# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

## AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

## NIVEL DE POSTGRADO

## MAESTRIA EN DERECHO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA

**Tesis previa a optar el Grado de Magíster en "Derecho e Investigación Jurídica"**

**TEMA:**

# LA MEDIDA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA


**MAESTRANTES:**

**Dr. Fernando Soto Soto**

**Dr. Mario Chacha Vázquez**

**Dr. Cosme Ordóñez Japa**

**DIRECTOR:**

**Dr. Norman Jaramillo Vivanco. Mg. Sc.**


**LOJA – ECUADOR.**

**2009**

# CERTIFICACIÓN

**Dr. Norman Jaramillo Vivanco Mg.Sc**, Docente Investigador del Nivel de Postgrado del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja.

**C E R T I F I C O.**

Haber dirigido la presente Tesis de investigación denominada: **"LA MEDIDA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA"**, previa a la obtención del Grado de Magíster en Derecho e Investigación Jurídica, de la autoría de los maestrantes Dr. Fernando Soto Soto, Dr. Mario Chacha Vásquez, Dr Cosme Ordóñez Japa, la que ha sido desarrollada bajo mi personal dirección, por lo que autorizo su presentación y sustentación.

Loja, Marzo del 2009.

**Dr. Norman Jaramillo Vivanco Mg. Sc.**

**DIRECTOR DE TESIS.**

# AUTORIA

Las ideas y criterios vertidos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

…….. ……

Dr. Fernando Soto Soto Dr. Mario Chacha Vázquez

**…….**

Dr. Cosme Ordóñez Japa

# AGRADECIMIENTO

Dejamos constancia de nuestro reconocimiento a la Universidad Nacional de Loja, a las Autoridades del Área Jurídica, Social y Administrativa, en su Director Dr. José Riofrío Mora Mg. Sc, a la Coordinación del Programa en la persona del señor Dr. Rogelio Castillo Bermeo Mg. Sc y a todos los docentes que participaron en nuestra formación de Cuarto Nivel y, de manera especial, a nuestro distinguido Director de Tesis, Doctor Norman Jaramillo Vivanco, Mg. Sc, docente de nuestra Alma Mater, quien con sus versados conocimientos y gran calidad humana contribuyó de manera decisiva a la cumplida realización de la investigación.

**LOS AUTORES**

# DEDICATORIA

La presente tesis esta dedicada a Dios, creador del universo;

A nuestros familiares que con su apoyo incondicional nos supieron alentar;

A nuestros amigos que con sus consejos, nos impulsaron para seguir adelante y culminar con nuestros estudios de cuarto nivel.

**Los autores:**

# ESQUEMA DEL SUMARIO

**Introducción**

**CAPÍTULO PRIMERO**

**1. Marco Referencial**

1.1 Problema

1.2 Problematización

1.3 Justificación

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo General

1.4.2 Objetivos Específicos

**CAPÍTULO SEGUNDO**

**2. Delitos De Acción Penal Pública**

2.1 Ejercicio de la acción penal pública

2.2 Concepto de acción penal

2.3 Características de la acción penal

2.3.1 La acción penal pública

2.3.2 Acción penal privada

2.4 Otras características de la acción penal

2.4.1 La acción penal es indivisible

2.4.2 La acción penal es irrevocable

2.5 Jurisdicción y competencia

**2.6. De Fiscalía.**

2.6.1. De los delitos de Tránsito

2.6.2. Juzgamiento de las infracciones de los adolescentes infractores

**2.7. Garantías Constitucionales**

2.7.1. La libertad individual

2.7.2. Libertad de acción o de ejercicio

2.7.3. Libertad de elección

**2.8. Garantías fundamentales que protegen la libertad**

2.8.1. La acción de Hábeas corpus

2.8.2. El amparo de libertad

2.8.3. La presunción de inocencia

**2.9. El debido proceso**

2.9.1. Concepto del debido proceso

2.9.2. Los presupuestos del debido proceso

1. Órgano Jurisdiccional
2. Situación Jurídica de inocencia
3. La tutela jurídica

**2.10. Medida Cautelar.**

1.10.1. Medidas cautelares de carácter personal

1. La detención

a. Personas a quienes se puede ordenas la detención

b. Presuntos imputados

c. Orden y mandamiento de detención

d. Cumplimiento del mandamiento de detención

e. La Autoridad administrativa

2. La aprehensión

3. Prisión preventiva

**1.10.2. Medidas cautelares de carácter real.**

1. Prohibición de enajenar
2. Retención
3. Secuestro
4. Embargo

**2.11. La prisión preventiva**

2.11.1. Antecedentes históricos

2.11.2.Conceptos

2.11.3. Acto procesal

2.11.4. Características de la prisión preventiva

a. Facultativa

b. Motivada

c. Revocable

d. Tiempo de duración

e. Es imputable a la pena

2.11.5.Requisitos de la prisión preventiva

2.11.6.Actuación del Fiscal

2.11.7.Procedencia de la medida

2.11.8. Revocatoria

2.11.9.Competencia

2.11.10. Caducidad

2.11.11. Sustitución de la prisión preventiva

**2.12. El sobreseimiento**

2.12.1.Conceptos

2.12.2.Sobreseimiento provisional

2.12.3. Sobreseimiento definitivo

2.12.4.El sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del acusado

2.12.5.Calificación de la denuncia

2.12.6.Efectos del sobreseimiento

2.12.7. Estudio de la Prisión Preventiva en la Legislación Comparada

**CAPÍTULO TERCERO**

**3. Metodología**

3.1 Hipótesis

3.2 Operativización de variables de la hipótesis.

3.3 Métodos y técnicas

3.4 Población y muestra

3.5 Presentación y análisis de los resultados

3.5. 1 Investigación de casos

3. 5. 2 Entrevistas a profesionales del derecho

3.5.3 Encuesta a profesionales del derecho

3. 6. Verificación de los objetivos y contrastación de la hipótesis

3.6.1 Verificación de los objetivos

3. 6. 2 Contrastación de la hipótesis

3.7 Fundamentos jurídicos de la propuesta de reforma

## CAPÍTULO CUARTO

### 4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1 Conclusiones

4.2 Recomendaciones

4.3 Propuesta de reforma legal al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

4.4 Propuesta de reforma legal al Código Penal Ecuatoriano

# INTRODUCCIÓN

El hombre se inmiscuye permanentemente sobre un objeto: llamado sociedad y de ésta recibe múltiples influencias. El ser humano jamás podrá escapar de lo social, porque toda actividad se produce dentro de la sociedad, con la sociedad y para la sociedad. Es decir existe total vinculación dialéctica, entre el actuar humano y el social, y de aquella surge un resultado positivo o negativo.

Las ciencias sociales – jurídicas han demostrado que la sociedad actúa sobre el hombre en dos formas: en sentido negativo y en sentido positivo. Cuando actúa en forma positiva el hombre es un prototipo, convive pacíficamente en la sociedad: lo educa, lo civiliza, lo desarrolla, en una palabra: **La praxis social permite que el hombre cambie cualitativamente.**

Cuando la sociedad actúa sobre el hombre de forma negativa lo empuja hacia el cometimiento de actos inmorales o ilegales, en grado ínfimo, en grado medio o en grado mayor. Esta exteriorización negativa de la sociedad sobre el hombre lo arrastra a la comisión de varios delitos.

El delito es un acto humano, y solamente el hombre es sujeto de delito, lo que no significa que en este acto humano negativo interviene el hombre de manera exclusiva, sino que obran otros factores. La actividad humana se desarrolla sobre un medio físico y entorno social, por ende tanto el mundo

físico como el mundo social tienen fuerzas capaces de transportar al hombre al delito.

El delito es acción. Toda acción es humana, conlleva la intervención de una o varias fuerzas que producen un resultado, no todo lugar ni tiempo es apto para cometer un delito, el lugar es apto cuando el imputado lo ha escogido como escenario idóneo para el cometimiento del delito, pero en cuanto al tiempo, significa que en ciertas épocas del año se puede delinquir más y con mejor éxito.

Penalistas y criminólogos de todas las épocas, con mayor dedicación se han empeñado en buscar la forma de mejorar la normatividad penal, para hacerla más eficaz, para garantizar el orden y la paz social. Para ello han profundizado su estudio en los instrumentos legales de represión y han discutido hasta el cansancio, si la pena de muerte es más efectiva que la cadena perpetua, si la prisión preventiva es una medida de seguridad que garantiza mejor el desarrollo del proceso, o la libertad controlada o la pena pecuniaria cumplen mejor la función que la sociedad les asigna. Todos con el mismo objetivo se empeñan en la forma de mejorar para reprimir al hombre, pero nadie, absolutamente nadie se preocupa cómo hacer del hombre un ser pacífico y ordenado, como conseguir una sociedad más justa y menos represiva, nadie nos ha enseñado la forma de cultivar otros valores más humanos, más sólidos y estables, que eviten la colisión de intereses mezquinos que yacen en lo más profundo de la psiquis del hombre.

En la actualidad es alarmante que en las cárceles del Ecuador no se encuentren las personas declaradas culpables de la comisión de un delito, mediante sentencia ejecutoriada, sino de personas que se presume culpables, y que aún no se ha demostrado su responsabilidad penal en juicio. El encarcelamiento de una persona que se presume culpable de un delito, conlleva a la violación del derecho de inocencia y de la libertad, que se encuentran garantizados en la Constitución Política de la República como derechos humanos.

Por estas circunstancias nos hemos empeñado en investigar el abuso de la medida cautelar de la prisión preventiva por los jueces de lo penal que al dictarla violan la libertad individual y la presunción de inocencia.

En este contexto, encontramos que nuestro Código de Procedimiento Penal trata de la prisión preventiva en el Libro Tercero, capítulo Cuarto desde el Art. 167 al 173. Si bien es cierto que el Código Adjetivo Penal, a la prisión preventiva lo trata como medida cautelar, sin embargo claramente se constata que el juez, cuando lo crea necesario sea para garantizar la comparecencia del imputado o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito;

y, que se trata de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio, no obstante en las cárceles del país existen personas detenidas con la medida cautelar de la prisión preventiva, es decir como sospechoso del delito, sin haber ninguna sentencia condenatoria como lo señala la Constitución. Si bien es cierto la prisión preventiva busca dos objetivos como garantizar la comparecencia del imputado y asegurar el cumplimiento de la pena. Pero el juez para dictarla tiene que valerse de indicios suficientes, indicios claros y precisos que el imputado es el autor o cómplice del delito, pero cuando tratamos de indicios no son más que sospechas, conjeturas que se tiene de algo, entonces creemos que el momento en que el juez dicta la prisión preventiva lo hace en base de sospechas y conjeturas, cuando la verdad es que una persona puede estar legalmente detenida, cuando en un proceso han existido pruebas suficientes y se ha respetado los derechos humanos y los presupuestos y principios del debido proceso, sólo ahí una persona debe pagar la pena.

Frente a la realidad antes descrita, nos hemos propuesto llevar a cabo el presente trabajo investigativo, con el objeto de, por una parte realizar un estudio teórico práctico de la prisión preventiva, a fin de demostrar que esta medida cautelar no lleva a ninguna responsabilidad civil o penal a la

autoridad que la efectúa, sin ningún fundamento; y, por otra parte realizar un estudio doctrinario de la prisión preventiva quienes justifican que siendo nosotros autores de un nuevo siglo, todavía vivimos con un derecho rezagado, que pensamos que encerrando a una persona, el Estado se encuentra brindando la Tutela Jurídica, y no buscamos las alternativas para que el hombre no sea un ente agresivo.

De manera que para llevar a efecto la presente investigación, la hemos desarrollado en el marco de cuatro capítulos, así: En el Capítulo Primero hemos concretado aspectos relativos al tema, al problema, la problematización, la justificación y los objetivos.

En el Capítulo Segundo, abordamos todos los aspectos que constituyen el marco teórico, iniciando con el tratamiento de los delitos de acción pública y del ejercicio de la acción penal pública, para luego utilizar de ciertos autores y diccionarios jurídicos conceptos sobre la acción penal, se ha comentado acerca de las características de la acción, se ha hecho una subdivisión de estas características, para continuar con la jurisdicción y competencia. Se ha hecho necesario el estudio de los órganos competentes, de la Fiscalía, de los delitos de tránsito, y del juzgamiento de las infracciones de los adolescentes infractores. Dentro de las Garantías Constitucionales, nos hemos referido a la libertad individual, libertad de acción o de ejercicio, libertad de elección; y, las garantías fundamentales que protegen la libertad, como la acción de Hábeas Corpus, hemos visto la etimología, el origen,

garantías del Hábeas corpus, la acción de protección de libertad y hemos tratado de una garantía constitucional denominada la presunción de inocencia. Se ha tratado del debido proceso, conceptos, los presupuestos del debido proceso, entre los que se detallan el órgano jurisdiccional, situación jurídica de inocencia; y, la tutela jurídica. Se ha realizado el estudio de la medida cautelar, y se ha determinado las medidas cautelares de carácter personal: como la detención, se ha hecho indispensable los juzgados que pueden ordenar la detención, personas a quienes se puede ordenar la detención: presuntos imputados, orden y mandamiento de detención, cumplimiento del mandamiento de detención, la Autoridad administrativa y luego comentar de la aprehensión y la prisión preventiva. Se ha especificado las medidas cautelares de carácter real, prohibición de enajenar, la retención, secuestro y embargo. De manera detallada se ha realizado el estudio de la prisión preventiva, conceptos, acto procesal, características de la prisión preventiva, entre las que se encuentran que es facultativa, motivada, revocable, el tiempo de duración y si es imputable a la pena, hemos detallado cuales son los requisitos de la prisión preventiva, cual es la actuación del fiscal, procedencia de la medida: dentro de ello se ha visto en la necesidad de determinar la revocatoria, competencia y la caducidad, la sustitución de la prisión preventiva. Hemos tratado el sobreseimiento, conceptos de sobreseimiento, el sobreseimiento provisional, el sobreseimiento definitivo, el sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del acusado, la calificación de la denuncia y los efectos del sobreseimiento y la prisión preventiva en la legislación comparada.

En el capítulo Tercero, hemos tratado aspectos relacionados con la metodología empleada en la ejecución de la investigación, hemos planteado la hipótesis, la Operativización de las variables, los métodos y técnicas empleados en esta investigación, presentación y análisis de resultados, hemos realizado la investigación de casos, se encuentran analizadas las entrevistas a profesionales del derecho y la encuestas a los profesionales del derecho. Se ha realizado la verificación de los objetivos planteados en el proyecto de investigación y se ha tratado de la contrastación de hipótesis y hemos analizado jurídicamente cuales son los fundamentos jurídicos de la propuesta de reforma.

En el capítulo Cuarto, hemos consignado las conclusiones a las que se ha logrado arribar como fruto del trabajo investigativo, así como también hemos planteado las recomendaciones como alternativa de solución a la problemática investigada.

Por último presentamos a consideración la propuesta jurídica, plasmada en un proyecto de reforma legal a nuestro Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, relativo a introducir reformas en el régimen de la prisión preventiva, como un sencillo y modesto aporte a la cultura jurídica, a fin de que se respeten los derechos y garantías constitucionales de las personas el momento de ser detenidas, para bien de todos cuantos conformamos la sociedad ecuatoriana.

# CAPÍTULO PRIMERO

# MARCO

# REFERENCIAL

## 1.1 PROBLEMA.

Los Jueces de Garantías Penales, al dictar la medida cautelar de la prisión preventiva solicitada por los Fiscales o por su propia decisión, violan las garantías constitucionales de la libertad individual y la presunción de inocencia, lesionando los bienes individuales propios del ser humano; el auto de prisión preventiva que carezca de los elementos de convicción debe ser sancionada penalmente para evitar el cumplimiento de una futura pena, sin existir una resolución en firme o sentencia ejecutoriada.

## 1. 2 PROBLEMATIZACIÓN.

La prisión preventiva aparece en la Constitución de 1830, cuando nuestro país es considerado como República del Ecuador, en su normatividad disponía que sólo puede ser arrestado una persona por autoridad competente, por eso a la prisión preventiva se la conoce como un acto procesal de carácter cautelar, provisional y preventivo, que emana del titular del órgano jurisdiccional penal y que surge en razón de un proceso; y frente al proceso, cuando se cumplen los presupuestos de carácter subjetivo y objetivo, la prisión preventiva se la considera como medida de seguridad para el cumplimiento del imputado; sin embargo con el abuso de esta medida atenta contra la libertad personal que ha sido objeto de protección de la Constitución de la República del Ecuador, desde los primeros tiempos de su existencia, esta medida de seguridad tendiente a procurar que el imputado de una conducta delictiva no escape a la acción de la justicia. En virtud de que este concepto y el instituto como tal puede significar una violación al precepto de que toda persona es considerada inocente hasta que se pruebe lo contrario, suele exigir el cumplimiento de ciertos requisitos como los indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción penal pública: indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y; que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. Por otro lado así mismo se requiere la presencia de suficientes indicios para sospechar que el imputado es responsable del delito. La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses,

en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Determinando como plazo para que opere la caducidad a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. Se considera que si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce el asunto. La ley dispone medidas alternativas a la prisión preventiva siempre y cuando no exceda de cinco años. Conforme lo determina el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal establece: "El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:

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

Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de sesenta años de edad, o una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen.

Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio.

Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar.

Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto.

El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Policía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica.

Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución.

El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.

La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales"[1].

Las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal de fecha 24 de Marzo del 2009, no es que se elimina la prisión preventiva, en la norma jurídica transcrita del Código de Procedimiento Penal, se considera al juez penal, como un juez de garantías penales, a quien se le faculta sustituir, derogar o dictarla no obstante pese haberla negado

[1] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2009. Art. 171.

anteriormente a la prisión preventiva, lo que se trata que la prisión preventiva no tenga un

tiempo definido, para luego revocarla, sino que en el cualquier tiempo se la puede revocar, o sustituir por otra medida, o dictarla nuevamente cuando el juez de garantías penales considere conveniente.

Actualmente el Estado a través del órgano judicial, en aplicación de la violencia legítima, priva de la libertad a una persona sobre la cual se ha efectuado un reproche por un acto que ha causado un desvalor, esta decisión debe ser tomada por el juez de garantías penales con carácter restrictivo y no extensivo, toda vez que la Autoridad Judicial está actuando legítimamente contra la libertad individual y la presunción de inocencia sin perjuicio que se ataca la honra y la buena reputación de las personas que han sido imputadas y que deben estar detenidas o en la clandestinidad durante los 90 días que dura la fase de instrucción fiscal, luego de la cual el Fiscal no encuentra elementos de convicción y se abstiene de acusar.

Los países del mundo hablan de la observancia a los derechos humanos y sus habitantes aspiran a que se respeten estos derechos, entre ellos el respeto a la libertad individual, el mismo que esta garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, la misma que vela para que ésta garantía no sea violada, para lo cual dicta las leyes que la protegen, pero también establecen normas para que sean aplicadas en caso de violación a la libertad individual, si estos preceptos no se cumplen, se transgrede las leyes que estamos obligados a cumplir como ciudadanos de un Estado. Al infringir estas leyes la sociedad se ve abocada a detener, arrestar o poner en prisión a quién ha faltado con su hecho u omisión, pagando esta falta con la privación de su libertad.

Todos los individuos que nacen en el Estado Ecuatoriano, nacen libres, pero

existen normas a las que deben acogerse y respetar para seguir conservando este preciado derecho que es la “libertad”. Una sabia fórmula referente al principio de respeto a

la libertad que refuerza y resume los anteriores conceptos tenemos que nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. Esta norma excluye la arbitrariedad de cualquier autoridad o persona, frente al respeto debido de la libertad humana, en la que solo la ley puede establecer una limitación jurídica de la libertad personal**.**

Por lo tanto, la libertad es la facultad en que el individuo está en la opción de hacer lo que estime necesario, pero que esa libertad esta limitada ya sea por la fuerza de otro o por el Derecho, entendiéndose que el obrar libre del hombre no puede convertirse en libertinaje, o en un abuso de esta facultad. En cambio la libertad Individual, es entonces la que dispone la propia persona, según los dictados e inclinaciones de nuestra propia voluntad o naturaleza, cubierta de pasiones, amenazas, coacciones y de todo otro influjo que violente la espontánea decisión del individuo.

En lo concerniente al principio de presunción de inocencia ha sido formulado desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica.

Sin embargo, cuando se formuló tal principio en la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableció: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"[2]. El verdadero espíritu de la declaración, es que, se reconozca que la persona sospechosa no podía ni tenía porque perder sus libertades y derechos fundamentales. La presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho. Es por ello, que a toda persona imputada, debe reconocérsele el derecho subjetivo ser considerado inocente.

[2] W.W.W. YAHOO. COM. EC. "Presunción de Inocencia".

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, lejos de ser un mero principio teórico de Derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todas las personas ecuatorianas; por lo tanto la inocencia no sólo es una garantía constitucional sino legal como uno de los fundamentos del debido proceso penal. De esta forma el Art. 4 del Código Procedimiento Penal a la letra dice: "Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable"[3], esto determina que

entre los bienes del hombre se encuentra la inocencia, lo cual es un bien jurídico propio de la persona. Mientras no exista un fallo o decisión debidamente ejecutoriada, que declare la responsabilidad penal de una persona, debe considerársele inocente. Es decir, se requiere la existencia de un juicio previo. Pero, el hecho de elevarse a rango de norma constitucional, no significa que se trate de una presunción de carácter legal ni tampoco judicial.

La eliminación de las presunciones de responsabilidad dentro del ordenamiento procesal constituye indudablemente una posición jurídica clara de respeto a favor del reo. "Tanto el principio de presunción de inocencia como el "indubio pro reo" son manifestaciones a favor del reo, pues ambos inspiran al proceso penal de un Estado democrático y la actuación de éstos se realiza en diversas formas. Sin embargo muchas veces la presunción de

[3] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art.4. Pág. 2.

inocencia, bajo una inexacta interpretación ha sido aplicable sólo ante la duda, es decir bajo el “indubio pro reo”[4].

Los derechos antes indicados en la actualidad son lesionados dentro del proceso penal al momento que se dictan medidas cautelares por abuso de la Autoridad, en contra de las personas sin fundamento y sin estricto cumplimiento de los requisitos que señala la Ley. Las medidas cautelares tienen por objeto impedir los actos de disposiciones que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio, asegurando de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo**.**

Las medidas cautelares personales sirven como medio para asegurar la comparecencia del infractor por el cometimiento de delitos, obteniendo a veces el arrepentimiento del acusado y rehabilitación. Esencialmente las medidas cautelares son de carácter preventivo, no son penas, son medidas cautelares accesorias.

En el proceso penal las medidas cautelares que dicta el Juez Penal para asegurar la comparecencia del acusado tenemos la prisión preventiva que es un acto procesal de carácter preventivo, provisional y cautelar proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que limita la libertad personal del supuesto infractor, que al reunirse los presupuestos exigidos,

[4] ROMBOLA; Néstor Darío y REIBOIRAS, Lucio Martin. Diccionario RUY DIAZ. Locuciones Latinas. Colombia. 2005. Pág. 56.

cuándo el juez lo crea necesario podrá dictar la prisión preventiva para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena.

De esta concepción se deduce que la prisión preventiva tiene por objeto procurar el descubrimiento del delito y la responsabilidad de quien se presume lo ha cometido, sea este como autor o cómplice, con el fin de no dejar en la impunidad el delito y por ende desamparada a la sociedad. Es considerada la prisión preventiva como medida de seguridad tendiente a procurar que el imputado de una conducta delictiva no escapa a la acción de la justicia. En virtud de que este concepto como tal puede significar una violación al precepto de que toda persona se considera inocente hasta que se prueba lo contrario, suela exigirse el cumplimiento de ciertos requisitos: que exista al menos semiplena prueba de la existencia del delito.

En la práctica cotidiana, el supuesto infractor tiene que estar privado de su libertad con prisión preventiva durante el tiempo que dure la instrucción fiscal, para luego en la audiencia preliminar el Juez Penal dicte el sobreseimiento definitivo del imputado, por concluir que los hechos aportados al proceso no constituyen delito, o porque los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción.

Como efecto del sobreseimiento tenemos, se revocará el auto de prisión preventiva y se ordenará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de que se vuelva a ordenar la prisión en caso de ser revocado dicho auto o en caso de ser provisional y aparecieren nuevos cargos contra el imputado. El sobreseimiento definitivo del proceso da fin al juicio e impide que se inicie

otro por el mismo hecho. El sobreseimiento definitivo del imputado impide que el imputado sea en futuro acusado por el mismo hecho o en otros que inicien por el mismo hecho. Todo esto conlleva a que los derechos de las personas sean lesionados por las autoridades judiciales y organismos de control del Estado.

La privación ilegal de libertad, mediante detención o arresto injustificado, atenta contra el valor más privado de la existencia; la libertad personal, por cuya defensa los hombres han luchado durante toda su historia y por la cual han llegado a todos los sacrificios: la privación de la libertad es causa de los dolores más profundos, especialmente cuando es injustificada y ha existido abuso de los jueces penales. Cuando esta se produce no es esencial el tiempo de duración de la privación, lo que interesa es la no-justificación de la misma manifestando contraria a la ley y demostrativa de un propósito ilícito.

La prisión preventiva es ordenada por los jueces penales sin mediar la trascendencia de la libertad personal, y de inocencia garantizado en la Constitución, es nefasta aplicar esta medida, cuando el fiscal en base de evidencias solicita al juez se dicte la prisión preventiva, claro esta que la intención de la ley es garantizar el proceso, haciendo responsable al imputado, pero ocurre que el Juez Penal abusa de esta medida cautelar y al dictar esta medida atropella lo que se considera como derechos humanos como es la libertad individual y la inocencia.

Actualmente la libertad individual y de inocencia se encuentran consagradas en la Constitución no obstante en vista de que los jueces de lo penal abusan de esta medida y sin tener en consideración los requisitos necesarios para dictaminarla, lesionan estos derechos, es por eso que tratamos de investigar como problema central el abuso de la prisión preventiva por los jueces de lo penal, violan la libertad individual y la presunción de inocencia.

## 1. 3 JUSTIFICACIÓN.

La investigación propuesta se **justifica** dada la **importancia** jurídica del problema seleccionado, por cuanto en la actualidad, el abuso de la medida cautelar de la prisión preventiva por los jueces de lo penal violan la libertad individual y la presunción de inocencia, en muchos casos se ha producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, además porque realizaremos un estudio doctrinario crítico del derecho de presunción de inocencia y libertad individual, análisis que lo realizaremos con el ánimo de proponer alternativas de posibles soluciones que conduzcan a la correcta aplicación de las normas procesales penales por parte de los Jueces Penales.

Este tema es pertinente en razón que tiene contenido jurídico legal, aborda una temática de **trascendental importancia** dentro del campo de la aplicación correcta de la prisión preventiva por parte de los jueces de lo penal, para que no haya abuso al dictar esta medida, pues si bien es el juez el facultado por la ley para aplicar al derecho, no obstante es responsable civilmente por sus omisiones, el abuso de esta medida cautelar debe ser motivo de sanción penal a quien la dictó sin cumplir los requisitos determinados en el Código Adjetivo Penal. Se justifica la investigación y desarrollo de este tema porque se convertirá en un aporte para la solución de un problema de carácter social y jurídico de la práctica cotidiana, admitiendo determinar una alternativa de solución que permita sancionar al Juez Penal que por inadecuada aplicación del derecho lesione la libertad individual y presunción de inocencia de las personas.

Estimamos que la investigación que nos proponemos realizar, es factible, tanto desde el punto de vista jurídico, cuanto desde el aspecto humano ya que para su realización contamos con los recursos humanos, bibliográficos y material necesarios.

## 1.4 OBJETIVOS:

### 1.4.1 Objetivo General:

- Realizar un estudio jurídico - doctrinario del abuso de la prisión preventiva por los jueces penales para proponer reformas al Código de Procedimiento Penal.

### 1.4.2 Objetivos Específicos:

- Realizar el estudio jurídico doctrinario del abuso de los jueces penales de la prisión preventiva y la violación de la libertad individual y presunción de inocencia.
- Realizar un estudio de casos sobre delitos de acción pública, para demostrar el abuso de la prisión preventiva por parte del Juzgador que la dicta y del órgano autónomo que la solicita.
- Presentar una propuesta de reforma legal que sancione al juez penal por inadecuada aplicación de esta medida cautelar.

# CAPÍTULO SEGUNDO

# MARCO TEÓRICO

## 2 DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA.

### 2.1 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA.

Una vez proclamada la República del Ecuador Independiente y elegido al General Juan José Flores, Presidente del Ecuador, en 1830, la Asamblea Nacional expresa la vigencia de la Recopilación Española de Indias. Se debe reconocer que la estructura económica del Ecuador no cambio durante el régimen de la época de la Gran Colombia ni en los primero principios de la época republicana, lo que es convincente concluir que tampoco el Derecho en general y en especial el Derecho Penal se modificó sustancialmente, pues por antípoda , uno de los primeros actos del Presidente Juan José Flores fue vigilar que los grilletes del indio ecuatoriano estén bien remachados: Posteriormente en el año 1882 el Congreso aprobó un Decreto en el cual se abolía la vil y humillante pena de azotes y a su vez se autorizaba a todo ecuatoriano que acuse o denuncie los delitos que en infracción de esta ley se cometieran.

En el año de 1837, el Presidente del Ecuador Vicente Rocafuerte, promulgó el **Código Penal de la República del Ecuador y la Ley de Procedimiento Criminal.**

Según el escritor Manzini, señalaba que: “La seuda democracia de tipo francés, superficial, gárrula y confucionista en todo, ha cometido también aquí el desacierto de enturbiar los conceptos, afirmando que la finalidad del proceso penal es principalmente la de tutelar la inocencia, o que ella se asocia a la de la represión de la delincuencia (finalidades jurídicas), agregando también la intención (finalidad política) de dar al pueblo la garantía de la exclusión del error y de la arbitrariedad”[5].

[5] VIVANCO GUERRERO, Walter. La Jurisdicción y la Competencia. Tomo I. Editores S. A. Pudeleco. Quito. 2004. Pág. 57.

El propósito de Manzini es dar a conocer que el interés esencial del proceso penal es el de llegar a la punibilidad del culpable. Para determinar este objetivo es necesario que nos preguntemos, ¿cuál es el designio del Proceso Penal? La respuesta no puede ser otra que la de tutelar los bienes subjetivos individuales y sociales garantizados y previstos en la Constitución Política de la República del Ecuador y la legislación penal nuestra. Por eso tomando en consideración lo explicado por Manzini que "es erróneo afirmar que el Derecho Penal está destinado a garantizar la libertad y la inocencia**"[6].**

Pues considera Manzini que el Derecho Penal se encuentra destinado al mantenimiento de la estructura jurídica penal protegida. Si bien es cierto, según el pensamiento de Manzini la estructura jurídica penal es lo más importante, y abandona abruptamente las garantías que poseen todos los ciudadanos. Consideramos entonces que el Derecho Procesal Penal nos enseña el camino que tenemos que recorrer para determinar la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, porque es el encargado de sancionar el acto punible.

La Constitución de la República del Ecuador enuncia que sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral o material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza como derechos subjetivos: la inviolabilidad de la vida, la integridad personal, el reconocimiento que todas las personas nacen, la inviolabilidad de domicilio, la presunción de inocencia. Pero estas garantías constitucionales individuales pueden ser vulneradas de manera tan fácil por las propias Autoridades o por cualquier persona particular, de ahí la razón de la necesidad del Código Penal, cuya normatividad nos sirve para sancionar la conducta violatoria de aquellos preceptos constitucionales.

El proceso penal etimológicamente proviene del término **proceso, avanzar, caminar hacia delante, enrumbarse hacia una meta determinada.** La intención del proceso penal es hacer efectiva la pretensión punitiva del Ecuador, y son los jueces los que tienen que recorrer ese largo camino del proceso penal previsto en la ley adjetiva correspondiente.

[6] Ibídem.- Pág. 57.

La naturaleza jurídica del Proceso Penal se establece en la **teoría del contrato**, **la teoría del cuasi – contrato** y **la teoría de la relación jurídica**. La primera implica un contrato entre las partes, cuya cláusula principal obliga al actor y al demandado a aceptar el fallo del juez. La segunda que se denomina cuasi – contrato, ya que el demandado concurre a contestar la demanda en defensa de sus propios intereses, aún cuando se encuentre condicionado por el ejercicio de la acción del actor. La misma ha sido abandonada, porque en el campo penal, las obligaciones no nacen de la voluntad de las partes, sino de la ley. La tercera denominada teoría de la relación jurídica se encuentra plenamente regulada por normas establecidas en la jurisdicción y de la competencia, jueces y tribunales los mismos que son autorizados de la administración de justicia, luego las disposiciones que regulan sobre la Fiscalía General del Estado en los juicios por delitos pesquisables de oficio, la obligación del imputado de concurrir al proceso, impulsar la marcha del proceso, formalizar la acusación particular en el momento oportuno. La variedad de obligaciones y derechos de las partes procesales, surge una especie de interacción o relación jurídica.

Nosotros hemos tratado de conocer las legislaciones procesales penales ecuatorianas, y la primera Ley de Procedimiento Criminal data de 1839, el 8 de enero de 1848 el congreso nacional considerando que algunos delitos subsistían en el Ecuador, para combatir la delincuencia se creo la Ley de Jurados que apareció codificada con el Código Penal y la Ley de Procedimiento Criminal en el 1862. Posteriormente el 15 de diciembre de 1853, el congreso nacional dictó una nueva ley de Procedimiento Criminal, en la que se estableció algunas normas sobre la presentación de la acusación que debía hacerse en forma personal o a través de un apoderado con poder especial. Empero se estableció que en los delitos que dejan señales se debía justificar el “cuerpo del delito”, con lo cual debe existir la inspección de los peritos juramentados y nombrados por el juez. El 3 de noviembre de 1871, el Presidente de la República del Ecuador doctor Gabriel García Moreno, estableció un nuevo Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, se ejerció jurisdicción penal los Tenientes

Parroquiales, Comisarios de Policía, Alcaldes Municipales, Jueces Letrados de Hacienda, el Jurado, las Cortes Superiores y la Corte Suprema. Más tarde surge el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1892 donde la denuncia era reservada, también la acción se divide como el actual, el ejercicio de la acción es pública y privada. Subsiguientemente el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de la República del Ecuador, la misma que fue editado por la Corte Suprema en 1905. De esta manera surge el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1906, que fue promulgado por el Presidente Eloy Alfaro, un Código muy similar a los anteriores, entre los que se destacaba que las infracciones que no deben perseguirse de oficio terminaban por desistimiento de los acusadores, si es que no contradicen los acusados, en tanto que el Art. 14 establecía que, en el ejercicio público de la acción, procedía el desistimiento de la acusación, pero que la causa continuaba sustanciándose con la sola intervención del Agente Fiscal, es decir como esta en vigencia. En lo referente a los Código de Procedimiento Penal de 1938, de 1960 y de 1971, debemos aludir, que el Código de Procedimiento Penal de 1938, fue promulgado por el General Carlos Alberto Enríquez, Jefe Supremo de la República, su normatividad era casi igual del Código de 1906, pero con ciertas deficiencias en la escritura y acoplamiento, pero se rectificó con el Código de Procedimiento Penal de 1960, en los Códigos de Procedimiento Penal de 1960 y de 1971, no existe mayores cambios de fondo. La codificación de 1971, incorpora el Título I, que trata de los principios fundamentales, que no existían en los Código anteriores. No obstante al Capítulo de la Jurisdicción y Competencia el Código de 1971 se encuentra mejor sistematizado que el de 1960 y el de 1938. Por otro lado con respecto al Título II, que trata de la Acción Penal en la reproducción de 1971 se indica una mejor clasificación, pero la estructura es la misma. Así mismo en lo que respecta al auto cabeza de proceso y los elementos del ejercicio de la acción pública, la organización del Código de Procedimiento Penal de 1971 es similar a los Códigos de 1960 y 1938, lo que se amplia nuevos requisitos de forma para la acusación particular.

El Código de Procedimiento Penal de 1938, así como en el Código de Procedimiento Penal de 1960, en lo referente a la acción y de los mecanismos de el ejercicio de la acción, se

pasa directamente al capítulo de la prueba, para luego pasar al problema del enjuiciamiento en general, luego las disposiciones generales, del sumario, de las citaciones y notificaciones, del cuerpo del delito, de la detención del indiciado, de la extradición y allanamiento, de la conclusión del sumario, del auto de sobreseimiento, del juicio plenario, de la sentencia, de los recursos y consultas y de las solemnidades sustanciales, juicios por delitos reprimidos con reclusión y sus recursos de revisión, nulidad, casación y otros trámites.

El Código de Procedimiento Penal de 1983, expedido por la Cámara Nacional de Representantes el día 11 de mayo de 1983, y publicado en el R.O 511 del 10 de Junio de 1983, en dicho cuerpo legal se incorporó tribunales penales, que reemplazo los tribunales del crimen y se encargaban de conocer la etapa plenaria de todos los procesos por delitos pesquisables de oficio.

El Código de Procedimiento Penal del 2000, fue fruto del esfuerzo de diez años de la iniciación de trabajo y preparación, éste nuevo Código de Procedimiento Penal del Ecuador se inicia con un sistema diferente a los anteriores, esto en vez del sistema inquisitivo que perduró por muchas décadas se implementa por primera vez un sistema acusatorio oral, el mismo que fue promulgado el 13 de enero del 2000 y entró en vigencia en forma total el 13 de Julio del 2001.

Asunto de gran importancia ha sido siempre lo tocante a la acción penal. Desde el comienzo de la humanidad ha sufrido innovaciones constantes, partiendo desde la acción personal o familiar de la venganza privada, practicada en forma directa por la persona o el grupo ofendido por el caso delictuoso, este carácter ingente y sin medida de límite, hasta la forma moderna, que al propio tiempo que vela por el interés social, indagando los hechos con todo cuidado, para determinar si se ha violado la ley penal y procesal penal; observando las circunstancias que rodean al suceso, hasta el establecimiento de inquebrantables garantías que rodean a favor del acusado o imputado.

Es importante considerar que del delito nacen dos acciones: la acción penal y la acción civil. Cada una de estas acciones concierne a uno de los aspectos que el delito presenta. Se puede dar como lesión o una amenaza de los bienes o intereses jurídicos colectivos de la sociedad; y con relación a esta expresión pública del delito se presenta la pretensión de la acción penal.

**2.2 . CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL**.

El autor Eugene Florián señala; "Si contemplamos el organismo del proceso veremos manifestarse la exigencia de una actividad encaminada a incoar el proceso, a pedir la aplicación de la ley penal en cada caso concreto. Esta exigencia es la que hace surgir la acción penal, la cual se puede considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional respecto a una determinada relación de derecho penal"[7].

Florián nos hace comprender cuando se refiere a organismo al conjunto de elementos para proponer una acción, pero el elemento fundamental de la acción es el delito, sin ello no se puede hablar de acción, y una vez propuesta la acción, el Estado vigila, cuida el cumplimiento de esa acción.

La acción penal somete y da forma a todo el proceso, lo inicia y lo hace progresar hasta la sentencia.

Debemos tener en cuenta que la acción penal es la energía que anima todo el proceso, sin el ejercicio legítimo de la acción penal, no puede surgir ni continuar el proceso.

Al comentar del contenido de la acción penal, la esencia de la misma es conseguir la imposición de una pena al imputado. Pero también hay que

[7] FLORIAN, Eugene. Elementos de Derecho Procesal Penal. Editorial Jurídica Universitaria, México. 2001, Pág. 67.

tomar en consideración que el propósito de la acción penal no es el hacer que se llegue a una condena del imputado, sino por el contrario, de que se determine la verdad como consecuencia de un delito que se indica se ha cometido y en el cual se inculpa a una persona determinada; esta determinación que no es inaudito que llegue a la terminación de que el hecho no ha existido, o que no se trata de delito, o que el acusado no lo ha cometido o que no tomado parte en el. Y ciertamente corresponde a la Fiscalía General del Estado dar la iniciativa de la acción penal lo cual puede modificar sus conclusiones a favor del procesado o impugnar en beneficio del mismo imputado.

