UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POSTGRADO

MAESTRIA DE CIENCIAS PENALES

TÍTULO:

"LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, SINÓNIMO DE IMPUNIDAD."

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.

MAESTRANTES

Dra. Alicia del Pilar Andrade Rodas
Dra. Lorgia Bernardita González Jaramillo

DIRECTOR:
Dr. Alonso Rodríguez Ordóñez, Mgs.

Loja – Ecuador
2010

Dr. Alonso Rodríguez Ordóñez, Mg. Sc.
CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE POSTGRADO DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA,

CERTIFICO:

Que la presente tesis de Maestría en Ciencias Penales, con el título: "LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. SINÓNIMO DE IMPUNIDAD", elaborada por las doctoras Alicia del Pilar Andrade Rodas y Lorgia González Jaramillo, ha sido desarrollada bajo mi dirección, por lo que luego de haber cumplido con los requisitos de forma y fondo exigidos por los respectivos Reglamentos e Instructivos del Nivel de Postgrado del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación al respectivo Tribunal para los fines pertinentes.

Loja, julio de 2010

Dr. Alonso Rodríguez Ordóñez, Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Los conceptos, expresiones, ideas y criterios expresados en la presente tesis, son de nuestra exclusiva responsabilidad en calidad de autoras de la misma.

Loja, abril de 2010

f) .....
Dra. Alicia Andrade Rodas

f) .....
Dra. Lorgia González Jaramillo

AGRADECIMIENTO

Al culminar la presente tesis dejamos constancia de nuestra gratitud perenne a la prestigiada Universidad Nacional de Loja, a su Área Jurídica Social y Administrativa, a su Nivel de Postgrado, y especialmente al Programa de Maestría en Ciencias Penales, en la persona de sus muy dignas autoridades.

Manifestamos también nuestra infinita gratitud a todos y cada uno de los magníficos docentes que con ejemplar entrega y sabiduría participaron en nuestra formación de postgrado en la excelsa rama del Derecho Penal y la Criminología. De manera muy especial manifestamos nuestro agradecimiento al Dr. Mgs. Alonso Rodríguez Ordóñez, excelente catedrático y exquisito amigo, que con dedicación, mística profesional y plena competencia académica dirigiera magistralmente el desarrollo de este trabajo.

Para todos ellos, nuestra eterna gratitud.

Las autoras

DEDICATORIA

A nuestras familias, como un tributo de amor en retribución a su apoyo incondicional.

A nuestro pueblo, con la esperanza de un futuro de armonía, paz y seguridad.

Las Autoras

SUMARIO DE TESIS

TÍTULO:

“LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, SINÓNIMO DE IMPUNIDAD.”

1.- RESUMEN

ABSTRACT

2.- INTRODUCCIÓN

3.- REVISIÓN DE LITERATURA

3.1. LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

3.1.1. Derechos Individuales en el marco constitucional

3.1.2. Medidas Cautelares como límites al derecho a la libertad

3.1.3. La Prisión Preventiva. Definición. Elementos y Procedibilidad.

3.1.4. La Prisión Preventiva en relación con el debido proceso.

3.1.5. La Caducidad.- Concepto.- Régimen Jurídico previsible y su aplicación.

3.2. EL DERECHO A LA LIBERTAD EN EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL.

3.2.1. Los instrumentos internacionales con relación a las medidas cautelares de carácter personal y con especial referencia a la aplicación de la prisión preventiva.

3.2.2. Las medidas cautelares en el derecho penal de algunos países.

3.2.2.1. En Colombia

3.2.2.2. En Perú

3.2.2.3. En Bolivia

3.2.2.4. En Venezuela

3.2.2.5. En Cuba

3.2.2.6. En Argentina

3.2.2.7. En Chile

3.2.2.8. En Brasil

3.2.2.9. En Paraguay

3.3. LA GARANTÍA DE LIBERTAD EN EL ECUADOR.-ANÁLISIS DEL MARCO CONSTITUCIONAL.

3.3.1. Garantías Constitucionales del Debido Proceso en el Ecuador en relación con las medidas cautelares.

3.3.2. Problemática actual en torno a la aplicación de las medidas cautelares.

3.3.3. Enfoque teórico y jurisprudencia en el Ecuador.

3.3.4. Análisis normativo de las medidas cautelares en la ley procesal penal. Líneas de debate actual en torno a la caducidad. Encuestas, entrevistas de opinión.

4.- MATERIALES Y MÉTODOS.

5.- RESULTADOS

5.1. Resultado de aplicación de encuestas.

5.2. Estudio de casos relacionados con la problemática de la aplicación de las medidas cautelares y el problema de la caducidad.

6.- DISCUSIÓN DE RESULTADOS

6.1. Verificación de objetivos.

6.2. Contrastación de hipótesis.

7.- CONCLUSIONES.

8.- RECOMENDACIONES.

9.- BIBLIOGRAFÍA.

10.- ANEXOS

1.- RESUMEN

El proceso penal para el cumplimiento de sus finalidades sustanciales, esto es, la determinación certera de la existencia de la infracción, y el establecimiento de la responsabilidad penal de los presuntos infractores, requiere de todo un conjunto de mecanismos que permitan viabilizar el ejercicio del *ius puniendi*, y consecuentemente la aplicación del sistema de consecuencias jurídicas que señale la ley para el delito, esto como principio sustancial que garantice la plena vigencia del Estado democrático de derechos y justicia social, y uno de estos mecanismos precisamente son las medidas cautelares. Sin embargo, el proceso penal, conforme a las ideas que promueve la doctrina contemporánea, debe caracterizarse por su profundo apego al principio de legalidad, y por la observancia irrestricta de los derechos fundamentales de los procesados, en virtud de un principio sustancial de legalidad y de equilibrio en el ejercicio del derecho de castigar del ente estatal, que debe ejercerse observando minuciosamente derechos tan esenciales como la libertad, garantía que suele ser restringida como efecto primario de las medidas cautelares personales, como son la detención y la prisión preventiva, siendo ésta última una de las más polémicas en cuanto tradicionalmente ha sido un medio de escandaloso abuso de los derechos de las personas, lo que opacó profundamente el rostro de la administración de justicia ecuatoriana, sin embargo, nuestro legislador pasó al otro extremo, cuando con el ánimo de evitar los clásicos atropellos que se cometieron a través de la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva, procedió a establecer en forma antitécnica y poco meditada, límites para la duración de dicha medida cautelar, disponiendo su caducidad por el transcurso de aquellos lapsos temporales, esto sin contemplar la realidad judicial y procesal del Ecuador, que en muchos casos ha requerido de más tiempo para concluir el proceso penal, provocándose por tanto una peligrosa impunidad de contumaces delincuentes, cuya acción continúa contribuyendo al crecimiento vertiginoso de las cifras de la criminalidad, por lo que al momento, la caducidad de la prisión

preventiva constituye uno de los problemas sustanciales que se abordan al momento de realizar diagnósticos sobre las causas de los altos índices de inseguridad que vienen afectando en forma terrible a la colectividad ecuatoriana.

ABSTRACT

Criminal proceedings for substantial compliance with its purposes, that is, the accurate determination of the existence of the infringement, and the establishment of criminal responsibility of alleged offenders, requires a whole set of mechanisms to make possible the exercise of the ius punish, and consequently the implementation of the system of legal consequences that the law for the offense, as substantial principle that ensures full legitimacy of the democratic rights and social justice, and one of these mechanisms are just precautionary measures. However, criminal proceedings, according to the ideas promoted by the contemporary doctrine, must be characterized by its deep attachment to the principle of legality, and the unrestricted enforcement of fundamental rights of the accused, under a substantial principle of legality and balance in the exercise of the right to punish the state agency, which must be exercised carefully watching as essential rights such as freedom, security typically be restricted as a primary effect of personal protective measures such as arrest and detention, this being last one of the most controversial as it has traditionally been a means of shocking abuse of the rights of people, which profoundly overshadowed the face of the administration of justice in Ecuador, however, our legislature passed the other end when the mood to avoid abuses that were committed classics through the indiscriminate application of preventive detention, he proceeded to establish in a antitechnic and ill-conceived, limits the duration of the interim measure, providing for its expiration on during those time intervals, this without considering the legal and procedural realities of Ecuador, which in many cases has required more time to conclude the criminal proceedings, thus provoking a dangerous impunity of recalcitrant offenders, whose work continues to contribute to the rapid growth of crime figures for which at the time, the revocation of custody is one of the

substantial problems that are addressed at the time of diagnosis on the causes of the high levels of insecurity that are affected in a terrible way to the Ecuadorian community.

2.- INTRODUCCIÓN

La libertad, desde los primeros momentos del desarrollo evolutivo de la humanidad, ha constituido uno de los más importantes atributos que ha perseguido el hombre, pues por su naturaleza misma se encuentra dotado del instinto de la libertad, y en muchos casos, como recoge la historia, ha preferido morir a vivir en cautiverio o a ver menguado tan fundamental don. De allí, que la conciliación de la lucha de clases luego de la espantosa etapa del esclavismo, consistió precisamente en ofrecer una supuesta libertad a los esclavos, aunque como sabemos pasarían a otras odiosas y crueles formas de dominación y explotación, bajo la potestad de los señores de capa y espada, que hacían y deshacían, según su voluntad, con la vida y la libertad de los siervos.

Sin embargo, el Estado capitalista, como una etapa superior en el desarrollo histórico de la lucha de clases, se fundamentó inicialmente sobre el reconocimiento constitucional básico de los derechos elementales de las personas, entre ellos la libertad, aunque para sus materialistas finalidades tenga que coartarla de manera sutil y disimulada, como ocurre con el mentido ejercicio de la libertad que pregonan las corrientes filosóficas neoliberales que sustentan el capitalismo actual.

La libertad reconocida fundamentalmente como derecho humano y constitucional, se ve afectada sin embargo, en casos excepcionales donde el fin supremo de la vida en sociedad, rebasa al derecho individual, el que en aras de tan alto objetivo, puede ser limitado por el Estado, por las vías legales que este ha establecido para el efecto. Tal es el caso por ejemplo, cuando el Estado se ve en la obligación frente a un delito, imponer una pena privativa de la libertad en contra del sujeto infractor, en aras de lograr su rehabilitación para la vida en sociedad, así como de

prevenir a la sociedad de sufrir las consecuencias de la peligrosidad del delincuente.

En este mismo orden, es que muchas veces el Estado, a través del órgano jurisdiccional competente se ve en la obligación de ordenar medidas cautelares personales, las que como es obvio recaen sobre el individuo mismo, y usualmente sobre su derecho a la libertad, restringiéndola a esta con la finalidad de conseguir los elevados objetivos, absolutamente beneficios para el ser colectivo, que se propone el proceso penal.

Sin embargo, en el medio nacional, se viene dando desde hace algunos años una inconclusa polémica en torno a la inefectividad de la normatividad que regula lo concerniente a las medidas cautelares de carácter personal en el procedimiento penal, pues se dice, que en muchos casos son lo suficientemente flexibles para dar lugar a la liberación de peligrosos delincuentes por un lado, o para permitir la injusta prisión de un inocente, por largos lapsos, como ocurría antes de la limitación de la prisión preventiva que se realizó por primera vez en el Art. 24, numeral 8, de la Constitución Política de la República del Ecuador dictada en 1998 y que tuvo vigencia hasta el veinte de octubre de 2008, donde la nueva Constitución también continuó estableciendo límites para la prisión preventiva, disposición según la cual se intentaba combatir el mal secular del abuso de la prisión preventiva, lo que presentó incontables casos de crueldad y afección al derecho a la libertad de los supuestos reos, que muchas veces permanecían detenidos por los larguísimos lapsos que solían durar los procesos penales, para al final ser absueltos o recibir una sentencia condenatoria a privación de libertad por lapsos muy inferiores a los que ya habían permanecido detenidos.

Sin embargo, en la actualidad se dice que hemos pasado al otro extremo, cuando según algunos críticos uno de los problemas esenciales que alienta la inseguridad en el Ecuador, es la forma bastante fácil en que se viene produciendo la caducidad de la prisión preventiva en delitos graves, causando impunidad al permitir que numerosos delincuentes de alta peligrosidad retornen a las calles a continuar con su vida delictiva, burlándose del derecho de castigar del Estado, de

sus víctimas y esencialmente de una sociedad que considera entre sus atributos primordiales al derecho a la seguridad.

Sobre la base de estas inquietudes es que hemos optado por desarrollar nuestra tesis de maestría penal con el título: “LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. SINÓNIMO DE IMPUNIDAD”, términos en los cuales pretendemos englobar la idea de que los límites impuestos actualmente a la duración de la prisión preventiva, en algunos casos son incoherentes con la realidad judicial y procesal ecuatoriana, lo que da lugar a que los presuntos responsables de delitos de gravedad especial recobren sin mayor dificultad su libertad, y por ende dispongan de una vía absolutamente idónea para evitar la acción de la justicia.

