio Editorial Temis Bogotá Colombia 2010
- PALLARES Rivera Jorge La peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal, CREATIVE Cobos Impresiones, abril 2008 Quito.
- PARMA Carlos Derecho Penal Convexo, Ediciones El Original, La Paz 2008
- PEÑA Cabrera F. Alonso Raúl. Derecho Penal parte general, Editorial RODHAS, Lima Septiembre 2007
- PEREZ Pinzón Álvaro Orlando. Diccionario de Criminología, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Junio 1978
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, Criminología, Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia 2006.
- ZAFFARONI E. R., ALAGIA A., SLOKAR A. Manual de Derecho Penal-Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- ZAMBRANO Alfonso, Estudio Introductorio a las reformas al Código de procedimiento Penal CEP Quito- Ecuador 2009

- ZAMBRANO Alfonso, Proceso Penal y Garantías Constitucionales, Guayaquil, junio del 2005.
- ZAVALA Baquerizo Jorge Delito Contra las Personas, Tomo I y II, EDINO Guayaquil.

INDICE

PORTADA i

CERTIFICACIÓN ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

AGRADECIMIENTO v

DEDICATORIA vi

TABLA DE CONTENIDOS vii

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

2.1. Abstract 4

3. INTRODUCCIÓN 6

4. REVISIÓN DE LITERATURA 10

4.1. MARCO CONCEPTUAL 10

4.2. MARCO DOCTRINARIO. 44

4.3. MARCO JURÍDICO 64

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA 80

5. MATERIALES Y MÉTODOS 96

6. RESULTADOS 98

6.1. Presentación de los resultados de la encuesta 98

7. DISCUSIÓN 106

7.1. Verificación de Objetivos 106

7.2. Contrastación de la Hipótesis 110

7.3. Fundamentos jurídica de la propuesta de reforma 111

8. CONCLUSIONES 112

9. RECOMENDACIONES 113

9.1. Propuesta de Reforma 114

10. BIBLIOGRAFÍA 116

11. ANEXOS 120

ÍNDICE 138