Por otro lado, el juicio no tiene vida por sí mismo, sino que en su estructura, contenido y fines ha de caminar relacionadamente al Derecho Penal, expresando la fase en que éste se encuentre. Por eso se considera que la acción penal comprende la **relación jurídica,** pena y medida de seguridad.

Se puede considerar que la acción penal tiene su base en el delito, pero también en el desenvolvimiento más amplio, como las medidas de seguridad
siempre y cuando reúnan los presupuestos del delito o hecho previsto como tal

Conforme se desprende del Art. 1 del Código Penal Mexicano nos indica que: “Del delito surge la acción penal”. Pero también se debe tener en cuenta que no sólo la acción penal surge del delito, sino también de la sospecha, por lo tanto, lo primordial es que el hecho que se tiene por ocurrido revista caracteres de delito.

De esta manera la acción penal tiene su origen en el delito y lo suscitado es que existe vínculo entre delito y acción como más íntima, y con ello existe coherencia con los demás códigos penales latinoamericanos, donde la acción pertenece al contenido del delito. Pero es necesario considerar que el delito que esta ligado a la acción penal tiene sus presupuestos, ambas cosas están separadas, ya que el ejercicio incorrecto de un acción no prejuzga, como hemos visto, la existencia del delito.

## 2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL.

Es necesario conocer cuales son las características de la acción penal, y para un mejor estudio es conveniente individualizarlas.

La acción penal corresponde a la función social pública y su ejercicio corresponde por tanto a los órganos estatales encargados de la tutela jurídica que protege a la sociedad.

Desde el punto de vista legal, el Código que entró en vigencia el 13 de Julio de 2001, la acción penal la dividía en tres clases:

a) Pública de instancia oficial
b) Pública de instancia particular, y
c) Privada.

Sin embargo el Art. 32 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009 a la acción penal se la clasifica de la siguiente manera: "**Clasificación**. Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos CLASES. **PÚBLICA Y PRIVADA**". Es decir en estas últimas reformas a la acción penal se ha eliminando de la clasificación del Código de Procedimiento Penal que entró en vigencia el 13 de Julio del 2001, la instancia denominada, "pública de instancia particular"[8].

El ejercicio de la acción pública le corresponde exclusivamente al Fiscal, la persona que conociere que se ha cometido un delito de acción pública,

puede presentar su denuncia ante el fiscal, la Policía Judicial o la Policía Nacional.

En los casos de acción privada será el juez de garantías penales quien podrá realizar tales actos, con notificación a la persona contra quien se presentará la diligencia.

Los delitos de acción privada son:

a) El estupro perpetrado en una persona de dieciséis años, y menor de dieciocho
b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años, y menor de dieciocho que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor.
c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave
d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio
e) La usurpación
f) La muerte de animales domésticos o domesticados

Según la nueva Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009, a los delitos de acción privada se agregan los siguientes.

g) La estafa y otras defraudaciones, excepto en los casos en que se determine que existen 15 o más víctimas u ofendidos por el mismo hecho antijurídico.
h) La violación de domicilio;
i) La revelación de secretos de fábrica;
j) El hurto; y,

[8] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 32.

k) Las lesiones que no superen los treinta días de enfermedad o incapacidad para el trabajo, excepto en los casos de violencia intrafamiliar y delitos de odio.

En los delitos de acción privada, se ha tomado de la norma derogada del Art. 34 del Código de Procedimiento Penal los delitos de acción pública de instancia particular, como la revelación de secretos de fábrica y la estafa, para ubicarlas en los delitos de acción privada, las lesiones que no superen los treinta días de enfermedad, pasan a ser delitos de acción privada, pero hay una excepción en que los delitos de violencia intrafamiliar y delitos de odio no son delitos de acción privada. Así mismo la estafa y otras defraudaciones son delitos de acción privada, pero en el caso de que existen 15 o más víctimas la acción es pública. El hurto constituye en la actualidad un delito de acción privada.

**2.3.1 La acción penal es pública de instancia oficial**. De conformidad a lo que señala el inciso primero del Art. 33 del Código de Procedimiento Penal expresa: "El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al fiscal"[9].

Se evidencia claramente que la acción pública le corresponde al fiscal, no sólo porque lo determina el Código Adjetivo Penal, sino la Constitución de la República del Ecuador en su primer inciso del Art. 195 que dice: "La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar méritos acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos

[9] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.- Ley Cit. Art. 33.

y participantes en el proceso penal, y cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley"[10].

De esta manera el Estado a través de la Fiscalía General del Estado y el Órgano Jurisdiccional correspondiente les otorga la potestad de tutelar las acciones penales de instancia oficial o pública, sea por denuncia o de oficio de las personas ofendidas o agraviadas. En tal caso el derecho penal objetivo es eminente público. Es decir la acción penal es pública por el fin que se propone y por el objeto a que se refiere. Siendo de esta manera que en las acciones penales de carácter público no caben transacciones privadas sobre estas.

Es Potestad de la Fiscalía General del Estado efectuar las investigaciones en la indagación previa o etapa preprocesal y luego de reunir los elementos de convicción iniciar la resolución de levantamiento de la etapa de instrucción fiscal y una vez concluida la misma acusar mediante dictamen
acusatorio y sugerir que al imputado se le dicte el auto de llamamiento a juicio.

Es necesario puntualizar el comentario del doctor Jorge Zavala Baquerizo que formula: "Sólo será procedente cuando se presenta una denuncia. Pensamos que lo que quiso decir la ley es que los procesos penales que deben tener como objeto una infracción cuyo ejercicio de acción es de instancia particular solo podrán iniciarse cuando el ofendido ejerza la acción penal mediante la denuncia"[11].

Bueno, el criterio del doctor Jorge Zavala Baquerizo, se basa en lo que fue la acción de instancia particular, en el cual se exigía para iniciarla a la acción **la denuncia,** sin ello no procedía, sin embargo Zavala Baquerizo ya emite un

[10] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. 2008. Art. 195.
[11] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. TOMO II. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Edino. Guayaquil. 2004. Pág. 40.

juicio en el cual se distorsiona la redacción de la norma, la misma que antagónica para comprenderla, cuando en verdad tenía que decir la ley, que los procesos penales que deben tener como objeto una infracción cuyo ejercicio es de instancia particular debe realizarse mediante denuncia. Esto nos demuestra la existencia de dos ejercicios de acción pública y privada, los cuales son sucesivos en el caso de ciertos delitos como los de acción privada, se inicia con querella ante el Juez de Garantías Penales.

El doctor Jorge Zavala Baquerizo nos comenta que la denuncia para iniciar la acción pública de instancia particular, acarreaba confusión cuando señalaba: "Pero lo que provoca mayor confusión es que el fiscal, como se ha dicho, no ejerce la acción penal, por lo que no es que la denuncia ha dejado de ser un modo de ejercer la acción penal, sino que el fiscal es el que ha dejado de ser titular del ejercicio de la acción penal desde el momento que es la persona que recibe la denuncia que estimula al fiscal a iniciar el proceso penal"[12].

Con esto nos quería indicar el doctor Jorge Zavala Baquerizo que la denuncia antecede al ejercicio de la acción pública de instancia particular, sin cuya denuncia el fiscal, no es que no se consigue ejercer la acción penal, sino que lo que no puede iniciar es el proceso penal, el cual sólo se puede iniciar por parte del fiscal una vez presentada la denuncia. Se comprueba la existencia de las formas de ejercer la acción penal cuando existe un estilo entre el titular del ejercicio de la acción y el titular de la iniciación del proceso penal. El primero pone en conocimiento del segundo la comisión de un delito y el segundo inicia el proceso penal por el indicado delito. Todo aquello se trataba de una confusión para el profesional del Derecho, porque al referirse la Ley de acción penal de instancia particular, la acción era de instancia oficial pública, lo que se trataba es que la ley exigía que el ofendido tenía que presentar la denuncia, entonces esta manera vemos que estaba por demás las frases "instancia particular".

[12] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Ob. Cit. Pág. 40.

**2.3.3 Acción penal privada.** El inciso cuarto del Art. 33 del Código de Procedimiento Penal señala: "El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querella"[13]. Conforme a este último inciso del artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, el ejercicio de la acción es privada, y solo puede actuar como único titular el ofendido, mediante querella ante el Juez de Garantías Penales.

En los delitos de acción privada el órgano competente son los Jueces de lo Penal. Conforme a lo que establece el Art. 371 del Código de Procedimiento
Penal señala**: "Querella.-** Quien pretenda acusar por un delito de acción privada, debe proponer la querella por sí o mediante poder especial **directamente al juez.**

La querella constará por escrito y contendrá:

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

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

Todo querellante concurrirá personalmente ante el juez, para reconocer su acusación"[14].

[13] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley. Cit. Art. 33.
[14] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 371.

La querella es una acción de carácter privada y el ofendido debe proponer directamente ante el Juez de Garantías Penales, en el lugar donde se cometió la infracción.

Esta acción debe contener todos los requisitos señalados en el Art. 371 del Código de Procedimiento Penal. Además el agraviado tiene que concurrir ante el Juez de Garantías Penales de la causa para que personalmente reconozca su firma y si no supiere firmar, deberá estampar la huella digital del pulgar derecho ante la presencia del Juez de Garantías Penales.

En esta clase de acciones puede comparecer directamente el agraviado o un Abogado con Procuraduría Judicial o Poder Especial. Este poder tiene que contener la designación precisa del acusado y la relación completa de la infracción que se quiere acusar.

Son delitos de acción privada.

a) El estupro perpetrado en una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho;
b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor;
c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave;
d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio;
e) La usurpación
f) La muerte de animales domésticos o domesticados;

En esta clase de delitos de acción privada y de acuerdo a la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009. En el artículo 36 se realizan las siguientes modificaciones, y se agrega los siguientes numerales

g) La estafa y otras defraudaciones, excepto en los casos en que se determine que existen 15 o más víctimas u ofendidos por el mismo hecho antijurídico.

h) La violación de domicilio;

i) La revelación de secretos de fábrica;

j) El hurto; y,

k) Las lesiones que no superen los treinta días de enfermedad o incapacidad para el trabajo, excepto en los casos de violencia intrafamiliar y delitos de odio.

Se ha determinado el incremento de figuras delictivas que tenían otro tipo de acción para que se planteen como delitos de acción privada, de esta manera se concreta que los delitos de acción privada tienen sus característica propia y que su acción no puede reverse, sino que se inicia mediante quererla ante el juez de garantías penales. Por eso todos los delitos de acción privada se encuentran determinados y singularizados de acuerdo a la ley y sólo aquellos se pueden seguir mediante querella. **Debemos destacar que la acción la ejerce el ofendido y no el fiscal** es decir estamos frente al caso de que el titular de la acción es el individuo, los particulares, ya que el Estado da la posibilidad de que siendo la acción de carácter público pueda existir el ejercicio privado de la acción

Pero en los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la
acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión competa exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia en firme en la cuestión prejudicial.

Es decir en los asuntos prejudiciales el órgano competente es el Juez de lo Civil, es decir la acción tiene que ventilarse en los Juzgados de lo Civil y una vez que exista auto o sentencia en firme, entonces la acción tiene que ser conocida por el Fiscal.

## 2.4. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL.

2.4.1 **La acción penal es indivisible.** Eugene Florián nos comenta: “La acción penal alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. Tal carácter está

justificado por una razón de justicia abstracta y por una exigencia práctica de utilidad social de que nadie escape a la represión penal. Debe tenerse cuidado y no confundir la **indivisibilidad** de la acción penal con el principio de la **unicidad** del proceso"[15].

Este comentario de Florián se concreta en nuestra legislación penal, cuando el Art. 41 del Código Penal expresa: "Son responsables de las infracciones los autores, los cómplices y los encubridores". Entonces se considera la veracidad de Florián quien enseña que la acción penal alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. Hay que determinar que nuestras leyes penales son de utilidad social, protegen a la sociedad y sanciona cualquier delito que se atenta a favor de los miembros de la sociedad, pero hay que considerar que quienes cometen un delito pueden ser miembros de la sociedad ecuatoriana o miembros de otra sociedad de otro país, pero que residen o se encuentran de turistas, pero que tienen que ser juzgados de acuerdos a nuestras leyes penales. La ley penal ecuatoriana busca la seguridad, la paz, la armonía para los habitantes ecuatorianos. Cuando se escapan estos elementos, el Estado tiene que tomar alternativas inmediatas para garantizar el derecho a la vida, que tanto se menciona en las normas constitucionales de nuestro país. De permitir que se sigan cometiendo delitos, se considera que el propio Estado esta haciéndose responsable de esos crímenes y aparece como cómplice. Por qué está reflexión?, pues nos basamos en la norma suprema que tiene cada Estado, como es la Constitución de la República del Ecuador quien de manera armoniosa, nos garantiza el derecho a la vida, integridad personal, libertad, y la seguridad.

**La acción penal es irrevocable.**- Iniciado el ejercicio de la acción penal el organismo de control, Fiscal General, no puede desistir de la acción, únicamente el fiscal solicitará al juez de garantías penales, mediante requerimiento debidamente fundamentado, el archivo de la denuncia, parte informativo o cualquier otra forma por la que llegue la noticia del ilícito,

[15] FLORIAN, Eugene. Elementos de Derecho Procesal Penal. Elementos de Derecho Procesal Penal. Editorial Jurídica Universitaria, México. 2001. Pág.92

cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito o cuando exista algún obstáculo legal insubsanable para el desarrollo del proceso.

La resolución del juez de garantías penales no será susceptible de impugnación. Si el juez decide no aceptar el pronunciamiento del fiscal, enviará el caso al fiscal superior, quien a su vez delegará a otro fiscal para que continúe con la investigación pre procesal o en su caso, prosiga con la tramitación de la causa.

Si el Fiscal General ha promovido la acción penal no puede desistir de la causa, ni permitir que se caduque el proceso, la función de este organismo de control es velar por los intereses de los ciudadanos, pero si se puede archivar cuando el acto no constituye delito, o cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso.

La acción penal pública es considerada conforme a las definiciones de algunos autores de la siguiente manera:

El tratadista Guillermo Cabanellas en su obra Diccionario Jurídico Elemental; se refiere de la acción penal pública: "Todas las acciones penales, excepción hecha de las expresamente señaladas en la ley como de acción privada, constituyen acciones públicas, o que cabe iniciar de oficio"[16].

El autor Raúl Goldstein en su obra **Diccionario de Derecho Penal y Criminología**, respecto de la acción pública establece que: "La acción penal, salvo los casos expresamente determinados por la ley, debe iniciarse de oficio, ejercitada por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio del derecho de acusar o de intervenir como parte querellante en el juicio, que incumbe a las personas ofendidas o damnificadas por el delito"[17].

[16] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta.- Buenos Aires – Argentina. 1993. Pág. 19.
[17] GOLDSTEIN, Raúl. Obra citada. Ciencia Penal. Bogotá – Colombia. Pág. 23.

De acuerdo a lo que dispone el primer inciso del Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador la acción penal le corresponde a la Fiscalía y en la norma jurídica señalada dice: "La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y misma intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores, ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial, dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal y cumplirá con las demás atribuciones establecidos en la ley"[18].

En esta disposición señalada nos menciona que la Fiscalía le corresponde conocer de antemano las causas de instancia oficial, dirigir y promover la
investigación preprocesal y procesal. Es decir la Constitución le da la potestad para que sea el Fiscal quien tiene que conocer los procesos de carácter oficial, y regentar su desarrollo, esta disposición contemplada en el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, tiene plena concordancia con el Art. 33 del Código de Procedimiento Penal que señala: "El ejercicio de la acción penal pública corresponde exclusivamente al Fiscal.
El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querella"[19].

[18] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.- Ley. Cit. Art. 195.
[19] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 33.

Por otro lado, el Art. 65 del Código de Procedimiento Penal dice: "**Funciones.-** Corresponde al fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública.

Además el fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública. No tendrá participación en los juicios de acción privada. Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado"[20].

## 2.5 DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Para proponer una acción es necesario conocer la JURISDICCIÓN y la COMPETENCIA.
Los Autores Iván Saquicela Rodas y Martín Saquicela Rodas quienes han tomado el concepto de Jurisdicción, a Guillermo Cabanellas que textualmente dice: "Genéricamente es la autoridad, facultad, dominio. La potestad de conocer y fallar en asuntos civiles, criminales o de otra naturaleza, según las disposiciones legales o el arbitrio concedido. Jurisdicción viene de los vocablos **Jus y dicere,** que significa aplicar o declarar el derecho. A la jurisdicción va acompañado el mando, el imperio, con el objeto de que tengan cumplido efecto sus prescripciones"[21].

La jurisdicción, no es que debe ir acompañado de ese imperio y mando sino que es su esencia misma, en vista que la jurisdicción es el poder otorgado por el Estado para declarar el derecho de manera imperativa, de esta manera la jurisdicción no tiene valor alguno, sino que es con el imperio, que la da mayor vitalidad a la acción.

[20] Ibídem. Art. 65.
[21] SAQUICELA RODAS, Ivan y Martin Hnos. "Estudio Crítico al Código de Procedimiento Penal". Editorial EDINO. Guayaquil. 2004. Pág. 19.

Para **Escriche, la jurisdicción:** es el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes y especialmente la potestad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia, es decir, para conocer los asuntos civiles, criminales y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes.

Jurisdicción viene de **jus y dicere,** por lo que se dice que jurisdicción no es otra cosa que aplicar el derecho.

El Art. 16 del Código de Procedimiento Penal señala: "Sólo los jueces y tribunales penales, establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal". Y para aclarar la disposición del artículo en mención en estudio, es importante resaltar lo que dispone el Art. 17 del Código de Procedimiento Penal que indica: Son órganos de la jurisdicción penal, en los casos formas y modos que las leyes determinan:

1. "Las Salas de lo penal de la Corte Nacional de Justicia
2. El Presidente de la Corte Nacional de Justicia.
3. Las salas que integran las Cortes Provinciales de Justicia
4. Los presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia;
5. Los tribunales penales;
6. Los jueces penales:
7. Los jueces de contravenciones; y,
8. Los demás jueces y tribunales establecidos por leyes especiales"[22].

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 178 dice: "Serán órganos de la Función Judicial:

1. La Corte Nacional de Justicia;
2. Las cortes provinciales de justicia
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz"[23].

[22] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 17.

El consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. Como es obvio, en ningún numeral o artículo del Código Adjetivo Penal y la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 constaba el Ministerio Público; como parte de la Función Judicial, sin embargo en la Constitución del 2008, el Ministerio Público pasa a ser parte de la Función Judicial como un organismo autónomo, de esta manera ya no existe ese divorcio entre el órgano jurisdiccional y el Ministerio Público, hoy llamada fiscalía, pero sus funciones siguen siendo las mismas, la de investigar el delito, en la indagación previa conocida como etapa preprocesal y en la etapa de instrucción fiscal, cuando existe responsabilidad penal y autoría en el delito, mediante dictamen acusatorio debe acusar, sino lo existe elementos de convicción debe abstenerse de acusar.

Walter Guerrero Vivanco señala: "que la jurisdicción es, según el texto de la ley, el poder de administrar justicia o la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, o al decir dice Guerrero Vivanco quien al seguir la definición de Miguel Fenech, señala: (la potestad del Estado para la realización de los fines de la justicia que le competen,) o según Víctor Manuel Peñaherrera, (la
potestad pública de conocer de los asuntos civiles y de los criminales y de sentenciarlos con arreglo a las leyes)"[24].

Se considera que en verdad la jurisdicción es el poder de administrar justicia

[23] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 178.

[24] GUERRERO VIVANCO, Walter. "LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA". TOMO I EDITORIAL PUDELECO. QUITO 2004. Pág. 148-149.

así como la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales establecidos conforme a las leyes. De esta manera la jurisdicción parte de la soberanía del Estado, el poder de administrar justicia nace de la soberanía del Estado, y es el Estado quien capacita a los órganos administrativos para administrar justicia a nombre del propio Estado y no de un Juzgado.

Tenemos que tomar en cuenta que jurisdicción y competencia no es lo mismo. La competencia de acuerdo a lo que señala el inciso segundo del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil dice: "Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad esta distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados"[25].

El tratadista Walter Guerrero Vivanco siguiendo a Ricardo Levene H., señala que: "mientras la jurisdicción es un concepto genérico, es decir, una potestad del juez, la competencia es un concepto aplicado al caso concreto, pues no todos los jueces pueden intervenir en cualquier litigio, sino tan solo en aquellos casos que la ley les permite**"[26].**

El doctor Andrés F. Córdova al respecto dice la jurisdicción es una facultad en potencia de administrar justicia, la competencia es esa misma facultad en

---

[25] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. 2007. Art. 1

ejercicio, en acción, dentro del límite y las atribuciones señaladas por la ley, con relación al territorio, a las personas, a la materia a juzgarse y a los grados.

El Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales en lo que comprende a la competencia manifiesta: "El derecho que tiene un juez o tribunal para conocer de una causa. Todo juez ordinario, generalmente hablando, tiene derecho para entender en todas las causas que ocurren entre las personas que están domiciliadas en el territorio a que se extiende su jurisdicción; a no ser que la persona o la causa sean de las exceptuadas por la ley o privilegio. En materia penal. El derecho que tiene un juez para juzgar un delito conforme al fuero y jurisdicción que la ley le confiere"[27].

Resumiendo los conceptos de competencia, podemos establecer que no es otra cosa que la capacidad real de un juez para conocer de una acción determinada. De esta manera la jurisdicción es un poder abstracto, la competencia es una potestad concreta.

El Art. 19 del Código de Procedimiento Penal expresa l**egalidad, l**a competencia en materia penal nace de la ley.

De acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador sabemos que todos somos iguales ante la ley y así lo manifiesta el Art. 66 numeral 4 que

[26] GUERRERO VIVANCO, Walter. Ob. Cit. Pág. 193.

[27] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martin. "DICCIONARIO RUY DIAZ DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. EDITORIAL RUY DIAZ. COLOMBIA 2005. Pág. 117.

señala: "**Derecho a la igualdad ante formal, igualdad material y no discriminación"[28].** Más conocido en la Constitución Política de la República del año 1998, como la igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades; sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole". Siendo de esta manera que todos estamos sometidos a un mismo juez o tribunal sin diferencia alguna; no obstante ciertos ciudadanos que desempeñan funciones públicas, gozan de fuero especial. Por lo tanto para el ciudadano común funcionan jueces y tribunales comunes u ordinarios y para los ciudadanos especiales existen juzgados y tribunales especiales de más alta jerarquía que los señalados. Sucede si un ciudadano comete un delito con una persona que goza de fuero, también queda sometido al juez especial, que no es su juez natural.

El Art. 21 del Código de Procedimiento Penal nos señala las reglas de la competencia territorial: "En cuanto a la competencia de los jueces y tribunales penales, se observarán las reglas siguientes:

1. Hay competencia de un juez o de un tribunal penal cuando se ha cometido la infracción en la sección territorial en la que ese juez o tribunal ejerce sus funciones. Si hubiere varios de tales jueces, la competencia se asignará por sorteo, de acuerdo con el reglamento respectivo.
2. Cuando el delito hubiere sido cometido en territorio extranjero, el imputado será juzgado por los jueces o tribunales de la capital de la República, o por los jueces o tribunales competentes de la circunscripción territorial donde fuere aprehendido.
3. Cuando no fuere posible determinar el lugar de comisión del delito, o el delito se hubiere cometido en varios lugares, o en uno incierto, será competente el juez de garantías penales del lugar del domicilio del procesado, siempre que éste llegare a establecerse, aunque estuviere prófugo. Si no fuere posible determinar el domicilio

[28] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Ley. Cit. Art. 66 # 4.

será competente el juez de garantías penales del lugar donde se inicie la instrucción fiscal. La resolución de instrucción fiscal se dictará en el lugar donde se encuentren los principales elementos de convicción.

4. Hay conexidad cuando:

   a) El hecho punible ha sido cometido por dos o más personas en concurso o cooperación entre ellas o ha intervenido más de una a título de participación;

   b) Se impute a una persona la comisión de más de un hecho punible con una acción u omisión o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo y lugar; y,

   c) Se impute a una persona la comisión de varios hechos punibles, cuando unos se han cometido con el fin de consumar u ocultar otros;

   d) Cuando la infracción se hubiere cometido en el límite de dos, secciones territoriales, será competente el juez que prevenga en el conocimiento de la causa.

   Cuando se hubieren cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó el delito más grave.

5. Cuando entre varios imputados de una infracción hubiera alguno que goce de fuero de corte, la corte respectiva juzgará a todos los imputados. Si entre varios imputados de una misma infracción hubiere alguno que goce de fuero de Corte Nacional de Justicia y otro de Corte Provincial de Justicia, será competente la Corte Nacional de Justicia.

6. Si los imputados estuvieren sometidos a distintas Cortes Provinciales de justicia será competente la que previno en conocimiento de la causa;

7. Cuando el lugar en que se cometió la infracción fuere desconocido, será competente el Juez o Tribunal en cuyo territorio hubiese sido atendido el infractor, a menos que hubiera prevenido el Juez de la residencia del imputado. Si posteriormente se descubriere el lugar del delito, todo lo actuado será remitido al Juez o Tribunal de este último lugar para que prosiga el enjuiciamiento sin anular lo actuado; y,

8. Cuando la infracción hubiese preparada o comenzada en un lugar y consumada en otro, el conocimiento de la causa corresponderá al Juez de este ultimo"[29].

Conforme lo señala el Art. 21 del cuerpo legal en estudio la reglas de la competencia territorial determinan como el caso del primer numeral lo siguiente: Hay competencia entre juez o tribunal penal cuando el imputado a cometido en su propia sección territorial el delito o donde ejercen competencia y jurisdicción los jueces que le corresponden juzgar dentro de la sección territorial que tiene el imputado, de existir más de un Juzgado de lo Penal la competencia se radica mediante sorteo.

En el caso del segundo numeral del Art. 21 del cuerpo legal en estudio se trata de que en el supuesto caso que se hubiere cometido el delito en territorio extranjero, son competentes los jueces o tribunales de la capital de la República o por los jueces donde fuere aprehendido. De tal forma si el delito es cometido en territorio extranjero y si es aprehendido en ese lugar será competente ese juez o en el caso de fuga de un país extranjero hacia el nuestro será competente el juez del país donde fuese este fue aprehendido.

En el caso del tercer numeral del Art. 21 del cuerpo legal en estudio, se elimina este numeral y de acuerdo a la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal promulgado Registro Oficial con fecha 24 de de Marzo del 2009, se determina que si el delito es cometido en varios lugares o en un lugar incierto, en este caso será competente el juez de garantías penales del lugar del domicilio del procesado. Pero en el caso de que no sea posible determinar el domicilio, será competente el juez de garantías penales donde se inicio la instrucción fiscal.

En el caso del cuarto numeral del Art.21 del cuerpo legal en estudio se refiere a la conexidad. La ley nos hace conocer cuando hay conexidad y ésta es especifica, como en el caso de dos o más personas en que han participado en concurso o cooperación;

[29] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 21.

cuando una persona ha cometido más de un hecho con una acción u omisión o varias acciones realizadas en unidad de tiempo lugar o cuando unos se han cometido con el fin de consumar u ocultar otros. De acuerdo a la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal promulgado en el Registro Oficial Nro. 555 con fecha 24 de de Marzo del 2009, se agrega a este numeral la conexidad que respecta que cuando hubieren infracciones conexas de la misma o distinta gravedad en un mismo lugar o diversos lugares, se debe realizar un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se **cometió el delito mas grave.** Con esta disposición se aclara un vació existente en el Código de Procedimiento Penal**.**

En el caso del quinto numeral del Art. 21 del cuerpo legal en estudio, cuando el imputado hubiere cometido en el límite de dos secciones territoriales, en este caso la competencia será del que prevenga el conocimiento de la causa.

En el caso del sexto numeral del Art. 21 del cuerpo legal en estudio. Cuando existen varios imputados que goce fuero de Corte, le corresponde a la Corte juzgar a todos los imputados. Si existen varios imputados de una misma infracción hubiera un imputado que goza de fuero de Corte Nacional de Justicia y otros imputados tuvieren fuero de Corte Provincial de Justicia, en este caso será competente la Corte Nacional de Justicia.

En el caso del séptimo numeral del Art. 21 del cuerpo legal citado, cuando se ha cometido la infracción en lugar que fuere desconocido, será competente el juez o tribunales cuyo territorio ha sido aprehendido el imputado. En el caso de descubrirse el lugar donde se cometió el delito, todo lo actuado será remitido al Juez o Tribunal competente para que siga con el enjuiciamiento.

En el caso del octavo numeral del Art. 21 del cuerpo legal citado, cuando un juez hubiere preparado o comenzado la acción en un lugar donde no se cometió el delito y se ha consumado en otro lugar; el conocimiento de la causa o la competencia corresponde al juez donde se ha consumado el delito.

La competencia de acuerdo a los órganos de la función judicial corresponde de la siguiente manera: El Art. 27 del Código de Procedimiento Penal señala: "**Competencia de los jueces de garantías penales.-** Los jueces de garantías penales tienen competencia para:

1) Garantizar los derechos del procesado y ofendido conforme a las facultades y deberes establecidos en este Código, la Constitución y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos;
2) Tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares;
3) Tramitar y resolver en audiencia las solicitudes de archivo procesal, desestimaciones, acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales al procedimiento y conversiones;
4) Tramitar y resolver en audiencia el juzgamiento de delitos de acción privada;
5) Conocer y resolver las solicitudes que se presenten en la audiencia preparatoria;
6) Conocer y, de ser el caso, dictar correctivos en audiencia para subsanar posibles violaciones o limitaciones a los derechos del procesado, en razón de actuaciones ilegítimas de la Fiscalía o Policía;
7) Conocer y resolver solicitudes temporales de mantención de reserva de elementos de convicción y otros documentos hasta que se efectúen ciertas prácticas investigativas;
8) Determinar, con base a los elementos de convicción, el monto de los daños y perjuicios causados, para garantizar la reparación de los ofendidos;
9) Ejecutar la sentencia condenatoria en lo referente a la reparación económica; y,
10) Las demás previstas en la ley."[30].

El Art. 28 del Código de Procedimiento Penal, nos señala la competencia de los tribunales penales, el mismo que menciona: **Tribunales Penales.-** Los Tribunales Penales tienen competencia dentro de la correspondiente sección territorial:

[30] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 27.

Para sustanciar el juicio y dictar sentencia en todos los procesos de acción penal pública y de instancia particular, cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzgue, exceptuándose los casos de fuero, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política de la República y demás leyes del País;

1 Para substanciar y resolver el "procedimiento simplificado". cuando le sea propuesto; y,

2 Para realizar los demás actos procesales previsto en la ley"[31].

El Art. 29 del Código de Procedimiento Penal establece la competencia de las Cortes Provinciales de Justicia.

1. "Para la substanciación y resolución de los recursos de apelación;
2. Para la substanciación y resolución de la etapa del juicio en los casos de fuero previstos en la ley;
3. Para los demás actos procesales previstos en la ley; y,
4. Los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia tendrán competencia para controlar la instrucción fiscal y para substanciar y resolver la etapa intermedia en los casos de fuero"[32].

De acuerdo a lo previsto en el Art. 30 de Código de Procedimiento Penal, señala la competencia de la Corte Nacional de Justicia que prescribe:

1. "Para la substanciación y resolución de la etapa de juicio en los casos de fuero y previstos en la ley;
2. Para la substanciación y resolución de los recursos de casación y de revisión;
3. Para los demás actos previstos en las leyes y demás reglamentos; y,
4. El Presidente de la Corte Nacional de Justicia tendrá las mismas atribuciones señaladas en el Numeral 4 del Art. anterior en los casos de fuero de Corte Nacional de Justicia"[33].

[31] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 28.

**COMENTARIO:** Tenemos que opinar en lo que se refiere a la competencia de los jueces penales, El Art. 27 del Código de Procedimiento Penal, ha sido sustituido de acuerdo a la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial de fecha 24 de Marzo del 2009. Determinado lo siguiente. Se cambia los términos jueces penales por Jueces de garantías penales, quienes les corresponde garantizar los derechos del procesado y ofendido conforme a las facultades y deberes establecidos en este Código, la Constitución y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; es decir, lo que se trata es que los jueces de garantías penales garantice la tutela jurídica, aplicando correctamente las normas del Código de Procedimiento Penal, la Constitución y los convenios o tratados internacionales.

De acuerdo al numeral 2 del Art. 27 de la Ley Reformatoria al Código de

Procedimiento Penal, le corresponde al Juez de Garantías Penales tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares; lo nuevo de la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, es que el proceso penal se desarrolla mediante el sistema oral, pero sólo en las etapas procesales, sino que la oralidad surge desde el inicio de la indagación previa, exclusivamente para dictar una medida cautelar

De acuerdo al numeral 3 del Art. 27 de la Ley reformatoria al Código de Procedimiento Penal, el Juez de Garantías Penales le corresponde, tramitar y resolver en audiencia las solicitudes de archivo procesal, desestimaciones, acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales al procedimiento y conversiones; de esta manera se determina que si trata de archivar el proceso o desestimar, o llevar un acuerdo reparatorio, suspensión o conversión, siempre tiene que efectuarse una audiencia, consideramos que esta diligencia es muy

[32] Ibídem. Art. 29.

importante, porque las partes procesales pueden hacer valer sus derechos y exponer sus fundamentos, capaz que un delito no quede en la impunidad.

De acuerdo al numeral 4 del Art. 27 de la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, también a los Jueces de Garantías Penales les corresponde tramitar y resolver en audiencia el juzgamiento de delitos de acción privada; lo que se trata es que en la Audiencia se reciba las declaraciones de los testigos y los alegatos para que el Juez de Garantías Penales, pueda juzgar esta clase de delitos privados o querellas penales.

De acuerdo al numeral 5 del Art. 27 de la Ley de Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, a los Jueces de Garantías Penales les compete conocer y resolver las solicitudes que se presenten en la audiencia preparatoria; es decir las peticiones de las partes procesales deben ser atendidas para resolver en la audiencia preparatoria.

De acuerdo al numeral 6 del Art. 27 de la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, a los Jueces de Garantías Penales les corresponde, conocer y, de ser el caso, dictar correctivos en audiencia para subsanar posibles violaciones o limitaciones a los derechos del procesado, en razón de actuaciones ilegítimas de la Fiscalía o Policía; La Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial de fecha 24 de Marzo del 2009., se trata de garantizar todos los derechos que tiene el procesado, para lo cual esto se hará valer mediante Audiencia, en donde el propio procesado o su Abogado tendrá que manifestar las violaciones que considera que se han atentado en el procedimiento.

De acuerdo al numeral 7 del Art. 27 de la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, a los Jueces de Garantías Penales les corresponde, conocer y resolver solicitudes temporales de mantención de reserva de elementos de convicción y otros documentos hasta que se efectúen ciertas prácticas investigativas; no es tan apropiado emplear los términos de solicitudes temporales, pues las solicitudes en un proceso no son temporales

[33] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 30.

sino que son instrumentos públicos, quizá el asambleísta quiso decir que las peticiones que contengan elementos de convicción tienen que ser conocidas por el Juez de Garantías Penales para garantizar la tutela judicial y haya transparencia en las investigaciones.

De acuerdo al numeral 8 del Art. 27 de la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, a los Jueces de Garantías Penales les corresponde, determinar, con base a los elementos de convicción, el monto de los daños y perjuicios causados, para garantizar la reparación de los ofendidos; nos parece que elaborar un monto por daños en base de elementos de convicción no es tan apropiado si se lo hace para determinar una garantía en el inicio del proceso, porque esos elementos de convicción todavía pueden ser inciertos. Sin embargo lo que se trata es de garantizar la indemnización del ofendido.

De acuerdo al numeral 9 del Art. 27 de la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, a los Jueces de Garantías Penales les corresponde, ejecutar la sentencia condenatoria en lo referente a la reparación económica; la ley no señala la forma que ejecutar la sentencia condenatoria, pues no se señala si hay que seguir un juicio verbal sumario para cobrar la reparación económica o directamente se cobra la reparación económica, de ser así se atenta contra el debido proceso.

De acuerdo al numeral 10 del Art. 27 de la Ley Reformatoria del Código de

Procedimiento Penal, a los Jueces de Garantías Penales les corresponde, Las demás previstas en la ley. Con esto nos quiere señalar que al Juez de Garantías Penales le corresponde conocer todo lo que faculta la Constitución y el Código de Procedimiento Penal.

En cuanto a la competencia que corresponde a los Tribunales Penales, en el numeral 1 del Art. 28 del cuerpo legal en estudio, la ley señala que los Tribunales Penales son

competentes para sustanciar el juicio y dictar sentencia en todos los procesos de acción penal pública. De acuerdo a nuestras normas jurídicas del derecho adjetivo penal, el verdadero juicio se establece en la etapa del juicio, donde se determina la pena y el delito por el cual se juzga. Con la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009, se cambia la denominación de Tribunales Penales por Tribunal de Garantías Penales

De acuerdo al numeral 2 del Art. 28 del cuerpo legal en estudio, le corresponde al Tribunal Penal le corresponde sustanciar y resolver el procedimiento abreviado conforme lo determina la ley. Sin embargo la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009, se cambia el término procedimiento abreviado, por "procedimiento simplificado".

De acuerdo a lo que señala el numeral 3 del Art. 28 del cuerpo legal citado,
le corresponde a los tribunales de garantías penales realizar los demás actos procesales, como un delito de tránsito, un delito fiscal, un delito aduanero.

Las Cortes Provinciales de Justicia tienen competencia en los siguientes casos: De acuerdo a lo señalado en el numeral 1 del Art. 29 del cuerpo legal citado, les corresponde a las Cortes Provinciales de Justicia la competencia de la sustanciación de los recursos de apelación. Para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días y horas, pero la ley nos hace una excepción y nos señala que cuando se refiere a la **interposición y fundamentación de recursos**, sólo en estos casos correrán los **días hábiles.** El recurso de apelación debe ser interpuesto dentro de los tres días de notificada la providencia.

De acuerdo a lo señalado en el numeral 2 del Art. 29 del cuerpo legal citado a las Cortes Provinciales de Justicia le corresponde sustanciar y dictar la resolución de la etapa del juicio en los casos de fuero. Se podría decir en el caso del enjuiciamiento de un alcalde, la etapa

del juicio le corresponde conocer a los Ministros Jueces de la Corte Provincial en materia penal.

De acuerdo a lo señalado en el numeral 3 del Art. 29 del cuerpo legal citado en estudio, a las Cortes Provinciales de Justicia tienen competencia para conocer los actos procesales previstos en la ley, como una diligencia ocular, ordenar la prueba de testigos, disponer de oficio cualquier diligencia que fuere necesario para la comprobación de un delito.
Conforme a lo señalado en el numeral 4 del Art. 29 del cuerpo legal citado, únicamente a los presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia tienen competencia para conocer la instrucción fiscal, sustanciar y resolver en caso de que el imputado goce de fuero.

La Corte Nacional de Justicia tiene competencia para conocer de los siguientes casos.

Conforme a lo señalado en el numeral 1 del Art.30 del cuerpo legal citado, es competencia la Corte Nacional de Justicia, para la sustanciación y resolución de la etapa del juicio en caso de fuero, como el enjuiciamiento a un ministro de Estado, enjuiciamiento al Presidente de la República, etc.