En cuanto a la estructuración sistemática de este estudio, se compone de una base doctrinario, jurídica, analítica y crítica cuidadosamente elaborada, donde se trata lo concerniente a los derechos fundamentales de las personas, al proceso penal, a los principios y límites del *ius puniendi*, a las medidas cautelares como medio de afianzar las finalidades del proceso penal, y finalmente a las carencias en materia normativa con respecto a la limitación de la prisión preventiva.

Luego se procede a presentar los materiales y métodos que han sido utilizados en este trabajo, y los resultados obtenidos en el trabajo de campo, realizando además la correspondiente verificación de objetivos y contrastación de hipótesis.

Finalmente se procede a presentar las conclusiones y recomendaciones a las que nos ha permitido llegar la presente investigación.

3.- REVISIÓN DE LITERATURA

3.1. LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

3.1.1. DERECHOS INDIVIDUALES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL.

Las sociedades se rigen por principios básicos que a lo largo de la historia, han creado los cimientos de una base jurídica que busca la defensa de los derechos de cada individuo que forma parte en ella. E inclusive la historia de esas sociedades registra diferentes etapas para las que destina la generación de los derechos. A los que nos referimos en este acápite corresponde aquella generación de derechos nacida de la concepción liberal que surgió de la Ilustración, y que hace referencia a aquellos derechos de los que gozan los individuos como particulares y que no pueden ser restringidos por los gobernantes, siendo por tanto inalienables, inmanentes, imprescriptibles e irrenunciables.

Antiguamente y a través de los tiempos, los derechos individuales de cada ser humano han sido vitales para los intereses de organización de cada sociedad. En el imperio romano -hasta la muerte del emperador Justiniano- el derecho respondía a las necesidades que la sociedad de la época le exigía. Ejemplo de lo antes expresado son los *plebiscitos*, que eran decisiones tomadas por la plebe en los *concilia plebis* sobre las proposiciones de un tribuno. Estos plebiscitos con el tiempo se convirtieron en leyes también para los tribunos, quienes a partir de la Ley Hortensia en

468 A.C. tenían el mismo estatus jurídico que los plebeyos, no así el estatus social[1].

El derecho romano concretó sus intereses en la búsqueda de derechos y obligaciones para cada individuo, de conformidad al estatus que tenían en la sociedad en la que vivían. Estos intereses existían aún en las civilizaciones indígenas de América -desde antes de su descubrimiento- y funcionaban de conformidad al estatus social que tenía cada uno de sus miembros.

En la misma fuente ya referida, se destaca lo siguiente: "Sería en la época de la ilustración –llamada también el *Siglo de las luces*- nacida en Francia e Inglaterra que durante casi todo el siglo XVIII se encendiera, de Racionalismo y el Empirismo del siglo XVII, de la Revolución Industrial del siglo XVIII, la Revolución Francesa y del Liberalismo, la idea de derechos individuales"[2].

Pero ya en 1688 en Inglaterra, Jacobo II, tras no encontrar el apoyo necesario para reinar, dejó el trono sin violencia y se lo ofreció a Guillermo de Orange. Así triunfó "La Revolución Gloriosa", que estableció "la Monarquía Parlamentaria sin dejar un solo muerto y se institucionalizaron los Derechos Individuales que tuvieron como base la Carta de la

[1] Cfr. Wikipedia, enciclopedia libre, definición plebiscito romano, en http://es.wikipedia.org/wiki/Plebiscitos_romanos
[2] Cfr. Idem.

Tolerancia, así como el Primero y Segundo Tratado de Gobierno de John Locke, quien es considerado como el primero en hacer mención a "*The Individuals Rights*", anteriores y diferente a los Derechos Humanos."[3]

Pero más tarde la esclavitud, la xenofobia, la homofobia y las crueles dictaduras son algunos principios antagónicos para que una sociedad en desarrollo busque su propia superación y la de sus miembros. Es por eso que una sociedad con un verdadero Estado de Derecho vigila que cada uno de sus miembros se encuentre bien, procura otorgar las libertades de hacer lo que se debe y no ser obligados a hacer lo que ellos no quieran. Montesquieu resumió lo antes expresado: "En un Estado, es decir, en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe y en no ser obligado a hacer lo que no debe querer"[4]. Es de esta manera entonces que la libertad se encuentra atada a los intereses individuales de cada una de las personas que viven en sociedad. La libertad es la suma de principios e intereses que lejos de pretender dañar a los otros miembros de la sociedad, busca la plena satisfacción personal.

En Ecuador, los derechos individuales han desarrollado junto con la historia política del país, la suscripción de Tratados Internacionales, las Constituciones políticas y las distintas vivencias civiles y armadas de la

[3] Ibídem.

[4] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *El Espíritu de las Leyes*, Ediciones Istmo, S.A., 1ª edición, Madrid 2002.

sociedad, han creado un sistema jurídico que vela por los intereses de cada uno de los miembros de nuestra república.

A lo largo de la historia ecuatoriana, han existido limitantes para que se desarrollen los derechos individuales de cada miembro de la sociedad. En la Constitución aprobada en 1830 que según lo relatado por el Dr. Juan Larrea Holguín en su obra Derecho Constitucional "lo que había que hacer simplemente imitar, y sensatamente imitaron lo que se encontraba ya en las raíces del nuevo Estado, lo que se había experimentado en Colombia"[5].

Posterior a esto, como bien se puede decir hemos vivido en actitud constituyente, se han aprobado en el Ecuador desde 1830 diecinueve constituciones, hasta la actualmente aprobada el 28 de septiembre de 2008, mediante consulta popular, consagrando los derechos individuales de los ecuatorianos, establecidos en el Título II de la Carta Magna, para beneficio de todos los ecuatorianos como son los derechos: al buen vivir, agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, etc.

En la sección octava, Art. 51 de la Ley Suprema que estamos analizando en líneas anteriores, se reconoce a las personas privadas de la libertad, los derechos a no ser sometidas a aislamiento, a tener la comunicación y visita

[5] LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Constitucional*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Vol. I, Quito, 2004, Pág.: 19.

de sus familiares, a la atención de sus necesidades educativas, a tener un trato preferente y especializado en el caso de mujeres embarazadas, a contar con medidas de protección para los niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas.

La libertad física es un derecho fundamental que sólo puede ser restringido en estricto cumplimiento de determinados requisitos y garantías. La obligación de cumplir con estas condiciones se encuentra prevista en nuestro sistema jurídico en diferentes disposiciones y principalmente sobre nuestro tema, en el numeral 14 del Art. 66 de la Constitución de la República, que prescribe el derecho fundamental a la libertad personal en el sentido de "*transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.*"[6]

El derecho a un proceso debido, del cual hablaremos con mayor profundidad más adelante, se encuentra reconocido en el plano internacional dentro del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículos 9, 10 y 14) y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 7 y 8). Por otro lado, *el Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, en su artículo 7, señala que "nadie será

[6] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, Octubre de 2008.

sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". El artículo 5 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* manifiesta que “nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."[7]

En ese orden, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las *causas* fijadas por ley y con arreglo al *procedimiento* establecido en ésta"[8].

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las *causas* y en las *condiciones* fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"[9]

Al analizar esta disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

“(…) nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las *causas, casos o circunstancias* expresamente tipificadas en la ley (aspecto

[7] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de Diciembre de 1948.

[8] PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Artículo 9º inciso 1º, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm, sitio web consultado el 9 de febrero de 2009.

[9] CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José), Artículo 7º inciso 2º, en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html, sitio web consultado el 9 de febrero de 2009.

material), pero, además, con estricta sujeción a los *procedimientos* objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad" [10]

En consecuencia, la privación de la libertad personal sólo puede efectuarse en los casos y de acuerdo a los procedimientos previstos en la Constitución y la ley. En caso contrario, estaremos ante una medida de carácter ilegal (detención o privación ilegal de la libertad) que se encuentra prohibida tanto a nivel nacional como internacional.

Pero las normas internacionales de derechos humanos no sólo prohíben toda privación de la libertad que se realice sin observarse las causas y condiciones legales previstas para tal efecto, sino también cualquier restricción a este derecho fundamental que resulte *arbitraria*.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 9º) establece que "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

[10] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 47, en http://www.corteidh.or.cr/docs/ casos/artículos /seriec_16_esp.pdf, sitio web consultado el 9 de febrero de 2009.

Políticos (artículo 9º, inciso 1º) dispone que "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias". Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7º, inciso 3º) precisa que "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios"[11].

Es más, nuestra actual Constitución, contiene una referencia muy clara sobre la *detención arbitraria.* El Art. 77, numeral 3, explica visiblemente que "toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio"[12], negando la posibilidad de una eventual detención producida sin orden legitima y sin causa justa.

Auxiliarmente la jurisprudencia de los Tribunal de todas partes ha sido contundente en materia de derechos de libertad personal. En ese sentido el Tribunal Constitucional peruano ha utilizado este término de manera reiterada en sus decisiones sobre hábeas corpus. Así por ejemplo ha señalado en la sentencia de expediente Nro. 880-97-HC/TC como principio de observancia obligatoria "que una forma de detención arbitraria por parte de una autoridad o funcionario lo constituye también el hecho de omitir el

[11] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de Diciembre de 1948.

[12] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, Octubre de 2008.

cumplimento obligatorio de normas procesales que disponen la excarcelación inmediata de un detenido"[13].

Pero también ha servido para aclarar que las decisiones judiciales deben circunscribirse a determinar si se ha vulnerado este u otros derechos y a establecer si el uso de este recurso de uso estatal de la fuerza ha sido utilizado legítimamente. No olvidemos que las limitaciones de la libertad son necesarias en casos extremos para proteger a la sociedad. Hablaremos de eso más tarde. Por ahora concluyamos este acápite con una sentencia constitucional peruana ofrecida que nos brinda algunos elementos de orden doctrinaria en torno al derecho a la libertad:

"Finalmente, y partiendo de la insoslayable premisa de que la decisión de este Tribunal debe circunscribirse exclusivamente a apreciar si se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal, absteniéndose de cualesquiera otras consideraciones sobre la actuación de los órganos judiciales en virtud de lo establecido en el art. 54 LOTC (...), hemos precisado igualmente que no nos corresponde determinar la concurrencia en cada caso concreto de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la prisión provisional sino *únicamente hacer un control*

[13] SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Expediente 880-97-HC/TC), del 1 de julio de 1998 y publicada el 23 de setiembre de 1998; fundamento Nº 3, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia, sitio web del Tribunal Constitucional peruano, sección jurisprudencia, consulta realizada el 9 de febrero de 2009.

externo, tendente a verificar que la decisión ha sido adoptada de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución (...)" (F.J. 4).[14]

Como lo manifestamos en líneas anteriores para que los derechos individuales de las personas se encuentren efectivamente protegido es necesario que haya un debido control jurisdiccional, éste requiere de la existencia de un órgano constitucionalmente estructurado, independiente en sus funciones y facultado para juzgar, es aquí donde surge la figura del juez, encarnado al tribunal de justicia, como instancia de resguardo.

El juez debe aplicar la Constitución y las Leyes y debe situarse dentro de los marcos normativos para decidir, pero para hacerlo debe interpretar los preceptos, que se le ha otorgado importantes atribuciones erigiéndose en baluarte del derecho haciendo uso de ellas administrando justicia en forma conveniente y convincente justicia.

La jueza o juez de garantías penales, está en la obligación de observar lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76, numeral 3, que dice:

[14] SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 8/2002, de 14 de enero (BOE núm. 34, de 8-2-2002). Sala Segunda. Recurso de amparo 1496/00. Otorga el amparo. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Sentencia del Tribunal Constitucional (amparo 1496/00), en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/, sitio web del Tribunal Constitucional peruano, sección jurisprudencia, consulta realizada el 9 de febrero de 2009.

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en al ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución a la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”[15].

Todos sabemos que la libertad personal y la seguridad individual de las personas son derechos esenciales y universales, resultan indiscutibles puesto que son inherentes a la personalidad humana y están incorporados a ella por la condición de tal.

3.1.2. MEDIDAS CAUTELARES COMO LÍMITES AL DERECHO A LA LIBERTAD.

En principio, las medidas cautelares personales y reales, son procedimientos de carácter coercitivo aplicables en el proceso penal con la finalidad de asegurar el correcto desarrollo del proceso, y también que la persona acusada esté a disposición del Juez el tiempo necesario para investigar el delito, así como asegurar el pago de las indemnizaciones. A estas medidas se las denomina cautelares.