En el caso del numeral 2 del Art. 30 del cuerpo legal citado, le corresponde a la Corte Nacional de Justicia sustanciar y resolver los recursos de casación y revisión. El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, o por haberse hecho una falsa aplicación o por haberse interpretado erróneamente la norma jurídica. Este recurso podrá ser interpuesto por el agente fiscal, el acusado o el acusador particular. Este recurso se interpone dentro de los tres días posteriores a la notificación de la sentencia. El recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo siempre y cuando se encuentre ejecutoriada la sentencia. La revisión puede darse por ciertos motivos como cuando se consideraba que la persona se encontraba muerta, si existen simultáneamente dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito, si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos y testigos falsos, cuando se ha

demostrado que el sentenciado no es responsable del delito, por el cual sufrió una pena; etc. De acuerdo a la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, todos los recursos que se interpongan se desarrollarán en Audiencia Pública, por eso la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, según lo dispone el artículo inmumerado a continuación del Art. 325 señala: "La sustanciación de los recursos previstos en este Código se desarrollará mediante audiencia pública, oral y contradictoria, que se iniciará concediéndole la palabra, en primer lugar, al recurrente para que se pronuncie sobre los fundamentos y motivos de la impugnación, y a continuación se escuchará a las otras partes, para que igualmente se pronuncien sobre lo expuesto y alegado por el recurrente. Al finalizar el debate, la Sala deliberará y emitirá la resolución que corresponda. La comunicación oral de la resolución bastará como notificación a los sujetos procesales. Luego de haber emitido su decisión, en la forma prevista en el inciso precedente, y en el plazo máximo de tres días, la Sala elaborará la resolución debidamente fundamentada. De la audiencia se elaborará un acta que contendrá un extracto de la misma y será suscrita por el secretario bajo su responsabilidad"[34].

De esta manera se trata de que exista una equidad en las partes procesales y no se interpongan recursos con el mero hecho de dilatar los trámites y se acumulen procesos en los diferentes órganos de la función judicial. Donde se tratará que se cumplan los presupuestos del debido proceso y los derechos humanos.

En el caso del numeral 3 del Art. 30 del cuerpo legal citado, la Corte Nacional de Justicia le corresponde conocer actos previstos en la ley, como crear una norma jurídica cuando existe conflicto o vació para resolver un asunto.

[34] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 325.

En el caso del numeral 4 del Art. 30 del cuerpo legal citado, al Presidente de la Corte Nacional de Justicia le compete controlar la Instrucción Fiscal sustanciar y resolver en el caso de fuero.

**2.6. DE LA FISCALÍA.** .

El Fiscal General del Estado es el defensor de la sociedad ecuatoriana, de conformidad con la Constitución y el Código Orgánica. En este marco conceptual se está preparando para enfrentar el siglo Veintiuno, a través de la aplicación de un Plan Estratégico, de un programa de capacitación y de la implementación de la infraestructura necesaria.

"En el proceso penal propiamente el Fiscal sigue siendo sujeto principal, pero en las condiciones señaladas en la Constitución y que se desarrollan en la nueva legislación adjetiva penal con el objeto de llevar un rol protagónico al extremo que prevendrá en el conocimiento de las causas, de dirigir y promover la investigación preprocesal y procesal penal, para luego en caso de encontrar fundamento, acusar e impulsar la acusación"[35].

El Fiscal General se instituye constitucionalmente como órgano del poder público con la función específica de investigar los delitos y perseguir procesalmente a los delincuentes acusándolos ante el titular del órgano jurisdiccional competente para que se los llame a juicio y se les juzgue y en

caso de ser encontrados penalmente responsables del delito objeto del proceso, les imponga la pena prevista en el respectivo tipo penal; por lo cual, es el único órgano del poder público que puede dirigir, promover o iniciar la investigación preprocesal y procesal penal instructiva de los delitos y si la conclusión de ésta los resultados de investigación son positivos, en cuanto contiene los elementos objetivos cognoscitivos de la existencia de delito y de la participación del imputado en el proceso delictivo, fundamentado en estos elementos formular la respectiva acusación del imputado ante el Juzgado de lo Penal competente e

[35] REVISTA DEL MINISTERIO PUBLICO Nro. 1. Marzo 2000 Quito.- Pág. 5

impulsarla ante el respectivo Tribunal de Garantías Penales durante la etapa del juicio, siempre que aceptándose la acusación fiscal por encontrarse suficientemente fundamentada el juez llame a juicio al imputado; todo esto, al tenor de lo previsto en el inciso primero del articulo 195 de la Constitución de la República del Ecuador y en los artículos 225, 232 y 251 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

No hay que descartar que el ejercicio de la acción penal le corresponda al
Estado, a quien le corresponde castigar como titular del derecho subjetivo y que lo ejercite por medio de órganos especiales.

Eugene Florián dice: "Los órganos que ejercitan la acción penal pueden ser los siguientes:

a). Un funcionario del Estado,

b) Las entidades públicas administrativas,

c) La parte lesionada,

d) Los ciudadanos,

**e)** Las asociaciones profesionales y los sindicatos"[36].

Es necesario tomar en cuenta que la acción penal puede ser ejercitada según los procedimientos fundamentales de cada Estado. Cuando existe el concurso de la parte lesionada, según el derecho austriaco, la parte lesionada sustituye al ministerio público en los delitos perseguibles a instancia de parte, ésta actúa en intereses propio haciendo valer la pretensión punible del Estado.

La acusación principal demostrada a la parte lesionada presupone que la ley le confiere todas las potestades necesarias para promover y realizar la acusación, citación al acusado,

---

[36] FLORIAN, Eugene. Elementos de Derecho Procesal Penal. Elementos de Derecho Procesal Penal. Editorial Jurídica Universitaria, México. 2001 .Pág. 132.

funciones instructoras, facultad de reclamar, de desistir; todo esto sucede en el derecho austriaco. Cuando se facilita conformidad puede hacerse que intervenga el Fiscal, y en tal forma asume la representación del acusado privado.

Similar es la acción privada principal del derecho alemán, la cual se ejercita por la parte lesionada en dos clases de delitos: perseguibles a instancia de parte, las lesiones corporales y las injurias. La parte ofendida promueve la acción penal hasta su fin. En este caso el particular hace valer la pretensión
punitiva del Estado y se le inviste de todas las facultades necesarias para ello. De esta manera el fiscal de la República interviene cuando en la acción penal ejercitada por el lesionado vaya implícito un interés público.

Según Eugene Florián dice: "Junto a la acusación privada principal encontramos en el derecho austriaco y en el alemán la acusación privada subsidiaria, donde la parte lesionada puede ejercitar la acción penal subsidiaria cuando se trate de delitos perseguibles de oficio si el fiscal no actúa o se aparta de la acción.

Según el derecho alemán, la parte lesionada se puede adherir a la acción ejercitada por el ministerio público, sobre todo si no hay actor civil"[37].

Este autor al comentar del derecho austriaco y el derecho alemán, manifiesta que la ley penal permite la acusación privada subsidiaria, es decir se trata de una acción accesoria que se da cuando se trata de delitos pesquísales de oficio y el fiscal no actúa o se separa de la acción. Sin embargo la parte lesionada se puede adherir a la acción ejercitada por el Fiscal.

[37] FLORIAN, Eugene. Elementos de Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. Pág. 133.

Existe concurrencia de otros órganos estatales cuando ciertos Estados establecen en la leyes penales que la acción penal debe ser ejercitada por ciertos órganos, así Francia y Alemania estipula la intervención del órgano

Jurisdiccional ordenando al Ministerio Público que actúe, o de la administración que ejercita por sí la acción penal como el caso de Francia. Según el derecho francés arroga la acción penal a ciertas entidades administrativas del Estado, cuando se trata de infracciones de las leyes de aduanas, aguas y arbolado, tasas, correos, aquéllas suplen al Ministerio Público instituyendo un ministerio público especial, lo mismo sucede en Alemania.

Cuando se trata de la intervención de los ciudadanos, se da en un concurso integral en el ejercicio de la acción penal popular, y parcial para ciertos casos como delitos electorales, lo que viene a constituir un cuasi ejercicio privado de una función pública. Se da la acción penal popular cuando todos los ciudadanos, que tengan determinada capacidad genérica o específica, pueden ejercitar por sí la acción penal como representante del Estado. La acción popular se presenta en tres formas. Acción popular exclusiva, en los Estados Americanos e Inglaterra, aunque en todos éstos países se va ampliando la intervención del Ministerio Público; acción popular en conjunto con el Ministerio Público como los países de España; acción popular para determinadas categorías de delitos, como los delitos electorales.

Existen participación de los sindicatos cuando pueden actuar en juicio para la defensa de sus intereses colectivos, constituyéndose una parte civil para ejercitar la acción penal con la citación directa de la parte, la misma que fue extendida hasta el año de 1920 y se trataba de defender el interés colectivo de la profesión.

De esta manera los órganos del ejercicio de la acción penal son: inmediatos, y pertenecen al Estado como la Fiscalía General del Estado o mediatos estos son indirectos como ciertas entidades particulares que el Estado encarga o en los que delega la función pública de ejercitar la acción penal.

El Art. 3 de la **Ley Orgánica de la Fiscalía** señala: Son deberes y atribuciones de la Fiscalía , que se ejercerán a través del Ministro Fiscal General, de los Fiscales Provinciales y los fiscales, de acuerdo a las normas procesales de competencia:

a) "Prevenir en el conocimiento de las causas penales, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes;
b) Excitar y promover la acción penal por infracciones pesquisables de oficio;
c) Dirigir y promover las investigaciones pre - procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes;
d) Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal penal ya sea por propia iniciativa en los delitos pesquisables de oficio o por denuncia;
e) Intervenir en las causas penales, de acuerdo a lo prescrito en el Código de Procedimiento Penal y demás leyes"[38].

El Art. 8 de la **Ley Orgánica de la Fiscalía** establece los deberes y atribuciones de la **Fiscalía General del Estado**, los siguientes: Intervenir en los juicios penales, que por delitos pesquisables de oficio, se tramitan ante la Corte Nacional de Justicia.

El Art. 17 de la **Ley Orgánica de la Fiscalía** dispone son deberes y atribuciones de los **Fiscales** Distritales:

a) Intervenir como parte en las causas penales que se sustancien en la Corte Provincial de su distrito, por infracciones que deben perseguirse de oficio;
b) Promover y disponer que se instaure en los juzgados respectivos la acción penal por infracciones pesquisables de oficio..."[39].

El Art.19 de Ley en estudio señalada corresponde a los **Fiscales** los siguientes deberes y atribuciones:

[38] LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.- Quito- Ecuador.- 2007. Art. 3.
[39] Ibídem. Art. 17.

f) “Intervenir como parte de los juicios que por infracciones de acción pública se sustancien en la judicatura que se les asigne;

g) Excitar la acción penal por infracciones pesquisables de oficio en los juzgados de lo Penal, de Tránsito y Fiscal del distrito al que pertenecen...”[40].

El Art. 26 de la citada ley establece; “La Fiscalía garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones pesquisables de oficio, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria”[41].

Los artículos transcritos de la Ley Orgánica de la Fiscalía, establecen de manera jerárquica los deberes y atribuciones; desde la máxima Autoridad del Fiscal General del Estado, que son: Fiscalía General del Estado, Fiscal General, Fiscal Provincial, Fiscal.

Todos los funcionarios de Fiscalía General del Estado, cualquiera que sea su función, Fiscalía General del Estado, Fiscal General, Fiscal Provincial y Fiscal. Les toca conocer las acciones penales de los delitos pesquisables de oficio, dependiendo siempre del grado de las personas. Es importante destacar que para cumplir las funciones la fiscalía, deberá organizar y dirigir un sistema especializado, estimamos que es conveniente este sistema, por cuanto un trabajo en equipo, permitirá descubrir a los infractores de un delito, ya que para una correcta investigación, se requerirá de personal especializado en medicina legal y ciencias forenses, se incluirá un personal civil y policial, así como se brindará la protección y asistencia a víctimas.

**2.6.1. De los delitos de Tránsito**.- En los juicios penales por delitos de tránsito de acuerdo a lo que señala el segundo inciso del Art. 108 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial dice: “ La acción para perseguir los delitos de tránsito es pública

[40] LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO. Ley. Cit. Art. 19.

de instancia oficial ". Es decir las acciones penales para seguir esta clase de delitos, pueden hacerse mediante denuncia, o parte policial o por cualquier medio que llegue a conocimiento del Fiscal. El Art. 109 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial señala: "Si del proceso apareciere indicios que se ha cometido un delito que no es la infracción culposa de tránsito, se remitirá copia de lo actuado a la unidad del Ministerio Público a la que corresponda prevenir o impulsar la investigación. Lo relativo a competencia y a acumulación se someterá a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal"[42]

Como lo determina claramente la ley, en los delitos de tránsito le corresponde al Fiscal realizar las investigaciones en la etapa preprocesal y procesal, es decir el Fiscal tiene que acusar y mediante auto sugerir el auto de llamamiento a juicio cuando concluya la etapa de instrucción fiscal, con la actual ley en estudio se resuelve una divergencia que existe en la antigua ley de tránsito, porque no le permitía al fiscal realizar la investigación, sino que tendría que efectuarse mediante auto cabeza de proceso, es decir tenía que conocer un juez de lo penal, de esta manera el órgano competente para conocer las acciones por delitos y contravenciones graves de tránsito corresponde a los Jueces de Tránsito o quienes hagan sus veces, pero también pueden ser los jueces de lo penal en donde no existan jueces de tránsito.

Sin embargo en el Art. 106 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial señala: "El juzgamiento de los delitos de tránsito, le corresponde en forma privativa a los Jueces de Tránsito dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales, o a quienes hagan sus veces, y a las demás instancias determinadas en la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Para el juzgamiento de las contravenciones en materia de tránsito, se crearán los Juzgados de Contravenciones de Tránsito, en las capitales de provincia y en los cantones que lo

[41] Ibídem. Art. 26.
[42] LEY ORGANICA DE TRANSPORTE TERRESTRE, TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL. . Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2008. Art. 106.

ameriten, bajo la jurisdicción de la Función Judicial"[43]. Pues es algo novedoso que tanto en las capitales de Provincia y

los cantones, donde exista una mayor población se van establecer juzgados de contravenciones, con ello se lograría una mejor organización y más celeridad en los trámites; puesto que sólo asuntos graves, serán conocidos por los jueces de tránsito o jueces MEDIANTE INSTRUCCIÓN FISCAL.

**2.6.2 Juzgamiento de las infracciones de los adolescentes infractores**:- La acción para el juzgamiento del adolescente infractor es de una clase:

- Pública de instancia oficial;

Cuando se trata de infracciones de acción privada, se las tratará como de acción pública de instancia particular. Para el caso de las indemnizaciones civiles se procederá sin necesidad de acusación particular.

El Código de la Niñez y Adolescencia prohibe en forma absoluta la acusación particular en contra de un adolescente. Existe el Fiscal de Adolescentes infractores para la instrucción de los procesos que aparezca comprometida la responsabilidad de un adolescente el mismo que tiene los siguientes deberes y atribuciones:

- "Dirigir la instrucción fiscal contando con el adolescente;
- Procurar la conciliación y decidir la remisión o proponer formas anticipadas de terminación del proceso, en los casos en que proceda.
- Brindar protección a las víctimas, testigos y peritos del proceso;
- Dirigir la investigación de la policía especializada en los casos que instruye"[44].

[43] LEY ORGÁNICA DE TRANSPORTE TERRESTRE., TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL. Ley Cit. Art. 106.

[44] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. 2007. Art. 336.

Los Fiscales de Adolescentes infractores serán nombrados exclusivamente por el Fiscal General del Estado. Conocida por cualquier vía la comisión de un hecho que revista caracteres por infracción penal y en el que aparezca claramente comprometida la responsabilidad de un adolescente, el FISCAL INICIARÁ LA INVESTIGACIÓN con el auxilio de la Policía Judicial.

Antes de iniciar la instrucción el Fiscal podrá practicar una indagación previa que tiene por objetivo investigar los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal. Los adolescentes son penalmente inimputables y por tanto no serán Juzgados por los Jueces Penales ordinarios, sino que serán Juzgados por los jueces de la Niñez y Adolescencia y estarán sujetos a medidas socio - educativas.

## 2.7. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

### 2.7.1. La Libertad Individual.

En la antigüedad la esclavitud fue considerada como una institución necesaria para el desarrollo de la sociedad. En la edad media, la más importante demostración de cómo ciertos grupos organizados de personas se encontraban en disposición de exigir determinados privilegios a los poderosos, fue la Carta Magna impuesta en el siglo XIII al rey Juan Sin Tierra de Inglaterra por un grupo de varones ingleses.

En la sociedad europea los principios monárquicos, aristocráticos y democráticos han pretendido que el Gobierno les pertenece y que sólo han perdido su imperio por la usurpación de principios contrarios. En la antigua sociedad griega y romana existían organizaciones de carácter constitucional, particularmente en Atenas, sobre la base de un complejo sistema de ciertos órganos de poder, en que las mismas tenían cada una de éstas funciones específicas, surgió la teoría del derecho del pueblo a intervenir directamente en

los rumbos del Estado, con una característica principal que se comprendía como pueblo, sólo al "conjunto de hombres libres ", es decir, con excepción de los esclavos.

Milton Alava Ormaza, citando a Guisot dice: "en las civilizaciones antiguas, la libertad, es la libertad política, la libertad del ciudadano. No es la libertad personal de lo que el hombre está preocupado; es de su libertad como ciudadano; pertenece a una asociación, está consagrado a una asociación y está prestó a sacrificarse a una asociación"[45].

Los griegos no supieron distinguir entre los derechos del individuo y los del Estado. Se partía de la premisa de que el interés o bienestar del pueblo lo era también de los individuos en particular. No había los llamados derechos civiles o sociales, que en la actualidad se diferencian claramente de la órbita estatal, como el derecho a la vida, a la integridad física, la libertad etc.

La República romana fue el resultado de una evolución de siglos, se desenvolvía en la lucha social entre patricios y plebeyos, a consecuencia de ello, las instituciones políticas adquirieron forma y madurez definitivas. La República romana fue esencialmente aristocrática, pero a pesar de ello, por otra parte, existió un régimen de soberanía directa, pero no de separación de poderes. Podría decirse entonces que existió el contrapeso de poderes. Los comicios por centurías elegían a los Cónsules, los comicios por curias los investían formalmente de sus funciones y el Senado les otorgaba el "imperium", esto era la Autoridad para mandar. La República romana como la griega, estaba concebida para las fronteras de la Ciudad – Estado. Al expandirse territorialmente germinó con su propia destrucción y dio paso al Imperio, que requería de otras instituciones para ser gobernado y administrado. El **príncipe primero** y el **César o emperador** después, concentraron en sus manos todo el poder y sólo formalmente siguió subsistiendo la República. Entonces luego apareció el absolutismo a veces como monarquía hereditaria, y en otras como hegemonía de un jefe militar.

[45] ALAVA ORMAZA, Milton. Relatividad Del Derecho Constitucional Editorial Voluntad. Quito. 1976. Pág. 17.

La democracia política desaparece en la Edad Media, inclusive desaparece la noción de Estado para ser reemplazada por la de feudo; pero indudablemente es en este período en el que, aunque no se lo practique, nace la doctrina de los derechos intrínsecos del hombre que con el decurso de los siglos, inspirarían las demás constituciones.

La revolución del siglo XVII en Inglaterra, que se ratifica en la preponderancia del Parlamento sobre el rey y se extingue con el absolutismo; más tarde la independencia de Estados Unidos de Norteamérica en el siglo XVIII, se nutren de estos ideales. Hay que tomar en cuenta que a partir de la independencia de los Estados Unidos, "se promulgó por primera vez el 17 de Septiembre de 1787 la primera Constitución escrita, esto constituyó el primer cuerpo de normas sistemáticamente ordenadas de un país del mundo, que de esta manera se adelanta a los de Europa occidental, donde había tenido lugar todo el proceso constitucionalista previo"[46]. Las constituciones norteamericanas parten con el constitucionalismo, y de una concepción de un sistema de gobierno instituido en forma reflexiva y deliberada, cuya columna vertebral lo constituye una Constitución sancionada por los representantes del pueblo, que ocupa el primer plano de la jerarquía institucional, declarando los derechos del hombre y limitando la autoridad gubernativa. De esta manera, surge la idea del contenido teleológico de libertad manifestada en la Constitución.

"Con la Revolución Francesa del 14 de Julio de 1789 se promulgó la segunda Constitución del Mundo, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1791"[47]. Pero esta vez le corresponde a Francia donde se acentúa y se escribe gloriosas páginas consagradas con los derechos del hombre y que constituyó un modelo para el mundo entero para que se imprima en sus normas supremas, lo más preciado y sagrado que tiene el hombre como son los derechos humanos o derechos naturales o subjetivos, que constituyen la grandeza de los seres humanos de manera universal y que se vienen perfilando paulatinamente en todas las sociedades del universo.

[46] ALAVA ORMAZA, Milton. Ob. Cit. Pág. 23.

Etimológicamente la palabra libertad proviene del término latino liber que estaba relacionado con libertas que era igual que libertad, proviene de libre, en un principio se estableció relación con el significado de persona en la cual el espíritu de procreación se encontraba naturalmente activo de donde cabe la posibilidad de denominar liber o libre al joven cuando al encontrarse en la madurez sexual, se lo incorporado a la sociedad como hombre capaz de asumir responsabilidades.

Como la libertad consistía en un reconocimiento social o jurídico, sobre todo en poder hacer o no hacer; pero también era aplicado en el sentido de auto determinación, en el cual por sus propios intereses podía hacer algo por si mismo., entonces la libertad consistía en la posibilidad de decidirse y al decidirse era como autodeterminarse. De esta forma la noción de libertad ya en su origen apunta en dos direcciones, la una de no ser esclava y la otra de autodeterminarse.

Entonces fueron las grandes revoluciones y luchas que se dieron en el mundo las que contribuyeron a definir la libertad individual y a asegurar su implantación en varios Estados. El Bill of Rights, aprobado en el Parlamento de 1689, trajo consigo el establecimiento de un gobierno representativo, este modelo denominado Bill of Rights contiene la enumeración de los derechos civiles y se constituyo en un eslabón en la cadena sucesiva de constituciones nacionales.

En América Latina, los principios liberales se rigieron por las luchas por la emancipación durante las dos primeras décadas del siglo XIX, las mismas que estuvieron enmarcadas en los ideales de la libertad personal.

[47] Ibídem. Pág.23.

A la libertad se la divide en libertad interna y jurídica, la **libertad interna** es propia del ser humano, es decir algo personal que tenemos dentro de uno mismo, es la forma para actuar en la sociedad de acuerdo a sus costumbres, cultura, ideologías entre otros aspectos; en definitiva es innato de cada persona respecto a su personalidad. Mientras que la **libertad jurídica** es el límite que establece la ley a la libertad de los mismos que se encuentran contemplados en nuestra Constitución de la República del Ecuador y se perfecciona en otras leyes comunes y especiales.

El derecho a la Libertad lo encontramos consagrado en el numeral 29 literal a) del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, disposición que consagra: "El reconocimiento de que todas las personas nacen libres"[48], y sigue la sabia fórmula referente al principio de respeto a la libertad que refuerza y resume los anteriores conceptos, en el numeral 29 literal d) del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: " Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley"[49]. Esta norma excluye la arbitrariedad de cualquier autoridad o persona, frente al respeto debido de la libertad humana, en la que solo la ley puede establecer una limitación jurídica de la libertad personal**.** Más adelante en el primer numeral del Art.
77 de la Constitución de la República del Ecuador señala: "En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1.- La privación de la libertad se aplicará EXCEPCIONALMENTE cuando se necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en

[48] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 66.
[49] Ibídem. Art. 66.

cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. La Jueza o Juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva"[50].

Claramente señala esta norma que únicamente una persona puede ser detenida constitucionalmente por orden del Juez competente; y, en caso de tratarse de un delito flagrante. También establece que al tratarse de la detención en los casos antes indicados, no podrán estar detenidos sin fórmula de juicio por más de 24 horas.

El autor Guillermo Cabanellas de Torres, define a la libertad como la **"**Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos". Justiniano la definía como "la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedírselo la fuerza o el derecho**"[51].**

Según el Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales dice: "Unos dicen que la libertad consistía en el poder de hacer todo lo que no daña a otro, de modo que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos; límites que no pueden determinarse sino por la ley. Otros la definen como el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; si un ciudadano, pudiese hacer lo que prohiben las leyes, no tendría libertad, porque los otros tendrían igualmente el mismo

poder. Así, en las Partidas, se define diciendo ser la facultada natural que tiene el hombre para hacer lo que quisiere, si no se lo impide la fuerza o el derecho"[52].

[50] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 77.
[51] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental. Edit. HELIASTA S.R.L. Undécima Edición.- Buenos Aires - Argentina.- Pág. 236.
[52] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martin. Ob. Cit. Pág. 117.

El hombre es el ser humano pensante, sus ideas se reflejan en sus hechos o acciones. Se estima que desde el momento que nace una persona es libre, la libertad es un bien natural, subjetivo y personal; todos cuidamos como un tesoro y tratamos que no se limita, porque el momento que se limite, estamos poco a poco perdiendo la libertad. Esa libertad se encuentra garantizada en toda Constitución de cualquier Estado, siempre y cuando vivamos en un Estado de Derecho y democrático o cuando se viva un Estado Socialista. Por ello la Constitución de la República del Estado en concordancia con las leyes ordinarias o especiales, brindan la garantía de la libertad; y nadie puede privársele de esa libertad mientras no exista un juicio justo para las partes, por eso el hombre no tiene que estar privado de hacer lo que la ley le permita; se puede decir que la libertad es amplia, las leyes son las cuerdas que proporcionan esa libertad hasta donde se puede hacer uso de esa garantía natural.

El hecho de que la ley limita la libertad, no quiere decir que se le esta coartando a la libertad, sino se le esta brindando garantías a esa libertad, en la cual, la ley nos determina hasta donde somos libres para hacer algo que no esta prohibo por la ley, de no ser así, se convertiría la libertad en libertinaje, donde todo individuo hiciere lo que éste tuviere a bien, entonces estaríamos frente a una anarquía.

El término libertad se caracteriza como uno de los más ambiguos en el lenguaje social, político y jurídico, es un vocablo que lleva implícito varias

definiciones o significados que permiten que se pueda usar indistintamente para los fines más variados. Por eso, dar una definición lo más general y abarcadora posible de la libertad, resulta ser una tarea más difícil para los estudiosos tanto de la filosofía como del derecho, cuantas veces se la considera como una facultad o capacidad que tiene el hombre de obrar con discernimiento y libre albedrío. Por tanto la libertad debe entenderse como ausencia de coacciones o trabas externas que impidan el desarrollo integral de la persona. La libertad caracteriza los actos propiamente humanos y hace al hombre responsable de sus actos en la medida en que ellos son voluntarios.

Desde el materialismo filosófico la libertad no puede ser entendida al margen del determinismo casual. La concepción casual de la libertad la ve no como la posibilidad de realizar actos sin causa, sino como la posibilidad de atribuir a la persona misma la causalidad del acto libre. Las concepciones filosóficas abstractas de la personalidad dentro de la cual sitúan a la libertad como un elemento inherente a su naturaleza, han tenido repercusiones en la vida social. La realidad deontológica de la libertad tiende siempre a convertirse en realidad ontológica. El hombre considerado abstractamente como persona, está dotado de la potestad libertaria, por lo que dentro de la convivencia humana, dentro del conglomerado social, en las múltiples relaciones que surgen entre los miembros de éste, la libertad como factor abstracto deontológica del hombre ha pugnado por transmutarse en algo real.

Montesquieu afirma que la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohiben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder y señalaba que en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse.

La libertad se desarrolla en dos tipos:

- Libertad de acción o de ejercicio;
- Libertad de elección.

**2.7.2. La libertad de acción o de ejercicio.**- Es una libertad exterior que consiste en obrar. En este sentido se puede denominar libre a una acción cuando puede llevarse a cabo sin obstáculos o impedimentos externos, es decir, obramos sin que nadie nos ponga ningún tipo de trabas para hacer lo que queremos hacer. Es así, que hoy en día se habla del reconocimiento de las libertades, incluyendo en ellas una libertad física que es la capacidad de actuar sin límites materiales, una libertad civil, que es la capacidad de fundar una familia, como elegir un trabajo, residencia, religión, cultura; etc, una libertad política, una libertad de pensamiento.

**2.7.3. Libertad de elección.-** Esta libertad es el esencial del individuo, se podría decir que consiste en la ausencia de determinación interna previa a una acción. Este acto libre pues no esta predeterminado, sino que, por el

contrario, es la voluntad del individuo quien se determina a si misma al ejecutar el acto o también a no ejecutarlo. Dentro del ejercicio de la libertad de elección se determina la libertad de especificación y la libertad de ejercicio. La primera consiste en el poder ejecutar un acto u otro; y, la segunda consiste en poder actuar o no actuar, en poder ejecutar una acción o no ejecutarla.

De lo expuesto se entiende a la libertad como una facultad que consiste en que el individuo está en la opción de hacer lo que estime necesario, pero que esa libertad esta limitada ya sea por la fuerza de otro o por el Derecho, entendiéndose que el obrar libre del hombre no puede convertirse en libertinaje, o en un abuso de esta facultad. Se entiende que este criterio es aceptable en tanto define a la libertad del hombre como una facultad limitada bajo la dirección y conducción de las normas jurídicas. La libertad Individual, es entonces la libertad así entendida, como la libertad democrática, fundamento y conciencia de la Democracia, de tal manera que el criterio político se sobrepone e impregna todo el concepto de la libertad.

## 2.8. GARANTÍAS FUNDAMENTALES QUE PROTEGEN LA LIBERTAD.

### 2.8.1 La acción de Hábeas Corpus.

**Etimología.-** Se deriva de las palabras latinas que significa: **"que traigas tu cuerpo o que tengas tu cuerpo".** La persona privada de la libertad ilegalmente a través del HABEAS CORPUS recobra la posesión de su persona. Esto es la libertad individual.

**2.8.2. Origen.-** Los orígenes del HABEAS CORPUS se halla en el "INTERDICTO DOMINE LIBERO EXHIBIENDO del Derecho Romano, ya contaban con una forma de esta institución; Justiniano nos da una celebre definición: **exhibición de un hombre libre, para ampararlo en su libertad**. Ulpiano decía- **A nadie se le debe prohibir que le favorezca la libertad.** Estas definiciones nos permiten comprender que mediante la costumbre se ejercicio esta garantía de carácter personal, claro esta que un principio el Estado jamás quiso reconocer las garantías del hombre, por eso tuvo que luchar para que el Estado le reconozca ciertos derechos soslayados y se instituyan en la Constitución de cada Estado.

Pero esta garantía apareció con caracteres definidos en Inglaterra que se admitió en la práctica que se pudiera acudir al Tribunal del Banco del Rey, para que sea este Tribunal quien emita una resolución disponiendo que aquel funcionario que tenga en su custodia o detenido bajo sus ordenes a un súbdito, tenía que presentarlo al juez correspondiente. En ningún momento tenía que negarse a expedir ese mandato de comparecencia del detenido. Encontrándose el detenido ante el Juez, éste tenía que estudiar la situación y luego resolver si en verdad el detenido merecía estar bajo prisión o si merecía la libertad. Es a este mandamiento que se lo denomino HABEAS CORPUS.

**2.8.3. El Hábeas Corpus** es una garantía que protege los derechos de las personas, de carácter Constitucional y legal, específicamente el derecho a

la libertad individual, el derecho a la vida y la integridad personal y los derechos humanos. Otro aspecto es proteger a la persona contra la tortura, tratos o penas crueles que son considerados inhumanos o degradantes.

El reconocimiento Constitucional de los derechos fundamentales no es suficiente, si no va acompañado de garantías que aseguren la efectividad del libre ejercicio de los derechos, y la única Autoridad que brinda la tutela como protector de este derecho en nuestro país, son la jueza o juez. Sin embargo la efectividad de los derechos depende tanto del reconocimiento Constitucional y la existencia de mecanismos adecuados, prácticos y disponibles para prevenir las violaciones que son emanadas de ciertas Autoridades o Instituciones Públicas que coartan la libertad de una persona. Se conoce perfectamente que tanto la Constitución y la ley procesal penal establece la forma de la detención de una persona; pero como en el caso de delito flagrante y cuando se trata de arrestos disciplinarios, estos sujetos ya no podrían acogerse a esta garantía que hemos mencionado.

### 2.8.4. El Amparo de Libertad.

El amparo de libertad puede ser solicitada ante el Juez o Tribunal Penal, por cualquier persona que se encuentre privada de su libertad o que crea amenazada su libertad por un abuso de poder o violación de la ley por parte de un Juez o Autoridad pública. Esta acción de amparo puede ser interpuesto, por sí mismo o por terceras personas.

El Art. 423 del Código de Procedimiento Penal, establece las Reglas de Competencia que son: “Si la orden de prisión ha sido dispuesta dentro de un proceso, el recurso se interpondrá ante el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales superior, de la siguiente manera:

a) Si la orden es de un Juez de Garantías Penales, lo conocerá el Presidente de la Corte Provincial de Justicia.
b) Si la orden es de un Presidente de Corte Provincial de Justicia, el recurso será resuelto por una de las Salas; y,
c) Si la orden es del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, lo conocerá una de las Salas de lo penal”[53].

Esta es la manera o el orden jerárquico para solicitar el amparo de libertad.

La solicitud de amparo puede ser propuesta, mediante escrito u oralmente, sin necesidad de ninguna formalidad, si ha sido propuesta oralmente en el acta se debe constar lo siguiente:

1.- Nombre y domicilio del solicitante; 2.- Nombre y domicilio de la persona en cuyo favor se propone;

3.- Designación de la autoridad contra quien se propone el amparo;

4.- Descripción del acto lesivo y, la causa de su ilegitimidad; Y,

5.- Si estuviere privado de la libertad se indicará el lugar de la detención.

[53] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 423.

Cuando la persona esté privada de su libertad, el juez debe ordenar de inmediato que el detenido sea llevado a su presencia. De ser necesario el juez se puede constituir en el lugar de la privación de la libertad.

El Juez debe convocar a una Audiencia dentro de las doce horas, para que en presencia del detenido, la autoridad denunciada informe. Durante la Audiencia que creerlo conveniente el Juez puede ordenar la producción de prueba. Cuando se conoce a la Autoridad que ordeno la privación de la libertad, a éste se debe convocar a la Audiencia y a su falta al jefe de la dependencia donde guarda prisión.

Finalizada la Audiencia el Juez o Tribunal de Garantías Penales, debe resolver inmediatamente, sobre el amparo de libertad. Si se constata ilegitimidad debe ordenar la libertad del detenido o la revocatoria de la orden de prisión. La resolución no es susceptible de recurso.

**2.8.5. La presunción de inocencia.**

El principio de presunción de inocencia ha sido formulado desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica.

El numeral 2º., del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “Se presumirá la inocencia de toda persona, será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”[54].

[54] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 76. (2º.)

El Art. 4 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, señala: “Presunción de inocencia.- Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”[55].

Este derecho establece que para que una persona sea declarada culpable tiene que haber pasado antes por un juicio previo, y haberse dictado en su contra sentencia condenatoria que esté legalmente ejecutoriada por el ministerio de la Ley.

La presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho.

La certeza se convierte entonces, en el eje principal para concluir en la "culpabilidad", por ello no bastan los indicios, sino que es necesario que luego de un proceso judicial en cuyo interés se hayan esbozado y actuado las pruebas pertinentes, se cree a la convicción de la culpabilidad del sujeto activo. Entonces, para ser responsable de un acto delictivo, la situación básica de inocencia debe ser destruida mediante la certeza con pruebas suficientes e idóneas; caso contrario permanece el estado básico de libertad.

Es muy importante destacar que la Ley Fundamental del Estado Ecuatoriano, garantiza la inocencia de toda persona, mientras no exista una sentencia ejecutoriada que lo haya declarado culpable, no obstante las leyes

[55] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley. Cit. Art. 4.

procesales penales facultan al juez dictar ciertas medidas cautelares, las mismas que alteran todo el procedimiento penal oral, por contradecir los principios fundamentales del debido proceso y los derechos humanos. Sin embargo es novedoso que el Art. 4 del Código de Procedimiento Penal expresa: “Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”. Pero el mismo Código de Procedimiento Penal faculta al juez dictar la prisión preventiva, sin haberse culminado el proceso, ni dictado sentencia ejecutoriada: Estos dos contrastes conlleva a una confusión, ya que la una norma garantiza la inocencia del imputado y la otra norma ordena la prisión preventiva del imputado, de esta forma se esta dando una aberración jurídica, es decir no es verdad que exista la “inocencia del imputado”, sino la presunción de inocencia, por eso en cualquier instante el juez puede dictar esta medida cautelar al imputado.

**2.9. EL DEBIDO PROCESO.**

Nuestro país vivió su ultima dictadura militar en los años 1970- 1979, tiempo en el cual ocurrió la tragedia económica de la República, cuyos regazos negativos aún lo estamos sufriendo, se dictaron Constituciones Políticas de mayor o menor estructura democrática, más tarde la Asamblea Constituyente del año 1998 se aprobó y se promulgo la Constitución Política, donde se instituyo por primera vez las reglas del debido proceso. En la actualidad tenemos la vigésima Constitución aprobada por el pueblo ecuatoriano el 28 de Septiembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de fecha 20 de Octubre del 2008. Esta nueva Constitución

nuevamente en la parte dogmática se estructura de mejor manera las reglas del debido proceso.

La Asamblea del año de 1998 que aprobó la Constitución Política de la República entró en vigencia en el Registro Oficial Nro. 1 del 11 de agosto de 1998. Esta Constitución Política fue la que amplió el ámbito de las garantías constitucionales de los derechos de las personas e instituyó de manera sistemática al ordenamiento jurídico ecuatoriano, con eficacia obligatoria, los tratados y convenios internacionales, como nos podemos dar cuenta lo que señala el Art. 11 numeral 7 de la Constitución de la República que dice: " El reconocimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"[56]. Es necesario resaltar que los Tratados y Convenios Internacionales tienen actualmente en nuestra República un rango jurídico superior de las leyes ordinarias y especiales, pero inferior a nuestra Constitución.

De esta manera se destaca la relevancia de la incorporación de los convenios internacionales, y los derechos y garantías de los individuos, así como las normas que regulan el debido proceso en nuestra realidad jurídica, con lo que cualquier ciudadano puede invocar y exigir la aplicación de estos derechos, garantías determinados en la Constitución y los Tratados y Convenios Internacionales.

**2.9.1 Conceptos del debido proceso.-** Jorge Zavala Baquerizo siguiendo a Fernando Velasquez dice: "en un sentido más restringido, en cambio el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le asegura la

libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a Derecho. Desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el axioma madre o generatriz del cual dimanan de los principios del derecho procesal penal, incluso el del juez natural que suele regularse a su lado"[57]. Es importante destacar que las garantías del debido proceso no son requisitos sino elementos estructurales del debido proceso, los requisitos se encuentran determinados en el Código Adjetivo Penal, y los elementos están prescritos tanto el Código Adjetivo Penal y las normas supremas de la Constitución de la República, de ahí que tiene toda la razón Fernando Velasquez de mencionar que el debido proceso es el conjunto de garantías que protegen al individuo, aclarando que el debido proceso como elementos del proceso penal, únicamente no se encuentran en el Art. 76 de la Constitución de la República, sino que además, en instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

Por otro lado se considera que el debido proceso no son elementos únicamente en los procesos penales, cuando se sabe a ciencia cierta, que el debido proceso sirve para todas las acciones, sean estas civiles, penales, laborales, administrativas, o acciones de carácter especiales. Desgraciadamente los jueces de derecho hacen caso omiso y no aplican los elementos del debido proceso. Lo cual es un error muy equivocado.

Consecuentemente el proceso penal es una institución que tiene por finalidad inmediata la imposición de la pena, por eso es necesario que el imputado sea protegido de una manera eficiente, severa y estricta. El proceso penal, como su nombre le menciona, no hace la aparición en la realidad jurídica de manera sorpresiva y global, sino que esta sujeto a un

[56] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.- Quito. 2008 Art. 11 numeral 7.
[57] **ZAVALA BAQUERIZO**, Jorge. El Debido Proceso Penal. Editorial Edino, Guayaquil 2002. Pág. 27.

desarrollo por etapas, cada una de éstas tiene sus propios objetivos, peculiares de cada etapa, lo cual le permite al proceso penal cumplir su finalidad inmediata.