[15] **CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.** Art. 76. Numeral 3

En la acepción más generalizada de la palabra, según el Diccionario de la Real Academia Española, *medida* (de medir) es:

"1. Acción y efecto de medir. 2. Expresión del resultado de una medición. (…) 6. Disposición, prevención"[16]. Así mismo *cautelar* (De cautela), es la acción de "1. Prevenir, precaver. 2. Precaverse, recelarse. Cautelar (…) Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. Acción, procedimiento, sentencia cautelar"[17].

Manuel Ossorio explica que ***medida*** es la "acción de medir, de establecer las dimensiones de las personas o de las cosas; [es el] objeto con que se mide; [o la] disposición, orden, resolución adoptada para remediar un mal o daño"[18].

Cautelar es "prevenir, adoptar precauciones, precaver. Sin respaldo académico, en la técnica, el vocablo se utiliza como adjetivo, como propio de la cautela o caracterizado por ella".[19]. Y, en ese orden, ***medidas cautelares*** son "cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a

[16] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario del Estudiante*, Editorial Santillana, S.A., 1ª Edición, Madrid, 2005.

[17] Ibídem.

[18] OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1994, Pág. 156.

[19] Ibídem, pág.: 590.

instancia de parte o de oficio, para prevenir que su resolución pueda ser más eficaz."[20]

Adicionalmente en el Diccionario de Cabanellas encontramos como definición de la palabra *cautelar* como el acto de "prevenir, adoptar precauciones, precaver. Sin respaldo académico, en la técnica, el vocablo se utiliza como adjetivo, como propio de la cautela o caracterizado por ella"[21]. La palabra proviene de la voz latina *"cautío"* que significa *caución* que "en el Derecho Romano era la garantía o el compromiso constituido mediante estipulación con otra persona. Documento en que constaba la constitución o extinción de un negocio jurídico" [22].

En nuestra legislación, el Código Procesal, en el Libro III, De las Medidas Cautelares, Capítulo I Arts. 159 y 160, establece:

"A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real."[23].

---

[20] Ibídem, pág.: 156.

[21] CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 2003, 28ª edición, pág.: 114.

[22] Ibídem.

[23] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**,** Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2010, Pág. 36.

Entiéndase a la *detención* como “la acción o efecto de detener o detenerse. Privación de libertad. Arresto provisional.”[24]

Mientras que a la *prisión* se la define como “pena privativa de libertad más grave y larga que el arresto e inferior y más benigno que la reclusión”[25].

El juez sólo puede adoptar estas medidas, si existe algún *riesgo* o circunstancia que pueda poner en peligro o frustrar el desarrollo del proceso penal.

A fin de que puedan adoptarse estas medidas, es necesario que conste la existencia del *delito* y de una persona como probable *responsable* del mismo, además de una actitud sospechosa en éste y el temor de que, con su conducta, pueda impedir el desarrollo normal del proceso (por ejemplo, si se esconde o huye).

Si una vez adoptadas estas medidas, cambian las condiciones que motivaron su adopción, se podrán *modificar* o incluso dejar *sin efecto*.

El Art. 161 del Código ibídem prevé que cualquier persona puede *detener*: A quien intente cometer un delito, en el momento de disponerse a cometerlo; al delincuente en el momento de estar cometiendo el delito

[24] CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo III, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 2003, 28ª edición, pág.: 128.

[25] Idem, Tomo V, pág. 320.

(delincuente *in fraganti*); al que ya ha sido procesado o condenado, que se encuentre en situación de rebeldía (no ha acudido a los llamamientos judiciales); al que se fugue del establecimiento penal donde esté cumpliendo condena; estando detenido o preso por una causa pendiente contra él.

Si un particular detiene a otro particular como lo prevé el artículo antes referido, debe estar en disposición de poder *justificar* que ha llevado a cabo la misma porque considera razonablemente que el detenido se encuentra en alguno de los casos mencionados anteriormente.

El Art. 165 del Código de Procedimiento Penal limita la detención, cuando manda al particular, al agente o la Autoridad Judicial que realicen la detención, que deben poner en *libertad* al detenido o entregarle al Juez más próximo al lugar en el que se haya realizado la detención, dentro de las 24 horas siguientes al momento de producirse la misma.

En caso de detención con fines investigativos, ésta no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para aclarar los hechos; en cualquier caso, en el plazo máximo que tiene el fiscal es de 24 horas**,** caso contrario el detenido deberá ser puesto en libertad y de haber mérito a disposición de

la autoridad judicial para el inicio de la instrucción fiscal y de prisión preventiva si fuera procedente[26].

Previo a sancionar al sospechoso, a partir del mes de octubre de 2008, una resolución de la Corte Suprema de Justicia, dispone que el detenido sea juzgado mediante audiencia de formulación de cargos, antes de las 24 horas de su detención con la presencia del fiscal, el detenido, su abogado defensor, la víctima los testigos ante el juez que conoce la causa.

La persona detenida, debe ser informada de modo que pueda comprender de los hechos delictivos de los que se le acusa y de las razones que han dado lugar a su detención, así como de los derechos que le asisten y se encuentran contemplados en los numerales 3 y 4 del Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador como son: derecho a conocer las razones de su detención; identidad de la jueza o juez que lo ordenó; a conocer sus derechos, a permanecer en silencio no declarando si no lo desea, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le planteen, y tendrá derecho a manifestar que sólo declarará ante el juez; el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; derecho a designar libremente abogado y a pedir que asista a actos de declaración y que intervenga en cualquier reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado, se le designará uno

[26] Código de Procedimiento Penal, Art. 165 y Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral 1.

de oficio por parte de la autoridad judicial o funcionario que le custodie, quien deberá acudir al centro de detención a la mayor brevedad posible. Derecho a que se informe al familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.

También contempla el numeral 5 del artículo antes citado si la persona detenida fuera extranjera tendrá derecho a que informará inmediatamente al representante consular de su país las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país; no podrá ser incomunicado; derecho a la defensa, a ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y lenguaje sencillo de las acciones y procedimiento formulados en su contra, acogerse al silencio.

Por lo tanto, las medidas cautelares, particularmente la detención y la prisión preventiva, son medidas excepcionales y que, como tales, deben ser administradas con sentido restringido en tanto en cuanto afectan a derechos garantizados constitucionalmente. Siempre se debe buscar la imposición de una medida de seguridad sustitutiva a la de la privación de la libertad, pues ésta sólo debe llegar en *última ratio* por tratarse de la medida cautelar excepcional más grave.

Estimamos que, la privación de la libertad es de manera excepcional, es subsidiaria, alternativa, que solo debe imponerse a falta de otras medidas cautelares que sea menos perjudiciales que la prisión preventiva como el

arresto domiciliario, la prohibición de salida del país, etc. Por tanto, al juzgador no se le impone la obligación de ordenar la prisión preventiva cada vez que se reúnan los presupuesto objetivos de *procedibilidad* para tal medida cautelar, sino que le concede la facultad, esto es, le otorga la libertad de decidir sobre la necesidad o no necesidad de imponer la medida cautelar, siempre que se reúnan los presupuestos objetivos previstos legalmente. Por otra parte. la medida cautelar permite que el afecto interponga el recurso de apelación del auto respectivo y si ésta es negada que presente garantía para poder gozar de la libertad provisional.

Como se ha venido analizando la prisión preventiva es una medida privativa de la libertad que se aplica antes de que haya sentencia firme y que constituye por lo mismo una excepción al principio de libertad durante el proceso. Su gravedad y consecuencias obligan a un prolijo examen de los principios a los que está sujeta su adopción, uno de ellos es el que nada tiene que ver la gravedad del delito con la procedencia de la prisión preventiva. No es como se dice que es una pena anticipada, sino que persigue finalidades inherentes al desarrollo del proceso. Esto sustenta al primero de los principios cuya observancia debe considerarse: el principio de necesidad procesal, en función de conseguir alguno de los objetivos como es el de asegurar la comparecencia del procesado al juicio o asegurar el cumplimiento de la pena, según los numerales 4 y 5 del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

Otro de los principios es el de Excepcionalidad, es decir que esta medida cautelar no puede adoptarse sino de manera excepcional, es decir cuando no haya otra alternativa o remedio adecuados al propósito procesal y la consecución de éste se vea realmente amenazada.

Esta es una consecuencia del derecho a la libertad durante el proceso y es por esta razón que para asegurar el cumplimiento de los objetivos procesales sin sacrificar excesiva e innecesariamente el bien superior de la libertad, los sistemas procesales, como el nuestro ha establecido otras medidas cautelares de carácter personal no privativas de la libertad como las previstas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal que van desde el numeral 1 al 11.

Otro principio es el de proporcionalidad, que se refiere a que esta medida no se la debe adoptar o no se justifica cuando la infracción que se persigue se castiga con una pena privativa de la libertad mínima, puesto que se trata de una medida tan grave que significa una negación al principio de libertad.

Y el principio de legalidad, es decir que debe estar establecida previamente en la ley y cumplirse con los fundamentos y requisitos exigidos para que se haga efectiva esta medida cautelar, que en el caso de la legislación ecuatoriana, existe la norma legal que permite la aplicación de la misma, establecida en el Art. 167 Ibidem,

Finalmente debemos tomar en cuenta que el Art. 1 de la *Convención Interamericana sobre el cumplimiento de medidas cautelares*[27] exige que "[para los efectos de esta Convención las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil. Los Estados Partes podrán declarar que limitan esta Convención solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella".

3.1.3. LA PRISIÓN PREVENTIVA: DEFINICIÓN, ELEMENTOS Y PROCEDIBILIDAD.

Según Guillermo Cabanellas se define como *Prisión Preventiva* **"**la que durante la tramitación de una causa penal se dispone por resolución del juez competente, por existir sospecha contra el detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad, para evitar su fuga u ocultación"[28].

---

[27] CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES, documento consultado en www.oas.org/Juridico/MLA/, sitio web consultado el 9 de febrero de 2009.

[28] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Tomo VI, ibídem, pág.: 420.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni sostuvo en el prologo de la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico que: “la prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional, su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión.”[29]

Asimismo Ferrajoli afirma que “la prisión preventiva constituye una fase del proceso ordinario y es decidida por un juez. Así, en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en un mecanismo directamente punitivo.”[30]

También, el mismo tratadista sostiene que “La prisión preventiva obligatoria es verdaderamente una contradicción en sus términos. La prisión preventiva se justifica solamente en casos graves de peligro de falsificación de las pruebas o de fuga del imputado. Debería tratarse de una medida absolutamente excepcional y acotada. No debería ir más allá de alguna semana. Pero naturalmente eso implica un costo, porque el imputado podría ser culpable. Pero la democracia implica ciertos peligros. Si la

[29] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Prólogo en Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, "*El derecho a la libertad en el proceso penal*", Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984. Pag. 4.

[30] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Quinta Edición, 2001. Pag. 286

prisión preventiva es obligatoria funciona como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima."[31]

Véase que en el nuevo código procesal penal dominicano[32], el cual entrara en vigencia en septiembre del 2004, se adopta como doctrina los postulados del sistema penal acusatorio que tiene como presupuesto de la prisión preventiva las siguientes circunstancias a saber:

a) Que existan elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción;
b) Peligro de fuga; y,
c) Que la infracción que se le atribuya este reprimida con pena privativa de libertad. Además de estas circunstancias generales el código reitera que la prisión preventiva solo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado siempre y cuando se hayan agotado la imposición de otras medidas que resulten menos gravosas para su persona.

La **procedibilidad** de la prisión preventiva, en el Ecuador, se encuentra prevista en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

[31] FERRAJOLI, Luigui*Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas*, Trotta, Quinta Edición, 2001. Pag. 123

[32] CÓDIGO PROCESAL PENAL DOMINICANO, 2004, en http://www.wdalaw.com/espanol/pdf/codigo-procesal-penal.pdf, sitio electrónico visitado el 7 de febrero de 2009.

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

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.
2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito.
3. Que se trata 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."[33]

Esta medida se puede adoptar durante el desarrollo de un proceso penal; privando de libertad, al sujeto al que se le imputa la comisión de un delito con la finalidad de que puedan aplicarse de forma efectiva las leyes penales y para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la penal.

[33] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizada a Marzo de 2010.

Por su parte, una vez que el detenido es puesto a disposición del Juez o Tribunal, sólo se podrá ordenar su **prisión preventiva** a solicitud de la fiscalía.

Para Jorge Zavala Baquerizo "una de la circunstancias objetivas que debe tener presente el juez al momento de decidir sobre la procedencia de la prisión preventiva, es la situación en que se cometió el delito"[34].

Se debe considerar las situaciones *pre delictuales* para observar los estímulos que obraron en el sujeto, los antecedentes del delito se impone como principal causa objetiva que debe ser considerada por el juez para resolver sobre la prisión preventiva. Además, el juez debe considerar previamente para la *procedibilidad* de la prisión preventiva, el análisis de la naturaleza del delito cometido, no desde el punto de vista de la gravedad, sino de la comisión.

Además, es necesario que el delito que se le impute lleve aparejada una pena superior a prisión mayor o que el Juez considere necesario su ingreso en prisión por cuestiones tales como los antecedentes del detenido sus circunstancias personales y las del hecho delictivo, etc.

La persona que se encuentre en situación de prisión preventiva tiene derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria prestándole la debida atención.

[34] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo VI, Editorial Edino, Guayaquil, 2005, Pág.: 99

El objetivo de las medidas cautelares en nuestro Código de Procedimiento Penal, según su propia definición es el de lograr la inmediación del acusado en el proceso. Sin embargo tenemos el caso de que muchas veces el encausado se hace presente, y expresa su voluntad de inmediarse con el proceso mediante cualquier medida cautelar de orden real, pero sin que se atente contra la libertad, de manera que pueda ejercer su defensa sin restricciones, lo que sin duda es un derecho constitucional, que en muchos de los casos es negado por los jueces.

El juez, además de los elementos objetivos antes expuestos, debe tomar consideración de los elementos subjetivos como los antecedentes delictivos, del imputado, su peligrosidad actual y los móviles que motivaron y dieron paso al delito. Debe además, considerar la reincidencia y reiteración en la comisión de los delitos que llevaría a la insociabilidad del imputado. Por tanto, las personas a quienes se les imputa por primera vez la comisión de un delito y que exhiben una vida anterior intachable no pueden ser tratadas de la misma manera que aquel que se manifiesta con un “delincuente” de hábito o profesional.

Pero el legislador también tomó en cuenta de ser necesario la existencia de la revocatoria o suspensión de la prisión preventiva, garantizando la libertad del ciudadano, el cual solo deber ser limitado en su libertad el mínimo tiempo posible y solo en casos de extrema y última necesidad;

para lo cual prevé en el Art. 170 del C.P.P, que la prisión preventiva debe **revocarse o suspenderse** en los siguientes casos:

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

Se suspenderá la prisión preventiva cuando el imputado o acusado rinda caución.

Vencidos los plazos previstos en el numeral 4, no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva.

Lo fundamental es que el auto de prisión preventiva puede ser revocado en cualquier tiempo, en los casos indicados en la disposición legal que hemos enunciado en líneas anteriores; esto es, la libertad del ciudadano, que solo puede ser limitada el mínimo tiempo posible y solo en los casos de extrema y última necesidad. Tomando en cuenta que para revocar el auto de prisión preventiva el juez no requiere de la excitación fiscal, si bien requiere de tal pedido para la procedencia de la medida cautelar, la ley no lo vincula al fiscal cuando se trata de la *revocatoria* de medida; es decir, el juez de

garantías penales no queda sometido a la opinión del fiscal para dejar sin efecto la limitación de libertad personal.

Además, es importante destacar que nuestra legislación procesal penal en el Art. 171, establece como presupuestos de procedibilidad para la resolución de la medida cautelar alternativa, que el delito que es objeto del proceso sea de aquellos que no se encuentren enlazados con una pena mayor de cinco años y que el imputado o acusado no hay sido condenado con anterioridad por haber cometido un delito, situación que también se encuentra en el numeral 11, del Art. 77, de la Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 171 del Código de Procedimiento Penal que estamos comentando, prevé como medida cautelar alternativa, que el juez puede utilizar en reemplazo de la prisión preventiva, el “arresto domiciliario”, que es una prisión que se hace efectiva en el domicilio del imputado o acusado bajo la vigilancia de los agentes del la autoridad policial, aclarando la ley en el inciso señala que “Cualquiera fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el Art. 169 de éste Código; además señala, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que él designe; y, la prohibición

de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal.

El auto de prisión preventiva, es susceptible de **apelación** tal como lo dispone de manera expresa el Art. 172 del Código de Procedimiento Penal, concediéndole tanto al fiscal como al procesado este derecho que lo puede objetivar a través del recurso de apelación, facultad que le da solo a las partes principales necesarias del proceso penal sean las que puedan impugnar un auto de tanta trascendencia jurídica, más no al acusador particular, que como se sabe es un sujeto activo en el proceso.

Como lo hemos manifestado anteriormente las medidas cautelares de carácter personal, están previstas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal y comprenden trece numerales, así:

1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares. Respecto a esta medida en cuanto a su aplicación no hemos encontrado que se haya impuesto, de lo que se deduce que no tiene trascendencia en el razonamiento de los jueces de garantías, tampoco entre fiscales y abogados litigantes que no la han solicitado. A nuestro criterio se trata de una medida cautelar de carácter eminentemente preventivo que pretende evitar la presencia física del procesado en un espacio determinado en el que podría suscitar

inconvenientes a consecuencia del cometimiento de un hecho delictivo en el que se presume responsable.

2) La medida cautelar prevista en el numeral segundo consisten en la obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas. Esta medida a más de no haberse aplicado en nuestro medio, es de cumplimiento casi nulo, teniendo en cuenta que una similar a ésta se ha previsto en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, en cuyos casos también se ha observado total incumplimiento por parte del sujeto activo.

3) Se prevé en el numeral tercero como medida cautelar personal la sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada. Esta medida tiene aplicación y viene constituyendo una alternativa válida a efecto de garantizar la inmediación del procesado y la permanencia en una zona geográfica determinada.

4) La prohibición de ausentarse del país que está prevista en el numeral 4 constituye en sí una orden de arraigo en el territorio de la república que se la viene aplicando con frecuencia; no obstante, debemos dejar constancia de que se dicta esta medida sin considerar las condiciones socio-económicas del procesado, esto es pesa contra personas que no han pretendido siguiera o no podrían salir del territorio patrio.

5) La medida prevista en el numeral cinco de entre las cuales se posibilita la suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña, cuando ello significare algún influjo sobre víctimas y testigos, consideramos que es correcta a efecto de garantizar se ejerzan influencia sobre las personas que pueden intervenir en el proceso, pese a lo cual estimamos que la aplicación de esta medida afecta el principio constitucional de presunción de inocencia, la suspensión prevista en la disposición comentada no determina el tiempo de duración en forma expresa y bien podría prolongarse en prejuicio del sospechoso o procesado afectado no solo emocionalmente sino a su entorno familiar, incluso al derecho al trabajo.

6) En el numeral sexto se ha previsto ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad psíquica o física de las víctimas o testigos. En esta disposición a nuestro criterio encontramos un elemento subjetivo que puede conducir a la toma de la resolución que limita derechos del procesado. Lo dicho, a partir de la experiencia en la aplicación de disposición similar que se encuentra prevista en la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia de la que se abuzado a tal punto que se ha despojado de derechos legales como el de uso de habitación sobre bienes muebles e inmuebles sobre los que tiene presupuesto

procesado-defensor, teniendo como antecedente y fundamento la aseveración de la presunta víctima.

7) La medida cautelar prevista en el numeral 7 que consiste en prohibir al procesado por si o a través de terceras personas realice persecución o intimidación a las víctimas testigos o algún miembro de la familia, a más de no haber sido aplicada, es reiterativa y trata de prevenir actos que por sí solos ya son lesivos a los derechos de las víctimas y las personas en general como esto de realizar persecución o intimidación.

8) La cautelar personal del numeral 8 que dispone el reintegro al domicilio de la víctima o testigo a la salida simultanea del procesado con el objeto de proteger la integridad física y o psíquica, la consideramos correcta y ha sido tomada así mismo de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, aunque su aplicación no se ha hecho en los procesos que se han sustanciado en el cantón Loja por delitos comunes y que ha sido objeto de nuestro estudio.

9) En el numeral nueve se nos presenta como novedad la medida mediante la cual se podría privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad. Decimos que es novedoso en razón de que se incorpora como cautelar en el entendido de que esta medida tiene vigencia mientras resuelve la situación jurídica del procesado.

Hemos de entender que la custodia difiere de la patria potestad que se suspende en virtud de una sentencia condenatoria y tiene caracteres de pena accesoria.

10) La medida cautelar prevista en el numeral diez que prevé la obligación de presentarse ante la juez o jueza de garantías penales o ante la autoridad que éste designare, es de frecuente aplicación por los señores jueces de garantías penales, así hemos constatado en la revisión de procesos y en nuestra experiencia diaria como funcionarios de la fiscalía viene siendo una medida que ha permitido descongestionar un tanto los recintos de rehabilitación. Sin embargo, ha habido casos en los que se ha revocado por la falta de cumplimiento del procesado, lo que puede ser atribuido a nuestro parecer al comportamiento inadecuado, carente de conocimiento de las personas involucradas.

11) El arresto domiciliario en la forma como está planteada el numeral 11 introduce un elemento nuevo a esta figura que anteriormente imponía la vigilancia policial para garantizar su cumplimiento; la norma en comentario emplea la frase “que puede ser” lo que posibilita que se prescinda de la presencia policial en el lugar donde se cumpla el arresto. Se ha anunciado en las esferas del gobierno que se implementarán sistemas de control electrónicos mediante dispositivos individuales que se aplicarían a los responsables.

12) Para asegurar la acción de la justicia el juez o la jueza de garantías penales, ordenará cuando se ha establecido la existencia de un hecho punible, tiene fundadas sospechas para refutar, cómplice o encubridor de ser el caso la detención de una persona a pedido del fiscal contra la cual haya presunciones de responsabilidad.

13) En el numeral treceavo se analiza entre otras de las medidas cautelares la prisión preventiva en el que debe concurrir varios requisitos como lo establece en cinco numerales el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

Las medidas cautelares de orden real inciden sobre objetos materiales, los bienes del procesado para asegurar los efectos civiles de la condena penal, son de coerción real caen sobre elementos probatorios distintos de las personas mismas o sobre bienes del procesado o de terceros civilmente demandados para asegurar el pago de daños y perjuicio o las responsabilidades pecuniarias ante la eventualidad de una condena.

El Código de Procedimiento Penal prevé dentro de las medidas cautelares de orden real: 1. El secuestro.- 2. La retención; y, 3. El embargo.

3.1.4. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN RELACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO.

Al haber optado nuestro constituyente por la democracia como el régimen político aplicable, se estaba definiendo por un sistema de gobierno que garantiza un pleno respeto al ser humano y le reconoce su dignidad y derechos fundamentales.

En este contexto, el derecho a la libertad, como parte de ese conjunto de derechos y garantías individuales y sociales, fue ubicado dentro de los primeros artículos del texto constitucional, pudiendo apreciarse de esta forma el grado de reconocimiento que el constituyente le otorgó. La libertad deviene entonces en el bien por excelencia durante la existencia del ser humano.

Como principios fundamentales del reconocimiento al derecho a la libertad, vigentes en nuestro país, en el Capítulo sexto dedicado a los Derechos de libertad, en el Art. 66, numerales 4 y 22 se reconoce y garantiza a las personas:

- El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, entendido también dentro del proceso penal; y.

- El derecho a la inviolabilidad de domicilio, y por tanto no se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, siguiendo el procedimiento dado por la ley a estos casos.

La jurisprudencia internacional entiende a la prisión preventiva de forma similar. En el Proceso Nº 81-DL-2005, tramitado ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,

El Tribunal observa que "el debido proceso en cuanto derecho subjetivo obliga al ente jurisdiccional a la recta administración de justicia y abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la debida defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración o tratamiento judicial"[35]; y aplicado a materia administrativa, se evidencia por:

a) La descripción previa de la conducta calificada como censurable,
b) La determinación de la autoridad competente,
c) La concreción en el pliego de cargos de los hechos, su prueba y adecuación típica de los mismos, con indicación de la norma que lo contempla,
d) La posibilidad de contestar el pliego de cargos,
e) La posibilidad de presentar y de solicitar pruebas,

[35] BERMÚDEZ CORONEL, Eduardo *Debido Proceso: Prisión Preventiva y Amparo de Libertad en el contexto de los Derechos Humanos*. Corte Suprema de Justicia. Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador. Cuenca-Ecuador. 2001. p. 17.

f) La posibilidad de conocer cuáles son las pruebas que se van a decretar; y,

g) La posibilidad de conocer la decisión de la administración; aspectos que aparecen cumplidos por la Secretaría General en el trámite administrativo que culminó con la Resolución de Destitución[36].

Como garantía fundamental este derecho no ha sido considerado de carácter absoluto e irrestricto, pues se admite que en ciertas circunstancias pueda ser restringido, en salvaguarda de intereses sociales de mayor valor, y por ello, tanto la Constitución como la Convención Americana establecen los casos en que puede restringirse el disfrute de la libertad y la forma en que debe hacerse como supuestos de excepción. A ello nos referiremos más adelante.

La libertad, la consideramos como uno de los bienes fundamentales del hombre. La Constitución de la República del Ecuador, reconoce y garantiza la libertad individual del habitante del país, sin excepción alguna, la misma que proclama "todas las personas nacen libres", esto es que la libertad no es una donación del Estado, no es una gracia que la comunidad le entrega al habitante del país; la libertad es propia, inseparable del hombre y hermanada con el bien de la vida.