Jorge Zavala Baquerizo señala que el debido proceso es, "un derecho reconocido y garantizado por el Estado, el cual dicta las normas fundamentales básicas que deben cumplirse en la formación del proceso, el cual, perfeccionado cumpliendo con dichas garantías, adquiere el rango jurídico de proceso debido"[58].

Siendo el debido proceso un derecho garantizado por la Constitución, los ciudadanos tienen que exigir que se cumpla ese derecho, ya que el Estado es el garante de velar para que se cumpla los derechos regulados en la Constitución, puede ser en cualquier proceso, por tal razón es el ciudadano que tiene el derecho al debido proceso, esto es, a la iniciación, desarrollo y conclusión.

Las reglas reguladoras en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador y en los diversos convenios internacionales son normas aplicables para el control del proceso y su desarrollo bajo la protección de las mismas, lo que constituye un debido proceso.

Tenemos que ser explícitos, al explicar que el debido proceso, que se inicia, desarrolla y concluye a base de presupuestos, principios y normas establecidas en la Constitución de la República, convenios y tratados internacionales, en el Código Penal y Derecho Procesal Penal, determinan normas reguladoras relacionadas para cada caso, debiendo realizar un escogimiento de los elementos del debido proceso en la acción penal. Por ende antes de proponer una acción penal se tiene que contar con los presupuestos con anterioridad a la iniciación del proceso penal, así por ejemplo, la existencia del órgano jurisdiccional, lo cual es anterior al proceso penal. Por otro lado están presentes los principios generales, los fundamentales y los procesales, que determinan el proceso penal; los primeros se

[58] **ZAVALA BAQUERIZO**, Jorge. Ob. Cit. Pág. 27.

encuentran regulados en la Constitución de la República, los segundos en el Código de Procedimiento Penal y el tercero en el Derecho Procesal Penal.

Luis Humberto Abarca Galeas considera que el debido proceso es, "el reconocimiento Constitucional del derecho al Debido Proceso impone a los titulares de los órganos jurisdiccionales la obligación jurídica constitucional de respetarlo y hacerlo respetar en todo procedimiento o proceso, cualesquiera que fuere la naturaleza de éste, por el caso concreto o controversia que deben resolver"[59].

Las normas constitucionales, son normas supremas ya que el soberano es quien eligió a los constituyentes, los mismos que se encargan de redactar la Constitución, por eso los órganos jurisdiccionales, tienen que cumplir las disposiciones supremas, para hacer cumplir las leyes; muchas de las veces existe un error garrafal de los jueces, al considerar que la única norma que tiene validez son las que constan en una Ley o el Código y se olvidan de aplicar la norma suprema, cuando primero se tiene que citar la norma suprema y después las normas de una ley o Código; de ningún modo ninguna ley puede regular o restringir la observancia de la garantía, puede suceder que alguna ley secundaria faculte mayor atribución a una determinada garantía del debido proceso, como ocurre en el Art. 166 del Código de Procedimiento Penal, en la que la garantía señalada en el No.2 del Art. 77 de la Constitución de la República se la extiende a la persona de confianza que indique la persona detenida, así como se amplia a su abogado defensor.

De esta forma resulta evidente que no existe contradicción con el precepto constitucional que prescribe el Art.76 de la Constitución de la República que reconoce a las garantías establecidas en las demás leyes de la República y esta ampliación de la garantía que consta en las leyes secundarias, es una garantía reconocida en la Constitución.

[59] ABARCA GALEAS, Luis Humberto. Ob. Cit. Pág. 17.

**2.9.2 Los presupuestos del debido proceso.-** Los presupuestos son las circunstancias anteriores que deben reunir antes que se inicie el proceso y sin cuya existencia carece de eficacia jurídica todo lo actuado. Para la legitimidad de un proceso penal previo a su desarrollo exige la presencia de ciertos presupuestos como: **el órgano jurisdiccional, la situación jurídica de inocencia del ciudadano y el derecho a la tutela jurídica.**

1. **Órgano Jurisdiccional.-** La organización política del Estado se encuentra dividida en funciones, tales como la función Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Función de Transparencia y Control Social y Función Electoral.

La función judicial es la jurisdicción en donde se encuentra concentrado el poder de administrar justicia a nivel nacional y constituye uno de los fines del Estado, es decir que se trata de una manifestación objetiva de la soberanía estatal. Pero el Estado para cumplir esta finalidad ha creído conveniente de crear ciertos órganos, como la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales de justicia, los tribunales y juzgados que establezca la ley y los juzgados de paz, pero sólo el titular del órgano es el que tiene la responsabilidad jurídica de hacer efectiva la función de administrar justicia. Este titular es conocido como **Juez,** el cual puede ser unipersonal o pluripersonal. Se deja en claro que el Fiscal General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, y forma parte de la Función Judicial. ya que su intervención en la etapa inicial del proceso de carácter penal lo hace como un organismo autónomo de la función Judicial. Y por tanto su deber es intervenir en todo el proceso penal ya sea acusando o absolviendo.

La figura del debido proceso real y legítimo solo puede realizarlo el juez competente, quien tiene la capacidad subjetiva y objetiva para administrar justicia. La competencia subjetiva esta dada por la capacidad que el Estado concede a una persona concretamente identificada invistiéndola de la titularidad del órgano jurisdiccional. En cambio la competencia objetiva es la capacidad que tiene el titular del órgano jurisdiccional para administrar justicia dentro de una determinada zona territorial.

La competencia es la medida dentro del cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados. Se determina la competencia en razón del territorio, porque el órgano jurisdiccional de acuerdo a la ley se le ha limitado una zona, región o lugar preciso dentro del territorio nacional para que la Autoridad competente dentro de ese lugar administre justicia. Se determina la competencia en razón de las personas, el lugar en donde está obligada a comparecer en razón de su resistencia o domicilio. En el caso de fuero que ampara a ciertos funcionarios para que sean juzgados por órganos jurisdiccionales previa y legalmente establecidos. En cuanto al objeto, porque el órgano jurisdiccional penal es competente en razón de la materia sobre el cual se debe juzgar. Para el juzgamiento de los delitos son competentes los jueces de lo penal y los tribunales penales. Para el juzgamiento de las contravenciones de acuerdo a lo establecido en el Art. 390 del Código de Procedimiento Penal señala: "Para conocer y juzgar las contravenciones son competentes los **jueces de contravenciones** que establece la Ley Orgánica de la Función Judicial, dentro de la respectiva jurisdicción territorial". Como aún todavía no han sido nombrados los jueces de contravenciones, siguen en vigencia y haciendo las veces de jueces de contravención, los Intendentes, los Comisarios de Policía y Tenientes Políticos.

La competencia en razón de los grados surge como secuencia de los niveles de administración de los órganos jurisdiccionales. Estos órganos jurisdiccionales son competentes para el conocimiento y resolución de los procesos en los cuales se ha ejercido el derecho de impugnación, mediante los respectivos recursos. De esta forma podemos considerar que las Cortes Provinciales tienen competencia para el conocimiento y resolución de los recursos de apelación y de nulidad y en cambio las Salas de lo penal de la Corte Nacional de Justicia para el conocimiento y resolución de los recursos de casación y de revisión

Por tanto son competentes los órganos a que se encuentran regulados en la

Constitución de la República como en el Código de Procedimiento Penal.

El profesor John Rawsl, catedrático de la Universidad de Harvard, expresó que el debido proceso, "es aquel razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias"[60].

Desde nuestro punto de vista el debido proceso es un derecho civil que protege los principales y fundamentales bienes jurídicos de las personas, con las garantías que se encuentran reconocidas en nuestra Constitución de la República y que se han previsto para su cumplimiento, teniendo un ámbito de aplicación que desborda el campo estrictamente penal.

Las garantías constitucionales del Debido Proceso no buscan sino que en el proceso judicial haya respeto a los Derechos Humanos ignorados muchas veces y en otras veces mancillados, principalmente en el derecho penal, como son la vida, la integridad física, la libertad individual, la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio, etc.

El debido proceso surge como una respuesta necesaria del Estado a las reclamaciones y demandas sociales para que se observe y respete los
derechos de las personas. Así, los reclamos populares, la rebeldía ante la prisión arbitraria, la tortura, la muerte, condujeron a un reconocimiento oficial
de lo que consustancia la naturaleza humana, a través de la declaración universal de los Derechos Humanos.

Uno de los derechos de la protección es el señalado en el inciso primero del Art. 76 de la Constitución de la República que señala: " En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso que

[60] RAWLS, John. A. "Theory of justice". Londres, ox ford, university press 1973. Pág. 239.

incluirá las siguientes garantías básicas"[61], Se fundamenta en primer lugar en el principio de legalidad, vigente desde que los "Clásicos" atacaron la arbitrariedad judicial, la crueldad de las penas, la tortura, la falta de un proceso y procedimiento para juzgar y sancionar los delitos.

El Art. 76 de la Constitución de la República señala que para asegurar el debido proceso deberán observarse ciertas garantías básicas, sin menoscabo de otros que establezca la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia, entre ellas: Los principios de legalidad y tipicidad, son garantías constitucionales que tiene como objetivo garantizar el debido proceso, pero el indubio pro reo, es una garantía determinada en nuestra Constitución y en la ley a favor del imputado; no obstante se puede sustituir la pena, siempre que se trate de un delito sancionado que la misma no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito alguno, en estos casos el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales, puede ordenar una o varias de las siguiente medidas alternativas a la prisión preventiva.

Según la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009, las medidas cautelares quedan establecidas según el 171 de la siguiente manera:

**"Art. 171.- Revisión.-** El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:

a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen:
b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados desvanezcan los que motivaron la privación de libertad.

[61] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 76.

Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de sesenta años de edad, o una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen.

Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio.

Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar.

Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto.

El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Policía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica.

Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución.

El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.

La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales"[62].

No obstante el imputado tiene otros derechos en caso de detención, el derecho a ser asistido por un abogado, principio de restricción de libertad, respeto de la presunción de inocencia, limitación de la prisión preventiva, facultad de declarar en ciertos casos, garantía de inviolabilidad de la defensa, el principio del juez natural, el derecho a ser informado de manera oportuna en su lengua materna, la obligación de fundamentar las resoluciones, invalidez de pruebas ilícitas, obligación de comparecencia ante el juez, de testigos, principio de "nom bis in ídem" y garantía de cosa juzgada; y, derecho de acceso a órganos judiciales y tutela judicial; por cuanto pueden invocarse su aplicación y vigencia en forma individual como atributos inherentes al de todo ser humano.

El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano en los principios fundamentales del libro primero en el Art. 1 al 15, acoge y pretende desarrollar los principios del debido proceso y en Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece sobre el juicio

62 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 171.

previo, la legalidad, el juez natural, la presunción de inocencia, el proceso único, la celeridad, la conclusión del proceso, la notificación, el impulso oficial, la inviolabilidad de la defensa, la información de los derechos del imputado, del intérprete, igualdad de derechos, la interpretación restrictiva, principios que son aplicados en todas la etapas del proceso penal, la garantía a la detención y prisión preventiva, quizá con la libertad de las personas es lo que más se infringe los principios del debido proceso.

Pero para que se pueda aplicar el debido proceso se requiere de Independencia Judicial. No hay que olvidar que la nueva Constitución del 2008 en el Art.167 señala: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidas en la Constitución"[63]. La potestad surge de la voluntad del pueblo, pero el órgano que administra justicia es la Función Judicial, sin embargo los demás órganos establecidos en la Constitución también tienen la potestad, de esta forma se elimina ese criterio egoísta que solo la función judicial es la única función de administra justicia.

Por otro lado tiene que haber la imparcialidad para que se aplique el debido proceso. No puede existir un debido proceso sin que haya sido desarrollado por un juez imparcial. Así mismo debe ser imparcial en el conflicto jurídico sobre el cual recaiga la resolución o sentencia. Ni el temor, ni el odio, ni la codicia, ni la amistad pueden influir sobre el Juez de Garantías Penales en el momento que pronuncia un fallo. Por eso es necesario que entre los principios básicos que debe regir la conducta de los jueces, constan la independencia e imparcialidad, a sabiendas que la independencia de la judicatura esta garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación ecuatoriana. Los jueces dictarán sus fallos con imparcialidad basándose en los hechos y fundamentándose en el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, pasiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas de cualquier lugar por cualquier consecuencia, motivo o razón.

[63] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Ley Cit. Art. 167.

2. **La Situación Jurídica de Inocencia.** Se lo considera como presupuesto general del debido proceso el derecho de inocencia. El hombre tiene

   bienes que son exclusivos de su personalidad, estos bienes que integran la personalidad humana existieron antes del Estado, sin embargo no son reconocidos en su totalidad, los predichos bienes personales como el derecho a la vida, a la libertad, el honor, la integridad física y la inocencia, cada uno de éstos, se encuentran en la persona, estos bienes son muy diferentes a los que se encuentran en la sociedad.

Con lo que se determina que existen bienes en la persona y bienes de la persona. Entre los últimos podemos destacar el derecho a la propiedad, derecho al trabajo, el seguro social constituyen bienes sociales que a todos nos pertenece. La inocencia se la ha expresado como una presunción, dando una falsa idea de lo que realmente, en derecho constituye la inocencia., como un bien jurídico. La inocencia no se la puede asimilar como la presunción, sino que es un bien jurídico que nace y vive con el hombre, siendo entonces en un derecho subjetivo del ser humano. Por eso Jorge Zavala Baquerizo señala: "Cuando el órgano jurisdiccional penal, al iniciar el proceso penal, sindica o imputa la comisión de un acto típicamente antijurídico a una persona, asume la realidad jurídica de que esa persona es inocente; no es que es presuntivamente inocente"[64].

Por otro lado el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador 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"[65].

De lo expuesto se señala que toda persona que es imputada es inocente, mientras no haya una resolución en firme o sentencia ejecutoriada. La ley

[64] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Ob. Cit. Pág. 52.

fundamental del Estado Ecuatoriano y que conforme al ordenamiento jurídico, la Constitución prevalece sobre las demás legislaciones, de manera precisa exige sentencia ejecutoriada del culpable que haya cometido un delito, no considera como muy bien lo indica el doctor Zavala Baquerizo, "una presunción de inocencia", sino que es totalmente inocente. Para declarar a una persona culpable de un delito tiene que existir una verdadera defensa, en el cual se hayan actuado todas las pruebas señaladas en el procedimiento penal, ya que el estado de inocencia es de una gran importancia fundamental dentro del Estado de Derecho, pues exige a los poderes públicos y a los particulares acusadores a enervar, en el respectivo proceso, es decir durante el desarrollo del proceso. Lo que se determina que toda resolución que implique la condena debe ser consecuencia de una actividad probatoria tendente a desvanecer el estado de inocencia del acusado, lo que es improcedente una condena sin pruebas que la sustenten.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948, en el Art. 11, Nro. 1, se declara: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"[66]. Cuando se trata de presunción, nos hace pensar que existe una conjetura, una suposición, una sospecha de cualquier individuo. La verdad se trata que la inocencia de una persona no debe presumirse, sino que toda persona acusada de un delito es inocente, mientras no exista una sentencia ejecutoriada y que dentro del proceso, luego de haberse observado los derechos humanos y los presupuestos y principios del debido proceso, se la ha considerado culpable, pues dejaría de ser inocente la persona acusada.

[65] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 76. # 2.
[66] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1948, Art. 11, # 1.

En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 1948, en el artículo XXVI, inciso primero, se dice: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”[67]. Se soslaya nuevamente la presunción de inocencia, esto determina que el presunto inocente sino no busca defensa, para demostrar esa inocencia, va ha ser juzgado por la acusación de un delito que se le hace en su contra. La sospecha del presunto inocente siempre tiene que ser fundamentada por la persona agraviada; no se puede acusar sin fundamento, si se realiza una denuncia sin fundamento se estaría cometiendo un delito, lo cual tiene que ser juzgado, por la acusación falsa.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, en el Art. 14, Nro. 2, se lee: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley”[68]. Así mismo en el Pacto de San José de Costa Rica 1969, en el artículo 8º. No. 2, expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”[69]. Podemos decir que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica, estriba en la presunción de inocencia, de esta forma el ser humano, no se lo puede culpar directamente de un delito, ni sospechar que es culpable de delito, porque la inocencia no tiene que cumplir requisitos, sino que es un derecho consagrado en la Ley fundamental, tratados y convenios internacionales, que el individuo es inocente mientras no se justifique mediante un proceso que es el culpable.

[67] DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. 1948. Art. XXVI, inciso 1º.
[68] CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. PACTO SAN JOSE. Costa Rica. 1969. Art. 14.
[69] Ibídem. Art. 8.

3. **La tutela jurídica.-** En el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador textualmente señala: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"[70].

Cuando se trata de tutela es todo lo referente a la guarda, y es quien se encarga de conservar o custodiar una cosa. Nosotros como ciudadanos, acaso necesitamos que alguien nos custodie?, seria una pregunta de hacerse. Pero claramente se establece en la ley fundamental del Estado Ecuatoriano, que esa custodia ya se encuentra garantiza en la Constitución y es el Estado quien nos brinda esa custodia, por eso ninguna persona puede quedar excluida de ejercer el derecho de proponer una acción al Estado para la protección jurídica, cuando han sido violados los bienes jurídicos que son protegidos por la ley. Pero el Estado protege la tutela jurídica a través de sus instituciones, como el órgano jurisdiccional. Consideramos valioso e importante lo que dice el doctor Jorge Zavala Baquerizo quien indica: "La tutela de los órganos jurisdiccionales para ser efectiva, además de ser imparcial, debe ser oportuna, esto es, que la actividad judicial en el plazo más corto posible- el que señalan los procedimientos previstos en la ley respectiva – repare el derecho lesionado y evite que se mantenga una situación injurídica que perturbe el ordenamiento jurídico y sea causa de inseguridad jurídica para los ciudadanos"[71].

La justicia siempre se anhelado que sea imparcial, tenemos que alejarnos de sentimientos de amistad, de ideologías o de ambiciones personales; además
de aquello la justicia debe ser oportuna, eficiente y veraz. Se tiene que cumplir los plazos establecidos en la ley, para que concluya un procedimiento de carácter penal, en el momento que existe el acabose de estos lineamientos para que perdure la tutela jurídica, estaríamos involucrados en una inseguridad jurídica que es lamentable en un Estado Social de Derecho, porque corresponde según el Estado Social, dar a cada quien lo que le

[70] CONSTITUCIÓN DEL REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 75.

corresponde lo justo y equitativo. Pero tampoco podemos entender que cuando se hace referencia a una justicia oportuna, tenemos que precipitarnos para menoscabar los derechos de los sujetos procesales.

**2.10. MEDIDA CAUTELAR.**

El Diccionario Ruy Díaz defina a las medidas cautelares de la siguiente manera: "Aquellas adoptadas durante la tramitación del proceso judicial, bien sea de oficio o a solicitud de parte interesada, necesarias para asegurar las responsabilidades de tipo civil y penal y los derechos de las partes, con aplicabilidad sobre derechos, personas o bienes"[72].

Las medidas cautelares son adoptadas durante la tramitación del proceso judicial, bien puede ser de oficio o a solicitud de parte interesada, esto con la finalidad de asegurar las responsabilidades de carácter penal del imputado, doctrinariamente las medidas cautelares, tienen el fin de precautelar el bien común social, son ordenadas por la autoridad competente, de acuerdo a las presunciones que establezcan la responsabilidad penal en el hecho punible, haciendo posible se llegue al fin del proceso, y los infractores cumplan con sus condenas o sean absueltos, de conformidad con la ley.

El Código de Procedimiento Penal nos dice que con el fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso, para el pago de indemnización de daños y perjuicios, costas procesales al ofendido, el juez podrá dictar medidas cautelares de carácter personal, estas medidas son: la detención y la prisión preventiva. Sin embargo la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009, se agregan otras medidas cautelares de carácter personal , a parte de la detención y la prisión preventiva, entre las que se agregan es la obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares; La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas

[71] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Ob. Cit. Pág. 68.

personas; La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare; La prohibición de ausentarse del país; Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos; 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; 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; 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; 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, regla 6° del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia; La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare; El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial. De acuerdo a las ultimas reformas al Código de Procedimiento Penal, en ningún momento desaparecen las medidas cautelares de carácter personal, como la detención y la prisión preventivas, las mismas siguen vigentes, sino que se trata de incrementar otras medidas son una alternativa a la prisión preventiva, pero no es que desaparece en su totalidad, más bien la ley le da la facultad al Juez de Garantías Penales para que en el cualquier momento la suspenda, la vuelva nuevamente a dictar esta medida de carácter personal, de esta forma consideramos que la libertad de una persona se encuentra en juego.

En ningún momento se impondrá medidas cautelares no previstas en el Código de Procedimiento Penal.

[72] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Diccionario Ruy Díaz. Colombia. 2005. Pág. 97.

La ley enmarca el pago de indemnización de daños y perjuicios y costas procesales, pero es necesario explicar que cuando se trata de responsabilidad penal para poder demandar la indemnización civil de los perjuicios derivados del delito se debe esperar que el Juez de Garantías Penales declare la culpabilidad de las personas imputadas, y esto sucede únicamente con la declaratoria de responsabilidad penal, no se puede demandar mientras no exista una sentencia condenatoria firme que declare al acusado como autor de tal delito.

Lo importante es velar por la vida de los seres humanos, la integridad personal, la inviolabilidad de la vida para lo cual el Estado a través de sus Autoridades competentes podría acogerse a una de las garantías constitucionales que es la prisión preventiva, medida cautelar que tiene que aplicarse conforme a los requisitos establecidos en la ley. Lo razonable es que no se lesione el derecho a la libertad individual o personal, como la garantía a la presunción de inocencia al imputado.

Las medidas cautelares de carácter personal son: la detención, la prisión preventiva; y las que hemos señalado anteriormente, la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, deroga en su totalidad la aprehensión

Las medidas de carácter real señaladas en el Código de Procedimiento Penal son: la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo. Sin embargo la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, la extingue a la medida cautelar de carácter real de la **prohibición de enajenar** y en la actualidad constan las siguientes: Las medidas

cautelares de orden real son: el secuestro; La retención; y, el embargo. Nos parece que el asambleísta le dio más prioridad como medida cautelar al embargo, ya que esta medida es única, no pueden existir algunos embargos sobre un mismo bien inmueble, pero en cambio la prohibición de enajenar se puede repetir por enésimas veces.

**2.10. 1 Medidas cautelares de carácter personal**.

1. **La detención.-** Se puede decir que la detención es la privación de libertad por breve tiempo de un individuo, contra el que existen fundadas sospechas de ser responsable de un hecho punible, o contra quien aparece que no cooperará con la Justicia en la investigación del delito.

La Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009 en el Art. **Art. 36.- dice: "**A continuación del artículo 161, añádase el siguiente artículo innumerado: **Art.…- Audiencia de calificación de flagrancia.-** El juez dará inicio a la audiencia identificándose ante los concurrentes como juez de garantías penales, señalando los derechos y garantías a que hubiere a lugar. Luego concederá la palabra al representante de la Fiscalía quien expondrá el caso, indicando las evidencias encontradas en poder del sospechoso, y fundamentando la imputación que justifica el inicio de la instrucción fiscal, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 217 de este Código. El fiscal solicitará las medidas cautelares que estime necesarias para la investigación y señalará un plazo máximo de hasta treinta días para concluir la instrucción fiscal. Acto seguido el juez de garantías penales concederá la palabra al ofendido, en caso de haberlo, al policía si lo estimare necesario, a fin de que relate las circunstancias de la detención. Luego escuchará al detenido para que exponga sus argumentos de defensa, quien lo hará directamente o a través de su abogado defensor. La intervención del detenido no excluye la de su defensor.

El juez de garantías penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia

de elementos de convicción para la exención o no de medidas cautelares. Inmediatamente, dispondrá la notificación a los sujetos procesales en el mismo acto de la audiencia. Posteriormente, el fiscal de turno, remitirá lo actuado a la Fiscalía General, a fin de que continúe con la instrucción el fiscal especializado que avoque conocimiento, en caso de haberla". Se determina que para dictar una detención debe existir una Audiencia, en donde el fiscal solicitara al Juez Garantías Penales cualquier medida cautelar y se le conceda un plazo de treinta días para concluir la instrucción fiscal, El defendido también expondrá sus motivos y realizar sus argumentos de defensa, el policía de igual manera podrá explicar el motivo de la detención, el Juez de Garantías Penales deberá concluir la audiencia resolviendo la existencia de los elementos de convicción, para dictar o no la medida cautelar de carácter personal.

Se considera que la detención no es una pena, sino que una medida que la ley autoriza disponer fundamentalmente para asegurar la persona del delincuente; sin perjuicio de que si la persona que ha sido detenida en definitiva resulta condenada a una pena privativa de libertad, los días de detención le servirán de abono.

El primer inciso del Art. 164 del Código de Procedimiento Penal sobre la detención dice: "Con el objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el Juez competente podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad"[73].

Únicamente la detención puede efectuarse mediante boleta que contendrá los siguientes elementos:

[73] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 164.

1.- Los motivos de la detención;

2.- El lugar y la fecha en que se la expide; y,

3.- La firma del juez competente.

Para que pueda cumplirse la orden de detención, la boleta será entregada a un agente de la Policía Judicial. Hay que tomar en consideración que la detención no podrá excederse de veinticuatro horas. Dentro de este lapso, de encontrarse que el detenido no ha intervenido en el delito que se investiga, inmediatamente se pondrá en libertad. De lo contrario de haber mérito para ello, se dictará auto de instrucción fiscal y de prisión preventiva si fuere procedente.

Siempre y cuando el agente realice una detención, tiene que comunicarle al detenido, cuales son sus derechos garantizados en la Constitución.

El detenido tiene derecho a conocer.

- Las razones de su detención;
- La identidad de la autoridad que ordenó la detención,
- De los agentes que la llevan a cabo y los responsables del interrogatorio,
- Derecho a permanecer en silencio,
- Solicitar la presencia de un Abogado y comunicar a un familiar o cualquier persona que indique.

**a. Personas a quienes se puede ordenar la detención.**

Las personas que pueden ser detenidas, son aquellas que han cometido un delito flagrante, o quienes después de haberse probado conforme a derecho el cometimiento del delito y la culpabilidad del imputado.

No obstante la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009., faculta que tanto agentes de la Policía Nacional y Judicial o cualquier persona puede detener a cualquier persona que se lo encuentre sorprendido en delito flagrante, si se trata de que una persona que realizo la detención, éste a su vez tiene que entregarlo a la Policía, en todo caso el detenido tiene que ser entregado ante el Juez de Garantías Penales, el fiscal dentro de las veinticuatro horas que ocurrió la detención solicitará al Juez de garantías Penales que convoque a la Audiencia Oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite.

b. **Culpabilidad del imputado**.- Se denomina imputado la persona a quien el Fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor, y acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o en contra de la cual se ha presentado una querella. Cuando hablamos de culpabilidad, nos estamos refiriendo a la partición de un sujeto en el cometimiento de un delito.

Para dictar la detención es necesario que se cumplan ciertos requisitos:

- Cuando la detención se considere indispensable para la seguridad personal del ofendido o para que no se frustren las diligencias investigatorias;
- Que se encuentre establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito;
- Que el Juez de Garantías Penales tenga fundadas sospechas para reputar a esta persona autor, cómplice o encubridor del delito en referencia. El Juez de Garantías Penales también puede ordenar la detención de testigos.
- Cuando en el lugar de perpetración de un delito se hayan encontrado varias personas reunidas al momento de la comisión de éste y el Juez de Garantías Penales estime conveniente que ninguna de ellas se separe de ese lugar hasta practicar las diligencias investigatorias que correspondan.

- Cuando la indagación del delito exija la concurrencia de alguna persona para prestar declaración o informe y ésta se negare a comparecer;
- Cuando haya temor fundado de que el testigo se oculte, se fugue o ausente y su declaración se considere necesaria para el esclarecimiento del delito y averiguación de los culpables.

**c. Orden y mandamiento de detención.-** La orden de detención es la resolución en la cual se dispone la detención y el mandamiento es la transcripción de dicha orden, a la persona que deba practicar materialmente esa detención: Es necesario de esta manera que la orden contenga las siguientes reglas.

1.- La designación del funcionario que la expide;

2.- El nombre de la persona a quien se encarga el cumplimiento, si él no es encomendado en forma genérica se determine el grupo policial;

3.- La individualización de la persona que debe ser detenido o, en su defecto, las circunstancias que lo individualicen;

4.- El motivo de la detención siempre que alguna causa grave no aconseje omitirlo;

5.- La determinación del lugar público donde deba ser conducido o si se señala al efecto la casa del imputado;

6.- La circunstancia de si debe o no mantenérsele incomunicado, y;

7.- La firma entera del funcionario y del secretario.

**d. Cumplimiento del mandamiento de detención**.- La orden de detención puede cumplirse en cualquier lugar de la República y para su cumplimiento debe observarse las siguientes normas:

- Cualquier resistencia para el cumplimiento del mandamiento se debe autorizar el empleo de la fuerza pero sólo con la finalidad de asegurar la persona que debe ser aprehendida;

- El juez puede además facultar el allanamiento de la casa respecto de la cual haya fundadas sospechas de encontrarse la persona a la que se pretende detener;
- En caso de que la persona que se pretende detener se encuentre enferma, en forma tal que no pueda ser trasladada al lugar de detención sin peligro para su vida, el juez de la causa deberá indicar las medidas especiales que deban adoptarse a su respecto; si el Juez de Garantías Penales ha desconocido esta circunstancia, el funcionario policial no llevará a cabo la detención sin darle previamente cuenta de esta circunstancia, pero adoptará las precauciones necesarias para evitar la fuga;
- Toda persona que sea detenida será llevada de inmediato al lugar de detención que se señale en el mandamiento;
- Inmediatamente después del ingreso del sujeto al lugar de detención, el encargado de éste deberá comunicarlo al juez competente; si no fuere hora de despacho, deberá hacerlo en la primera hora de la audiencia próxima;
- El juez deberá tomarle declaración al detenido dentro de las 24 horas siguientes de haber sido puesto a su disposición.

**e. La Autoridad Administrativa:** Pueden dictar la detención únicamente el Juez de Garantías Penales, pero en caso de contravenciones, también puede dictar la detención los Jueces de Contravención, anteriormente llamados como:

- Intendentes;
- Comisarías de la Policía
- Comisarías de la Mujer; y,
- Tenencias Políticas.

Estos funcionarios pueden decretar órdenes de detención siempre que se trate de los siguientes delitos;

1.-Falsificación de moneda o instrumentos de crédito;

2.- Batidas,

3- Contravenciones.

2. **La aprehensión.-** Antes de las reformas al Código de Procedimiento Penal, publicada en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009, nuestro Código de Procedimiento Penal, había instituido en su normatividad a la aprehensión, sin embargo con la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, a esta medida cautelar de carácter personal, se la suprimió, por lo que en la actualidad ya no existe la aprehensión, hoy más bien la comentamos para explicar en que consistía esta medida de carácter personal.

   Según lo manifestado por Guillermo Cabanellas de Torres la aprehensión es la, "acción o efecto de aprehender. Asimiento material de una cosa. Apropiación. Detención o captura de acusado o perseguido**"[74].**

La aprehensión es coger ha alguien, cuando se lo encuentra en delito flagrante y que sea este delito de acción pública.

El Art. 161 del Código de Procedimiento Penal anteriormente señalaba: Los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional pueden aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante de acción pública o inmediatamente después de su comisión; y la pondrán a órdenes del juez competente dentro de las veinticuatro horas posteriores. En caso del delito flagrante, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión, pero debe entregar inmediatamente al aprehendido a la policía y está, a su vez, al juez competente"[75].

De acuerdo a la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal en el **Art. 35.-** se sustituye y textualmente dice: "**Art. 161.- Detención por delito flagrante.-** Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona pueden detener, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En este último caso,

[74] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 56.

la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial.

El policía que haya privado de libertad o recibido a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el juez de garantías. El fiscal, con la presencia del defensor público, podrá proceder previamente conforme lo determina el artículo 216 de este Código, luego de lo cual el agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la detención.

Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite". La reforma hecha en el Código de Procedimiento Penal, lo que trata es que exista una Audiencia Oral y en base de la Audiencia Oral, determinar la imputación del procesado, en el cual están presentes, el fiscal, el defensor público o un Abogado particular, el procesado, el Juez de Garantías Penales.

Según el Código de Procedimiento Penal a la aprehensión no se la considera como una medida cautelar de carácter personal; sin embargo hay que tomar en cuenta que la aprehensión también se atenta contra la libertad individual. Pero la ley determina que la aprehensión puede efectuarlo exclusivamente la Policía Judicial o de la Policía Nacional. También puede realizarlo cualquier persona pero éste último tiene que entregarlo a la policía y este a su vez al juez competente. En casos de delito flagrante cualquier persona puede aprehender:

- Al que fugue del establecimiento de Rehabilitación Social en que se halle cumpliendo su condena o detenido con auto de detención o con auto de prisión preventiva
- Al imputado o acusado, en contra de quien se hubiere dictado orden de prisión preventiva, o al condenado que se encuentre prófugo.

[75] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 161.

Delito flagrante de acuerdo al Art. 162 del Código de Procedimiento Penal señala lo siguiente: "Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido"[76].

**Comentarios:** Para que exista delito flagrante y un Agente de Policía pueda detenerlo a un ciudadano que esta cometiendo un delito, éste delito tiene que ser cometido en presencia de una o más personas y si se trata de aprehenderlo después de haber cometido el delito, al inculpado se tiene que encontrarle con la evidencia del ilícito. Lo cierto es que cuando una persona se encuentra cometiendo un delito flagrante, no solo puede ser detenido por un agente, sino por cualquier persona mayor de edad, pero inmediatamente este sujeto tiene que ser puesta a órdenes de la Autoridad competente, en ningún momento se lo puede tener sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. En este caso no existe presunción de inocencia, por lo que sino se trata de una contravención, el juez que conoce de la causa, podrá dictar la prisión preventiva.

**3. Prisión Preventiva.-** Es una medida cautelar de carácter personal, que se encuentra regulado en nuestro Código de Procedimiento Penal, y para una mejor comprensión lo explicaremos en el siguiente título.

**2.10.2. Medidas cautelares de carácter real.-** Generalmente cuando el juez dicta el auto de llamamiento a juicio o la sentencia penal, se dispone también que se cumplan algunas medidas de carácter real del imputado como: la prohibición de enajenar bienes, la retención, el secuestro y el embargo.

**a. Prohibición de enajenar**.- La prohibición de enajenar fue eliminada como medida cautelar real del Código de Procedimiento Penal de acuerdo a la Ley Reformatoria del

[76] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 162.

Código de Procedimiento Penal publicada en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009. Sin embargo en el derecho civil sigue vigente esta medida de la prohibición de enajenar. Hoy la comentamos para determinar en que consistía esta medida cautelar de la prohibición de enajenar dentro del Código Adjetivo Penal, constituía una medida cautelar de carácter real y producía el efecto de que los bienes inmuebles no pueden ser vendidos, ni hipotecados, ni sujetos a gravamen alguno que limite el dominio o su goce, so pena de nulidad. Pero para que surta los efectos legales tienen que ser inscrita la prohibición de enajenar en el Registro de la Propiedad respectiva donde se encuentra los bienes del imputado.

**b. La retención.-** De acuerdo al Diccionario Ruy Díaz la retención consiste en; el derecho que tiene un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenece y debía entregar a su deudor hasta que este le pague la deuda"[77].

La retención se hará notificando a la persona en cuyo poder se encuentren los bienes que se tenga que retener, para que éste, bajo su responsabilidad, no pueda entregarlos sin orden judicial. Se entenderá que la persona en cuyo poder se ordena la retención, queda responsable, si no reclama dentro de tres días. Si el tenedor de los bienes se excusa de retenerlos, los pondrá a disposición del juez, quien a su vez ordenará que los reciba el depositario.

**c. Secuestro.-** Según Guillermo Cabanellas de Torres se considera como secuestro: "Depósito de cosa litigiosa. Embargo judicial de bienes"[78].

[77] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Diccionario Ruy Díaz. Ob. Cit. Pág. 65.
[78] CABANELLAS DE LAS TORRES. Ob. Cit. Pág. 45.

El secuestro tendrá lugar en los bienes muebles y en los frutos de los raíces, y se verificará mediante depósito. La entrega se hará por inventario, con expresión de calidad, cantidad, número, peso y medida.

**d. Embargo.-** Conforme lo señala el Diccionario Ruy Díaz, el embargo es, "la afectación, ocupación, aprehensión o retención de uno o varios bienes del deudor o presunto deudor a fin de asegurar el cumplimiento o ejecución de una sentencia. Se distinguen tres clases de embargo: preventivo, ejecutivo y ejecutorio"[79].

El embargo de bienes raíces o muebles se practicará aprehendiéndolos o entregándolos al depositario respectivo, para que queden en custodia de éste, pero los bienes prendarios continuarán en poder del acreedor ejecutante. El embargo tiene que inscribirse tanto en el Registro Mercantil o Registro de la Propiedad.

**Comentario:** Las medidas cautelares de carácter real, la retención, el secuestro, el embargo, son medidas que el Juez de Garantías Penales las ordena, previa audiencia pública, cuando en la etapa intermedia el juez considera que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio. Por lo que, el juez de Garantías Penales también deberá dictar la orden de secuestro si son bienes muebles, la retención si se trata de dinero, y el embargo si se trata de bienes raíces o muebles, para lo cual se debe precisar y singularizar; luego se tiene que ordenar la inscripción en el respectivo Registro puede ser de la Propiedad o Mercantil.

## 2.11. LA PRISIÓN PREVENTIVA.

### 2.11.1. Antecedentes históricos.

Refiriéndonos a la época prehistórica en nuestro territorio ecuatoriano se encontraban, "asentados grupos de indígenas en forma organizada, los mismos que tenían sus propias costumbres, usos y tradiciones, medios por los cuales se juzgaba ciertos actos de sus propios miembros, pero de manera primitiva de donde primaba la religión, se castigaba a los infractores de acuerdo al consejo divino de sus dioses que eran transmitido por los magos a sus caciques: las penas se aplicaban de distinta manera, si quien transgredía era un sujeto que pertenecía a una clase de castas, se aplicaba el derecho de atenuar, apelar o a ser juzgados por el Inca, la corte, las vírgenes del sol"[80]. Las leyes no eran escritas, se conservaban por medio de cantos, de esta forma aprendían los niños la ley y la historia, las que eran respetadas por ser emanadas por sus dioses y si las transgredían era un sacrilegio.

En la época colonial con la invasión de los españoles, se destruyó las costumbres, cultura indígena, su idiosincrasia, etc.; por tal motivo se cometieron muchos atropellos, abusos, injusticias los mismos que quedaban en la impunidad y para poder reclamar se tenía que viajar a Lima que resultaba sumamente costoso. "Los delitos se clasifican como en la actualidad en públicos y privados; la justicia se Administraba por el Supremo Consejo de Indias, para proteger el ordenamiento público existía una institución denominada de Santa Hermandad, que cumplía con un desempeño similar a la policía nacional en la actualidad. Las leyes se reducían a las Leyes de Indias y a las Cédulas Reales: las penas que se imponían a los infractores eran severas, entre ellas constan la multa, prisión azotes, mutilación de miembros, confiscación de bienes, destierro y muerte que consistía en

[79] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martin. Ob. Cit. Pág. 69.
[80] FERNANDEZ PIEDRA, Luis Alberto. La Detención y la Prisión Preventiva en el Ecuador. Quito. 2004. Pág. 74.

ahorcamiento"[81]. En la época republicana va tomando diferentes matices de acuerdo a la necesidad social.

En el año de 1830 en su Art. 59 de la Constitución Política de la República competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirle a la presencia del Juez. Dentro de doce
horas a lo más del arresto de un ciudadano, expedirá el juez una orden firmada, en que se expresen los motivos. El juez que faltare a esta disposición, y el alcalde que no reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria"[82].