[36] **Cfr. Proceso Nº 81-DL-2005, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**, Acción laboral ejercida por Jesús Alberto Villarroel Montes contra la Secretaría General de la Comunidad Andina, Quito, 5 de diciembre de 2006.

La prisión preventiva tiene mucha antigüedad pues en la Ley de Jurados de 8 de enero de 1842; la Ley de Jurados de 14 de diciembre de 1849. La Ley de Procedimiento Criminal del 15 de diciembre de 1853, en la misma se establece los presupuestos de procedibilidad de la prisión “preventiva”, de manera más o menos parecida a la que actualmente preside la medida cautelar de la prisión preventiva. Zabala Baquerizo en su obra “El Debido Proceso” –pag.71 refiere que “en la Conferencia Nacional de Derecho Civil, Mercantil y Penal (1962), realizada en Quito, en la respectiva Comisión de Derecho Procesal Penal propusimos en ponencia oficial la reforma del Art. 150 del CPP de 1960 en el sentido de que se estableciera un límite mínimo o básico a partir del cual debería el juez considerar la conveniencia o inconveniencia de dictar la medida cautelar de nuestra actual referencia.”.

Josefina A. Méndez López, en su obra Constitución e Ius Puniendi, señala que el debido proceso, tiene una vertiente de significación especial que es el derecho al proceso penal con garantías, en la que se ventilan bienes jurídicos de tanta relevancia como la libertad e incluso la vida. Que tiene como fundamento la necesidad de asegurar la imparcialidad del juez, a potenciar las posibilidades de defensa del acusado y a garantizar que nadie será objeto de una condena penal si no es luego de un proceso en el que se hayan observado toda una serie de requisitos que otorguen la certeza de que la condena está desprovista de todo atisbo de arbitrariedad,

y ha sido dictada dentro de los límites de lo humano y con la máxima seguridad de la culpabilidad del condenado[37].

En nuestro país poca importancia se da a la libertad como bien jurídico, la prisión preventiva es aceptada por la sociedad como una cuestión normal que surge en tanto el comportamiento de quien sufre la privación de la libertad ha sido antisocial, más aún que se ha llegado al convencimiento de que una de las medidas prácticas necesarias y eficaces en la llamada "lucha contra la delincuencia" es la prisión preventiva, como un instrumento decisivo para garantizar seguridad a la sociedad. Y más grave aún cuando en ciertos gobiernos por congraciarse políticamente en casos de delitos que cometen funcionarios o personas contrarias de la política del régimen, sin miramiento de ninguna clase solicitan inmediatamente la prisión preventiva, alejándose del principio de inocencia de las personas y el derecho a la defensa, que en muchos de los casos han sido absueltos produciendo un daño irreparable económica, física, psicológicamente al imputado y por ende a sus familias.

Desgraciadamente la importancia social y jurídica del bien de la libertad, en algunos casos no han sido bien entendidas por fiscales y jueces que de manera apresurada privan de la libertad a una persona sin que se hubieran

[37] Cfr. MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina, *Constitución e Ius Puniendi,* Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica Social y Administrativa, Nivel de Postgrado, Maestría en Ciencias Penales, Loja-Ecuador 2008, pág.: 105.

cumplido los presupuesto necesarios exigidos legalmente para la procedencia del auto de prisión preventiva.

Algunos tratadistas refieren sobre la importancia de la prisión preventiva y señalan:

Zabala Baquerizo en su obra "Tratado del Derecho Procesal Penal" expresa: "Una de las instituciones que más polémica ha provocado y sigue provocando es la de la prisión provisional. Para unos es lógica consecuencia de una conducta desafiante a la norma jurídica penal; para otros, si bien la rechazan de manera general, la admiten en definitiva como un mal necesario; y finalmente no falta quienes la rechazan absolutamente y la consideran una de las más graves negaciones a la libertad humana"[38].

El eminente tratadista Francesco Carrara en su obra "Programa de Derecho Criminal" opina que "la custodia preventiva, considerada únicamente respecto a las necesidades del procedimiento, tiene que ser brevísima, esto es, lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera, después delo cual ya no hay, por esta parte motivo para detenerlo, y sería injusto, ante la sana razón, que su detención se prolongara, pues se pecaría por petición de principio"[39].

---

[38] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V, Edit. Edino, Guayaquil, pág. 201.

[39] CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pág. 231.

El tratadista Francesco Carnelutti, se pronuncia por el uso mínimo de la privación de la libertad como medida cautelar y luego de hacer presente que a la persona que sufre tal medida se encuentra en iguales condiciones que la del condenado, sentencia: “El aislamiento preventivo del imputado se asemeja, pues a una de aquellas medidas heroicas que deben ser propinadas por el médico con suma prudencia, porque pueden curar al enfermo pero también ocasionarle un mal más grave”[40].

Según Vélez Marinconde, la prisión preventiva, “es el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley”[41].

La Constitución de la República del Ecuador, en el Cap. 8vo. “Derechos de Protección”, Art. 75, refiere: “toda persona tiene derechos al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derecho 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.

[40] CITADO POR ZAVALA BAQUERIZO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo VI, Editorial Edino, Guayaquil, 2005, pág.: 72.

[41] Idem, pág.: 73.

El Art. 76 de la Carta Magna, dice: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al **debido proceso** que incluirá las siguientes garantías básicas que son descritas en siete numerales y conforman la actual Constitución.

Además, el Art. 78 ibidem, ampara a las víctimas de infracciones penales quienes gozarán de protección especial, garantizando su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas. En la sección tercera encontramos “Acción de hábeas corpus”, en el Art. 89, cuyo objeto es recuperar la libertad de quién se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como protege la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

En resumen la prisión preventiva, es una medida cautelar proporcionada y homogénea, porque no puede ser impuesta sino en consideración con el objeto del proceso es de última ratio en que debe ser impuesta, es decir que primero debe escogerse la medida de menor afectación a los derechos constitucionalmente garantizados del imputado. Y por ser esta medida excepcional se debe respetar el principio *favor libertatis* o *in dubio pro libértate*, es decir que las normas legales que rigen para la procedencia de la prisión preventiva debe interpretarse de manera restrictiva a favor de la libertad.

3.1.5. LA CADUCIDAD: CONCEPTO, RÉGIMEN JURÍDI-CO PREVISIBLE Y SU APLICACIÓN.

El Diccionario Larousse Ilustrado, define a la Caducidad "acción y efecto de perder su fuerza una ley o de extinguirse un derecho o facultad. Que está caduco (SINON. V. Vejez)".[42]

El Dr. Guillermo Cabanellas, en el Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual define a la *caducidad* como: "Lapso que produce la extinción de una cosa o de un derecho. Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla. Efecto que en el vigor de una norma legal o consuetudinaria produce el transcurso del tiempo sin aplicarlas, equiparable en cierto modo a una derogación tácita. Cesación del derecho a entablar o proseguir una acción o una derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello"[43].

La caducidad se entiende como la *acción* y *efecto* de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, por cualquier motivo, alguna disposición legal, algún instrumento público o privado o algún acto judicial o extrajudicial. La caducidad se puede producir, entre otros motivos, por la

[42] Ramón García –Pelayo y Gross, *Pequeño Larousse Ilustrado,* Ediciones Larouse, Buenos Aires Marsella, 1983. pág.: 176

[43] CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Edit. Heliasta, Argentina, 2002,* pág.: 14.

prescripción, por el vencimiento del plazo, por falta de uso, por desaparición del documento[44].

La caducidad, en Derecho, es una figura mediante la cual, ante la existencia de una situación donde el sujeto tiene potestad de ejercer un acto que tendrá efectos jurídicos, no lo hace dentro de un lapso perentorio y pierde el derecho a entablar la acción correspondiente.

Las causas de la caducidad presentan orígenes distintos. Así, de las leyes proviene del desuso, aunque en el Derecho actual no deroga las leyes, la de la costumbre, por práctica distinta, o por simple falta de aplicación durante mucho tiempo; por no tramitar acciones y recursos; por el cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes.

Así mismo el Código Procesal Penal en el Art. 169, prevé sobre la "Caducidad de la Prisión preventiva" que no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Situación que será analizada más detalladamente en los capítulos posteriores de nuestro trabajo investigativo.

Nótese que en la en Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura de nuestro país[45], en su Art. 17 se dispone que la Comisión de Recursos Humanos tendrá las siguientes atribuciones:

---

[44] OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales… ibídem*, pág.: 129.

[45] LEY ORGÁNICA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, Ley 68, Registro Oficial 279 de 19 de Marzo de 1998.

"g) Investigar cada caso de caducidad de la prisión preventiva, y de encontrarse que exista responsabilidad del Juez o Tribunal correspondiente, se impondrá una multa de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; si reincidieren dentro del mismo año serán removidos definitivamente de sus cargos, sin perjuicio de las demás acciones administrativas, civiles y penales que el Consejo Nacional de la Judicatura adopte en su contra, o en su caso, aquellas acciones propias del acusador particular perjudicado."[46]

El plazo de la caducidad es rígido, no se suspende ni interrumpe, sino que desde que comienza a correr, se sabe con anterioridad cuándo caducará la acción si el sujeto no la interpone.

A nuestro criterio, es necesario hacer una diferencia entre la prescripción y la caducidad, que son importantes, a saber:

Prescripción: se trata de una inactividad genérica. En cambio Caducidad: se trata de inactividad con respecto a un comportamiento específico.

Término: es susceptible de variación mediante la suspensión o la interrupción. En cambio que en caducidad: el término es rígido.

[46] LEY ORGÁNICA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizada a Enero de 2010.

Eficacia: Es preclusiva. En la caducidad: tiene eficacia extintiva.

Operatividad: opera solamente ante solicitud de parte. Caducidad: puede operar de oficio.

El Art. 77 del la Constitución de la República del Ecuador, numeral 9 señala: “Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en los 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”.[47]

De todo lo dicho se concluye que en nuestra realidad procesal penal la finalidad de la prisión preventiva, como medida cautelar, son dos específicas, esto es, mantener al justiciable a la orden del juzgador y retenerlo físicamente para que cumpla la futura pena en el caso que se dicte sentencia condenatoria en su contra. Lo que pretende la ley es “garantizar” la inmediación del sujeto actico en el proceso.

[47] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, Octubre de 2008.

3.2. EL DERECHO A LA LIBERTAD EN EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL.

3.2.1. ANTECEDENTES AL TRATAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA LIBERTAD

El concepto de *libertad* es tan antiguo como el de la *sociedad*. Se remonta a las más primarias organizaciones sociales en su deseo de facilitar las relaciones patrimoniales y comerciales, pero sobre todo de mantenerse a salvo de las agresiones de extranjeros.

El termino latino *liber* -relacionado con libertas o libertad- del cual proviene "libre", tuvo al comienzo, el significado de *"persona en la cual el espíritu de procreación se halla naturalmente activo"*, de donde cabe la posibilidad de denominar *liber* o libre al joven cuando al alcanzar la madurez sexual, es incorporado a la sociedad como hombre capaz de asumir responsabilidades. En esta acepción latina, el hombre libre es aquel que goza de una condición no esclava o sometida.

Como se trataba de un reconocimiento social o jurídico, *ser libre* consistía, sobre todo, en poder hacer. Pero también se aplicaba el sentido de auto determinación, entendiéndose que se era libre para hacer algo por sí mismo. La libertad se convierte así, en la posibilidad de decidirse, y al decidirse, de autodeterminarse.

Como se puede observar, la noción de libertad ya en su origen apunta en dos direcciones, una de condición no esclava y la otra, de autodeterminación. Teniendo esto en claro, es el momento oportuno para comenzar a exponer una serie de definiciones del concepto de libertad necesaria para que formemos nuestra propia opinión al respecto. Es así que iniciaremos la exposición, con una simple definición del diccionario:

"Libertad: 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."[48]

René Descartes, citado por García Ninet, entiende la libertad como "indiferencia", es decir, como capacidad de autodeterminación de la voluntad para elegir sin sentir atracción alguna hacia el objetivo que elige, considerándola como la expresión más baja de la libertad al afirmar que consiste "en poderse determinar hacia cosas por las cuales tenemos una absoluta indiferencia"[49]

Sin embargo, considerar como libre esta forma de actuar es erróneo en cuanto, desde el momento en que la voluntad no dispone de motivo alguno para dirigirse hacia un objetivo en lugar de hacerlo hacia otro, la decisión correspondiente sería simplemente un ejemplo de azar, pero nada más.

---

[48] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésima segunda edición, definición de la palabra ***libertad,*** disponible en http://buscon.rae.es, sitio electrónico consultado el 23 de julio de 2009.

[49] GARCÍA NINET, Antonio, Carta a Mersenne, 27 de mayo de 1641, AT III, p. 378.

En otros momentos, entiende la libertad como un sinónimo de “espontaneidad” y de “voluntariedad”, diciendo que, cuanto mayores son los motivos que le inducen a obrar de un determinado modo, con mayor libertad actúa, ya que la voluntad no actúa en contra de sí misma sino en favor de aquello que apetece[50].

La ley toma a la libertad como un derecho que esta misma ley otorga, aun cuando lo correcto sería decir que la libertad permite que existan los derechos de la ley, pues la libertad es una facultad natural de la humanidad y contamos con ella desde nuestro nacimiento.

Antes de entrar a hacer la comparación de los instrumentos internacionales vigentes en materia de libertad, es preciso que hagamos nuevas aclaraciones inducidas gracias a la explicación que hemos presentado en líneas anteriores. Esta parte destinada a estudiar la justificación de las medidas coercitivas como institutos normativos limitadores de la libertad, y la concepción de la libertad en términos de la ley nos presenta un cuadro panorámico de la posibilidad de la libertad y sus motivos de protección, pero también subsecuentemente la libertad como bien jurídico protegido de hacer todo aquello que se encuentre dentro de los cánones de la libertad de albedrio. Esta *voluntad* es el motivo condicionante de los comportamientos que cobran importancia en el estudio del derecho penal,

[50] Cfr. GARCÍA NINET, Antonio, *La "res cogitans" y la libertad,* A Parte Rei: revista de filosofía, Nº. 59, 2008, pág.: 1.

sobre todo para diferenciar aquellos actos que son objeto de sanción penal, de aquellos que no lo son, habiendo encontrado en ambos casos una constante: la *libertad de albedrio*.

El tratadista Luis Fernando Niño, "sobrevenido el cristianismo, San Agustín creyó encontrar en las frecuentes malas obras de los hombres la prueba cabal de su libre actuar. Vislumbró así a la voluntad como atenazada por la realidad inferior de la carne y la superior del espíritu, y llamó libre albedrío o libertas *minor* a la libertad de optar por una u otra, aunque distinguiéndola de la "verdadera", la libertad para el bien, para la correcta realización de las acciones, la libertas *maior*, necesitada de la ayuda de Dios y representada por la gracia. […] abordó directamente el problema del bien y del mal: según la concepción agustiniana, entonces, las malas acciones no son el resultado de una lucha entre dos fuerzas, en la cual saldría vencedor el mal, como afirmaban los maniqueos, sino que es producto de un apetito desordenado: es el resultado de una elección hecha por la voluntad, una voluntad que es libre"[51].

De lo anotado entendemos que la valoración que se haga de los actos considerados como criminosos no deja de ser una estimación subjetiva, realizada por el órgano competente y con autorización democrática en

[51] NIÑO, Luis Fernando, *La libertad y el derecho penal*, Universidad San Martín de Porres, Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, 2005, pág.: 58.

materia de tipificación, y por tanto se entenderá que la *limitación a la libertad* -mediante medidas precautorias o cautelares- viene a ser también un instituto de apreciación subjetiva entre lo considerado bueno y malo.

De este criterio encontramos la justificación a las medidas cautelares que -haciendo un ejercicio de ponderación- vendrían a ser más importantes en su lógica que el bien jurídico protegido de la libertad para un persona o grupo de personas que hayan cometido un acto que se considere como motivo de sanción, y una autorización dada por la ley al funcionario público para que defienda el interés superior que es el orden social y la armonía ciudadana, eliminando -si se quiere, temporalmente- la noción de albedrio libre, y enfrascándola en una suerte de *libertad en la ley*.

Con esto emerge la noción de la *libertad* desde el entendimiento de la moral. Por tanto las funciones del Estado como entelequia protectora de la sociedad justifican sus gestiones de represión y sometimiento sobre aquellos comportamientos, que más tarde, KANT, persuadido de que no es posible inferir la libertad a partir de la experiencia ni de la razón, la asume como hipótesis prácticamente necesaria a fin de mantener las leyes morales. Separa el mundo fenoménico del denominado númeno: diferencia, así, entre acciones en cuanto fenómenos -lo que ocurre conforme a causas determinantes- y obrar espontáneo -donde el sujeto no es pasivo- para acabar ubicando a la libertad en la voluntad interna del

individuo, impulsando sus actos sin condicionamiento alguno e independiente de todo lo empírico o sensible[52].

De esto, es pues que los pactos y convenios internacionales apuntan de manera directa al respeto de los derechos humanos de las personas, sean víctimas o victimarios, funcionario o autoridad, bajo el principio universal de que todos somos iguales ante la ley. Consagra, asimismo, la presunción de inocencia, el trato justo al procesado; el derecho a la defensa, etc. Todos estos derechos se sustentan en lo que pregonan los siguientes pactos y convenios internacionales:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, es un instrumento internacional que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos. Manifiesta que el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie lesivos a la conciencia de la humanidad.

Entre los principales derechos humanos, respecto a nuestra investigación, se consagran:

1) El derecho a un recurso efectivo:

[52] Cfr. NIÑO, Luis Fernando, *La libertad y el derecho penal*… ibídem, pág.: 62.

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por la ley. (Art. 8).

En ese sentido se han manifestado organismos internacionales en varias resoluciones emitidas a propósito de materialización de este derecho, y es por ello que "Los procedimientos de hábeas corpus, destinados a impugnar ante el juez la legalidad de la detención y el encarcelamiento, han estado sometidos durante mucho tiempo a unos requisitos formales rigurosos que han dificultado la interposición de este recurso por el ciudadano particular. En virtud de un decreto reciente, descrito en el capítulo III, párrafos 57 a 63, nuevas trabas de procedimiento han impedido prácticamente la interposición del recurso de hábeas corpus en casos de desaparición. Hay que adoptar las oportunas medidas jurídicas e institucionales para volver a poner el hábeas corpus en el lugar que le corresponde"[53].

En ese sentido, y en consonancia con el Art. 8 de la DUDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia del año 1999, ha recomendado al Estado colombiano que "se abstenga de adoptar leyes y

[53] Organización de Naciones Unidas (ONU), Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, informe de la visita realizada a Colombia por dos miembros del Grupo, 1988, documento: E/CN.4/1989/18/Add.1, párr. 134.

otras medidas que limiten la eficacia o el alcance de la acción de tutela o que limiten el acceso a ese recurso judicial"[54].

De igual manera se manifiesta el informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia que en el año 2000 a propósito del derecho humano al recurso efectivo, y específicamente a impugnar "pone de presente ante las autoridades colombianas la necesidad de restablecer la plena vigencia del derecho de hábeas corpus, mediante la adopción de las reformas legislativas necesarias para garantizar a toda persona el derecho a impugnar, bajo términos perentorios, la legalidad de su detención ante una autoridad independiente de aquella que la dictó"[55]

2) El derecho a no ser detenido de manera arbitraria:

Ninguna persona debe ser detenida de manera arbitraria, ni sometida a prisión ni desterrado. [DUDH, Art. 9]. En ese sentido El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU ha sido claro en manifestar que

54 Organización de Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1999, documento: /Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, Capítulo II, G, párr. 5.

55 Organización de Naciones Unidas (ONU), Órganos de las Naciones Unidas, Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 56 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 2000, documento: E/CN.4/2000/11, párr. 194.

La práctica de la “entrega de facto” está en irremediable contradicción con el derecho internacional. Concretamente, el Grupo de Trabajo explicó que cuando un Estado no respetaba las garantías procesales, en particular el derecho de audiencia de la persona afectada, no podía alegar de buena fe que había tomado medidas razonables para proteger los derechos humanos de esa persona después de la expulsión, en particular el derecho a no ser detenido de manera arbitraria. Por lo tanto, ese Estado compartiría la responsabilidad de la ulterior detención arbitraria[56].

Llegado a este punto, es necesario conocer en qué casos una detención es considerada, en el concierto internacional de los derechos humanos, con el adjetivo, bastante deleznable por cierto, de arbitraria. La detención es arbitraria en los siguientes casos:

a) *Situaciones en que la privación de libertad* es arbitraria porque a todas luces no puede vincularse con una base jurídica (como la detención prolongada después de cumplirse la pena o a pesar de una ley de amnistía, etc.);
b) *Procedimientos de privación de libertad* en que los hechos que son el motivo del enjuiciamiento o condena tienen que ver con el ejercicio de determinadas libertades fundamentales protegidas por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos

[56] Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 de agosto de 2007, Sexagésimo segundo período de sesiones, Tema 72 b) del programa provisional, Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Informe del Secretario General.

Civiles y Políticos (para los Estados Partes), y de manera particular: la libertad de pensamiento, la de conciencia y de religión (Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); la libertad de opinión y de expresión (Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); el derecho a la reunión pacífica y a asociarse libremente (Art. 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Arts. 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y,

c) *Casos en que la no observancia*, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial es tal que confiere a la privación de libertad, cualquiera que sea, carácter arbitrario.

Una vez que conocemos en qué situaciones una detención deriva en arbitraria, nos corresponde ahora determinar en qué casos la detención deviene en ilegal. Al respecto podemos señalar que doctrinariamente se aceptan dos causas principales:

a) La primera es cuando la detención se ha practicado sin el elemento fáctico imprescindible (una sospecha razonable);
b) La segunda se produce cuando se superan los límites legales de detención.

En el primer caso, se incluye también agotar o dilatar en exceso los plazos de detención e, incluso, cuando la infracción sea una falta ya que el riesgo de fuga es mínimo y, por lo tanto, toda medida cautelar (por ejemplo, la misma detención) debe ser notablemente restringida. También es perseguible el no reconocerle los derechos inherentes a todo detenido, como por ejemplo impedir que haga una llamada, que designe abogado de confianza, negarle el reconocimiento médico, o que no se le comuniquen los derechos que tiene. Frente a lo expuesto, inferimos la importancia de las características en que se produce la detención de un ser humano, puesto que lo que se impugna no es de modo alguno el poder punitivo del Estado, sino el mecanismo utilizado para hacer efectivo dicho poder.

En consonancia con esto, el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria explica que sobre la denominada entrega *de facto*, es decir, el traslado de un prisionero del territorio de un Estado a otro sin ninguna formalidad y sin garantías procesales sobre la base de negociaciones celebradas entre autoridades administrativas de los dos países (a menudo los servicios de inteligencia), está en irremediable contradicción con el derecho internacional. Cuando un Estado no respeta las garantías procesales, en particular el derecho de audiencia de la persona afectada, no puede alegar de buena fe que ha tomado medidas razonables para proteger los derechos humanos de esa persona después de la expulsión, en particular el derecho a no ser detenido de manera

arbitraria. Por lo tanto, ese Estado compartirá la responsabilidad de la ulterior detención arbitraria[57].

Como hemos indicado anteriormente, la detención constituye el atentado más grave contra la libertad. Por lo tanto, las formas de detención deben ser expresamente y con la formalidad constitucional y legal que el Estado reconoce.

La doctrina de los Derechos Humanos ha considerado tres tipos de detención:

a) *Detención Administrativa.*- Fundada en razones de seguridad nacional y/o pública, en las cuales la decisión del Poder Ejecutivo o de las autoridades administrativas, es su característica. No necesariamente implica la iniciación en un proceso y solamente cuando queda disuelta la causa que lo motiva o ésta desaparece, la detención deviene en ilegal.
b) *Detención Preventiva en el Proceso.*- Esta detención es una privación excepcional y temporal de la libertad con la finalidad de lograr los fines del proceso y se aplica fundamentalmente en el Ámbito Penal, debe

[57] Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de enero de 2007, Consejo de Derechos Humanos, cuarto período de sesiones, tema 2 del programa provisional, aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos", Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, documento: a/hrc/4/40.

cumplirse con las garantías de un debido proceso, garantizando al detenido la posibilidad de impugnar la detención.

c) *Pena de Privación de Libertad.-* Este acto de privación de la libertad solo se puede materializar cuando ha concluido un proceso con las debidas garantías procesales y se ha determinado responsabilidad penal. Su misma ejecución debe garantizar el respeto a los Derechos Humanos del sentenciado y no trascender su persona.

3) El derecho a ser oído públicamente y a ser tratado con justicia por un tribunal independiente e imparcial.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oído públicamente y tratado con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para la defensa de cualquier acusación contra ella en materia penal. [DUDH, Art. 10]

El proceso, como concepto general, *e*s el instrumento por medio del que los órganos jurisdiccionales del Estado cumplen la función de actuar al derecho objetivo en el caso concreto. Desde otra perspectiva, es también instrumento por medio del que el ciudadano desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva.