En el año de 1839 crea la primera ley de procedimiento penal, con penas represivas, correctivas y pecuniarias, entre las que consta la reclusión en una casa de trabajo, esta pena era impuesta por el Estado, entre otras también consta la prisión en una cárcel o fortaleza o el confinamiento en estos lugares hasta la comprobación del delito.

En lo sucesivo las Constituciones han ido mejorando paulatinamente, con el
fin de garantizar a la ciudadanía y respetar los derechos que tienen las personas imputadas en un delito.

2.11.2. **Concepto.**

El hombre a lo largo de su historia ha cuidado su libertad como un derecho de carácter personal como efectivamente lo es, para eso a luchado para que el Estado sea quien le reconozca esa libertad, habida cuenta que la libertad cuantas veces ha sido lesionada por toda clase de personas pudientes en lo económico y en el poder estatal, pero la incansable perseverancia del ser

[81] FERNANDEZ PIEDRA, Luis Alberto. Ob. Cit. Pág. 74.

[82] FERNANDEZ PIEDRA, Luis Alberto. Ob. Cit. Pág. 76.

humano logró que en la Ley Suprema sea impregnado este derecho humano, por lo que hoy se encuentra regulada en la Constitución de la República del Ecuador, la misma que reconoce la libertad y la inocencia de todo persona, mientras no exista una sentencia condenatoria en contra de la persona, la prisión preventiva resulta ser una garantía para el agredido y se garantice la indemnización por los daños causados por el imputado, podemos considerar que la prisión preventiva es un acto procesal de carácter cautelar, provisional y preventivo, que emana del titular del órgano jurisdiccional penal y que surge en razón de un proceso; y frente al proceso, cuando se cumplen los presupuestos de carácter subjetivo y objetivo.

También se puede indicar que la prisión preventiva se ha considerado como una simple medida de seguridad con respecto a la persona del acusado. Esta medida cautelar que se encuentra regulada en la Norma Suprema, es contradictoria a la garantía de la presunción de inocencia; la culpabilidad tiene que ser declarado mediante sentencia condenatoria. De ahí que es necesario que el Juez que la dicta tenga que hacer cumplir los requisitos que señala la ley procesal penal, de lo contrario constituye un abuso a la libertad e inocencia del imputado.

El Diccionario Ruy Díaz sobre la prisión preventiva dice: “Medida de seguridad tendiente a procurar que el imputado de una conducta delictiva no escape a la acción de justicia...”[83]**.**

[83] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Diccionario Ruy Díaz. Ob. Cit. Pág. 87.

El Diccionario Jurídico Espasa de la prisión preventiva señala: “Supone la privación de la libertad del encausado durante la tramitación del proceso penal, dentro de los plazos señalados en la ley...”[84].

Así mismo según Guillermo Cabanellas de Torres señala: “Prisión preventiva, la que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución de juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito por razones de seguridad”[85].

Según la obra del doctor Luis Alberto Fernández Piedra, en cuanto a la prisión preventiva dice: “La prisión preventiva asegura la presencia del imputado a juicio, para que pueda probarse el delito y la responsabilidad del encausado, pero esta medida de privación de la libertad puede agredir a los derechos Constitucionales, a los Pactos, Tratados, y Convenios Internacionales sobre los derechos humanos del detenido, por lo tanto las leyes procesales penales deben ceñirse a las garantías de las personas”[86].

Por otro lado el Dr. Arturo J. Zavaleta explica: “Es una necesidad la que justifica el derecho del Estado de constituir al imputado en estado de prisión preventiva, esa necesidad la motiva el hecho de evitar que eluda el juicio o se sustraiga a la ejecución de la pena”[87]. **Comentario:** Haciendo un análisis de los conceptos, de Ruy Díaz, manifiesta que la prisión preventiva es una medida de seguridad para que el imputado no escape de la acción de la justicia. Si se trata de medida no es más que una disposición o prevención, ordenada por el juez, para que el procesado la cumpla y exista seguridad en el trámite del proceso, sin embargo la prisión preventiva tiene que cumplir ciertos requisitos establecidos en la ley procesal, y si no se cumple esos requisitos se esta violando la libertad individual y la presunción de inocencia.

[84] DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA EDITORIAL CALPE MADRID 2001. Pág. 49.
[85] CABANELLAS DE LA TORRES. Ob. Cit. Pág. 30.
[86] FERNÁNDEZ PIEDRA, Luis Alberto. Págs. 92, 93.

El diccionario Espasa nos señala que la prisión preventiva es la privación de la libertad durante la tramitación del proceso, situación que tiende a confundir en vista que no toda persona puede estar detenida durante la tramitación del proceso, sino que tiene que existir elementos suficiente para establecer si es no es el culpable del delito, caso contrario el imputado va estar detenido ilegalmente.

Guillermo Cabanellas nos indica que la prisión preventiva es la que se dicta durante la tramitación de una causa penal, siempre que existan sospechas en contra del detenido por delitos cometidos, cuya finalidad son razones de seguridad. Según el concepto de Cabanellas se refiere a la sospecha del imputado, y las leyes del siglo pasado se basaron en la sospecha del delincuente, no se ha mencionado de imputado, sino de delincuente, criminal, reo, hay que aludir que la simple denominación a una persona sospechosa como criminal, se le esta atribuyendo un cometimiento del delito, pues la sospecha pone en duda las libertades fundamentales del ser humano, y pone de manifiesto la ridiculez de esa persona ante la sociedad.

Según lo indica Luis Alberto Fernández Piedra, la prisión preventiva asegura la presencia del imputado a juicio, para que pueda probarse el delito y la responsabilidad del encausado. El Estado le asegura al ser humano, la libertad, en todas sus formas, pero también el propio Estado garantiza la tutela jurídica para la sociedad; la inocencia, es un derecho de carácter personal de cada individuo, pero cuando la Autoridad que es funcionario del Estado, ordena una medida cautelar para garantizar el proceso, por existir sospechas y al detenerlo, cree el Estado estar garantizando la tutela jurídica, nos encontramos en una aberración jurídica, no

[87] ZABALETA J. Arturo, LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA LIBERTAD PROVISORIA. EDITORIAL ARAYU. BUENOS

se trata de tener una persona tras la rejas, sino que se tiene que buscar alternativas para su control, y este sujeto no sea una carga para el Estado, sabemos que en las cárceles, no hay rehabilitación, sino que se educan para seguir delinquiendo.

Para Arturo Zavaleta considera que la prisión preventiva es una necesidad la que justifica el Derecho del Estado de constituir al imputado en estado de prisión preventiva. Los profesionales en la rama del derecho, según su desempeño como jueces que de una manera apresurada dictan la prisión preventiva, por lo que el imputado no le queda más que esconderse, por temor a la cárcel y quienes se encuentran como abogados en el libre ejercicio profesional, hemos tenido un concepto equivocado, por asesorar a una persona que haya cometido un delito, en que tiene que esconderse, tiene que evadir de la justicia, cuando el verdadero sentido del Estado es que la persona que ha cometido un delito se rehabilite, vuelva a la sociedad como una persona normal, reciba el tratamiento de especialistas, se le de una profesión de tipo personal, por que no decirlo, el Estado tiene que ubicarlos a estas personas en cualquier labor para que trabajen en las instituciones públicas; pero más resulta que las propias leyes denigran a estos sujetos, para que no puedan ocupar cargos públicos.

Varios tratadistas del derecho piensan que la prisión preventiva no es más que una medida para garantizar a la sociedad, con el fin de que se respete el orden jurídico- social de un Estado, pero a su vez también se considera que la prisión preventiva en un mundo contemporáneo en el que vivimos, ya no debe existir, como medida cautelar debe desaparecer. Siendo así para Winfried Hassemer dice: “Es digno de elogio que la discusión

AIRES, 1954. PÁG. 122.

acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente"[88].

Según este autor no esta de acuerdo en que se prive de la libertad a una persona que debe ser considerada inocente. En cambio, para Alberto Binder señala: "Que toda prisión preventiva, es una resignación de los principios del Estado de Derecho: No hay una prisión buena; siempre se trata de una resignación que se hace por razones prácticas y debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso... si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho, se debe tomar en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular de la prisión preventiva, solo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales- es decir si hay una mínima sospecha fundada, si se demuestra su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena"[89].

Este autor, trata de referirse a la resignación del propio Estado a través del poder penal, que al no haber otra alternativa, se tiene que concurrir a esta medida cautelar, pero no esta completamente de acuerdo con ello, por eso también recomienda, que al dictarse esta medida no exista violencia, que se respete los requisitos esenciales de la prisión preventiva , que se demuestra la necesidad que la medida se trata para evitar la fuga, que se limite temporalmente y que haya una diferenciación de la medida cautelar con una verdadera pena.

2.11.3 **Acto procesal.**

[88] HASSEMER WINFRIED. Crítica Al Derecho Penal De Hoy. Ad-Hoc, S.R.L, Buenos Aires Argentina, Primera Edición 1995. Pág. 105**.**
[89] BINDER Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. 2º. Edición. 2002. Pág. 203- 204.

Según el Diccionario de Guillermo Cabanellas de Torres acto consiste en la "manifestación de voluntad o de fuerza. Hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana. Instante en que se concreta la acción". Por otro lado según el Diccionario Ruy Díaz refiriéndose al acto dice: "Una acción, un hecho, una operación, una diligencia, un modo de obrar, un procedimiento, ya sea de una autoridad como tal o de una persona privada"[90].

La prisión preventiva constituye un acto procesal y procede de la voluntad humana con discrecionalidad y libre albedrío, es el Juez de Garantías Penales quien dicta esta medida y lo hace como garante de la Ley.

El acto procesal es una acción, un hecho, una diligencia, un modo de obrar o cualquier operación de un juez en el ejercicio de sus atribuciones.

De esta manera la prisión preventiva es un acto procesal que puede ser de carácter preventivo o provisional.

Es de carácter preventivo cuando el juez penal dicta una medida cautelar anticipándose al hecho y trata de prevenir que el imputado no escape a la acción de justicia.

Es de carácter provisional porque se trata de una medida cautelar de duración temporal y que implica una sanción

#### 2.11.4 Características de la prisión preventiva.

[90] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Diccionario Ruy Díaz. Ob. Cit. Pág. 3.

Esta medida cautelar es de carácter personal, siendo la excepción principal la libertad, la misma que es garantizada por los tratados, declarada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución de la República, así es de carácter preventiva no puede prolongarse por mucho tiempo, por eso la carta magna ha estipulado un tiempo determinado, porque se está violando la presunción de inocencia. El Estado tendría que probar durante el proceso la culpabilidad del imputado.

Las principales características de la prisión preventiva son:

a) Es facultativa,

b) Es motivada;

c) Es revocable;

d) Tiene tiempo de duración y

e) Su duración es imputable a la pena

.

**a) Facultativa.-** El Juez de Garantías Penales es la única Autoridad competente para ordenar la prisión preventiva, siempre y cuando exista suficientes motivos para efectuarlo y que reúna los requisitos determinados en la ley procesal penal.

b) **Motivada.-** Conforme lo señala el numeral 7 literal l) del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”[91].

Por lo que es necesario que la Autoridad competente que dicta la prisión preventiva, habiendo elementos suficientes para hacerlo, esta medida cautelar tiene que ser motivada y sobre todo fundamentada en derecho, de no ser así no tendría valor legal dicha medida. Con ello también establece sanciones para quienes sean servidoras o servidores y que no han observado la aplicación de disposiciones legales.

**c. Revocable.-** El Juez de Garantías Penales es el único que puede revocar la prisión preventiva que ha dictado, siempre y cuando existan los siguientes motivos:

1. Cuando se hubiere desvanecido los indicios que la motivaron;
2. Cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído;
3. Cuando el Juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva, alternativa; y,

[91] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario jurídico Elemental. Argentina. 1998. Pág. 32.

4. Cuando su duración exceda los plazos señalados en el Art. 119 del Código de Procedimiento Penal.

El Juez de Garantías Penales también puede revocar la prisión preventiva en los delitos donde se puede rendir caución o no cumplió esta prisión preventiva con los requisitos señalados en la ley.

**d. Tiempo de duración.-** De conformidad con lo señalado en el Art. 77 numeral 9º, de la Constitución de la República del Ecuador, establece: "Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos. La orden de prisión preventiva quedará sin efecto."[92].

Esta disposición suprema se encuentra en concordancia con el primer inciso del Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, en la cual menciona: "La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión"[93].

[92] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 77 (9).
[93] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 169.

**Sin embargo en el Art. 41., de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Nro. 555 del 24 de Marzo del 2009., se agrega un inciso en el** artículo 169, que prescribe:

"Producida la caducidad de la prisión preventiva, en la misma providencia que la declare el juez dispondrá que el procesado quede sujeto a la obligación de presentarse periódicamente ante el juez y la prohibición de ausentarse del país, o una sola de estas medidas si la estimare suficiente, para garantizar la inmediación del procesado con el proceso".

En resumen la prisión preventiva tiene una duración de seis meses en delitos sancionados con prisión y de un año en delitos sancionados con reclusión, tiempo que no puede excederse por ningún motivo. Empero las reformas al Código de Procedimiento Penal, determinan que producida la caducidad de la prisión preventiva, el juez dispondrá que el procesado queda sujeto a la prohibición de ausentarse del país, y presentarse periódicamente al juez, con estas medidas impuestas en el Código Adjetivo Penal, se puede señalar que la fiscalía y los Jueces de Garantías Penales, no se van a preocupar por el impulso del trámite de estos procesos penales, porque se le faculta en la propia ley al Juez, que si se produjera la caducidad, el Juez de Garantías Penales puede proponer ciertas medidas, es decir se viola el debido proceso garantizado en la Constitución de la celeridad.

La prescripción puede declararse a petición de parte o de oficio. Sin embargo el Art. 114 del Código Penal señala. "Las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de

apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conoce el proceso.

De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso"[94]. La ley faculta al Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales poner en libertad al procesado, siempre que hayan cumplido igual o mayor a la mitad del establecido como pena máxima del delito que se encuentre inculcado el sujeto.

**e. Es imputable a la pena.-** Terminado el proceso y probado el delito y la responsabilidad del inculcado, se dictará sentencia conforme a lo que establece las normas supremas y adjetivas penales, debiendo descontarse el tiempo que se ha encontrado detenido el imputado, situación que le corresponde al Juez de Garantías Penales..

#### 2.11.5 Requisitos de la prisión preventiva.

[94] CÓDIGO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudio y Publicaciones. Quito- Ecuador. 2008. Art. 114.

El autor Jorge Zavala Baquerizo emite su juicio de los requisitos de la prisión preventiva de la siguiente manera: “Los denomina objetivos sin los cuales la prisión preventiva no sería jurídicamente procedente”[95].

Pero estos requisitos tienen que ser esenciales, para que se cumpla la medida cautelar de la prisión preventiva caso contrario sería ilegal.

Según el doctor José García Falconi, acerca de los requisitos de la prisión preventiva indica: “El juez para ordenar esta medida cautelar de carácter personal debe estar completamente seguro que se ha cumplido con las formalidades y requisitos necesarios”[96].

La medida cautelar de la prisión preventiva es una medida extraordinaria, ya que para dictarla se requiere de ciertos requisitos necesarios, sin los cuales no podría llevarse a efecto esta medida, éstos requisitos se encuentran señalados en la propia ley del derecho procesal penal.

Entonces para que se dicte la prisión preventiva la Autoridad competente tiene que fundamentarse, esto se considera que el Juez tiene que establecer, asegurar y hacer firme una cosa, tienen que ligarse a nuestro ordenamiento jurídico.

Esta medida tiene que cumplir ciertas formalidades como:

- Los motivos de la detención,
- El lugar y fecha en que se expide, y

[95] FERNANDEZ PIEDRA, Luis Alberto. Ob. Cit. Pág. 109.
[96] Ibídem.. Pág. 109.

- La firma del juez competente.

La prisión preventiva tiene como finalidad garantizar la inmediación del procesado o acusado con el proceso, "La prisión preventiva es un acto procesal de carácter preventivo, provisional, y cautelar proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal, que limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso cuando, al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el juez objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarlo con la finalidad de asegurar la realización del derecho violentado por el delito"[97].

Tiene por objeto procurar el descubrimiento del delito y la responsabilidad de quien se presume lo ha cometido, sea este como autor o cómplice, con el fin de no dejar en la impunidad el delito y por ende desamparada a la sociedad. La finalidad de la prisión preventiva, tiene que ver con la causa, con el motivo por el cual se llega a dictar esta medida cautelar, dentro de un proceso penal.

Cuando el Juez de Garantías Penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

Con se anotado los tres requisitos se encuentran especificados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal; sin embargo con la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009, a partir del

[97] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge.- Ob. Cit..- Pág. 205.

numeral tercero se agrega los siguientes numerales. **"Art. 38.-** Agréguese en el artículo 167, a continuación del numeral 3, los siguientes numerales:

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

5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio"[98].

Entonces las disposiciones constitucionales, legales y procesales son claras,
la prisión preventiva únicamente debe dictarse cuando exista el nexo entre procesado y el delito. Cuando el juez se apresura, y dicta la prisión preventiva, lo único que gana es una futura pena, sin haber sentencia ejecutoriada, con ello se ha violado dos garantías propias del ser humano, la libertad individual y la presunción de inocencia, estas garantías el Estado no las ha otorgado ni las concedido, únicamente las ha reconocido, porque ni siquiera se trata de un prevaricato, porque prevaricar es violar la fidelidad, por el contrario nosotros buscamos la sanción penal, por inobservancia de las garantías constitucionales de la libertad individual y presunción de inocencia, porque el momento que el juez dicta la resolución a una persona que se encuentra detenido pagando una pena injusta, le absuelve, pero nos preguntamos de qué?. Entonces también nos preguntamos quien paga el tiempo que permaneció detenido?, quien paga el daño psicológico y el daño moral?. Claro esta que el Código Civil establece el daño moral, pero para las personas naturales y no para el Estado. Sin embargo la actual Constitución de la República en el inciso dos y tres del numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República dice: "El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de su potestad publica, estarán obligados a reparar las 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

[98] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 38.

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"[99].

La anterior Constitución de 1998 en sus artículos 20, 21 y 22 nos hace mención a lo señalado y transcrito en el inciso dos y tres del numeral 9º. del Art. 11 de la actual Constitución de la República, lo único que se agregado es la acción penal, sin embargo a pesar de existir las normas constitucionales, jamás los funcionarios actuaron apegado a la manifestado en la norma suprema ni la legal, por ello es necesario la sanción penal por violación de la libertad individual y la presunción de inocencia. A pesar de las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal, en ninguna de las disposiciones se garantiza la libertad y la presunción de inocencia, porque la medida cautelar de carácter personal sigue vigente en las condiciones y formas que siempre ha existido, , tanto en la parte gramatical y redacción no ha cambiado, más bien se agregado otros numerales que no garantizan la presunción de inocencia y de la libertad, la ley reformatoria sigue manteniendo el término indicios suficientes, pero la ley debe ser más clara y enfocar que únicamente puede dictarse prisión preventiva cuando el procesado sea extranjero, o cuando el procesado sea reincidente, y que las medidas no privativas, únicamente han servido para entorpecer el desarrollo del proceso, hay que considerar que los elementos de contemporaneidad de la prisión preventiva no son tan novedosos, sino que dichos elementos ya existieron en el mismo Código de Procedimiento Penal, y que ahora simplemente lo que se trata es de agrupar en una sola disposición..

Por otro lado a continuación del Art. 167 y de acuerdo a la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de marzo del

[99] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 11 # 9

2009 se agrega otro artículo inmunerado que señala: **"Art. 39.-** A continuación del artículo 167 agréguese el siguiente artículo innumerado:

**Art….-** La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada. Si el juez de garantías penales resuelve no ordenar la prisión preventiva, y se estableciera que la libertad del procesado puede poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica del ofendido, testigos o de otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de amparo previstas en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal. Si se trata de delitos sexuales o de lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas de amparo adoptadas por la Fiscalía, el juez de garantías penales prohibirá que el procesado tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o algún miembro de su familia.

Toda medida de prisión preventiva se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria, en la misma que el juez de garantías penales resolverá sobre el requerimiento fiscal de esta medida cautelar, y sobre las solicitudes de sustitución u ofrecimiento de caución que se formulen al respecto. En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción, o el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, en la forma y términos previstos en este Código"[100].

Según esta disposición se exige que toda medida cautelar de carácter personal como la prisión preventiva, tiene que realizarse en Audiencia. Pero no es que por el hecho de realizarse una Audiencia para dictar la prisión preventiva, ya esta garantizada la presunción

[100] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 39.

de inocencia y el derecho a la libertad, lo que se trata es que se cumple el debido proceso en su totalidad, pero el momento que el Juez de Garantías Penales proceda a dictar la medida cautelar de la prisión preventiva, a pedido del fiscal, tendrá más razones para que sea sancionado penalmente, cuando no se ha cumplidos los requisitos señalados en el Art. 167 y su agregado a la disposición del 167 del Código de Procedimiento Penal y a la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal.

### 2.11.6 Actuación del Fiscal.

El Fiscal como representante de la Fiscalía General del Estado, le corresponde conocer los casos en los delitos de acción pública y dirigir la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los Jueces de Garantías Penales y Tribunales de Garantías Penales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Entre una de las atribuciones del fiscal consta el de solicitar al Juez de Garantías Penales que dicte las medidas cautelares, personales y reales que el fiscal considere oportunas. El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado por el Juez de Garantías Penales competente, por propia decisión o a petición del fiscal y este debe contener:

1. Los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;
2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva,
3. La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior; y,

**4.** La cita de las disposiciones legales aplicables.

El Fiscal no tiene la facultad de dictar la prisión preventiva, porque no corresponde al órgano jurisdiccional, sino que tiene que solicitarlo al juez. El único responsable de la prisión preventiva es el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales.

#### 2.11.7 Procedencia de la medida.

La medida cautelar de la prisión preventiva es procedente porque emana del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Penal, es decir no se trata de un acto inconstitucional o ilegal, sino que se enmarca dentro de la Legislación penal ecuatoriana. Esta medida es procedente siempre que se trate de delitos sancionados con penas que pasen de un año y que sean de acción pública.

Según el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, establece la sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas; conforme lo señala la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009 dice: "Art**. 171.- Revisión.-** El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:

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

Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de sesenta años de edad, o una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen. Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio. Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar. Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto.

El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Policía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica. Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución. El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar. La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de

Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales"[101].

La prisión preventiva no puede sustituirse o derogarse, cuando se trate de delitos de administración pública y cuando ha existido muerte de una o más personas, en los delitos de violación y de odio,

### 2.11.8 Revocatoria.

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

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;
2. Cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído;
3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva; y,
4. Cuando su duración exceda los plazos previstos, señalados en el Art. 77 numeral 9º. , de la Constitución de la República del Ecuador, y el Art. 169, del Código de Procedimiento Penal.

Se suspenderá la prisión preventiva cuando el imputado o acusado ha rendido caución. Se suspenderá los efectos del auto de prisión preventiva, cuando el imputado rindiere caución a satisfacción del juez competente, la caución puede consistir en: dinero, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera.

La caución no es admisible para los delitos sancionados con reclusión; cuando el procesado hubiera sido condenado anteriormente por delito de acción pública y cuando el procesado o acusado por cualquier motivo hubiese ocasionado la ejecución de la caución en el mismo

101 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 171.

proceso. La ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal Publicado en el Registro Oficial Nro.555 de fecha 24 de Marzo del 2009, para determinar la caución el Juez de Garantías Penales, deberá aceptarla previa audiencia pública conforme lo señala el "**Art. 176.- Caución.-** La procedencia y monto de la caución se discutirá en audiencia pública. El monto deberá ser suficiente para garantizar la presencia del procesado al juicio; para el efecto se tomará en cuenta las circunstancias personales del procesado y el delito de que se trate. En ningún caso el monto establecido podrá ser inferior al de los daños y perjuicios ocasionados al afectado, donde entre otros rubros se calcularán los daños personales y económicos sufridos, los ingresos que ha dejado de percibir fruto del delito causado, el patrocinio legal, el daño causado a su núcleo familiar y el tiempo invertido por parte del afectado.

El juzgador podrá negar el pedido de caución cuando por la gravedad del caso, el interés público o el incentivo de fuga, considere que no procede.

El fiscal, el ofendido o el procesado, pueden apelar de la resolución judicial,

si consideran que el monto fijado no corresponde a las circunstancias procesales. La apelación se concederá en efecto devolutivo"[102].

La caución es más estricta para el procesado y lo que se busca que el monto a fijarse trate de cubrir los daños ocasionados en los bienes y en la familia, el pago de la defensa, los frutos que dejo de percibir por eso daño, pero a su vez se permite la apelación, pero en efecto devolutivo. Es decir se esta dando mayor seguridad de esta manera a la sociedad que ha sufrido el delito.

[102] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 176.

Cuando la caución fuere hipotecaría, la solicitud debe ser presentada ante el Juez de la causa, acompañando certificado del Registro de la Propiedad del cantón donde tuviere los bienes el garante y el certificado del avalúo municipal correspondiente.

Cuando se trate de caución prendaría, la solicitud estará acompañada de los documentos que acrediten el dominio saneado del bien ofrecido en prenda. Las garantías otorgadas por las instituciones financieras no requieren de escritura pública.

La garantía pecuniaria debe ser consignada el valor en efectivo o cheque certificado. Vencido los plazos previstos en el numeral cuatro, no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva.

**2.11.9. Competencia.**

Las Autoridades que tienen competencia para dictar la prisión preventiva son las siguientes**.** El Juez Garantías Penales, Tribunales de Garantías Penales, Juez de Tránsito, Juez Fiscal, Juez de Aduanas, Juzgado de la Niñez y la Adolescencia. Es decir funcionarios de los organismos jurisdiccionales.

**2.11.10. Caducidad de la prisión preventiva.**

La Constitución de la República del Ecuador en el numeral 9º, del Art. 77, establece: La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del Juez de Garantías Penales, sin embargo como ya dijo anteriormente, aunque caduque la prisión preventiva, el Juez de Garantías Penales, puede adoptar otras

medidas, como la prohibición de salida del país, o la obligación de presentarse periódicamente el proceso ante el Juez de Garantías Penales..

En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.

### 2.11.11. Sustitución de la prisión preventiva.

La Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009, para que exista la sustitución de la medida cautelar de la prisión preventiva se necesita que concurran hechos nuevos y desvanezcan los motivos de la prisión de la libertad, conforme lo señala el **Art. 171.- que dice: "Revisión.-** El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:

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

Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de sesenta años de edad, o una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen.

Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio. Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar.

Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto.

El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Policía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica. Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución. El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar. La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales"[103].

Al Juez de Garantías Penales no sólo la ley le faculta para sustituir la prisión preventiva, sino que le faculta volver a dictarla, si existen nuevos elementos

## 2.12. EL SOBRESEIMIENTO.

### 2.12.1. Conceptos:

Según el diccionario de Ruy Díaz acerca del sobreseimiento señala: “La cesación en el procedimiento criminal contra un reo. En cualquier estado en que aparezca inocente el procesado se sobreseerá respecto a él declarando que el procedimiento no le produce ningún perjuicio en su buen nombre y honor. Asimismo sobreseerá el juez si terminado el sumario viere que no hay mérito para proseguir las actuaciones”[104].

Por otro lado, según el Diccionario Espasa señala: “En sentido estricto, sobreseimiento es, en el proceso penal resolución judicial que en forma de auto, puede dictar el juez después de la fase de instrucción, produciendo la terminación o la suspensión del proceso por faltar los elementos que permitirían la aplicación de la norma penal al caso, de modo que no tiene sentido entrar en la fase de juicio oral”[105].

En tanto que Guillermo Cabanellas dice: acerca del sobreseimiento: “Suspensión del sumario o del plenario en el procedimiento criminal”[106]. De los conceptos descritos debemos indicar que el sobreseimiento es la cesación en el procedimiento penal contra un imputado. En cualquier estado en que aparezca inocente el procesado se sobreseerá respecto a él.

Concluida la Instrucción Fiscal y luego de la Audiencia Preliminar, el juez debe pronunciarse. Este pronunciamiento del juez puede ser el auto de llamamiento a juicio o el sobreseimiento en sus diferentes clases y según el caso, estas diligencias se cumplen en la Etapa Intermedia y únicamente por el juez de la causa y en base del dictamen del fiscal, dictará el auto de llamamiento a juicio o el sobreseimiento que considere necesario.

---

[103] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 171.
[104] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Ob. Cit. Pág. 54.

Según el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal señala sobre el Auto de llamamiento a juicio lo siguiente: "**Art. 232.- Auto de Llamamiento a Juicio.-** Si el juez de garantías penales considera que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio, iniciando por pronunciarse sobre la validez del proceso. En el mismo auto deben incluirse los siguientes requisitos:

1.- La identificación del procesado;

2.- La determinación del acto o actos punibles por los que se juzgará al procesado, así como la determinación del grado de participación, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión y la cita de las normas legales y constitucionales aplicables;

3.- La aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación; y,

4.- Los acuerdos probatorios que hayan convenido los sujetos procesales y aprobados por el juez de garantías penales.

Las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio.

---

[105] DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Editorial Calpe Madrid 2001**.** Pág. 31.

En los siguientes tres días posteriores a que se encuentre ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio, las partes procesales presentarán ante el juez de garantías penales la enunciación de la prueba con la que sustanciarán sus posiciones en el juicio. El juez de garantías penales remitirá esta información al tribunal de garantías penales.

El auto de llamamiento de juicio, conjuntamente con el acta de la audiencia y los anticipos probatorios, serán los únicos enviados al tribunal de garantías penales y el expediente será devuelto al fiscal"[107].

En el Art. 232 que ha sido sustituido por la Ley Reformatoria del Código de Procedimiento Penal, se determinas que el juez de garantías penales debe pronunciarse sobre la validez del juicio, de igual forma, puede dictar una medida de carácter personal, sustituirla o renovarla Si el juez considera que los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio.

El auto de llamamiento a juicio sólo debe dictarse de los resultados de la instrucción fiscal y que hayan presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y la participación del imputado. Si de los resultados de la instrucción fiscal no ameritan el auto de llamamiento a juicio, deberá archivarse el proceso, o si al tiempo de dictarse el auto de llamamiento a juicio, el acusado estuviere prófugo, el juez después de dictado el auto, ordenará la suspensión de la etapa del juicio hasta que sea aprehendido el encausado o se presente voluntariamente. Claro esta que si los imputados fueren varios, la causa se substanciará con los que estén presentes. Cuando el imputado a rendido caución, se notificará al garante con el auto de llamamiento a juicio, a fin de que haga comparecer al garantizado.

---

[106] CABANELLAS DE LAS TORRES. Guillermo. Ob. Cit. Pág. 19.

[107] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 232.

En nuestra legislación procesal penal en su Art. 240 señala que el sobreseimiento puede ser:

1. “Provisional del proceso y provisional del imputado;
2. Definitivo del proceso y definitivo del imputado; y,
3. Provisional del proceso y definitivo del imputado.”[108].

**2.12.2. Sobreseimiento Provisional.-** El sobreseimiento provisional del proceso, o de ambos, lo dicta el Juez de Garantías Penales cuando considera que los elementos en los que el fiscal ha sustentado la presunción de existencia del delito o la participación del imputado no son suficientes, por lo tanto no puede continuarse con la Etapa del Juicio. Le toca al Juez de Garantías Penales valorar lo actuado en la instrucción fiscal, esa valoración siempre deberá estar inmersa a la existencia del delito y la responsabilidad del imputado; si no hay méritos suficientes, si no existen los argumentos necesarios no se puede continuar con el proceso, no se llega a la Etapa del Juicio.

El sobreseimiento provisional del proceso suspende la sustanciación del mismo durante cinco años, mientras que el sobreseimiento provisional del imputado la suspende por tres años. Los plazos se cuentan a partir de la expedición del respectivo auto de sobreseimiento.

Puede suceder que dentro de los plazos señalados el fiscal basándose en nuevas investigaciones podrá formular una nueva acusación. Si en el tiempo

indicado no acusa el juez debe dictar sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, a petición de parte o de oficio.

**2.12.3. El sobreseimiento definitivo.-** En lo concerniente al sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado se da cuando el juez concluya que los hechos no constituyen delito, o que los indicios existentes nos permiten presumir de la no existencia de la infracción. Se trata de dos situaciones diferentes: En primer lugar cuando el hecho como tal no es delito, no está tipificado como infracción en la ley penal; en segundo lugar, cuando los indicios no nos llevan luego del proceso lógico a presumir la existencia de la infracción, siendo de esta manera, si no se ha demostrado la existencia de la infracción, no es posible juzgar al autor del delito, por ello es definitivo del proceso e imputado.

También el juez debe dictar auto de sobreseimiento definitivo tanto del proceso como del imputado, si se encuentran causas de justificación que le eximan de responsabilidad. Aunque exista la infracción, el acto del imputado se halla justificado; se trata de un acto típico, pero no antijurídico.

Si el juez, en cambio concluye que hay elementos suficientes para presumir la existencia del delito, pero por el contrario no existen indicios de responsabilidad del imputado, debe dictar auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del imputado. No se puede concluir con el proceso por cuanto pese a que si hay la existencia del delito, no existen fundamentos

[108] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley Cit. Art. 240.

para juzgar al imputado; de allí entonces que provisionalmente se sobresee al proceso, pero definitivamente al imputado.

En conclusión el Juez dicta sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, cuando concluye que de los hechos no constituyen delito, o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción. De igual manera el juez dicta sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, si encuentra que se han establecido causas que justifiquen o eximan de responsabilidad al imputado.

**2.12.4. El sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del acusado.-** Este es dictado cuando el juez, concluye que los elementos que permiten presumir la existencia del delito son los suficientes; pero no existen indicios de responsabilidad del imputado o también se puede dar el sobreseimiento por falta de acusación cuando el fiscal se ratificare en su dictamen absolutorio, que puede ser provisional o definitivo del proceso o del imputado.

**2.12.5. Calificación de la denuncia.-** Siempre que el juez dicte sobreseimiento definitivo debe pronunciarse respecto de si la denuncia o la acusación particular si ha sido maliciosa o temeraria.

Por la temeridad, el sentenciado deberá responder por las costas judiciales como los daños y perjuicios; si la denuncia es calificada de maliciosa, el denunciante responderá por lo previsto en el Art. 494 del Código Penal donde señala que: “Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y

multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren propuesto una acusación judicial, o hecho denuncia, que no hubiesen sido probadas durante el juicio"[109].

De acuerdo a lo establecido en la disposición transcrita anteriormente, todos los ciudadanos ecuatorianos o extranjeros que presenten denuncias o acusaciones particulares y si las mismas no han sido probadas, la ley los sanciona con pena de prisión, empero estas penas son susceptibles de fianza, sin embargo se considera que debe existir un aumento a estas penas, porque de comprobarse denuncias o acusaciones falsas no solo perjudican al Estado, sino también a la sociedad.

Es importante resaltar lo que manifiesta el Art. 245 del Código de Procedimiento Penal que señala: "El juez que dicte sobreseimiento definitivo declarará si la denuncia o la acusación particular han sido temerarias o maliciosas. El condenado por temeridad pagará las costas judiciales, así como la indemnización por daños y perjuicios. En caso de que el Juez también las hubiere calificado de maliciosas, el acusador o el denunciante responderán, además, por el delito previsto en el Art. 494 del Código Penal.

Cuando al condenado se le exige el pago de las costas judiciales, hace referencia al pago de los gastos efectuados por el perjudicado. Y cuando la ley obliga la indemnización por daños y perjuicios es por el mal causado a la persona ofendida.

[109] CÓDIGO PENAL. Ley Cit. Art. 494.

### 2.12.6. Efectos del sobreseimiento:

Si el Juez de Garantías Penales dicta auto de sobreseimiento provisional o definitivo del proceso o del imputado, se revocará el auto de prisión preventiva y se ordenará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de que se vuelva a ordenar la prisión en caso de ser revocado dicho auto o en caso de ser provisional y aparecieren nuevos cargos contra el imputado.

El sobreseimiento definitivo del proceso da fin al juicio e impide que se inicie otro por el mismo hecho. El sobreseimiento definitivo del imputado impide que el imputado sea en lo posterior acusado por el mismo hecho o en otros que inicien por el mismo asunto.

El sobreseimiento provisional del proceso suspende la sustanciación del mismo por el lapso de cinco años, y el sobreseimiento provisional del imputado suspende el proceso por tres años, plazo contado a partir de la fecha respectiva del auto de sobreseimiento. Dentro de este plazo y sobre las bases de nuevas investigaciones, el Fiscal podrá formular una nueva acusación, en caso de no darse esto el Juez dictará auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado a petición de parte o de oficio, contemplando lo previsto en el Art. 245 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la calificación de la denuncia y de la acusación.

## 2.13. ESTUDIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Según el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano para que el juez dicte la prisión preventiva tiene que cumplirse con los requisitos:

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

2.- Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,

3.- Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año"[110].

**Comentario:** De acuerdo a la disposición antes citada la prisión preventiva puede darse para **garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena.** Sin embargo para que el juez ordene la prisión preventiva es necesario que se cumplan los tres requisitos fundamentales que exige la ley, de tal manera que si no existen estos tres elementos, el juez no podrá dictar la prisión preventiva; empero la ley no determina de manera clara y concreta cuales pueden ser los indicios suficientes sobre un delito de acción pública, ni tampoco se precisa cuales son los indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito, por eso es que el juez en la brevedad posible dicta la prisión preventiva, violando la garantía constitucional de la libertad individual y la presunción de inocencia, los mismos que se encuentran determinados en la Constitución de la República del Ecuador.

**2.13.1.- El Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela**.- El Artículo 259 del **Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela** establece que el juez de control, a solicitud del Ministerio Público podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:

1º. "Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita;

2º. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible;

3º. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación"[111].

En todo caso que el imputado sea aprehendido, deberá ser puesto a la orden del juez para que éste decida, después de oírlo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, sobre la libertad o la privación preventiva de ella, cuando el Ministerio Público solicite la aplicación de esta medida.

Decretada la privación preventiva judicial de libertad durante la fase preparatoria, el fiscal deberá presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, a más tardar dentro de los veinte días siguientes a la decisión judicial.

---

[110] CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 167
[111] CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. Art. 259.

Vencido este lapso sin que el fiscal haya presentado la acusación, el detenido quedará en libertad, mediante decisión del juez de control, quien podrá aplicarle una medida sustitutiva.

**Comentario:** El Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela, nos señala que para que se dicte la prisión preventiva es necesario que la acción no se encuentre prescrita y que el hecho punible merezca pena privativa de libertad. Otro requisito de que trata el Código Adjetivo Procesal Penal Venezolano, es igual a la norma jurídica del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano y se exige que para que se dicte la prisión preventiva debe existir fundados elementos de convicción, pero no se especifica cuales son estos elementos de convicción El siguiente requisito es que debe haber una presunción razonable, esto nos hace comprender , que queda al libre albedrío del juez o a la sana crítica del juez, para dictar esta medida cautelar; pero la ley precisa de la mejor manera en el cual señala que esta presunción razonable puede darse cuando exista peligro de fuga o la obstaculización en la búsqueda de la verdad de un acto concreto de la verdad.

**2.13.2.- Código de Procedimiento Penal Chileno.-** El Art. 255 del **Código de Procedimiento Penal Chileno** señala: El juez que instruye un sumario podrá decretar la detención:

1. “Cuando estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, tenga el juez fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor a aquel cuya detención se ordene;

2. Cuando en el lugar de la ejecución de un delito se encontraren reunidas varias personas en los momentos en que haya sido perpetrado y el juez crea necesario o conveniente que ninguna de ellas se separe de dicho lugar hasta practicar las diligencias indagatorias que correspondan;

3. Cuando la indagación del delito exigiere la concurrencia de alguna persona para prestar informe o declaración y ésta se negare a comparecer; y,

4. Cuando hay temor fundado de que el testigo se oculte, se fugue o se ausente y su disposición se considerare necesaria para el esclarecimiento del delito y averiguación”[112].