En nuestro país el impacto de esta disposición del *derecho a ser oído públicamente y a ser tratado con justicia por un tribunal independiente e imparcial* se interpreta, como en otros países, desde la tutela jurisdiccional efectiva. El recientemente presentado Proyecto de Código de Procedimiento Civil ante la comisión de legislación de la Asamblea ecuatoriana contiene en su preámbulo una explicación importante sobre la *inmediación procesal no contradice al principio dispositivo:*

Si el juez no goza de las iniciativas necesarias para hacer que el proceso realmente avance y logre desterrar con ello ciertas prácticas que lamentablemente —hay que decirlo— predominan en el foro nacional, no se hará nada para erradicar la exagerada lentitud de la que se revisten actualmente los juicios civiles. Así, no se contradice al principio dispositivo, pues, que jueces y tribunales apliquen el Derecho dentro de los límites señalados por la *causa petendi*. Para ello, es necesario reforzar, como tantas veces se ha insistido, las facultades correctivas y coercitivas de los tribunales, para que sus resoluciones sean un reflejo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por su parte la denominada Corte Constitucional para la transición ha sentenciado haciendo observaciones en esta línea.

En la *acción extraordinaria de protección* planteada por la Corporación Financiera Nacional y la Compañía UNYSIS S.A., que deja sin efecto por

vulnerar derechos del debido proceso y tutela judicial efectiva, las sentencias dictadas el 22 de junio del 2002 por el Juez Primero de lo Civil de Guayaquil; y, el 25 de octubre del 2007 por los Magistrados de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil e Inquilinato de la ex Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dentro del juicio civil ordinario Nº 493-04, se dispone lo siguiente:

"Del análisis de estas alegaciones, esta Corte encuentra que las normas constitucionales invocadas en referencia a los hechos presuntamente violatorios supondrían la necesidad de realizar un análisis que corresponde a la justicia ordinaria; y como esta Corte se ha pronunciado en innumerables ocasiones, a través de sus autos de admisión, la acción extraordinaria de protección no constituye una instancia adicional de la justicia ordinaria ni de revisión de legalidad; además, la sola inconformidad de una parte procesal cuyas alegaciones no fueron acogidas por los respectivos órganos judiciales no constituyen por ser violaciones al derecho a la defensa o al acceso a una tutela judicial efectiva.

Las garantías jurisdiccionales están concebidas para precautelar que los derechos constitucionales sean respetados por todas las funciones y órganos del Estado, y de manera específica la función de la acción extraordinaria de protección es precautelar que dentro de los procesos

judiciales también se respeten los derechos constitucionales de las partes procesales, especialmente el derecho al debido proceso."[58]

El Pacto de San José de Costa Rica, nombre con el que se conoce a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, celebrada el 22 de noviembre de 1969.

a) *Derecho a ser oído con la debidas garantías y dentro de un plazo razonable*

Toda persona tiene derecho a ser oída con la debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter. [CADH, 1969: Art. 8]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[59], fue celebrado el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Ecuador el 16 de diciembre de 1969. Sus principios fundamentales para el sistema procesal penal reclaman

[58] Registro Oficial No. 637, lunes 20 de julio de 2009, Corte Constitucional para el Período de transición, Proceso Nro. 011-09-SEP-CC.

[59] Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

para todo individuo el derecho de no ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado –dice el Pacto- de su libertad sino sólo por las causas fijadas por la ley [PIDCP, 1966: Art. 9, núm. 1], además de ser informado/a, en el momento de su detención de las razones de la misma, y notificado/a, sin demora, de la acusación formulada en su contra [PIDCP, 1966: Art. 9, núm. 2], y llevado/a sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [PIDCP, 1966: Art. 9, núm. 3].

La CIDH ha sido bastante clara en el manejo de tema sobre la detención o prisión arbitrarias que proscribe el Pacto. En sus sentencias la Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática[60].

En la sentencia del *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador,* la Corte declaró que considera a la prisión preventiva como una medida cautelar, no punitiva[61]. La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte

[60] *Cfr. Caso Tibi, supra* nota 6, párr. 106; y *Caso "Instituto de Reeducación del Menor".* Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228.

[61] *Cfr. Caso Tibi, supra* nota 6, párr. 180; y *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

en un castigo cuando se infringe sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida[62].

El artículo 7.5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia[63].

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombres[64], se celebró en Bogotá en 1948, históricamente, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada seis meses después. El valor jurídico de la *Declaración* ha sido muy discutido, debido a que no forma parte de la Carta de la OEA y tampoco ha sido considerada como

---

[62] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador,* sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 75.

[63] *Cfr. Caso Tibi, supra* nota 6, párr. 114; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra* nota 57, párr. 96; y *Caso Maritza Urrutia, supra* nota 57, párr. 66.

[64] DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (DADDH), aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA).

tratado, a la vez que la propia OEA no la incluye entre los documentos publicados en su sitio web[65]. Algunos países, como la Argentina, la han incluido en la constitución, otorgándole jerarquía constitucional. Sus disposiciones principales tratan de:

a) *Motivos de privación de la libertad y legalidad de la medida:*

Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique, sin demora, la legalidad de la medida, y a ser juzgado si dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante su privación de la libertad. [DADDH, 1948: núm. XXV]

El criterio fundamental para la privación de la libertad es que solamente se puede hacer en la forma prevista por la ley [DADDH, 1948: núm. XXV] y que en todo caso corresponde a las modalidades de detención provisional durante un proceso o sanción de pena privativa de la libertad, obviamente y como consecuencia se prohíben todas las otras formas de privación absoluta o relativa de la libertad como son:

[65] ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 17th Street & Constitution Ave., N.W., Washington, D.C. 20006, USA, http://www.oas.org/main/spanish/, sitio web visitado el 28 de julio de 2009.

a) La *esclavitud* considerada como el ejercicio del derecho de propiedad sobre una persona privándola totalmente de su libertad.
b) La *servidumbre* entendida como el ejercicio de los derechos de propiedad sobre el trabajo y las condiciones de vida de la persona.
c) La *trata de personas*, considerada como cualquier tipo de explotación económica de las personas limitando su libertad.

Estos principios están considerados también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en sus artículos 8.1, 8.2, 8.3 y 9.1; así como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 6 y 7.1; normas en las cuales se establecen mayores condiciones para la privación de la libertad como los siguientes:

- La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla.
- Las sanciones no deben trascender la persona del sentenciado.
- Las sanciones en ningún caso pueden reducir a la persona a situaciones de esclavitud, servidumbre o trata.
- El trabajo forzoso como sanción debe guardar respeto por la libertad de la persona, siendo aplicable solo por consideración previa de la ley y por decisión judicial fundamentada.
- El servicio militar, las labores en situaciones de calamidad y el cumplimiento de deberes cívicos no implican trabajo forzoso.

Pero además la declaración prescribe que nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil [DADDH, 1948: núm. XXV], en este mismo sentido la Convención Americana Sobre Derechos Humanos reconoce este derecho en su artículo 7.7, por su parte el PIDCP en su artículo 11 establece que no hay prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales. Con este principio se protege la libertad de la persona, por tratarse de un bien no patrimonial frente a toda obligación patrimonial o pecuniaria de la persona, que obviamente no es equiparada. Se exceptúan de esta norma y en forma expresa las obligaciones naturales de la relación que existe entre los alimentistas y las personas obligadas a prestar alimentos por tratarse de la subsistencia de los alimentistas así como de la protección de personas en menores condiciones de ejercicio de sus derechos.

b) Presunción de inocencia:

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable [DADDH, 1948: núm. XXVI]. Por tanto se entiende que la presunción de inocencia es una presunción legal que protege el honor, la imagen y la libertad del procesado, y que solamente puede ser objeto de prueba en contrario mediante Resolución Judicial firme que declare la responsabilidad penal o culpabilidad.

La falta responsabilidad penal debe entenderse no sólo como las circunstancia de no haberse cometido hecho punible, sino también en los casos que habiéndose cometido hechos punibles existen causas eximentes de responsabilidad previstas en la ley.

La Declaración determina que toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes, y a que no se le impongan penas crueles, infamantes e inusitadas. [DADDH, 1948: núm. XXVI], por su parte el PIDCP es su artículo 4.2 establece que la presunción de inocencia rige hasta que se pruebe la culpabilidad conforme a ley retrotrayendo el principio de legalidad respecto del proceso. En este mismo sentido refiere el artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

En términos de HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ "La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido *que el derecho a "la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías"* que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encausa. Así la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia. En efecto, los actos procesales y el proceso en su conjunto adquiere un cariz diferente

dependiendo si el inculpado se trata como si fuera inocente como ocurre en el sistema acusatorio o si se le trata como si fuere culpable como ocurría en el sistema inquisitivo"[66].

En consecuencia para nuestro criterio la presunción de inocencia como un derecho fundamental, implica que sólo puede ser regulado por la potestad legislativa, la que tiene como límite la no afectación de su contenido esencial; como derecho es de aplicación directa e inmediata y obliga a todos los órganos y agentes del Estado. Este derecho se encuentra relacionado con el principio *in dubio pro reo* como criterio auxiliar; constituye además un criterio básico que condiciona la interpretación de las normas jurídicas en cuanto ellas deben interpretarse conforme a la Constitución y los derechos fundamentales en una interpretación finalista y sistemática.

La presunción de inocencia obliga al tribunal a tenerlo presente al resolver el caso como regla de juicio. Ella constituye una referencia central en la información del desarrollo del proceso, permitiendo resolver las dudas que se presentan en su curso y reducir las injerencias desproporcionadas.

[66] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*, Ius et Praxis, Vol. 11, Nº. 1, 2005, págs.: 221-241.

3.2.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PENAL DE ALGUNOS PAÍSES.

Para el efecto se ha tomado como referente lo que prescriben los códigos de procedimiento penal de varios países, en los cuales a las medidas cautelares personales en materia penal, se las denomina también *medidas de aseguramiento* o *medidas de coerción.*

Es tanto así que nuestros autores ya han adoptado en sus investigaciones esta terminología procesal novedosa en nuestro trabajo de investigación, pero ya empleada hace algún tiempo en la literatura jurídica internacional. Sobre estas ZAMBRANO PASQUEL hace una distinción interesante. Él dice que "En el ámbito legislativo esta tendencia a la *victimización del delincuente* puede ser apreciada por la tendencia a crear leyes más represivas como réplica al *principio de la intervención mínima.* En el ámbito policiaco hay una creciente ineficacia, corrupción y brutalidad, que degenera en prácticas abusivas y violatorias de derechos humanos.

En la esfera judicial -y aceptando un margen de error judicial- las peores críticas se refieren a la lentitud en la administración de justicia, y al abuso con las medidas de aseguramiento. Una ineficacia que en definitiva se convierte en/ *victimización judicial.*

En el plano ejecutivo se denuncia la llamada *victimización carcelaria,* derivada de la incongruencia que supone pretender habilitar para la libertad a través –precisamente- de la privación de la misma. Lo más criticable es el recurso fácil de su utilización (con la *prisión preventiva)* con un desprecio notorio de mecanismos sustitutivos que representan alternativas democráticas, socialmente menos nocivas."[67]

3.2.2.1. En Colombia

En Colombia, las medidas cautelares se denominan medidas de aseguramiento, las que se aplican a pedido del fiscal, al juez de control de garantías.

El Código de Procedimiento Penal Colombiano (CPPC), expresa que la "el fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente" [CPPC, 1991: Art. 306].

Sobre las medidas cautelares en la legislación colombiana, GABRIEL HERNÁNDEZ VILLARREAL explica que "En efecto y al tenor de lo reglado en la

[67] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Las Medidas Cautelares en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Revista Jurídica, Faculta de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil,

última de las citadas normas, tratándose de asuntos que se ventilan por la vía del proceso arbitral, es factible que a petición de cualquiera de las partes se decreten como medidas cautelares, la de la "inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro", así como el "secuestro de bienes muebles"; siempre y cuando en ambos supuestos "la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universidad de bienes". En otras palabras, en principio a los árbitros les es permitido pronunciarse sobre las mismas dos cautelas que el artículo 690 numeral 1º, literales a) y b) del Código de Procedimiento Civil contemplan como susceptibles de ser decretadas cuando de procesos ordinarios se trata"[68].

Además el Procedimiento Penal colombiano prevé la siguiente clasificación de medidas de aseguramiento en privativas de libertad y no privativas de libertad [CPPC, 1991: Art. 307]

a) Privativas de libertad:

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

[68] Cfr. HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?*, Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, Colombia, enero-junio de 2007, pág.: 184 y 185.

b) No privativas de la libertad:

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez ante sí mismo o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.
10. El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su

cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.

Por otro lado, los requisitos para que el juez de control de garantías pueda disponer que un imputado sea objeto de una medida de aseguramiento el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos [CPPC, 1991: Art. 308]:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia;
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima;
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Es evidente que, según lo prescrito en el artículo en estudio, la medida de aseguramiento de privación de la libertad tiene que ver con el hecho de que el imputado podría obstruir el debido ejercicio de la justicia; el daño

que podría ocasionar a la víctima o de la probabilidad de que se niegue a comparecer al proceso.