**Comentario:** El Código de Procedimiento Penal Chileno establece que entre uno de los requisitos para que el juez dicte la prisión preventiva debe estar

establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. Esto quiere decir que los llamados elementos de convicción se han probado fehacientemente.

[112] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO. Art. 255.

El siguiente requisito que exige el Código de Procedimiento Penal Chileno, para dictar la prisión preventiva es cuando en el lugar de la ejecución de un delito se encontraren reunidas varias personas en los momentos en que haya sido perpetrado y el juez crea necesario o conveniente que ninguna de ellas se separe de dicho lugar hasta practicar las diligencias indagatorias que correspondan; de acuerdo a este requisito es con el fin de buscar y averiguar el imputado que ha cometido el delito, así como también se podrá recabar información más precisa del culpable.

Otro requisito para dictar la prisión preventiva que señala el Código de Procedimiento Chileno es cuando la indagación del delito exigiere la concurrencia de alguna persona para prestar informe o declaración y ésta se negare a comparecer; Según este requisito la finalidad no es cumplir una pena sino, prestar un informe o declaración que es indispensable en la indagación del delito.

El último requisito para dictar la prisión preventiva de acuerdo al Código de Procedimiento Chileno es cuando hay temor fundado de que el testigo se oculte, se fugue o se ausente y su disposición se considerare necesaria para el esclarecimiento del delito y averiguación: Este requisito se emerge únicamente cuando el testigo trata de fugarse y es fundamental para el esclarecimiento del delito.

**2.13.3.- Código de Procedimiento Penal Colombiano.- El Código de Procedimiento Penal Colombiano** en el Art. 397 sobre la prisión preventiva señala: (De la detención). La detención preventiva procede en los siguientes casos:

1. “Para todos los delitos de competencia de jueces regionales,

2. Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión preventiva cuyo mínimo sea o exceda de dos años,

3. En los siguientes delitos: Cohecho propio, cohecho impropio, enriquecimiento ilícito, prevaricato por acción, receptación, fuga de presos, favorecimiento de la fuga, fraude procesal, incendio, provocación de inundación o derrumbe, siniestro o daño de nave, pánico, falsificación de moneda nacional o extranjera, tráfico de moneda falsificada, emisiones ilegales, acaparamiento, especulación, pánico económico, ilícita explotación comercial, privación ilegal de la libertad, constreñimiento para delinquir, fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, lesiones personales con deformidad, lesiones personales con perturbación funcional, lesiones personales con perturbación psíquica, lesiones personales con pérdida anatómica, hurto agraviado.

4. Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión,

5. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

6. Cuando el sindicado, injustificadamente no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que le imponga o del que resuelva el recurso de reposición o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.

7. En el caso de lesiones culposas previstas en los artículos 333, 334, 335, 336 del Código Penal, cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho"[113].

**Comentario:** El Código de Procedimiento Penal Colombiano no establece en forma concreta los requisitos para dictar la prisión preventiva; pero se específica la clase de delitos que se puede dictar la prisión preventiva, lo que

[113] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. Art.397.

no ocurre con nuestro Código de Procedimiento Penal ecuatoriano; claro esta que el último requisito del numeral tercero del Art. 167 de nuestro Código de Procedimiento Penal, nos señala que para que se dicte la prisión preventiva, el delito tiene que ser superior a un año, sin determinar cuales son estos delitos dejando el camino abierto para que el Juez de acuerdo a su sana crítica vea la necesidad de dictarla cuando estime conveniente. Lo

más importante del Código de Procedimiento Penal Colombiano, al tratar sobre la detención, el juez puede dictarla cuando son delitos graves como: cohecho propio, cohecho impropio, enriquecimiento ilícito, prevaricato por acción, receptación, fuga de presos, favorecimiento de la fuga, fraude procesal, incendio, provocación de inundación o derrumbe, siniestro o daño de nave, pánico, falsificación de moneda nacional o extranjera, tráfico de moneda falsificada, emisiones ilegales, acaparamiento, especulación, pánico económico, ilícita explotación comercial, privación ilegal de la libertad, constreñimiento para delinquir, fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, lesiones personales con deformidad, lesiones personales con perturbación funcional, lesiones personales con perturbación psíquica, lesiones personales con pérdida anatómica, hurto agraviado. Con esto pensamos que en verdad el Juez esta administrando la verdadera justicia, porque cuando se trate de delitos menos graves, se los puede reemplazar con otra medida cautelar distinta a la prisión preventiva, pero el Juez debe dictarla en caso de delitos graves para garantizar que estos ciudadanos no se fuguen y soliciten asilo en otro país, luego aparezcan como perseguidos políticos,

cuando en nuestro país tienen que responder ante la Justicia por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, pero estos imputados no se encuentran cumpliendo ninguna pena.

# CAPÍTULO TERCERO

# METODOLOGÍA

## 3.1. HIPÓTESIS.

Los jueces de lo penal abusan de la prisión preventiva, lesionando las garantías constitucionales de la libertad individual y la presunción de inocencia

## 3.2 OPERATIVIZACIÓN DE VARIABLES DE LA HIPÓTESIS.

| OPERATIVIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **CATEGORIAS** | **CONCEPTO** | **VARIABLES** | **INDICADORES** | **ÍNDICES** | **SUB-ÍNDICES** |
| **1. PRISIÓN PREVENTIVA** | Medida cautelar tendiente a procurar que el imputado de una conducta delictiva, no escape a la acción de la justicia. | **1.1.Medida cautelar** | 1.1.1. Personal. | 1.1.1.1. Autoridad Competente. | 1.1.1.1.1. Juez Penal. |
| | | | 1.1.2. Real | | |
| | | **1.2. Acto procesal.** | 1.2.1. Preventivo | 1.2.1.1. No escape a la acción de justicia. | 1.2.1.1.1 Proceso |
| | | | 1.2.2. Provisional | 1.2.2.1. Prevé sanciones | 1.2.2.2. Conforme a la Ley. |
| **2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES** | Derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos. | **2.1. Libertad Individual** | 2.1.1. Interna | 2.1.1.1 Propio del ser humano. | 2.1.1.1.1 Costumbres |
| | | | | | 2.1.1.1.2. Culturas |
| | | | | | 2.1.1.1.3. Ideologías |
| | | | 2.1.2. Jurídica | 2.1.2.1. Libre Albedrío. | 2.1.2.1.1. Libertad. |
| | | | | 2.1.2.2. Límites | 2.1.2.2.1. Ley |
| | | **2.2. Presunción de Inocencia.** | 2.2.1. Principio Fundamental. | 2.2.1.1.Constitución. | 2.2.1.1.1. Normas |
| | | | 2.2.2. Derecho Subjetivo. | 2.2.2.1. Ley procesal penal. | 2.2.2.1.1. Sentencia Ejecutoriada |
| | | | | 2.2.2.2. Facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico de la personas. | 2.2.2.2.1. Interés de carácter lícito. |
| | | | 2.2.3. Garantías del Debido Proceso | 2.2.3.1. Juez Garante. | 2.2.3.1.1. Defender los Derechos Humanos. |
| | | | | 2.2.3.2. Tutela Jurídica. | |

### 3.3. MÉTODOS Y TÉCNICAS.

En la ejecución del presente trabajo de investigación utilizamos la metodología de la investigación científica que nos permite seguir la secuencia pertinente para la obtención respectiva de la información, análisis e interpretación jurídica de los hechos establecidos. Para el efecto los métodos que aplicaremos son: el inductivo, deductivo, analítico - sintético y dialéctico, los mismos que nos sirvieron para desarrollar el proyecto investigativo y concretamente llegar a la verificación de la hipótesis a fin de obtener nuevos conocimientos.

Para recopilar la información recurriremos a las técnicas de investigación bibliográfica y documental a través del empleo de fichas bibliográficas y mnemotécnicas, las que nos sirvieron de consulta para el desarrollo de la investigación, de las que obtuvimos datos pertinentes que nos permitieron un verdadero conocimiento científico de los hechos jurídicos relacionados con el problema objeto de la investigación.

Realizamos un estudio de siete casos de los delitos de acción pública oficial donde el Juez de Garantías Penales ha privado arbitrariamente de la libertad a personas inocentes pues luego se ha dictado sobreseimiento, se hecho la revisión de 7 casos en los juzgados penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja. Para el desarrollo del trabajo de campo utilizamos las técnicas de la encuesta y la entrevista que es aplicada a Magistrados, Jueces Penales, hoy denominados Jueces de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja en una muestra de diez personas y encuestas en una muestra de 30 profesionales del Derecho, cuyos resultados fueron aprovechados para establecer criterios sobre la necesidad de determinar una propuesta de alternativas.

### 3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA.

La población a investigar que hemos seleccionado forma parte de las siguientes instituciones que tienen relación con nuestro objeto de estudio así: Los Tribunales de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, Jueces de Garantías Penales y Fiscales de Loja y Doctores en Jurisprudencia en libre ejercicio de la profesión.

La muestra extraída para el trabajo de campo es la entrevista a diez profesionales del Derecho entre ellos, Presidente del Tercer Tribunal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, Fiscales del Distrito de Loja, Estudiantes de Maestría en Ciencias Penales, Docentes y Autoridades del Área Jurídica Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja. Mientras que la encuesta fue aplicada a treinta profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

### 3.5. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.

#### 3.5.1. Investigación de Casos.

Es necesario precisar que los siete casos judiciales que se analizan son relativos a delitos de acción penal pública y fueron facilitados por el Juzgado Segundo de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

**Caso No. 1**
**Datos Referenciales.**
Expediente **No. 084-2005**
Delito: **Violación**

Infractor: **R. N. C. F.**
Agraviada menor de edad: M**. L. A. O.**
Juzgado de Origen: **Juzgado Segundo de lo Penal de Loja.**
Estado del Proceso: **Sobreseimiento Provisional del Proceso y Definitivo del Imputado.**

**Versión del Caso:** Con fecha 15 de Diciembre del 2005, el señor Agente Fiscal procede a dar inicio a la indagación previa del hecho presumiblemente punible de violación a la menor de 14 años de edad **M.L.A.O,** quien había sido objeto de violación sexual por parte de su padrastro el señor **R.N.C.F**. el hecho delictivo se ha producido el mes de febrero del 2005 en circunstancias en que la menor estaba durmiendo en su cuarto de su domicilio y en horas de la madrugada el presunto responsable aprovechándose de su superioridad física, ha procedido a someterla a la fuerza a la menor, tapándole la boca con la mano para evitar que pida auxilio y ha consumado su abuso sexual, luego de lo cual la a intimidando con amenazas de muerte en caso de que cuente lo sucedido. Debido a las circunstancias emocionales vividas y por motivo de compartir el mismo techo con su padrastro la menor no había contado a nadie de lo sucedido. A los pocos meses la menor le había contado a su mamá de quien no había recibido ningún apoyo. Es así que el 14 de diciembre del 2005, la menor va a la iglesia y le cuenta al Párroco, quien se encarga de contarle al padre de la menor el señor **J.R.A.D,** y es él quien denuncia este hecho ilícito.

Practicadas algunas diligencias preprocesales ordenadas por la fiscalía, con fecha 22 de diciembre del 2005, el representante del Ministerio Público, resuelve dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, imputando al señor **R.N.C.F** de tener participación del hecho delictivo narrado. Ordenando la evacuación de diligencias, poniendo a disposición del imputado y de su defensor todo el expediente organizado y todas las evidencias, incluyendo las de naturaleza exculpatoria, conforme al inciso final del Art. 217 del Código de Procedimiento Penal. También solicita al Juez Penal que conozca de esta causa que por cumplidos los presupuestos del Art. 167, dicte prisión preventiva del imputado.

Entre las diligencias que el Fiscal se ampara para solicitar la prisión preventiva encontramos; 1. Acta pericial de reconocimiento médico legal en la menor M.L.A.O, 2. Reconocimiento pericial del lugar donde ocurrieron los hechos, 3. Partida de nacimiento de la menor con la que establece que el día en que ocurrió la acción ilícita que se juzga, la menor tenia la edad de 14 años, 8 meses, 4. Reconocimiento médico legal psiquiátrico de la menor, 5. Entrevista de la menor.

Por el sorteo reglamentario, realizado el 22 de diciembre de 2005, corresponde conocer este asunto al Juzgado Segundo de lo Penal de Loja, avocando conocimiento el mismo día y disponiendo la evacuación de las diligencias que ordena la ley. Además dicta la prisión preventiva contra el referido imputado.

El proceso es devuelto a la fiscalía para que prosiga con la continuación del juicio. Con fecha 01 de enero de 2006 se presenta acusación particular por parte de **J.R.A.D,** padre de la menor de edad víctima de violación. Dentro de esta etapa se reciben la ampliación de la entrevista de la menor y se reciben las versiones sin juramento de los testigos de ambas partes. El 27 de marzo de 2006, el Fiscal declara concluida la etapa de instrucción fiscal, emitiendo dictamen acusatorio contra el imputado, por considerarlo, haber quebrantado lo previsto en el inciso primero, numeral primero del Art. 512, por violación a una persona menor de 14 años, delito sancionado por el Art. 513, en relación con los incisos primero y segundo del Art. 515 del Código Penal.

**Resolución:** El Juez Segundo de lo Penal de Loja, una vez recibido el expediente ha providenciado que se ponga a disposición de las partes el expediente para que procedan a consultarlo. Con fecha 16 de mayo del 2006 a las 14H30 señala fecha para llevar a efecto la audiencia preliminar, escuchadas las partes y culminada la audiencia, correspondiendo al Juez dictar el auto que ha lugar para ello, para hacerlo, se hacen las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto el caso que se estudia corresponde a lo que doctrinariamente se conoce como violencia presunta, también es cierto que cuando la víctima comprende el significado del acto, la obliga a actuar, a oponerse materialmente al mismo, ofreciendo resistencia, a fin de delimitar sus fuerzas, para que el actor logre vencer esa oposición. Es incomprensible que la menor no haya impedido el acceso carnal, cuando el violador trataba de separar las piernas de su víctima para llegar al acto, ya que el violador debía hacer una serie de maniobras no solamente para acallar a su víctima, sino, también, para lograr su cometido. Es inadmisible, que la ofendida haya hecho conocer de lo ocurrido cerca del año. Por lo anotado el Juzgador al analizar la conducta del acusado **R.N.C.F,** examinado a lo largo de este proceso, no lleva a ninguna conclusión contundente de ser autor del delito incriminado. La ley procesal penal exige que toda prueba deberán ser apreciada por el Juez o Tribunal conforme a la reglas de la sana crítica. Existen dudas sobre la vinculación causal en la comisión del delito, con el que se acusa de haber participado. No habiéndose comprobado plenamente la responsabilidad penal del imputado y acusado o cuando al menos existen dudas al respecto.

Lo mas elocuente y creíble para el juzgador, constituye la versión rendida por la menor **Y.M.A.O,** hermana de la menor agraviada, quien indica que: "….a mediados del mes de enero del 2005 paso a compartir esa habitación con su hermana agraviada, por razón de que llegó a vivir al cuarto No. 4 el señor O.A.F.B, quien era enamorado de su hermana y que le había visto besándose y abrazándose; y cuando compartían el cuarto en una oportunidad sintió a media noche que su hermana salió de la habitación y se fue al cuarto que ocupaba O.A.F.B,, regresando aproximadamente a la 05H00 al cuarto…".

Con tales datos preprocesales y procesales expuestos, en su conjunto, no permiten arribar a la certidumbre de señalar al acusado **R.N.C.F,** como autor del delito que se investiga; no aparece de manera diáfana el nexo causal entre infracción comprobada con el susodicho acusado. Por todas estas consideraciones y discrepando con el criterio del Fiscal habiéndose comprobado suficientemente la existencia del delito de violación, pero

existiendo elementos de convicción suficientes de la participación del acusado, atento a lo preceptuado en el Art. 243 del Código de Procedimiento Penal, dicta el presente **auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del imputado a favor del imputado y acusado R.N.C.F,** La denuncia y acusación particular no son temerarias ni maliciosas. **Se revoca el auto de prisión preventiva dictado al imputado y acusado,** particular que se hará conocer a las autoridades de la Policía, para que se abstengan de proceder a la aprehensión de esa persona.

**Comentario:** De lo analizado podemos darnos cuenta en este caso se inicia una indagación previa que por encontrarse reunido los suficientes elementos de convicción, esto es el reconocimiento médico legal de la menor donde se determina su desfloración total del himen; el reconocimiento del lugar de los hechos, la versión sin juramento de testigos a favor de la menor de edad, la partida de nacimiento para establecer su minoría de edad. La entrevista de la menor donde responsabiliza al infractor como responsable del delito de violación. Con estos elementos el Fiscal da inicio a la etapa de instrucción fiscal y solicita al Juez Penal que dicte la prisión preventiva en contra del imputado, solicitud que es acogida inmediatamente por el Juez Penal. Durante la instrucción fiscal el imputado presenta cinco testigos a su favor quienes desvirtúan lo denunciado por la menor agraviada; es aquí en este momento que el abogado defensor del imputado debió haber solicitado su inmediata libertad al Juez Penal, pero esto no sucede y esperan que el Fiscal emita su dictamen acusatorio, para que pase el proceso a la etapa intermedia que corresponde al Juzgado Segundo de lo Penal de Loja, conocer y resolver en la audiencia preliminar la situación jurídica del imputado; y es en esta parte cuando emite su resolución el Juez Penal dictando el auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del imputado, ordenando además la revocatoria de la prisión preventiva, es decir desde el 22 de diciembre del 2005 hasta el 16 de mayo del 2006, transcurrieron aproximadamente cinco meses que estuvo privado de su libertad el imputado; de esta manera se privó de su derecho de defensa a la libertad individual y de presunción de inocencia; y, este expediente como otros reposan en los archivos del Juzgado Segundo de lo Penal de Loja, y las autoridades que ocasionaron la

privación de la libertad de una persona inocente no han sido sancionadas ni civil, penal ni administrativamente.

**Caso No. 2.**

**Datos Referenciales.**

Expediente **No. 003-2006**
Delito: **Tráfico de Droga**
Infractor: **P. J. A. C.**
Juzgado de Origen: **Juzgado Segundo de lo Penal de Loja.**
Estado del Proceso: **Sobreseimiento Provisional del Proceso y del Imputado.**

**Versión del Caso:** Por sorteo reglamentario le ha correspondido al Agente Fiscal del Distrito de Loja el parte policial remitido por el Señor Jefe Provincial de Antinarcóticos de Loja, en base al cual llega a conocer que en el barrio San Vicente de esta ciudad de Loja, en la intersección de las calles Eugenio Espejo y Adolfo Valarezo, en un kiosco de madera de propiedad del señor **A.M.C** y la señora **M.E.Y,** presumiblemente se expende sustancias estupefacientes, motivo por el cual el señor Fiscal, solicita al Juez Segundo de lo Penal de Loja, ordene y disponga el allanamiento al kiosco mencionado, orden que fue emitida, por lo que conjuntamente con el Jefe Provincial de Antinarcóticos, realizaron el allanamiento, en donde han estado doce personas quienes no supieron justificar su permanencia en el lote, y fueron aprehendidos, para luego proceder el respectivo registro del kiosco y de una vivienda, por parte de seis agentes de Antinarcóticos, encontrando en diferentes lugares del domicilio varios paquetes con sustancia blanquecina posible base de cocaína y sustancia vegetal posible marihuana, así como en un vehículo viejo azul restos de papel con residuos de sustancia blanquecina, posible base de cocaína y mas evidencias como electrodomésticos y objetos varios de dudosa procedencia, que fueron puestos a ordenes y custodia del guardalmacén de la oficina de antinarcóticos. Quedando el kiosco bajo vigilancia policial. Por otra parte, se afirma que mediante una llamada telefónica y anónima a la Oficina de Antinarcóticos se conoce que en el indicado lugar existe más sustancia

psicotrópica por lo que al realizar el registro, encuentran en el kiosco debajo del entablado una funda plástica color transparente con 75 sobres de papel periódico con posible marihuana y base de coca, existe documentación relacionada con el detenido **P. J. A. C,** presumiéndose que éste habita en uno de los cuartos donde se encontró la sustancia estupefaciente y psicotrópica. Con estos antecedentes el Agente Fiscal resuelve dar inicio a la indagación previa, ordenando la actuación de diligencia, y una vez realizadas dan lugar que los hechos narrados constituyen delito de tenencia ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y por existir elementos suficientes para imputar al señor **P.J.A.C**, de la comisión de esa infracción, resuelve dar inicio a la instrucción fiscal, ordenando la evacuación de diligencias, poniendo a disposición del imputado y de su defensor todo el expediente organizado y todas las evidencias, incluyendo las de naturaleza exculpatoria, conforme al inciso final del Art. 217 del Código de Procedimiento Penal. También solicita al Juez Penal que conozca de esta causa que por cumplidos los presupuestos del Art. 167, dicte prisión preventiva del imputado que es dictada por el Juez competente.

El Fiscal declara concluida la etapa de instrucción fiscal, emitiendo dictamen acusatorio contra el imputado, enviando nuevamente el expediente al Juzgado Segundo de lo Penal de Loja con fecha 25 de abril del 2006, se dispone notificar con el dictamen fiscal al imputado y a las partes, poniendo el expediente a su consideración.

**Resolución:** El Juez Segundo de lo Penal de Loja, una vez recibido el expediente ha providenciado que se ponga a disposición de las partes el expediente para que procedan a consultarlo. Con fecha 30 de mayo del 2006 a las 15H00 señala fecha para llevar a efecto a la audiencia preliminar, escuchadas las partes y culminada la audiencia, correspondiendo al Juez dictar el auto que ha lugar para ello, para hacerlo, se hacen las siguientes consideraciones:

El proceso es válido, se han cumplido con todas las solemnidades sustanciales sin haber omitido ninguna que pueda influir en la decisión de la causa. Con las diligencias se prueba que las sustancias decomisadas responden a base de coca y marihuana, se llega a

establecer que se ha comprobado conforme a derecho la infracción tipificada en el Art. 3, 38 y 102 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

De los elementos de convicción de cargo introducidos por la fiscalía, tanto en la etapa preprocesal y procesal se desprende graves presunciones y fundadas sobre la participación en este delito en calidad de coautores, todos los detenidos que fueron puestos en libertad, declaran que eran consumidores y que los esposos **A.C y M.Y,** eran quienes les vendían los paquetes a 5 dólares que les permitía fumar la droga en el patio de su terreno y dentro de un carro viejo, además su señora **M.Y.,** observaba la venta y no decía nada, aquí se incrimina **A.C y M.Y,** de ser los expendedores de la droga incautada quienes estan prófugos. En la versión del imputado **P.J.A.C**, declara que es consumidor frecuente de marihuana desde hace aproximadamente unos doce años y esta hierva la compraba a los señores **A.C y M.Y,** desde hace unos cuatro meses marihuana que la vende en su domicilio donde se realizo el operativo.

La versión de los Policías que actuaron en el operativo afirman que la sustancias y hierva incautadas en el día del operativo fueron encontradas en el kiosco y domicilio de los imputados y acusados señores **A.C y M.Y,** Todos estos recaudos procesales nos llevan a concluir sin lugar a dudas existiendo la certidumbre que las drogas incautadas y que eran expendidas eran realizadas por los tantas veces mencionados esposos **A.C y M.Y,**

Con el examen sicosomático e informe pericial médico, examen pericial de fluidos corporales realizado por la Cruz Roja Ecuatoriana y el historial médico del Hospital Isidro Ayora de Loja, logra corroborar su versión el imputado **P.J.A.C**, en el sentido que es un narcodependiente, esto es un adicto al consumo de estupefacientes que vive en un lugar distinto donde se realizo el operativo.

Por todas las consideraciones que se han hecho en este auto, y habiéndose

comprobado la existencia del delito de tráfico ilícito de tenencia y posesión ilícita de marihuana y base de cocaína en el kiosco y en las habitaciones de su domicilio, acto ilícito tipificado y sancionado por el Art. 38 en concordancia con los Art. 60, 62 de la actual Codificación a la Ley de Sustancia Estupefaciente y Psicotrópicas, existiendo presunciones graves, precisas y concordantes de que los imputados y acusados **A.C y M.Y,** son autores de dicho delito. Confirmando la orden de prisión preventiva que pesa en su contra, se suspende el procedimiento con respecto a estos imputados por encontrarse prófugos de la justicia.

Con respecto al imputado **P.J.A.C**, por no haber prueba suficiente de su participación en el ilícito materia de este proceso, por el contrario se ha establecido que se trata de un narcodependiente, no siendo expendedor de droga alguna, como se indica en un considerando anterior, se dicta el presente **auto de sobreseimiento provisional del proceso y del imputado a favor del imputado y acusado P.J.A.C,** declarando que por el momento, no puede proseguirse la sustanciación de la causa en su contra, y por encontrarse detenido por este asunto, se ordena girarse la correspondiente boleta de excarcelación, debiéndose comunicar del particular al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Loja.

**Comentario:** En este caso se inicia una indagación previa que por haberse reunidos los suficientes elemento de convicción esto es el reconocimiento del lugar de los hechos, la versión sin juramento de testigos a favor de los detenidos, la versión de los Agentes de Policía que participaron en el operativo, la versión sin juramento de los detenidos, el examen psicosomático y la prueba de Identificación Preliminar Homologada. Con estos elementos el Fiscal da inicio a la etapa de instrucción fiscal y solicita al Juez Penal que dicte la prisión preventiva en contra de los imputados **A.C y M.Y,**, y **P.J.A.C** solicitud que es acogida inmediatamente por el Juez Penal. Durante la instrucción fiscal el imputado **P.J.A.C.** presenta el examen sicosomático, informe pericial médico, examen pericial de fluidos corporales realizado por la Cruz Roja Ecuatoriana y el historial médico del Hospital

Isidro Ayora de Loja, con lo que prueba su narcodependencia al consumo de drogas y marihuana. A partir con estos elemento de convicción probado que se trataba de un consumidor, se debió de haberle puesto en libertad sin embargo el Fiscal lo acusa indicando que existen graves presunciones de responsabilidad en su contra; ya en a etapa intermedia que corresponde al Juzgado Segundo de lo Penal de Loja, conocer y resolver en la audiencia preliminar la situación jurídica del imputado; y es en esta parte cuando emite su resolución el Juez Penal dicta el auto de sobreseimiento provisional del proceso y del imputado, por haberse probado hasta la saciedad que el imputado y acusado **P. J. A. C**, se trataba de un enfermo mental, es decir un consumidor de drogas, un sujeto inimputable que debe ser atendido en una Clínica Asistencial para tratar su enfermedad. Por estos méritos procesales el Juez ordena la revocatoria de la prisión preventiva y gira la respectiva boleta de excarcelación, De esta manera dejamos constancia del abuso de la prisión preventiva que lesionan la libertad individual y presunción de inocencia de muchas personas inocentes o inimputables.

**Caso No. 3.**

**Datos Referenciales.**

Expediente **No. 007-2006**
Delito: **Hurto**
Infractor: **T. I. N. P. y R.M.V.R.**
Agraviado: **Coop. Loja**
Juzgado de Origen: **Juzgado Segundo de lo Penal de Loja.**
Estado del Proceso: **Sobreseimiento Provisional del Proceso y de la Imputada.**

**Versión del Caso:** El señor Agente Fiscal teniendo como antecedente la denuncia verbal presentada por el señor **J.P.Z.** Gerente de la Cooperativa de Transportes Loja por el cometimiento de un presunto delito de hurto en la oficina de los servicios a usuarios de encomiendas que son registrados los dineros en el sistema automatizado, valores que durante el día permanecen en la gaveta del mostrador a cargo de la empleada correspondiente, y por la noche lo guardan en la caja fuerte dentro del mismo departamento de encomiendas; que el día 30 de agosto del 2005 la empleada **R.M.V.R.,** dentro de su turno de 14H00 a 22H00 recibe la guía factura No. 0073974 con 150 dólares americanos en

efectivo procedente de Macará remitida por **C.Q**. y como destinatario **M.O.**, Dicha guía fue ingresada al sistema de computo por la oficinista de turno y el dinero guardado en la caja fuerte. Que al día siguiente 31 de agosto del 2005 la misma empleada **R.M.V.R.,** con otra que responde a los nombre **T.I.N.P** laboraron en el mismo turno de 08H00 a 14H00 quienes comparte el mismo computador, y extraen de la caja fuerte la suma de 150 dólares americanos correspondiente a la encomienda antes singularizada y la colocan en la gaveta del mostrador; más sucede que en horas de la mañana la señora **M.O.,** se presenta a retirar su encomienda, recibiendo como respuesta que todavía no había ningún dinero para ella, a los 12H00 del mismo día la empleada **R.M.V.R.,** atiende una llamada telefónica le participan del reclamo de esta clienta asegurando que había dejado el dinero en la gaveta y que no lo ha entregado a persona alguna. Que luego de las averiguaciones privadas, determinan lo siguiente que el señor **L.S.,** quien colaboró en dicha empresa como programador luego de revisar el registro de la memoria determina que la encomienda en referencia fue eliminada del sistema de computo a las 18H28 del día 31 de agosto del 2005, dejando falsas pistas al utilizar la clave JYJ que le corresponde a una empleada del Terminal Terrestre, quien jamás tuvo acceso a dicho computador, que se ha manipulado falsamente la hora para hacer creer que la misma fue en lo noche del 31 de agosto del 2005, cuando en verdad dicha eliminación ha ocurrido en la mañana de ese día, toda vez que el momento que el técnico revisaba el computador era aproximadamente las 13H00. Que a las 11H00 del día 31 de agosto del 2005, la empleada **T.I.N.P.,** ha requerido telefónicamente del señor **F.C**, quien da mantenimiento a los equipos de computación de la empresa, sugiriéndole que le cambie la hora a su computador ya que marca erróneamente hora nocturna en vez de la diurna, pidiéndole también que le enseñe este procedimiento para cambiar la hora haciéndole repetir varias veces este proceso.

El Fiscal da inicio a la indagación previa en la cual se cumplieron todas y cada una de las diligencias que dispuso. El Agente Fiscal por considerar que el hecho narrado constituye un delito de hurto previsto y sancionado en el Código Penal y por existir suficientes elementos de convicción para imputar a **R.M.V.R. y T.I.N.P.,** resuelve dar inicio a la etapa de

instrucción fiscal en su contra, así dispone la evacuación de diligencias y entre ellas se notifique al señor Juez competente, poniendo a disposición del imputado y de su defensor todo el expediente organizado y todas las evidencias, incluyendo las de naturaleza exculpatoria, conforme al inciso final del Art. 217 del Código de Procedimiento Penal. También solicita al Juez Penal que conozca de esta causa que por cumplidos los presupuestos del Art. 167, dicte prisión preventiva de las imputadas **R.M.V.R. y T.I.N.P.**

Por el sorteo reglamentario, corresponde conocer este asunto al Juzgado Segundo de lo Penal de Loja, avocando conocimiento el mismo día y disponiendo la evacuación de las diligencias que ordena la ley. Además dicta la prisión preventiva contra las referidas imputadas **R.M.V.R. y T.I.N.P.**

El proceso es devuelto a la fiscalía para que prosiga con la continuación del juicio. Concluida esta etapa procesal el Agente Fiscal la declara concluida, y emite su dictamen haciéndole responsable a la imputada **T.I.N.P.**, de haber transgredido el contenido del Art. 547 del Código Penal y sancionada por el Art. 548, y por haberse desvanecido las presunciones de responsabilidad en contra de la coimputada **R.M.V.P.**, se abstiene de acusarla, dictamen que es puesto en conocimiento de las partes.

**Resolución:** El Juez Segundo de lo Penal de Loja, una vez receptados los referidos dictámenes, se ha notificado con los mismos a la imputada y se ha puesto a disposición de las partes el expediente para que puedan consultarlo y, señala luego día y hora para que se lleve a efecto la audiencia preliminar, la cual se llevo a cabo normalmente. Concluida la misma se encuentra en estado para dictar la resolución que corresponde y para hacerlo se considera:

Es condición esencial de que existan presunciones de haberse cometido el acto sancionado por la Ley, y que en este acto haya participado el imputado, ello lo determina el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal, estando facultado el juez para valorar los elementos de

convicción insertos en el proceso de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La imputada **T.M.N.P.,** no aporta los suficientes elementos de convicción que logren desvanecer los graves indicios y presunciones de responsabilidad en su contra, más bien todo el conjunto de elementos procesales aseguran la existencia de la infracción como su responsabilidad en el hecho investigado. Se **dicta el auto de llamamiento a juici**o, manteniéndose la orden de prisión preventiva. En cuanto a la relación de la computada **R.M.V.R.,** al deducir que los elementos que sirvieron para sustentar las presunciones y el grado de responsabilidad de la imputada no son sufrientes, dicta auto de **sobreseimiento provisional del proceso y de la imputada R.M.V.R.,** por lo que **se revoca la medida cautelar de prisión preventiva que pesa en su contra** y se ordena su inmediata libertad, para lo cual se gira la correspondiente boleta de excarcelación debiéndose comunicar del particular al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Loja, para que proceda a su inmediata libertad conforme lo señala en el literal a) del Art. 29 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador y al Art. 246 del Código de Procedimiento Penal.

**Comentario:** De lo analizado consideramos que en este clase de delito se priva de la libertad de una mujer, quien luego de haber probado hasta la saciedad su inocencia, debe esperar que se inicie la etapa intermedia para que en audiencia preliminar el Juez dicte el sobreseimiento provisional del proceso y de la imputada, y disponga su libertad. Opinamos que no se debería seguir permitiendo que las autoridades encargadas el Agente Fiscal y Juez Penal sigan atropellando los derechos de las personas inocentes.

**Caso No. 4.**

**Datos Referenciales.**

Expediente **No. 081-2006**

Delito: **Tenencia Ilegal de Armas de Fuego**

Infractores: **R.A.A.C., M.C.E.B., A.V.V., G.C.R.; y, W.E.B.**

Juzgado de Origen: **Juzgado Segundo de lo Penal de Loja.**

Estado del Proceso: **Sobreseimiento Definitivo del Proceso y de los Imputados.**

**Versión del Caso:** El señor Agente Fiscal, con fecha 15 de septiembre del 2006, resuelve dar inicio a la etapa de instrucción fiscal en contra de los imputados señores **R.A.A.C., M.C.E.B., A.V.V., G.C.R.; y, W.E.B.** teniendo como antecedente el parte policial, con fecha 14 de septiembre del 2006, quien informa la detención de los ciudadanos antes nombrados que se han encontrado en el sitio Nangora de la parroquia Malacatos, donde la Policía en coordinación con los militares han procedido a realizar una pesquisa a cinco ciudadanos que se encontraban sobre una retroexcavadora, encontrándose en el lugar dos escopetas sobre la máquina por lo que los militares han procedido ha realizar un registro por el lugar encontrando dos escopetas, una cartuchera doble cañón de fabricación nacional, tres cartuchos calibre 16mm, dos cartuchos de calibre 38mm, un chaleco antibalas tres sprite de gas y tres toletes, con estos antecedentes se dio inicio a la instrucción fiscal, y por presumirse el cometimiento de un delito flagrante de acción pública de instancia oficial, el Fiscal solicita la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva petición que es aceptada por el Juez Octavo de lo Penal encargado del Juzgado Segundo de lo Penal de Loja, al considerar que se encuentran cumplidos los presupuestos exigidos por el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, ordenando la encarcelación de los imputados en el Centro de Rehabilitación Social de Loja.

Con fecha 14 de noviembre del 2006 el Fiscal declara concluida la etapa de

instrucción fiscal, absteniéndose de acusar a los imputados **R.A.A.C., .C.E.B., A.V.V., G.C.R.; y, W.E.B.** dictamen que fue remitido al Juzgado Segundo de lo Penal y en estricto cumplimiento a lo que dispone el tercer inciso del Art. 231 del Código de Procedimiento Penal, mediante auto de fecha 16 de noviembre de 2006 fue remitido al señor Ministro Fiscal de la Provincia de Loja, en consulta. el 22 de noviembre del 2006, emite su resolución el Ministro Fiscal, quien se ratifica en todas sus partes el dictamen del inferior.

**Resolución:** El Juez Segundo de lo Penal de Loja, una vez recibido el expediente ha providenciado que se ponga a disposición de las partes el expediente para que procedan a consultarlos. Con fecha 24 de noviembre del 2006 a las 11H30 resuelve, correspondiendo al Juez dictar el auto que ha lugar para ello, para hacerlo, se hacen las siguientes consideraciones:

El juzgador observa que el proceso se ha desarrollado con observancia a la Constitución de la República y la Ley, respetando las garantías del debido proceso, lo cual el proceso es válido, se han cumplido con todas las solemnidades sustanciales sin haber omitido ninguna que pueda influir en la decisión de la causa.

Los resultados de la instrucción fiscal conforme lo ha expresado el señor Fiscal a cargo de la investigación no arrojan presunciones de graves y fundadas sobre la existencia del delito de tenencia ilegal de armas de fuego por lo que emite el correspondiente dictamen absteniéndose de acusar, dictamen que ha sido confirmado por el superior. Fundamentando su abstención en los siguientes elementos de convicción: experticia de reconocimiento de las evidencias con la colaboración del perito de la Policía designado por la fiscalía que en la parte pertinente a las conclusiones establece con absoluta claridad que las armas materia

de la experticia, identificadas en el informe han sido disparadas después de su última limpieza, y que dichas armas a excepción de la identificada como A2, se encuentran en mal estado de conservación y mal estado de funcionamiento, no siendo aptas para producir disparos, informe que a criterio del Ministerio Público es considerado fundamental en este proceso, criterio que es compartido por el suscrito Juez, consta el permiso correspondiente otorgado por el Comando Conjunto de la Fuerzas Armadas, signado con el número 24185 de la escopeta Astra, calibre 16mm. Cuyo permiso esta vigente hasta la presente fecha. En el proceso no se detallan con prolijidad que las armas requisadas en el lugar fueron encontradas en poder de los imputados, sin singularizar a quien se encontró portando aquellas armas de fuego, identificación que era absolutamente necesaria tomando en cuenta que el verbo rector del núcleo del tipo penal descrito en el Art. 19 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos, y Accesorios, es justamente **tener o portar.**

Conforme lo establece el Art. 251 del Código de Procedimiento Penal, es requisito sine qua non, para continuar a la etapa de juicio, la acusación fiscal, por lo que si no hay acusación fiscal no hay juicio, carencia que en el presente caso se configura, pues tanto en el dictamen emitido por el señor Agente Fiscal a cargo de la investigación.

Por lo expuesto, acogiendo los dictámenes emitidos por el señor Ministro y Agente Fiscal, de conformidad con el inciso segundo del Art. 231 del Código Adjetivo Penal, en concordancia con los artículos 251 y 242 del mismo cuerpo legal, al no existir acusación fiscal, se dicta el presente **auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados R.A.A.C., C.E.B., A.V.V., G.C.R.; y, W.E.B.,** por lo que se revoca la medida cautelar de prisión preventiva que pesa en contra de los imputados y se ordena su inmediata libertad, para lo cual se gira las correspondientes boletas de excarcelación debiéndose comunicar del particular al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Loja, para que proceda a su inmediata libertad conforme lo señala el literal a) numeral 29

del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador y al Art. 246 del Código de Procedimiento Penal.

**Comentario:** En este caso por tratarse de un delito flagrante de tenencia ilegal de armas de fuego el Fiscal da inicio a la etapa de instrucción fiscal, dentro de los noventa días de esta etapa el Agente Fiscal obtiene elementos de convicción suficientes de descargo a favor de los imputados, como son el informe pericial del perito de la Policía que concluye que las armas de fuego no servían por encontrarse defectuosas, las versiones sin juramento del dueño de la concesión minera indica que las personas detenidas eran sus trabajadores que iban a limpiar un sombrío y que las armas encontradas eran armas de fuego viejas que estaban guardadas porque estaban defectuosas; así mismo en el parte policial no se singulariza a quien de los detenidos se les encontró en su poder un arma de fuego o que portaba dicha arma. A partir de esta fecha el Fiscal debió haber solicitado la revocatoria de la prisión preventiva, sin embargo espero concluir con esta etapa y pasar la audiencia preliminar. Para que el Juez Penal sea quien disponga la inmediata libertad de los imputados por tratarse de personas inocentes, privados de su libertad por negligencia de las autoridades judiciales y de control.

**Caso No. 5.**

**Datos Referenciales.**

Expediente **No. 103-2006**
Delito: **Tenencia Ilegal de Armas de Fuego**
Infractor: **F.E.R.L.**
Juzgado de Origen: **Juzgado Segundo de lo Penal de Loja.**
Estado del Proceso: **Sobreseimiento Definitivo del Proceso y del Imputado.**

**Versión del Caso:** El señor Fiscal, con fecha 24 de noviembre del 2006, resuelve dar inicio a la etapa de instrucción fiscal en contra del imputado señor **F.E.R.L.** teniendo como antecedente el parte policial, con fecha 23 de noviembre de 2006, quien informa la detención del ciudadano antes nombrado que se han encontrado en el barrio Bolonia del cantón Loja, se

hizo presente la señora **E.G.J**., para denunciar que su cónyuge el hoy imputado, la intimida con armas de fuego, sin marca una cartuchera cañón corto y una carabina cañón largo, motivo por el cual se han trasladado con la denunciante hasta su domicilio ubicado en la Barrio Bolonia, en donde ella paso al interior de su casa, saco dichas armas y se las entregó a los Policías, con su autorización ingresaron a esta vivienda y aprehendieron al denunciado. Y por presumir el cometimiento de un delito flagrante de acción pública de instancia particular, el Fiscal solicita la prisión preventiva, petición que fue aceptada por el suscrito Juez Penal, por considerar que se encuentran cumplidos los presupuestos señalados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, ordenando la encarcelación del imputado en el Centro de Rehabilitación Social de Loja.

Con fecha 21 de diciembre del 2006 el Fiscal declara concluida la etapa de instrucción fiscal, absteniéndose de acusar al **F.E.R.L.** dictamen que fue remitido al Juzgado Segundo de lo Penal y en estricto cumplimiento a lo que dispone el tercer inciso del Art. 231 del Código de Procedimiento Penal, mediante auto de fecha 16 de noviembre de 2006 fue remitido al señor Ministro Fiscal de la Provincia de Loja, en consulta. el 26 de diciembre del 2006, emite su resolución el Ministro Fiscal, quien se ratifica en todas sus partes el dictamen del inferior.

**Resolución:** El Juez Segundo de lo Penal de Loja, una vez recibido el expediente ha providenciado que se ponga a disposición de las partes el expediente para que procedan a consultarlos. Con fecha 27 de Diciembre del 2006 a las 10H30 resuelve, correspondiendo al

Juez dictar el auto que ha lugar para ello, para hacerlo, se hacen las siguientes consideraciones:

El juzgador observa que el proceso se ha desarrollado con observancia a la Constitución Política y la Ley, respetando las garantías del debido proceso, lo cual el proceso es válido, se han cumplido con todas las solemnidades sustanciales sin haber omitido ninguna que pueda influir en la decisión de la causa.

Los resultados de la instrucción fiscal conforme lo ha expresado el señor Fiscal a cargo de la investigación **no arrojan presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito de tenencia ilegal de armas de fuego** por lo que emite el correspondiente dictamen absteniéndose de acusar, dictamen que ha sido confirmado por el superior. Fundamentando su abstención en los siguientes elementos de convicción: Experticia de reconocimiento de las evidencias con la colaboración del perito de Criminalística de la Policía designado y posesionado por la fiscalía que en la parte pertinente a las conclusiones establece con absoluta claridad que el armas de fuego tipo escopeta con culata color café y portacarabina de color verde individualizada materia de la experticia, identificadas en el informe no han sido disparadas después de su última limpieza, y pistolón de caza calibre 4.10 con cacha de madera de color café si ha sido disparada después de su ultima limpieza que dichas armas identificadas como A! y A2, no son aptas para producir disparos debido a su mal estado de conservación y funcionamiento y que estas armas no pueden ser consideradas máquinas termodinámicas que aprovechan la expansión de gases producidos por la deflagración de la pólvora para lanzar cuerpos al espacio, conforme a este criterio que es compartido por el Juez.

En el proceso no se detallan con prolijidad que las armas requisadas en el lugar fueron encontradas en poder del imputado, sin singularizar si se le encontró o no portando aquellas armas de fuego, identificación que era absolutamente necesaria tomando en cuenta que el verbo rector del núcleo del tipo penal descrito en el Art. 19 de la Ley de Fabricación,

Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos, y Accesorios, es justamente **tener o portar.** Únicamente el parte policial señala que la denunciante ingreso a su domicilio y le entrego las armas de fuego.

En la versión rendida por la denunciante indica que en verdad su esposo si tenia dichas armas, por más de dos años no le dio ningún uso, y es más las tenía únicamente como reliquia, que no se constituyen en amenaza para nadie, y que son inservibles; los testimonios de los vecinos del imputado indican que se trata de una persona de intachable conducta.

Conforme la establece el Art. 251 del Código de Procedimiento Penal, es requisito sine qua non, para continuar a la etapa de juicio, la acusación fiscal, por lo que si no hay acusación fiscal no hay juicio, carencia que en el presente caso se configura, pues tanto en el dictamen absteniendo de acusar emitido por el señor Agente Fiscal a cargo de la investigación.

Por lo expuesto, acogiendo los dictámenes emitidos por el señor Ministro y el Fiscal, de conformidad con el inciso segundo del art. 231 del Código Adjetivo Penal, en concordancia con los artículos 251 y 242 del mismo cuerpo legal, al no existir acusación fiscal, se dicta el presente **auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado F.E.R.L.,** por lo que **se revoca la medida cautelar de prisión preventiva que pesa en contra de los imputado** y se ordena su inmediata libertad, para lo cual se gira las correspondiente boleta de excarcelación debiéndose comunicar del particular al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Loja, para que proceda a su inmediata libertad.

**Comentario:** En este caso  al igual del anterior que se trata del mismo delito solo basta con determinar si portaba o no el arma el imputado para establecer su responsabilidad caso contrario no existe delito ni responsables que sancionar y se debe de revocar la orden de

prisión preventiva en forma inmediata cuando se obtiene estos elementos de convicción a favor del imputado.

**Caso No. 6**
**Datos Referenciales.**
Expediente **No. 008-2007**
Delito: **Violación**
Infractor: **C. E. S. B.**
Agraviada menor de edad: **K. M. Y. S. (6 años)**
Juzgado de Origen: **Juzgado Segundo de lo Penal de Loja.**
Estado del Proceso**: Sobreseimiento Provisional del Proceso y del Imputado.**

**Versión del Caso:** El señor Agente Fiscal teniendo como antecedente la denuncia verbal presentada por la señora **B.Y.H.L** quien informa ser profesora del primer grado de educación básica en la Escuela Zoila María Astudillo Celi de la ciudad de Loja centro de estudio donde asiste la niña **K.M.Y.S** de seis años de edad, que en transcurso del día 17 de enero del 2007 ha observado que la menor **demostraba estar triste y no caminaba bien,** por lo que al preguntarle que sucede, le ha contado que su padrastro el día de hoy en horas de la mañana ha procedido a acostarla, luego le ha tapado la boca con cinta y los ojos, luego contó que sintió que le metieron por la vagina un palo, que luego sangró, dicho ciudadano le hizo lavar las piernas y posteriormente le mandó que lave los platos, por lo que presumo que ha sido objeto de abuso sexual. Por lo que el Agente Fiscal dio inicio a una indagación previa del hecho presumiblemente punible de violación a la menor de 6 años de edad **K.M.Y.S**, quien había sido objeto de violación sexual por parte de su padrastro el señor **C.E.S.B**. ordenando la practica de algunas diligencias preprocesales ordenadas por la fiscalía, se reciben versiones de la profesora, la entrevista de la menor, y su reconocimiento médico legal y de dispone la detención para fines investigativos del presunto infractor **C.E.S.B**.

Con fecha 17 de enero del 2007, el representante del Ministerio Público, resuelve dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, imputando al señor **C.E.S.B**. de tener participación del hecho delictivo narrado. Ordenando la evacuación de diligencias, poniendo a disposición del

imputado y de su defensor todo el expediente organizado y todas las evidencias, incluyendo las de naturaleza exculpatoria, conforme al inciso final del Art. 217 del Código de Procedimiento Penal. También solicita al Juez Penal que conozca de esta causa que por cumplidos los presupuestos del Art. 167, dicte prisión preventiva del imputado **C.E.S.B**.

Entre las diligencias que el Fiscal se ampara para solicitar la prisión preventiva encontramos; 1. Acta pericial de reconocimiento médico legal en la menor de edad, 2. Reconocimiento pericial del lugar donde ocurrieron los hechos, 3. Partida de nacimiento de la menor con la que establece que el día en que ocurrió la acción ilícita que se juzga la menor tenia la edad de 6 años, 6 meses, 4. Entrevista de la menor.

Por el sorteo reglamentario, corresponde conocer este asunto al Juzgado Segundo de lo Penal de Loja, avocando conocimiento el mismo día y disponiendo la evacuación de las diligencias que ordena la ley. Además dicta la prisión preventiva contra el referido imputado **C.E.S.B**.

El proceso es devuelto a la fiscalía para que prosiga con la continuación del juicio. Dentro de esta etapa se reciben la ampliación de la entrevista de la menor y se reciben las versiones sin juramentos de los testigos de las partes. El 5 de marzo de 2007, el Fiscal declara concluida la etapa de instrucción Fiscal, absteniéndose de acusar al imputado **C.E.S.B**., dictamen que es remitido al Juzgado Segundo de lo Penal de Loja y en estricto cumplimiento a lo que dispone el tercer inciso del Art. 231 del Código de Procedimiento Penal, mediante auto de fecha 6 de marzo de 2007 fue remitido al señor Ministro Fiscal de la Provincia de Loja, en consulta. El 8 de marzo del 2007, emite su resolución el Ministro Fiscal, quien se ratifica en todas sus partes el dictamen del inferior.

**Resolución:** El Juez Segundo de lo Penal de Loja, una vez receptados los referidos dictámenes, se ha notificado con los mismos al imputado y se ha puesto a disposición de las partes el expediente para que puedan consultarlo y, siendo el momento de pronunciar la

resolución prevista en el inciso segundo del Art. 231 del Código de Procedimiento Penal, para hacerlo se considera:

El juzgador observa que el proceso se ha desarrollado con observancia a la Constitución de la República del Ecuador y la Ley, respetando las garantías del debido proceso, lo cual el proceso es válido, se han cumplido con todas las solemnidades sustanciales sin haber omitido ninguna que pueda influir en la decisión de la causa.

Los resultados de la instrucción fiscal conforme lo ha expresado el señor Agente Fiscal a cargo de la investigación **no arrojan suficientes elementos de convicción que le permitan fundamentar una acusación en contra del imputado C.E.S.B.,** por lo que se abstiene de acusar, dictamen que ha sido confirmado por el superior. Fundamentando su abstención en los siguientes elementos de convicción:

.

Conforme lo establece el Art. 251 del Código de Procedimiento Penal, es requisito sine ruano, que preceda la acusación fiscal, si no existe acusación fiscal no hay juicio, carencia que en presente caso se ha configurado, pues tanto en el dictamen emitido por el Fiscal como por el Ministro Fiscal subrogante, se abstienen de acusarle al imputado **C.E.S.B,** hecho que deviene como se analiza la no participación del imputado en el hecho que se juzga, pues en la instrucción fiscal se recibieron sendos testimonios, que hacen presumir la no presencia del imputado en el día del presunto abuso sexual en esta ciudad de Loja, cuanto por las versiones de los niños que acompañaron a la menor ofendida indicando que fue el niño **J.M.S.B.,** quien manipulo con sus dedos en la vagina de esta menor, lo cual se corrobora por **J.M.S.B.,** en la versión rendida en este juicio.

.

Por lo expuesto, acogiendo los dictámenes emitidos por el señor Ministro y Agente Fiscal, de conformidad con el inciso segundo del Art. 231 del Código Adjetivo Penal, en concordancia con los artículos 251 y 242 del mismo cuerpo legal, al no existir acusación fiscal, se dicta el presente **auto de sobreseimiento provisional del proceso y del**

**imputado C.E.S.B.,** por lo que **se revoca la medida cautelar de prisión preventiva que pesa en contra de los imputado** y se ordena su inmediata libertad, para lo cual se gira las correspondiente boleta de excarcelación debiéndose comunicar del particular al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Loja, para que proceda a su inmediata libertad conforme lo señala el literal a) del numeral 29 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador y el Art. 246 del Código de Procedimiento Penal..

**Comentario:** De lo analizado podemos darnos cuenta en este caso se inicia una indagación previa en donde se dicta la detención para fines investigativos del sospechoso y en la etapa de instrucción fiscal el Juez de Garantías Penales a solicitud del Fiscal dicta la prisión preventiva en contra del imputado, privándole de su libertad en forma arbitraria y manteniendo por un tiempo excesivo detenido en el Centro de Rehabilitación Social de Loja. Esto ayuda a verificar el abuso por parte de las autoridades competentes Fiscal y Juez en privar de la libertad a una persona inocente.

**Caso No. 7**

**Datos Referenciales.**
Expediente **No. 017-2007**
Delito: **Plagio**
Infractor: **J.H.J.S., J.A.R.A, L.T., L.A.V.M. y A.R.V., F.J.P.J. y R.B.C.S.**
Agraviado: **J.A.CH.M.**
Juzgado de Origen: **Juzgado Segundo de lo Penal de Loja.**
Estado del Proceso: **Sobreseimiento Provisional del Proceso y definitivo del Imputado. (R.B.C.S y F.J.P.J)**

**Versión del Caso:** El señor Agente Fiscal teniendo como antecedente la denuncia verbal presentada por la señora **R.C.C.** conoce que el conviviente de su hermana **J.A.CH.M.,** salió el día 12 de abril del 2007 desde la ciudad de Cariamanga con destino a Cuenca, el objeto de su viaje fue el de comprar joyas, que a las 18H00, su hermana **B.C.C**, recibe una llamada telefónica, se entiende de **J.A.CH.M.,** Indicándole que ha esa hora ya salía con dirección a esa población, más el día 13 de abril del 2007, a las 09H00, recepta una comunicación telefónica por parte de un sujeto inidentificado, diciendo que **J.A.CH.M.,** fue

plagiado, exigiéndoles la suma de cien mil dólares americanos, caso contrario lo matarían y que en media hora el plagiado se comunicaría, para que comprueben la veracidad de esta amenaza.

Por lo que el Agente Fiscal dio inicio a una indagación previa del hecho presumiblemente punible de plagio del señor **J.A.CH.M.,** ordenando la practicadas algunas diligencias preprocesales ordenadas por la fiscalía y por estimar que los anticipos de pruebas recolectados determinan que el hecho denunciado puede ser un presunto delito de aquellos comprendidos dentro de los delitos contra la libertad individual, y existiendo fundamentos suficientes para imputar a **R.B.C.S., y F.J.P.J.,** de tener participación en el acto ilícito que se investiga el 26 de abril del 2007, el representante del Ministerio Público, resuelve dar inicio a la etapa de instrucción fiscal, imputando a los señores **R.B.C.S., y F.J.P.J.,** de tener participación del hecho delictivo narrado. Ordenando la evacuación de diligencias, poniendo a disposición de los imputados y de su defensor todo el expediente organizado y todas las evidencias, incluyendo las de naturaleza exculpatoria, conforme al inciso final del Art. 217 del Código de Procedimiento Penal. También solicita al Juez Penal que conozca de esta causa que por cumplidos los presupuestos del Art. 167, dicte prisión preventiva de los imputados **R.B.C.S., y F.J.P.J.,** y su internamiento en el Centro de Rehabilitación Social de Loja. Solicitud que es aceptada por el Juez Penal. El señor Agente Fiscal hace extensivo el procedimiento y vincula a **J.A.R.A, L.T, L.A.V.M. y A.R.V.,** al considerar que los elementos de convicción que señala, hacen presumir su participación, en el hecho que se investiga, disponiendo la practica de varias diligencias procesales, entre ellas le solicita el señor Juez de lo Penal de Loja, la medida cautelar de la prisión preventiva y por cumplidos los presupuestos dispone la encarcelación de los imputados.

Al estimar que se cumplieron los actos de investigación, el Agente Fiscal declaró concluida dicha etapa preprocesal, emitiendo dictamen acusatorio a los imputados **J.H.J.S., J.A.R.A, L.T., L.A.V.M., y A.R.V.,** como autores del delito previsto en el Art. 188 del Código Penal y sancionado el Art. 189 del mismo cuerpo legal. Se abstiene de acusar a los imputados

**R.B.C.S.,** y **F.J.P.J.,** por lo que dando cumplimiento a lo que dispone el tercer inciso del Art. 231 del Código de Procedimiento Penal, mediante auto fue remitido al señor Ministro Fiscal de la Provincia de Loja, en consulta, quien emite su resolución ratificándose en acusar al imputado **R.B.C.S.,** y contrariando en cuanto se refiere al otro imputado **F.J.P.J.,** a quien lo acusa en calidad de coautor del delito previsto en el Art. 188 del Código Penal y sancionado por el Art. 189., luego se ha dispuesto notificar a las partes con el contenido de estos dictámenes.

**Resolución:** El Juez Segundo de lo Penal de Loja, una vez receptados los referidos dictámenes, se ha notificado con los mismos al imputado y se ha puesto a disposición de las partes el expediente para que puedan consultarlo y, se ha convocado a la audiencia preliminar como lo preceptúa el Art. 228 del Código de Procedimiento Penal, la misma que se desarrollo normalmente con la presencia de los sujetos procesales. Estando el proceso en estado de resolver para hacerlo previamente se considera:

El juzgador observa que el proceso se ha desarrollado con observancia a la Constitución de la República y la Ley, que no existen cuestiones prejudiciales, requisitos de procedibilidad y competencia que hayan sido alegadas por los sujetos procesales o quien haya detectado en el expediente y que constituya un obstáculo legal para pasar a la etapa de juicio. Tampoco se advierte omisión de solemnidades sustanciales ni vicios de procedimiento que puedan afectar la validez procesal, por lo que expresamente se declara su validez.

Del análisis global de los elementos de convicción aportados a la instrucción fiscal de acuerdo a las reglas de la sana crítica se extraen las siguientes conclusiones: Existen presunciones graves de la existencia del delito de plagio previsto en el Art. 188 de Código Penal y sancionado por el Art. 189 del mismo Código, ya que hay evidencia de que se produjo el apoderamiento del ofendido mediante engaño y violencia con el fin de obligarle a pagar su rescate, ello lo confirman los elementos de convicción. Además consta que la liberación de la víctima se produjo después de iniciarse el procedimiento judicial.

Esto permite establecer graves presunciones de que los imputados **J.H.J.S., J.A.R.A., L.T., L.A.V.M., y A.R.V.,** han participado en esta infracción en calidad de autores, por lo que de conformidad con lo que ordena el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal, se dicta el **auto de llamamiento a juicio** en contra de los antes referidos imputados. Quienes se encuentra recluidos en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, ordenándose la enajenación de sus bienes hasta por la cantidad de diez mil dólares americanos por cada uno de ellos.

En cuanto al imputado **F.J.P.J., y R.B.C.S**., los elementos que dieron lugar a la imputación han sido desvanecidos con los elementos de descargo presentados por los imputados de modo que no existen las presunciones graves que permitan fundar su participación en la infracción, por lo que de conformidad a lo que establece el Art. 241 del Código Adjetivo Penal, se dicta a su favor **sobreseimiento provisional tanto del proceso como del imputado**, **F.J.P.J.,** declarando hasta el momento no poder continuarse con el proceso. A favor del imputado **R.B.C.S.,** se dicta **Sobreseimiento Provisional del proceso y definitivo del imputado. Y** se ordena su inmediata libertad, para lo cual se gira las correspondiente boleta de excarcelación debiéndose comunicar del particular al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Loja, para que proceda a su inmediata libertad conforme lo señala el literal a) del numeral 29 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador y al Art. 246 del Código de Procedimiento Penal.

**Comentario:** Dentro de este juicio se determina que los elementos de convicción presentados desde un inicio en el proceso son desvanecidos por parte de los elementos de convicción de descargo que presentan los imputados y que determina su inocencia y la no participación en este delito de plagio por el cual fueron privados de su libertad en forma arbitraria.

### 2.5.2 Entrevista a Profesionales del Derecho.

Las entrevistas fueron aplicadas a las autoridades judiciales y a los fiscales provinciales de Loja:

**Pregunta Primera: ¿Cree que el titular del Órgano jurisdiccional debe dictar la prisión preventiva cuando lo estime conveniente y necesario el Fiscal?**

a. Si, porque el Fiscal lo solicita con fundamento legal y porque se reúnen los presupuestos establecidos en el Código de Procedimiento Penal.
b. Si debe hacerlo considerando que existen los suficientes elementos para dictar esta medida.
c. Es su deber, pero para privarle de la libertad a una persona debe verificar en el expediente si se cumple con los requisitos exigidos para dictar la prisión preventiva.
d. El Juez Penal tiene la facultad de dictar o negar esta medida cautelar, previa justificación de los elementos de convicción suficientes para establecer la participación del infractor en el hecho que se investiga y de la existencia material del delito de acción pública.
e. Es potestad del órgano jurisdiccional dictar la prisión preventiva ya sea en forma directa o a solicitud del Fiscal, para ello debe observa en el proceso si se reúnen los requisitos que señala el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal vigente.
f. Es facultativo del Juez dictar esta medida cautelar siempre y cuando estime que en base a las constancias procesales existen los suficientes elementos de convicción para privar de la libertad a una persona.
g. Definitivamente consideramos que debe dictar las medidas cautelares que estime conveniente ya sea de oficio o a petición del Fiscal, para lo cual debe velar que se cumplan los requisitos consagrado en el Código de Procedimiento Penal en el Art. 167.
h. El Juez Penal como garante del debido proceso al momento de dictar esta medida cautelar de carácter personal debe velar por el fiel cumplimiento de sus requisitos.

i. Todo titular del órgano jurisdiccional tiene la facultad consagrada en nuestro Código de Procedimiento Penal para dictar las medidas cautelares, particularmente la prisión preventiva, pero debe tener la certeza de que contra quien se dicta este medida sea responsable del cometimiento del delito que se le imputa.
j. Si debe siempre y cuando compruebe que en el expediente se reúnen los suficientes elementos para privarle de la libertad a una persona.

**Análisis:** En esta pregunta todos los entrevistados concuerdan al responder que si debe de dictar la prisión preventiva el Juez de Garantías Penales, ya sea de oficio o cuando el Fiscal le solicite, pero debe de tener presente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal como son: que existan indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; que los indicios sean claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito que se investiga y que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio. Si no se cumplen con estos requisitos no se puede dictar la prisión preventiva y este proceso lo inicia el Fiscal con una indagación previa o con el inicio de una instrucción fiscal y dentro de esta etapa es donde el Fiscal puede solicitar esta medida privativa de la libertad.

Con estos resultados, consideramos que el Juez de Garantías Penales debe actuar con cautela en un proceso penal al momento de dictar la prisión preventiva disponiendo la prácticas de diligencias como recibir versiones sin juramento de testigos y peritajes de los cuales le sirvan para determinar la existencia del delito que se encuentre tipificado en el Código Penal y sancionado con pena privativa de libertad superior a un año de prisión, así mismo debe el Fiscal para solicitar la privación de la libertad de una persona, que ésta sea responsable del acto que se le atribuye en calidad de autor o cómplice del delito

denunciado. Con el cumplimiento cabal de estos presupuestos el Juez dicta el auto de la prisión preventiva sin opción a equivocarse o revocarlo en lo posterior.

**Segunda Pregunta: ¿Siendo principios consagrados en la Constitución Política la libertad individual y la presunción de inocencia considera que al dictar la prisión preventiva es correcto que se lo haga sin un análisis de las pruebas aportadas por la fiscalía o por el simple pedido del Fiscal?.**

a. No es correcto, para que se dicte la prisión preventiva es necesario que el Juez cuente con los suficientes elementos de convicción que con la ayuda del Fiscal deben estar agregados al proceso.
b. No se debe seguir lesionando estos principios constitucionales de libertad individual y presunción de inocencia el Fiscal para solicitar la prisión preventiva en contra de una persona debe de reunir los suficientes elementos de convicción, para que con estos el Juez de lo Penal se respalde en dictar esta medida.
c. Para dictar la prisión preventiva siempre debe el Juez de realizar un análisis de los elementos de convicción aportados en la indagación previa o instrucción fiscal y de la misma manera el Fiscal debe en base a estos solicitar esta medida cautelar.
d. Todas las personas gozamos del principio de presunción de inocencia y no se debe privar de la libertad a una persona contra quien no existe una sentencia condenatoria ejecutoriada.
e. Estos principios están siendo vulnerados por parte del Fiscal y por el Juez de Garantías Penales que arbitrariamente solicitan y dicta la prisión preventiva, sin contar con los suficientes indicios que establezcan la responsabilidad del infractor y la existencia materia de la infracción.
f. El análisis debe realizarlo el Juez de Garantías Penales de manera obligatoria de todas las pruebas que han sido reunidas en el expediente.
g. No es correcto que se dicte la prisión preventiva sin previo análisis de los elementos de convicción que constan en el juicio.

h. Cuando el Juez de Garantías Penales dicta la prisión preventiva en forma abusiva sin considerar los indicios existentes en el proceso, esta quebrantando los principios constitucionales de libertad individual y presunción de inocencia.
i. El Juez de Garantías Penales es quien dicta la prisión preventiva de oficio o a petición del Fiscal de cualquiera de estas formas siempre se debe de tener presente que este comprobada la responsabilidad del imputado y que se trate de un delito de acción pública, plenamente demostrados con diligencias practicadas por la Fiscalía.
j. Siempre se debe analizar las pruebas aportadas en el juicio para que se proceda a privar de la libertad a una persona con la orden de la prisión preventiva, caso contrario se estaría abusando de esta medida cautelar.

**Análisis:** En esta pregunta se debe considerar que las diez personas entrevistadas manifiestan que para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva el Juez de Garantías Penales debe de verificar que existan elementos de convicción con los cuales se demuestren la responsabilidad del infractor y su participación en el hecho que se investiga, así como que se trate de un delito tipificado en el Código Penal, así mismo el Fiscal para solicitar la prisión preventiva al Juez de Garantías Penales debe ordenar que se practiquen las diligencia que estime necesario y con las cuales pueda determinar la responsabilidad del infractor y su actuación en el caso que se investiga. Únicamente de esta manera se estaría protegiendo que no se quebranten los derechos constitucionales de la libertad individual y presunción de inocencia que actualmente están siendo lesionados.

## Tercera: ¿Cree usted que los presupuestos de la prisión preventiva instituida en el Derecho Procesal Penal se encuentran establecidos en concordancia con el debido proceso?

a. Creo que los presupuestos de la prisión preventiva no están establecidos en concordancia porque el Art. 167 del Código de

Procedimiento Penal, porque lesiona el principio de libertad individual y de presunción de inocencia al permitir que se prive de su libertad a una persona sin tener una sentencia condenatoria ejecutoria en su contra.

b. La culpabilidad de una persona únicamente se la puede determinar a través de un juicio y la privación de su libertad debe ser dictada cuando en su contra existe una sentencia condenatoria ejecutoriada, caso contrario no guardan armonía los presupuestos de la prisión preventiva con el debido proceso.

c. No es prudente que se prive de la libertad a una persona sin que exista en su contra una sentencia condenatoria ejecutoriada, sin embargo la prisión preventiva entre uno de su requisitos sólo exige que existan indicios claros y precisos que el imputado es autor o cómplice del delito, es decir todavía no esta demostrada su culpabilidad, por lo tanto no guarda relación con el principio de presunción de inocencia.

d. Estos presupuestos previstos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal no están establecidos en armonía con el debido proceso, porque si bien, el principio de presunción de inocencia debe de ser cumplido hasta cuando ya se declare la culpabilidad del infractor a través de una sentencia condenatoria en firme.

e. No guardan relación los presupuestos de la prisión preventiva con el debido proceso por cuanto permite que se prive de la libertad a una

persona contra la que todavía no existe una sentencia condenatoria ejecutoriada que lo declare culpable del delito que se lo acusa.

f. Considero que no porque, para que una persona sea declarada culpable debe ser mediante sentencia condenatoria ejecutoriada que ha base de las pruebas aportadas en el juicio, los juzgadores dictan su sentencia y es aquí cuando se debe de privar de la libertad a una persona caso contrario se estaría lesionando este principio.

g. Las normas del proceso penal son especificas que para dictar prisión preventiva el Juez debe de verificar que se cumplan con los presupuestos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal estas normas están en contradicción con las garantías básicas del debido proceso de libertad individual y presunción de inocencia, porque para privar de la libertad a una persona sólo se considera que existan indicios claros y precisos que el imputado es autor del delito mientras que el principio de presunción de presunción de inocencia señala que únicamente una persona es responsable cuando ha sido declarada su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada.

h. No se encuentran establecidas en concordancia porque si bien para privar de la libertad a una persona sólo se necesita de indicios claros y preciso que el imputado es responsable mientras si analizamos el principio de presunción de inocencia toda persona es inocente y no tiene porque esta privado de su libertad, porque al momento de ser encerrado la sociedad lo tilda como un delincuente más sin habérsele establecido su culpabilidad a través de todo un proceso.

i. Claro que no guarda relación porque se esta lesionando el principio de libertad individual y de presunción de inocencia al momento que el Juez de Garantías Penales dicta la prisión preventiva en contra de una persona que se presume su inocencia.

j. Absolutamente no guardan relaciones los requisitos de la prisión preventiva con el debido proceso porque nuestro sistema penal lo que quiere es encarcelarlo al infractor sin determinar los motivos que lo condujeron a realizar el acto ilícito y además al privarlo de la libertad se esta lesionando el principio de presunción de inocencia.

**Análisis:** En esta pregunta todos los entrevistados consideran que los presupuestos de la prisión preventiva consagrados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal no guardan concordancia con el debido proceso garantizado en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, respecto al derecho de libertad individual y presunción de inocencia por que cuando el Juez de Garantías Penales cuando dicta esta medida cautelar de carácter personal lo hace contra una persona a quien se la esta investigando en un juicio penal y que aún no se ha establecido su culpabilidad mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, además señalan que al momento de encerrar a una persona en un Centro de Rehabilitación Social se le esta atribuyendo la calidad de delincuente sin existir todavía en su contra una sentencia que lo inculpe en el delito que se investiga.

Debemos tener en cuenta que entre los presupuestos que exige el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal tenemos que los indicios sean claros y

precisos de que el imputado es autor o cómplice. Si bien **el indicio es** el hecho que se prueba en el juicio con el objeto de procurar obtener la certeza del juez sobre la identidad del agente del cometimiento de la infracción**.** Es decir, el indicio no es el medio de prueba sino el hecho o el acto que se prueba, mediante la utilización de cualquiera de los medios de prueba en la etapa de juicio, sin embargo los indicios para presumir la responsabilidad de un sospechoso deben ser debidamente fundamentados y en caso resultar inocente el detenido, este pueda seguir una acción en contra del denunciante o autoridad que la dictó. Mientras que la culpabilidad es un elemento del delito que consiste en el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que se ha cometido, por lo tanto dichos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor, esta imputabilidad da lugar a la responsabilidad jurídico-penal, es decir una vez comprobado que el autor del hecho delictivo es culpables estamos hablando que a través de una sentencia condenatoria es responsable.

**Cuarta Pregunta: ¿Considera usted que de esta medida cautelar se abusado permanentemente el Estado que injusta e ilegalmente algunos ciudadanos han permanecido detenidos por tiempo excesivo?**

a. Claro toda vez que durante el proceso el Juez de Garantías Penales ha determinado que se han desvanecido los indicios que fueron la causa para dictar la prisión preventiva.

b. Si deben estas normas ser aplicadas correctamente por parte del Juzgador que va a dictar una detención, caso contrario se abusa de esta facultad que tiene el Juez de Garantías Penales.

c. Si porque en algunos casos, cuando han transcurrido por lo menos cien días el Juez de Garantías Penales en la audiencia preliminar revoca esta orden y dispone la inmediata libertad de la persona detenida por haber dictado el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado.

d. Si, porque muchas personas inocentes son puestas en libertad en la audiencia preliminar por no existir los suficientes elementos de convicción que determinen la responsabilidad del infractor que en forma abusiva fue privado de su libertad.

e. Si, efectivamente, sobre todo por la mala aplicación del derecho por parte de los Fiscales que son quienes solicitan esta medidas y el Juez de Garantías Penales por confiarse de lo requerido del Fiscal dicta la privación de la libertad de la persona que todavía es inocente porque aún no se ha encontrado su culpabilidad y no existe una sentencia condenatoria dictada en su contra.

f. Si de acuerdo a la facultad que tienen los Jueces de Garantías Penales dictan estas medidas sin verificar si se han reunidos los presupuestos claros y precisos que requiere para dictar una orden de prisión preventiva.

g. Si pienso que para dictar la prisión preventiva los Jueces penales deben tener la certeza de se trata de la persona responsable y que lo que se esta investigando constituye un delito de acción pública.

h. Claro que se esta abusando al dictar la prisión preventiva al dictarla sin tenerlos elementos suficientes, además si la dictan y a los pocos días ese establece la no participación del detenido se debe dictar su inmediata libertad y no esperar que llegue a la audiencia preliminar para dictar el sobreseimiento y se revoque su detención.

i. Si, porque, si revisamos los archivos de resoluciones de los juzgados penales vamos a encontrar un sinnúmero de procesos penales en los cuales se ha dictado el sobreseimiento definitivo del imputado y que han sido puestos en libertad una vez

pasada la audiencia permaneciendo injustamente privados de su libertad y a estas personas el Estado no les indemniza ni los Jueces de Garantías Penales son sancionados por este atropello jurídico.

j. Por supuesto que si, tenemos que considerar, si dictan la prisión preventiva en contra de una persona debemos esperar que transcurran los noventa días de la instrucción fiscal y en la etapa intermedia para que se efectúe la audiencia preliminar, donde se dicta el sobreseimiento se debe esperar como máximo de tiempo veinte días, es decir, un total de ciento diez día que tiene que este privado de su libertad una persona inocente.

**Análisis:** Respecto a esta pregunta los entrevistados concuerdan en sus respuestas que de la medida cautelar de prisión preventiva los Jueces de Garantías Penales vienen abusando por que privan de la libertad a personas inocentes, que son puestas en inmediata libertad cuando se ha dictado un sobreseimiento definitivo del imputado, indicando el imputado debe estar privado de su libertad aproximadamente ciento diez días, porque debe esperar pasar la audiencia preliminar, que es en donde el Fiscal indica que se han desvanecido los indicios que dieron lugar a su detención y que no existe delito alguno, ni responsabilidad en su contra. La realidad en nuestra legislación procesal penal no se respeta la libertad individual de las personas, ni la presunción de inocencia, tanto el Fiscal como el Juez de Garantías Penales abusan de esta medida, uno por solicitarla y el otro por dictar esta medida que priva por demasiado tiempo de la libertad a personas inocentes. Este problema debe ser analizado por los legisladores con la finalidad de presentar alternativas de solución al problema latente que viene suscitándose en nuestro país y que es un tema de actualidad.

### 3.5.3 Encuestas a Profesionales del Derecho.

**Universo investigado:** Abogados en libre ejercicio especialistas en Criminología y Ciencias Penales.

**Primera pregunta: ¿En su práctica profesional ha conocido casos relacionados con el abuso de la prisión preventiva?**

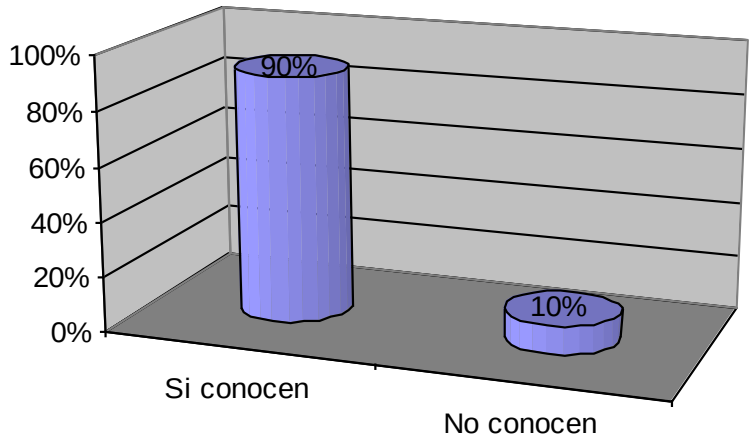
## Cuadro Estadístico No. 1.

**Existe abuso de la prisión preventiva.**

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|---|---|
| Si conocen | 27 | 90% |
| No conocen | 3 | 10% |
| **Total** | **30** | **100%** |

**Fuente:** Profesionales del Derecho.
**Investigadores:** Dr. Cosme Ordóñez, Dr. Fernando Soto, Dr. Mario Chacha.

**Gráfico No. 1**




En esta pregunta veintisiete encuestados que corresponden al 90% supieron manifestar que si conocen de casos penales en donde se abusado en dictar la prisión preventiva, porque sin existir los elementos necesarios se priva de la libertad a personas inocentes, se

inobserva la Ley y se lesiona la libertad de las personas. Mientras que tres encuestados que equivalen al 10% señalaron que no han conocido de caso alguno donde se haya abusado de la prisión preventiva**.**

**Comentario.-** Consideramos que la prisión preventiva en un mayor porcentaje los jueces penales abusan de esta medida cautelar, esto se debe porque el Juez de Garantías Penales al momento de dictar esta medida se vale de los elementos de convicción que constan en el proceso y que todavía no son pruebas fehacientes que demuestren la culpabilidad del infractor, de esta manera al no existir un mejor control de los procesos el momento de dictar una medida cautelar de carácter personal se lesiona el derecho a la libertad individual y presunción de inocencia que gozamos todas las personas.

**Segunda pregunta: ¿Cree que hay abuso al dictar la prisión preventiva por los jueces penales sin observar los requisitos establecidos en la Ley?**

**Cuadro Estadístico No. 2.**

**El abuso al dictar la prisión preventiva cuando se inobserva sus requisitos.**

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|---|---|
| Si existe abuso | 30 | 100% |
| No existe abuso | 00 | 00% |

| | | |
|---|---|---|
| **Total** | **30** | **100%** |

**Fuente:** Profesionales del Derecho.
**Investigadores:** Dr. Cosme Ordóñez, Dr. Fernando Soto, Dr. Mario Chacha.

Respecto a esta pregunta las treinta personas que representan el 100% responden que si existe abuso por parte de los Jueces de Garantías Penales cuando para dictar la prisión preventiva no consideran los requisitos que están consagrados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y que deben ser cumplidos, además es facultativo del Juez de Garantías Penales dictar o no esta medida.

**Comentario.-** Estimamos conveniente, que para dictar esta medida de carácter personal los Jueces de Garantías Penales deben actuar con cautela revisando el expediente y verificar que se reúnan estos requisitos como son la existencia de indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción

pública; que los indicios sean claros y precisos de que el imputado sea autor o cómplice del delito; y, que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, sin la comprobación de estos presupuestos que consten en el proceso el Juez de Garantías Penales no debe dictar la prisión preventiva, porque estaría irrespetando las normas legales del proceso penal y el debido proceso.

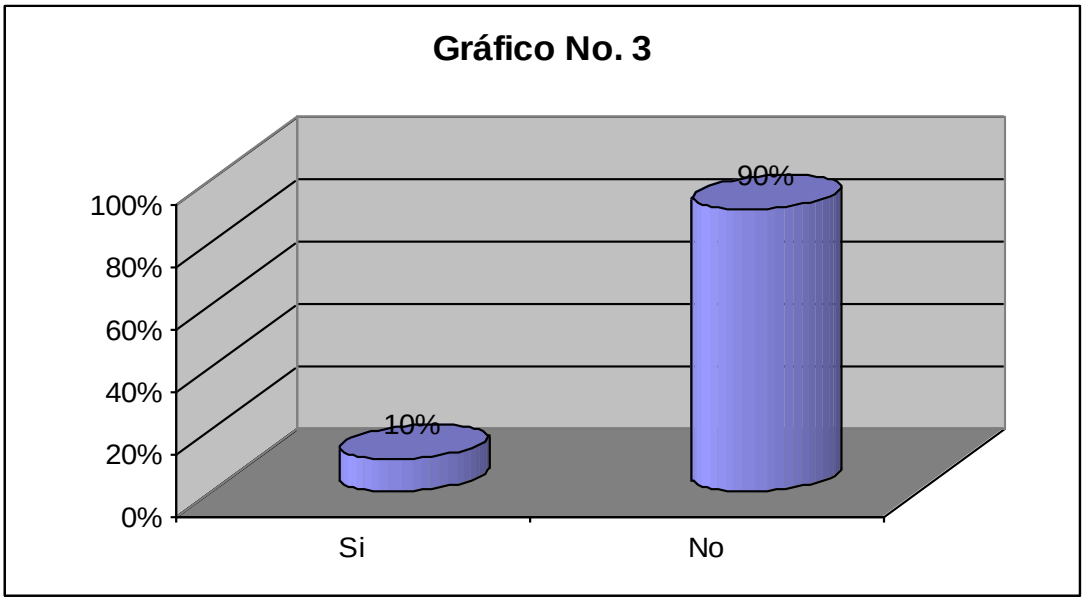
**Tercera pregunta: ¿Considera que los jueces penales al dictar la prisión preventiva inobservando los presupuestos lesionan la libertad individual y la presunción de inocencia?**

**Cuadro Estadístico No. 3.**

**Inobservancia de los presupuestos de la prisión preventiva.**

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|---|---|
| Si inobservan los Jueces | 30 | 100% |
| No inobservan los Jueces | 00 | 00% |
| **Total** | **30** | **100%** |

**Fuente:** Profesionales del Derecho.
**Investigadores:** Dr. Cosme Ordóñez, Dr. Fernando Soto, Dr. Mario Chacha.




En esta pregunta las treinta personas que equivalen al 100% responden que los Jueces de Garantías Penales al momento de dictar la medida cautelar de la prisión preventiva inobservan los presupuestos que son indispensables para determinar la existencia del delito y la responsabilidad del infractor, los mismos que se encuentra consagrados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, de esta manera se esta violentando las normas constitucionales del debido proceso como son la libertad individual y la presunción de inocencia, entre otros derecho como la honra y dignidad de las personas.

**Comentario.-** Consideramos que los Jueces de Garantías Penales al momento de dictar la prisión preventiva deben analizar minuciosamente los elementos de convicción que constan en el proceso penal, con esa constancia no caerían en el error de dictar una medida cautelar en forma arbitraria, para que después tengan que revocar dicha medida, que ha sido girada en contra de una persona inocente.

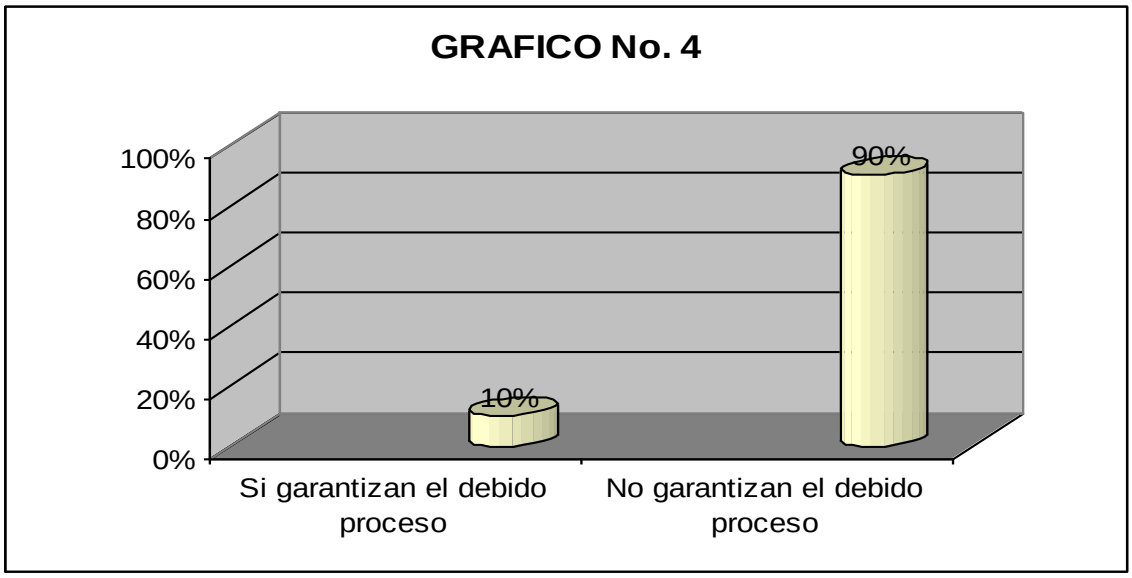
**Cuarta pregunta: ¿Considera usted que al dictar la prisión preventiva el juez como garante de que cumplan las garantías constitucionales esta cumpliendo con el debido proceso?**

**Cuadro Estadístico No. 4.**

**Garantía del debido proceso por el Juez de lo Penal.**

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|---|---|
| Si garantiza el debido proceso | 03 | 10% |
| No garantiza el debido proceso | 27 | 90% |
| **Total** | **30** | **100%** |

**Fuente:** Profesionales del Derecho.
**Investigadores:** Dr. Cosme Ordóñez, Dr. Fernando Soto, Dr. Mario Chacha.




En esta pregunta tres personas que representan el 10% manifiestan que el Juez de lo Penal si garantiza el debido proceso dentro de los procesos penales. Mientras que veintisiete encuestados respondieron que el Juez Penal indican que no garantiza el cumplimiento del debido proceso, esto se da porque el Juez de Garantías Penales no se concreta a las pruebas existentes en el proceso, rara vez hacen una evaluación de las diligencias y peritajes procesales para dictar la prisión preventiva, en todos los casos no le dan mayor importancia, y más analizan los requerimientos del Fiscal.

**Comentario.-** Nuestra opinión en esta pregunta se basa en que el Juez de Garantías Penales debe cumplir su función dentro de la fase preprocesal de la indagación previa y de

la etapa de la instrucción fiscal que esta a cargo del Fiscal y el rol del Juez es velar por el fiel cumplimiento del debido proceso, es decir que se respeten las garantías básicas como la presunción de inocencia, la libertad individual, el derecho a la defensa, el derecho de no auto incriminarse, entre otras garantías constitucionales.

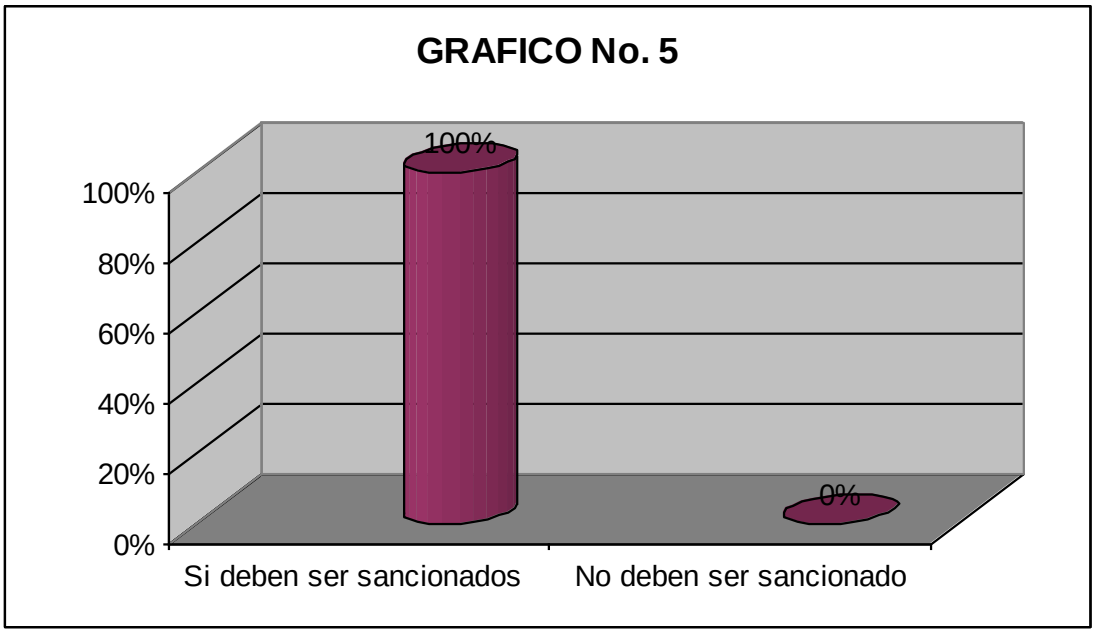
**Quinta pregunta: ¿Estima usted que el Juez al abusar de la prisión preventiva esta lesionando la libertad individual y presunción de inocencia, por lo que debe ser sancionado penalmente?**

**Cuadro Estadístico No. 5.**

**Sanción penal para el Juez, cuando no garantice el debido proceso.**

| Indicadores | Frecuencia | Porcentaje |
|---|---|---|
| Si debe ser sancionado | 30 | 100% |
| No debe ser sancionado | 00 | 00% |
| **Total** | **30** | **100%** |

**Fuente:** Profesionales del Derecho.
**Investigadores:** Dr. Cosme Ordóñez, Dr. Fernando Soto, Dr. Mario Chacha.



En esta pregunta los treinta encuestados que corresponden al 100% señalan que si deben ser sancionados los Jueces de Garantías Penales por incumplimiento de la norma legal o su mala aplicación porque privan de la libertad a una persona que luego de aproximadamente cuatro meses de haber sido privada de su libertad los jueces en la audiencia preliminar dictan el sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado y disponen su inmediata libertad, sin existir hasta la actualidad ningún Juez sancionado por este abuso.

**Comentario.-** De los resultados se evidencia que la mayoría de los encuestados coinciden que el Juez de lo Penal debe de ser sancionado penalmente cuando dicte una prisión preventiva en forma arbitraria. Con la imposición de una pena se estaría obligando al Juez a cumplir su rol como garante del debido proceso y evitar que se continúe abusando de esta medida cautelar.

### 3.8. VERIFICACIÓN DE LOS OBJETIVOS Y CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

#### 3.8.1. Verificación de los objetivos.

En nuestro trabajo investigativo nos propusimos un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación procedemos a verificarlos.

El objetivo general es: ***"Realizar un estudio jurídico - doctrinario del abuso de la prisión preventiva por los jueces penales para proponer reformas al Código de Procedimiento Penal".***

A este objetivo lo verificamos con el análisis realizado en el marco teórico de las definiciones de la prisión preventiva y de las normas legales constantes en el Código de Procedimiento Penal. Además con el estudio de siete casos demostramos el abuso de la prisión preventiva que vienen lesionando el derecho de la libertad individual y presunción de inocencia, por el Fiscal y Juez de Garantías Penales competente; lo que nos ha demostrado la necesidad de reforma el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en lo concerniente a las funciones del Fiscal y del Juez de Garantías Penales.

Objetivos Específicos: En el proyecto de tesis nos propusimos tres objetivos específicos que a continuación damos a conocer su verificación:

***1.- Realizar un estudio jurídico doctrinario del abuso de los jueces penales de la prisión preventiva y la violación de la libertad individual y presunción de inocencia.***

Este primer objetivo específico es verificado con el desarrollo del tema del marco teórico que se refiere a las garantías constitucionales respecto de la libertad individual donde determinamos la facultad que nos brindan estas garantías constitucionales a todas las personas, para hacerla respetar cuando han sido vulneradas por autoridades o por personas. También con la aplicación de la encuesta en donde la mayoría de las personas encuestadas responden que si existe abuso al dictar la prisión preventiva por parte de los jueces penales cuando la dictan de oficio o cuando la dictan a petición del Agente Fiscal, porque se esta inobservando los presupuestos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y se lesiona la libertad individual y la presunción de inocencia, por esta inobservancia

debe ser sancionado el Juez de Garantías Penales y no solamente él sino que también el Fiscal.

2 ***Realizar un estudio de campo en los juzgados y fiscalías del abuso de la prisión preventiva por los jueces penales.***

Este objetivo lo verificamos al realizar el estudio de siete casos tramitados en los años 2005, 2006 y 2007; de los cuales dos casos se refieren a delitos de violación a dos menores de edad, dos casos respecto a delitos de tenencia ilegal de armas de fuego, un delito de hurto, uno de plagio y uno de tenencia ilegal de drogas; casos en donde los imputados se encuentran privados de su libertad hasta la etapa intermedia, precisamente en la audiencia preliminar donde el Juez Penal dicta auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado en unos casos y en otros caso el Juez Penal dicta sobreseimiento provisional del proceso y del imputado o sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del imputado. Luego de esta resolución deja sin efecto la orden de prisión preventiva que pesa contra los imputados y gira la respectiva boleta de libertad a favor de los imputados sobreseídos. Dentro de este análisis prolijo constatamos el abuso de la prisión preventiva por parte del Fiscal y del Juez de Garantías Penales.

3 ***Presentar una propuesta de reforma legal que sancione al Juez Penal por inadecuada aplicación de esta medida cautelar.***

Se verifica este objetivo con los resultados de la investigación de campo con la quinta pregunta de la encuesta donde la mayoría supieron apoyar la reforma al Código de Procedimiento Penal, manifestando que se debe incorporar normas legales que sancionen al Fiscal y Juez Penal que privan injustamente de la libertad a una persona por un tiempo excesivo, dictando o solicitando la prisión preventiva.

**3.8.2. Contrastación de la hipótesis.**

La hipótesis que nos propusimos en nuestro trabajo investigativo es la siguiente: ***"Los jueces de lo penal abusan de la prisión preventiva, lesionando las garantías constitucionales de la libertad individual y la presunción de inocencia".***

Esta hipótesis la comprobamos con el estudio de los siete casos analizados de delito de acción penal pública, donde con el inicio de la instrucción fiscal el Representante del Fiscal General del Estado solicita al Juez Penal que dicte la medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva en contra de los imputados que supuestamente en ese momento se encuentra reunidos los presupuesto que determina el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal como son: indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, los inicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y, que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. Estos requisitos son desvanecidos en el transcurso de la instrucción fiscal por los elementos de convicción de de descargos presentados por los imputados en los caso analizados, pero sin embargo que en forma oportuna estos imputados demuestran fehacientemente su inocencia; y a pesar de existir dictamen fiscal que se abstiene de acusar a los imputados, el Fiscal y el Juez se han acostumbrado que tienen que llegar a la etapa procesal intermedia y por medio de la audiencia preliminar establece que los elementos de convicción de cargo no arrojan los suficientes elementos que haga presumir la responsabilidad de los imputados; en tal virtud, el Juez Penal dicta auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del imputado y sobreseimiento provisional del proceso y del imputado según cada caso. Consideramos que debe ser sancionado penalmente esta autoridades, así como que existan normas que obliguen al Fiscal y Juez Penal poner en inmediata libertad al imputado en cualquier parte del proceso penal que se encuentre con prisión preventiva y no que se esperen hasta llegar a la audiencia preliminar para resolver absolver de la responsabilidad a los imputados y ordenar su inmediata libertad ya cuando han transcurrido mucho tiempo que estuvieron privados de su libertad.

.

### 3.9. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROPUESTA DE REFORMA.

La Constitución de la República del Ecuador señala como una garantía básica del debido proceso el derecho a la libertad individual y el derecho a la presunción de inocencia; señalando que ninguna persona será privado de su libertad sino por orden escrita del Juez de Garantías Penales, es decir la orden escrita del Juez de Garantías Penales será la boleta de detención para fines investigativos o la orden de prisión preventiva, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Penal; en lo que concierne a la presunción de inocencia se presume de toda persona cuya culpabilidad no se ha declarado mediante sentencia ejecutoriada, es decir, al hablar de culpabilidad debemos de entender que una persona es culpable del delito que se investiga y debe de existir el nexo causal que lo relacione con el delito caso contrario no se estaría hablando de que esa persona sea el culpable; pero además debe ser declarado mediante sentencia ejecutoriada o en firme, donde conste en el proceso que dicha sentencia se encuentra ejecutoriad por el Ministerio de la Ley, sentada la razón por el secretario del juzgado penal.

Estas garantías constitucionales no están siendo cumplidas por los operadores de la justicia, respecto del cumplimiento de los presupuestos para dictar una prisión preventiva o para mantener vigente dicha medida cautelar, porque vienen dictando la privación de la libertad de una persona en forma arbitraria.

En los delitos analizados en nuestra investigación, los jueces dictan la orden de prisión preventiva desde el inicio del proceso; privándolos de la libertad con el internamiento en los Centros de Rehabilitación Social, para asegurar su comparecencia para su juzgamiento, más resulta que en la audiencia preliminar de la etapa intermedia por haberse desvanecido los indicios que hicieron dictar dicha medida, el Juez de Garantías Penales dicta auto de sobreseimiento provisional o definitivo del proceso o del imputado según el caso.

Si bien conocemos que la prisión preventiva es una medida cautelar que tiene la finalidad de garantizar la presencia del imputado en el proceso penal, así mismo la prisión preventiva debe revocarse o suspenderse cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron, así lo dispone el numeral 1ro. del Art. 170 del Código de Procedimiento Penal. Esta disposición legal vigente debería de ser cumplida por el Fiscal y el Juez Penal, porque en los siete casos analizados por delitos de acción penal pública, demostramos que tanto el Fiscal como el Juez Penal esperan llegar a la audiencia preliminar para revocar la prisión preventiva incumpliendo este precepto legal, que debe ser reformado, estableciendo la obligatoriedad de su cumplimento dentro de la etapa de instrucción fiscal.

Es conocido que es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también de descargo del imputado, según lo señala el inciso tercero de Art. 65 del Código de Procedimiento Penal; pero no establece que de una manera oportuna el Fiscal al comprobar la inocencia del imputado sea quien de oficio solicite la inmediata libertad de este y la revocatoria de la prisión preventiva que pesa en su contra.

El Juez Penal tiene como competencia según el numeral 3ro. del Art. 27 del Código Adjetivo Penal dictar las medidas cautelares personales y reales; pero no señala que las revoque inmediatamente cuando de oficio tenga conocimiento que se han desvanecido los indicios que las hicieron dictarlas.

El sistema penal y el internamiento tienen como finalidad la reeducación del sentenciado y su capacitación para el trabajo, a fin de obtener su rehabilitación que le permita una adecuada reincorporación social. Pero esto no se puede cumplir si se encierran arbitrariamente a personas que son inocentes y que después de un largo tiempo ordenan su libertad por haberse desvanecido los indicios que hicieron presumir su responsabilidad y participación en el delito que se lo involucra.

Si bien, es conocido por todos, que una persona al ser recluida en un Centro de Rehabilitación Social, en la mayoría de los casos estas penas causas más daño que beneficio, y tratándose de delitos en los cuales demuestran oportunamente ser inocentes.

Fundamentamos además nuestra propuesta de reformas legales, con los resultados de las entrevistas y encuestas en donde los entrevistados la mayoría respondieron que los jueces penales viene abusando de la prisión preventiva al privar de su libertad a personas inocentes que por su orden están internados en los Centros de Rehabilitación Social y son puestos en libertad después de un largo tiempo, esto genera que la sociedad lo tilde, manchen su honor, lesionen su honra, quebranten el principio universal de presunción de inocencia. Por lo que es necesario que sancionen a los Jueces y Fiscales penalmente para que garanticen el debido proceso a todas las personas desprotegidas; por todo el análisis expuesto estimamos conveniente incorporar reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal en lo concerniente a establecer sanciones tanto para el Fiscal, como para el Juez Penal que lesionen el derecho de libertad individual y presunción de inocencia al momento de dictar o solicitar la prisión preventiva, y de manera obligatoria verifiquen el cumplimiento de sus requisitos y cuando estos indicios se desvanecieron durante la etapa de instrucción fiscal sean puestos en forma inmediata en libertad los imputados.

# CAPÍTULO CUARTO

# CONCLUSIONES Y

# RECOMENDACIONES

**4.1. CONCLUSIONES.**

Luego de haber realizado el análisis doctrinario y de campo arribamos a las siguientes conclusiones:

**Primera:** El Estado protege a la sociedad, privando de la libertad a toda persona que cometa un delito legalmente tipificado en el Código Penal, no considerando que en vez de rehabilitarlo al infractor lo somete a un periodo de especialización delincuencial, convirtiéndolo en un ser contrario a la sociedad.

**Segunda:** El derecho a la libertad individual se viene lesionando a diario por parte de los Jueces de Garantías Penales que dictan arbitrariamente la prisión preventiva sin observar el fiel cumplimiento de los presupuestos que exige Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

**Tercera:** La Constitución de la República del Ecuador establece la observancia de las garantías básicas del debido proceso entre ellas el derecho de presunción de inocencia que tenemos todas las personas cuando nos encontremos inmersas en un proceso penal.

**Cuarta:** Que los Jueces de Garantías Penales vienen abusando de la prisión preventiva dictando en contra de personas inocentes, que son puesta en libertad luego de haber estado privadas de su libertad en los Centros de Rehabilitación Social por un largo tiempo.

**Quinta:** Tanto el Fiscal como el Juez Penal son responsables del abuso de la prisión preventiva al permitir que siga detenida una persona, con el fin de que no evada del lugar de la jurisdicción del proceso, cuyo fin es que el imputado sea sancionado con una pena y este presente el momento de la Audiencia Oral de la Etapa del juicio y pague los daños y perjuicios ocasionados.

**SEXTA**: Del análisis del estudio de los siete casos de acción penal, determinamos que el Fiscal y Juez de Garantías Penales, permiten la libertad de una persona detenida cuando se dicte auto de sobreseimiento definitivo o provisional del imputado en la resolución de la audiencia preliminar y no durante la instrucción fiscal.

**Séptima:** El Código de Procedimiento Penal no obliga al Fiscal ni al Juez Penal solicitar ni revocar la orden de prisión preventiva cuando se establezca la inocencia del imputado que esta privado su libertad, sino que permite su libertad cuando se dicte auto de sobreseimiento definitivo o provisional del imputado.

**Octava:** De las encuestas y entrevistas realizadas a los profesionales de Derecho se determina que el Juez de lo Penal, lesiona la libertad individual y la presunción de inocencia, al dictar la prisión preventiva sin tener elementos de convicción.

**Novena:** De la población de abogados de Loja que han sido encuestados en número de treinta profesionales consideran que debe reformarse el Código Penal y Procedimiento Penal, para que se instituya la responsabilidad penal en contra del Juez que dicte la prisión preventiva, cuando haya lesionado los derechos individuales de la libertad individual y la presunción de inocencia.

**Décima:** Existen vacíos legales en el Código Penal y de Procedimiento Penal, en lo concerniente a establecer la obligatoriedad de los Fiscales y Jueces Penales al establecer que los indicios que provocaron la prisión preventiva de una persona se han desvanecido, y en caso de incumplir sean sancionado penalmente.

### 4.2. RECOMENDACIONES.

Las recomendaciones que presentamos en la presente tesis de maestría son las siguientes:

**Primera.** Que el Estado a través de sus autoridades encargadas de las Instituciones públicas judiciales y organismos de control, garanticen el derecho a la libertad individual y presunción de inocencia que corresponden a todos los ciudadanos

**Segunda**. Sugerimos a la Asamblea Nacional reformar el régimen procesal penal respecto a la medida cautelar de la prisión preventiva, que respete el derecho de presunción de inocencia y libertad individual de las personas.

**Tercera.** Es necesaria la especialización de los Fiscales y Jueces Penales en lo concerniente a la aplicación correcta de las medidas cautelares personales, con la finalidad de garantizar la libertad individual y presunción de inocencia.

**Cuarta**. Sugerimos que en los delitos de acción penal pública el Fiscal y Juez de Garantías Penales garanticen el debido proceso, observando periódicamente el proceso penales donde esté privado de la libertad personas de las cuales los indicios que hicieron presumir su culpabilidad no arrojan elemento de convicción de cargo.

**Quinta.** En las competencias que tienen los Jueces penales y Fiscales se debe incorporar normas que obliguen a estas autoridades disponer la inmediata libertad de la persona que injustamente se encuentre privada de su libertad.

**Sexta.** No se debe seguir esperando que llegue la audiencia preliminar para poner en libertad a una persona detenida injustamente, sino que durante la instrucción fiscal, con justificación de elementos de convicción de descargo se disponga su inmediata libertad.

**Séptima**. Se debe establecer en el actual Código de Procedimiento Penal normas que obliguen al Fiscal, Juez Penal y Tribunal Penal ordenar la inmediata libertad del detenido injustamente, sin necesidad de una audiencia.

**Octava.** Sugerimos incorporar reformas al Código Penal y de Procedimiento Penal determinando sanciones penales para el Fiscal y Juez Penal, cuando lesionen por medio de la prisión preventiva el principio de libertad individual y presunción de inocencia.

**Novena**. Sugerimos a los señores Asambleístas incorporar en la brevedad posible, las reformas realizadas al Código Penal y de Procedimiento Penal, garantizando el derecho a la libertad individual y presunción de inocencia.

### 4.3. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

**LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

**CONSIDERANDO**

**Que:** el Estado ecuatoriano reconoce y garantiza a las personas el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones.

**Que:** todas las personas tenemos derecho en acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de nuestros derechos e intereses, sin que caso alguno quede en indefensión.

**Que:** el Fiscal General del Estado es el órgano que prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal.

**Que:** los jueces penales son competentes en garantizar los derechos del imputado y ofendido durante la etapa de instrucción fiscal y en la etapa intermedia.

**Que:** es necesario que se disponga la inmediata libertad de una persona que esta detenida con orden de prisión preventiva en cual parte del proceso penal, cuando los indicios que justificaron su detención se han desvanecido.

**Que:** es urgente incorporar reformas al Código de Procedimiento Penal, respecto a la obligatoriedad que debe existir para que el Fiscal y Juez Penal dispongan la inmediata libertad del imputado que ha justificado si inocencia en al etapa de instrucción fiscal.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales que le concede el Art. 134, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.**

**Art.1.** El Art. 4 cámbiese por el siguiente:

“Presunción de inocencia.- Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable la autoridad que lesione este derecho será sancionado penalmente”.

**Art.2.** En el numeral tercero del Art. 27 cámbiese por el siguiente numeral:

“3. Para dictar medidas cautelares personales y reales; a parte de la Audiencia Pública: y, para revocarlas, sustituirlas, o dictarlas, será obligación del Juez de Garantías Penales, establecer los elementos de convicción, de no encontrar elementos suficientes, el procesado tendrá derecho al pago de la indemnización de los daños y perjuicios”.

**Art. 3.** A continuación del Art. 65 agréguese el siguiente inciso:

“En caso de haberse justificado con elementos de convicción de descargo el abuso de la prisión preventiva en forma inmediata y obligatoria, el Fiscal solicitará la revocatoria de esta medida al Juez Penal en cualquier estado que se encuentre la instrucción fiscal”.

**Art. 4.** Cámbiese el Art. 167 por el siguiente:

“Prisión preventiva.- Cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, previa la Audiencia Pública, siempre que medien los siguientes requisitos que deberán ser observados su cumplimiento estrictamente por el Fiscal para solicitar y por el Juez para dictar, este incumplimiento será sancionado penalmente, por inobservancia a los derechos de libertad y derechos de protección.

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito;
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio: y,

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

**Art.5.** En el numeral primero del Art. 170 cámbiese por el siguiente:

"1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron, el Fiscal y Juez de Garantías Penales, previa Audiencia Pública, de manera obligatoria deben de solicitar o dictar la revocatoria de esta medida en cualquier estado que es encuentre la instrucción fiscal o cualquier otra etapa del proceso, su incumplimiento será motivo de sanción para el Juez de Garantías Penales".

**Art.6.** En el numeral nueve del Art. 170 cámbiese por el siguiente:

"9. Solicitar al Juez Penal que dicte las medidas cautelares, personales y reales que el Fiscal considere oportunas. Igualmente deberá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas, previa la Audiencia Pública, cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvirtuar los indicios que la motivaron. Lo fundamentado en la Audiencia Pública quedará por escrito en autos, de no cumplir con esta diligencia el Juez de Garantías Penales será sancionado penalmente; y,"

Artículo Final: Quedan derogadas las demás disposiciones que se opongan a esta reforma.

Disposición Final: Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional en la ciudad de San Francisco de Quito, a los 22 días del mes de Enero del 2009.

f. Presidente f. Secretario

### 4.3.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

**LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

**CONSIDERANDO**

**Que:** es deber del Estado asegurar el debido proceso protegiendo las garantías básicas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

**Que:** las leyes penales protegerán las garantías constitucionales y sancionará a las personas que las lesionen.

**Que:** en **l**os delitos de acción penal pública deben ser protegidos y garantizados el debido proceso por parte del Fiscal y Juez Penal.

**Que:** la privación de la libertad de personas con orden de prisión preventiva viene lesionando el derecho a la libertad individual y presunción de inocencia.

**Que:** existen inconvenientes en el régimen penal que no sanciona a los Fiscales y Jueces Penales que abusan de la prisión preventiva que lesionan la libertad individual y presunción de inocencia del imputado.

**Que:** es importante introducir reformas al Código Penal, en lo concerniente al incumplimiento de los Fiscales y Jueces Penales en velar por el fiel cumplimiento de los requisitos de la prisión preventiva y en caso de haberse desvanecidos los indicios que motivaron la prisión, en forma obligatoria sean puestos en libertad inmediatamente.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales que le concede el Art. 134, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.**

**Art.1.** A continuación del Art. 186 agréguese un artículo que dirá:

"Art. 186.1. **Abuso de prisión preventiva**.- Los Fiscales y Jueces de Garantías Penales que conocieren de una orden de prisión preventiva cuyos indicios que la motivaron se han desvanecido con elementos de descargo y en Audiencia Pública, la inobservancia o la omisión de parte del Juez de Garantías Penales, serán sancionados con penas de prisión de tres meses a un año e indemnizaran al imputado por el tiempo que estuvo detenido ilegalmente, previa destitución de sus cargos".

Artículo Final: Quedan derogadas las demás disposiciones que se opongan a esta reforma.

Disposición Final: Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional en la ciudad de San Francisco de Quito, a los 22 días de Enero del 2009..

f. Presidente f. Secretario

## 4.4. BIBLIOGRAFÍA.


1. **ABARCA GALEAS LUIS HUMBERTO**.-El debido proceso penal acusatorio ecuatoriano. Corte Suprema de Justicia.-Quito- Ecuador. 2006.
2. **ALAVA ORMAZA, Milton**. Relatividad del Derecho Constitucional**.** Editorial Voluntad. Quito. 1976.
3. **ALBAN GOMEZ**, Ernesto. Régimen Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales. Quito Ecuador. 2005.
4. **ARROYO BALTÁN, Lenin**. Las garantías individuales y el rol de protección constitucional. Manta – Ecuador. 2002.
5. **BAYANCELA GONZÁLEZ, Francisco. Ciencia Penal**. Ediciones de la Universidad Técnica Particular de Loja. Ciencias Jurídicas. Loja- Ecuador. 1999.
6. **CABANELLAS, Guillermo**. "**Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual".** Editorial Heliasta. Tomo III. 28va. Edición. Buenos Aires – Argentina. 2003.
7. **CABANELLAS, Guillermo**. "**Diccionario Jurídico Elemental**". Editorial Heliasta.- Buenos Aires Argentina 1983.

8. **CARNELUTTI, Francesco**. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Tomo II. Ediciones Depalma. Buenos Aires – Argentina.
9. **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO**.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. 2009.
10. **CÓDIGO PENAL ECUATORIANO**.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. 2007.
11. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, de 1998. Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. 2006.
12. **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, aprobado mediante Referéndum de fecha 28 de Septiembre del 2008.
13. **CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA.** Caracas – Venezuela. 2007.
14. **CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.** Santiago de Chile. 2007.
15. **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO.** Bogotá – Colombia. 2007.
16. **DICCIONARIO JURÍDICO ANBAR**, Primera Edición. Volumen III, Fondo de la Cultura Ecuatoriana.- Cuenca – Ecuador. 1998.
17. **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**. Tomo XXII. Buenos Aires Argentina.
18. **FERNADEZ PIEDRA, Luis Alberto.** La Detención y la Prisión Preventiva en el Ecuador. Quito 2004.
19. **GOLDSTEIN, Raúl**. "Diccionario de Derecho Penal y Criminología". Segunda Edición. Buenos Aires – Argentina 1983.
20. **GUZMÁN LARA Aníbal**, "Diccionario Explicativo de Derecho Penal Ecuatoriano", Tomo I, 1997.
21. **Http/ WWW. Monografías**. Com/ participar. Shtml 1997. Lucas Moreo /Sinexi S.A.
22. **JURISPRUDENCIA.** Gaceta Judicial. Ministerio Público. Quito-Ecuador. 2003.
23. **LEY REFORMATORIA AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.** Registro Oficial Nro. 555 de fecha 24 de Marzo del 2009.
24. **MONTOYA VIÑAMAGUA, Angel**. **Ciencia Penal.** 2da. Edición Editora Pilar Campuzano Loaiza. 2000.
25. **OSSORIO Manuel**, "**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**". Edición Actualizada, Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires- Argentina 1998.
26. **RENGEL, Jorge H**. "**Criminología**". Tomo I. La Concepción Biológica del Delito. Segunda Edición. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Loja – Ecuador. 1994.
27. **ROMBOLA, Néstor Darío y REIBOIRAS**, Lucio Martín.- Diccionario RUY DIAZ de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Impreso por Printer Colombiana. S.A. Bogotá - Colombia 2005.

28. **VACA ANDRADE**, Ricardo. “Comentarios al Nuevo código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. 2001.
29. **W.W.W. Yahoo. Com. Ec. “Conducta delictiva de las personas”.**
30. **YÁVAR UMPIÉRREZ, YÁVAR NUÑEZ.** El Fiscal de Transito en el Sistema acusatorio.- Quito – Ecuador. 2006.
31. **ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E**. “La Pena”. Guayaquil – Ecuador. 1985.

# ANEXOS

# Anexo No. 1

# Formulario de Entrevista

**ENTREVISTA.**

**SEÑOR PROFESIONAL DEL DERECHO Y JUECES PENALES.**

La presente entrevista ha sido diseñada con el propósito de obtener valiosa información de su práctica profesional con relación al abuso de la prisión preventiva y violación de la libertad individual y presunción de inocencia, información que nos servirá de orientación para el desarrollo de nuestra tesis de investigación. Por su atención que se dignará dar a la presente le anticipamos nuestro agradecimiento.

DATOS INFORMATIVOS:

JUECES DE LO PENAL.

CUESTIONARIO

1.- ¿ Cree que el titular del Órgano jurisdiccional debe dictar la prisión preventiva cuando lo estime conveniente y necesario el fiscal?.

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....
.....
.....
.....

2. ¿ Siendo principios consagrados en la Constitución la libertad individual y la presunción de inocencia considera que al dictar la prisión preventiva es correcto que se lo haga sin un análisis en derecho de las pruebas aportadas por la fiscalía o por el simple pedido del fiscal?.

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....
.....
.....
.....

3.- ¿ Cree Usted que los presupuestos de la prisión preventiva instituida en el Derecho Procesal Penal se encuentran establecidas en concordancia con el debido proceso?

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....
.....
.....
.....

4. Considera Usted que de esta medida cautelar se abusado permanentemente al estado que injusta e ilegalmente algunos ciudadanos han permanecido detenidos por tiempo excesivo?.

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....
.....
.....
.....

**Anexo No. 2.**

## Formato de la Encuesta

ENCUESTAS.

SEÑOR PROFESIONAL DEL DERECHO Y JUECES PENALES.

La presente encuesta ha sido diseñada con el propósito de obtener valiosa información de su práctica profesional con relación al abuso de la prisión preventiva y violación de la libertad individual y presunción de inocencia, información que nos servirá de orientación para el desarrollo de nuestra tesis de investigación. Por su atención que se dignará dar a la presente le anticipamos nuestro agradecimiento.

DATOS INFORMATIVOS:

ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL

## CUESTIONARIO

1.- ¿ En su práctica profesional ha conocido casos relacionados con el abuso de la prisión preventiva?.

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....
.....
.....
.....

2. ¿ Cree que hay abuso al dictar la prisión preventiva por los jueces penales sin observar los requisitos establecidos en la ley?.

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....
.....
.....
.....

3.- ¿Considera que los jueces penales al dictar la prisión preventiva inobservando los presupuestos lesionan la libertad individual y la presunción de inocencia?

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....

.....

.....

.....

4.-¿ Considera Usted que al dictar la prisión preventiva el juez como garante de que su cumplan las garantías constitucionales esta cumpliendo con el debido proceso?

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....

.....

.....

.....

5. Estima Usted que el juez al abusar de la prisión preventiva esta lesionando la libertad individual y presunción de inocencia, por lo que debe ser sancionado penalmente?.

SI ( ) NO ( )

PORQUE.....

.....

.....

.....

GRACIAS POR SUS CONOCIMIENTOS

**Índice**


Portada……..……..i

Certificación…….ii

Autoría…….iii

Agradecimiento……..iv

Dedicatoria……..……...v

Esquema del Sumario……..…vi

Introducción……..…...xi

**Capítulo Primero**

**Marco Referencial**

Problema……2

Problematización……..……..…..2

Justificación……...……...13

Objetivos……...14

**Capítulo Segundo**

**Marco Teórico**

**DELITOS DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA** ……15

Ejercicio de la acción penal pública……..……..15
Conceptos de acción penal...……..…23
Características de la acción penal.....25
La acción penal pública de instancia oficial.....28
La acción privada .....31
Otras características de la acción penal.....35
La acción penal es indivisible.....35
La acción penal es irrevocable.....36
Jurisdicción y competencia.....39
Fiscalía …….....61
Los delitos de Transito.....69
Juzgamiento de las infracciones de los adolescentes infractores.....71
**Garantías Constitucionales** .....72
La libertad individual .....72
Garantías fundamentales que protegen la libertad .....83
La acción de Hábeas corpus.....84
El amparo de libertad.....85
La presunción de inocencia.....87
**El debido proceso**……..……..……89
Concepto del debido proceso.....90
Los presupuestos del debido proceso.....94
Órgano Jurisdiccional.....95
Situación Jurídica de inocencia.....103
La tutela jurídica .....107
**Medida Cautelar. .....109**
Medidas cautelares de carácter personal.....112
La detención.....112
Personas a quienes se puede ordenas la detención.....116
La aprehensión .....120
Prisión preventiva .....124
Medidas cautelares de carácter real..... 124
**La prisión preventiva .....126**
Conceptos .....129
Características de la prisión preventiva.....136

Requisitos de la prisión preventiva .....141

**El sobreseimiento.....157**

Conceptos.....157

Sobreseimiento provisional .....161

Sobreseimiento definitivo.....162

El sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del acusado.....163

Efectos del sobreseimiento .....165

Estudio de la Prisión Preventiva en la Legislación Comparada……166

**Capítulo Tercero**

**Metodología**

Hipótesis……...176

Operativización de la Hipótesis…….....177

Métodos y Técnicas……..……...178

Población y Muestra……..……...179

**Presentación y Análisis de resultados**……..……..……180

Investigación de Casos……..……180

Entrevistas a Profesionales del Derecho……..214

Encuestas a Profesionales del Derecho……226

Verificación de los Objetivos……234

Contrastación de la Hipótesis……236

Fundamentos jurídicos de la Propuesta de Reforma……..……238

**Capítulo Cuarto**

**Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta legal.**

Conclusiones……..243

Recomendaciones……245

Propuesta de Reforma Legal al Código de Procedimiento Penal……....247

Propuesta de Reforma Legal al Código Penal…….....……253

Bibliografía……..……255

Anexos……..……258

Índice……..……263