3.2.2.2. En Perú.

En la República de Perú, las medidas cautelares toman la denominación de “Medidas de Coerción Procesal”. Las medidas de coerción procesal tienen por finalidad asegurar la eficacia de los fines del proceso, las que no se pueden imponer de manera arbitraria, en vista de ello su imposición está condicionada a una serie de presupuestos con las garantías presentes en la Constitución y las leyes peruanas.

La adopción de las medidas de coerción del nuevo código procesal penal se somete a dos presupuestos fundamentales: el *fumus boni iuris*; que se refiere a la verisimilitud de haberse cometido un delito mediante indicios manifestados objetivamente y el que se refiere al peligro que se puede producir con el paso ineludible del tiempo.

Las medidas cautelares son:

a) De naturaleza coercitiva, en vista de que afectan sustancialmente derechos fundamentales, de forma limitativa y restrictiva.
b) Son cautelares y precautorias, evitan un daño jurídico; y

c) Son provisorias: Su duración se subordina a los fines que con ella pretende alcanzar.

Las medidas de coerción se convierten en una suerte de anticipación del pago de la condena y que pese al principio de presunción de inocencia se justifica en su exagerada protección de la seguridad colectiva, justificada en su necesidad, relevancia, pertinencia y urgencia.

Las medidas de coerción no pueden afectar al imputado en su dignidad y su adopción deberá estar sujeta a las garantías previstas constitucionalmente en el orden jurídico internacional por ser parte del derecho positivo peruano, en este entender solo pueden afectar, limitar o restringir los derechos humanos en la dimensión estrictamente necesaria para alcanzar sus fines.

La Prisión Preventiva en el Perú.- La Constitución Política del Perú (CPP) señala que no se permite ningún tipo de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley [CPP, 2004: Art. 2, inc. 24, par., b]. Por lo tanto la ley fundamental reconoce la libertad personal como un derecho fundamental, pero al mismo tiempo consagra su carácter relativo, a legitimizar su afectación por causales previstas en el marco estricto de la legalidad, una de estas restricciones es la prisión preventiva, que es esencialmente una medida cautelar de naturaleza personal, pues, recae directamente sobre la libertad del sujeto pasivo de la relación jurídico-

procesal, cuya incidencia jurídica pretende garantizar la condena del presunto culpable.

En el Perú, el Juez a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) *Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.*

Es el presupuesto del *fumus boni iuris*, que se refiere a que los primeros actos de investigación que se realizan ni bien conocida la noticia criminal deben revelar una sospecha vehemente de criminalidad, que deben advertir indicios razonables de la comisión de un delito, que puedan ser confrontadas de forma objetiva, no bastan entonces las meras conjeturas o presunciones sin fundamento.

La apreciación de los indicios razonables de criminalidad en la fase de investigación significa la existencia de motivos razonables que permitan afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida, que supongan una relación directa con el imputado, la que puede consistir en una relación de autoría, coautoría u otro grado de participación, injusto que pude ser a titulo de dolo o culpa. Deben concurrir varios

elementos de convicción e indicios que construyan una base de cognición solida.

Otro aspecto de este primer requisito se refiere al estado o grado de conocimiento exigido sobre los hechos, que es el cierto grado de verisimilitud sobre la participación del imputado en el hecho, por lo que es necesario que se llegue a determinar la existencia de suficiencia probatoria en el caso concreto en atención de las circunstancias del hecho.

b) *Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.*

La prisión preventiva está condicionada a la conminación legal en abstracto que se determina como consecuencia jurídica a cada tipo legal, por lo que se deberá efectuar una prognosis de pena, no basta que la pena sea mayor superior a los cuatro años, en tanto la determinación de la pena está sujeta a una serie de variables, entre estas las circunstancias concomitantes a la realización del hecho punible.

Las modificatorias introducidas al texto original del Art.135 del CPP de 1991 y aún el Art. 268 del CPPP del 2004, fue la exigencia de que sea posible determinar que la sanción a imponerse será superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; empero conforme a la modificatoria por la Ley 28726 de fecha 09 de mayo del 2006 y en los lugares en que se

encuentra en vigencia los artículos pertinentes del Código Procesal penal de 1991, es suficiente que la sanción a imponerse (o la suma de ella) sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito, medida desacertada por el legislador atendiendo a los altos indicies de criminalidad con el que cuenta nuestro país, y que genera una desigualdad en la aplicación de esta medida coercitiva en relación a los lugares donde y opera el Nuevo Código Procesal Penal.

Erróneamente se entendió a la entrada en vigencia del Art.135 del Código Procesal Penal de 1991, que la existencia de este presupuesto se basaba sólo en el límite superior de la pena fijada por la ley para el delito objeto de proceso, empero hoy existe unanimidad en afirmar que este presupuesto no está referido a la pena fijada por ley para el delito, sino a la pena probable que el juzgador impondrá en su sentencia condenatoria, que supone una prognosis de la pena, lo que implica un acercamiento, un cálculo a esa determinación conforme a los actuados existentes en la oportunidad en que corresponda dictar la medida y que será la regla al momento de aplicar la prisión preventiva en el nuevo modelo procesal.

c) *Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u*

obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Este presupuesto hace alusión cuando existen indicios o evidencias razonables, de que el imputado no está dispuesto a someterse voluntariamente a la persecución penal estatal, y se advierten ciertas particularidades y características personales del imputado (reincidencia, líder, cabecilla de una banda, por ejemplo), la flagrancia, las altas posibilidades de fuga, la gravedad del delito, entre otros.

El peligro procesal, presenta dos supuestos: La intención del imputado a sustraerse de la acción de la justicia; y la intención de perturbar la actividad probatoria. Potencialidad razonable de fuga o perturbación de la actividad probatoria.

Peligro de fuga: Según apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el imputado no se someta al procedimiento penal ni a la ejecución, presumiéndose también de que el sujeto activo se pondrá en una situación de incapacidad procesal.

Para calificar el peligro de fuga el Juez tendrá en cuenta el arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo o las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, vínculos de

carácter familiar, amical y de negocios, grado de influencia que pueda ejercer en determinados ámbitos socio-políticos, situación económica, lazos familiares en el exterior, de ser el caso su doble nacionalidad, etc.

Peligro de Entorpecimiento: (Peligro de Obstaculización) Exige que el comportamiento del imputado funde la sospecha vehemente de que él:

Destruirá, modificará ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba. Influirá de manera desleal con co-inculpados, testigos o peritos (por tanto, no es suficiente que el imputado le pida que no declare a un testigo autorizado a abstenerse de declara testimonialmente)

Inducirá a otros a realizar tales comportamientos y si, por ello, existe el peligro de que él dificultara la investigación de la verdad.

El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. Conducta que se manifiesta en interés de aquel para esclarecer el objeto de la investigación, no necesariamente confesando su culpabilidad, sino a partir de una participación positiva en cuanta diligencia u acto procesal que fuese llamado a intervenir por la Instancia Judicial.

Para calificar el peligro de obstaculización, conforme al Artículo 270 del Nuevo Código Procesal Penal, se tendrá en cuenta el riesgo razonable que el imputado:

Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba [CPPP, 2004: Art. 270.1], en este caso, el imputado es portador de elementos de prueba importantes para acreditar la imputación delictiva.

Influirá para que los computados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente [CPPP, 2004: Art. 270.2], las maniobras más usuales para desvirtuar una acusación de forma ilícita, es comprando testigos o peritos, esto es, corrompiendo voluntades, a fin de que se tuerza la verdad de los hechos. Claro está, que la influencia puede ser también ejercida bajo violencia o amenaza.

Inducirá a otros a realizar tales comportamientos [CPPP, 2004: Art. 270.3]. La influencia hacia otros sujetos procesales, la puede ejercer el imputado de forma personal o mediando otra persona. La inducción puede ser directa o por medio de interpuesta personal.

Además, de acuerdo al del Código Procesal Penal [CPPP, 2004: Art. 268], también será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en el mencionado artículo, la existencia de razonables

elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

3.2.2.3. En Bolivia

Atendiendo el mandato constitucional [CPB, 2009: Art. 22] de que la libertad es uno de los primeros valores superiores del ordenamiento jurídico nacional boliviano, que ha sido reconocido como derecho fundamental de la persona en todo Estado Social y Democrático de Derecho. La Libertad es un derecho reconocido en Bolivia como la regla y la detención es la excepción.

En el Nuevo Código de Procedimiento Penal boliviano [CPPB] en su Art. 236 establece 4 numerales que deben cumplirse al dictarse esta medida cautelar de detención.

La libertad personal y los demás derechos y garantías, reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y este Código, solo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la

verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la Ley. [CPPB, 1999: Art 221]

Las normas que autorizan medidas restrictivas de derechos se aplicarán e interpretarán de conformidad con el Art. 7 del Código de Procedimiento Penal Boliviano. Esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundamentada, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación.

No se podrá restringir la libertad del imputado para garantizar el resarcimiento del daño civil, el pago de costas o multas.

Las medidas cautelares de carácter personal, se aplicarán con criterio restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados. Las medidas cautelares de carácter real serán las previstas en el código de Procedimiento Civil y se impondrán únicamente en los casos expresamente indicados [CPPB, 1999: Art. 222].

Las medidas cautelares en la legislación procesal penal boliviana tienen como características: la *jurisdiccionalidad*, la *instrumentalidad* y la *provisionalidad*.

- *La jurisdiccionalidad* es el fundamento de las medidas cautelares en el proceso no es otro que el de garantizar el cumplimiento efectivo de la

sentencia condenatoria, y sólo pueden adoptarse por el órgano jurisdiccional competente y en casos excepcionales. La exclusividad jurisdiccional se pone de manifiesto cuando, por ejemplo, la ley condiciona en sentido de que el fiscal o el policía puede ejecutar una detención siempre y cuando se haga con la advertencia de que "la persona aprehendida será puesta a disposición del juez, en el plazo de veinticuatro horas, para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la aplicación de alguna de las medidas cautelares, o decrete su libertad por falta de indicios [CPPB, 1999: Art. 226].

- *La Instrumentalidad:* tomando en cuenta la característica anterior, las medidas cautelares son instrumentales y han de estar supeditadas a un proceso penal en curso y, lógicamente habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas definitivas. El Código pone de manifiesto el carácter instrumental cuando establece que los derechos "sólo podrán ser restringidos cuando sea absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley..." [CPPB, 1999: Art. 221].

- *La Provisionalidad:* las medidas cautelares son siempre provisionales y, como máximo, han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal; además, en cualquier momento pueden modificarse o extinguirse si se cumplen los presupuestos y circunstancias que han

justificado su adopción. El Código recoge su carácter provisional al disponer que “estas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundada, según lo reglamenta este Código y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación”; además, “el auto que imponga una medida cautelar o la rechace es revocable o modificable, aún de oficio” [CPPB, 1999: Art. 250].

La aprehensión, en todos los casos, queda condicionada a que el imputado se encuentre sometido a un proceso penal en curso y exista una imputación determinada.

Sin imputación previa no existe detención legal, por lo que el funcionario o el particular que incumpliera ese requisito incurren en la responsabilidad penal del tipo de privación de libertad, sancionado por el Art. 292 del Código Penal boliviano.

Otro presupuesto general es que el hecho punible revista especial gravedad y que haya suficientes indicios de culpabilidad que hagan presumir que el imputado se sustraerá a la actividad de la justicia ocultándose, fugándose o ausentándose del lugar del hecho y del juez o tribunal competente.

A diferencia del viejo procedimiento penal que disponía el plazo de detención 48 horas para que el aprehendido fuera puesto a disposición del juez Instructor, el nuevo Código Procesal establece que la policía informará al fiscal dentro de las ocho horas de su primera intervención. El Fiscal a su vez solicitará al juez instructor la detención preventiva dentro de las veinticuatro horas desde que tomó conocimiento de la aprehensión, lo que significa que el imputado puede estar detenido policialmente treinta y dos horas [CPPB, 1999: Art. 293].

En el caso de las aprehensiones del Fiscal y de los particulares como máximo legal tienen el plazo de veinticuatro horas para que la persona aprehendida sea puesta a disposición del juez o del tribunal competente.

Los operadores de justicia, afortunadamente, en varios distritos han tomado conciencia de la necesidad de poner lo más rápido posible el imputado a disposición del juez instructor cautelar, quien, en forma inmediata generalmente, resuelve su situación jurídica.

Con excepción de la libertad ambulatoria, el imputado que ha sido aprehendido conserva todos los derechos y garantías que le reconoce la Constitución y el ordenamiento jurídico. Con carácter general, el Código procesal establece que “toda autoridad que intervenga en el proceso se asegurará que el imputado conozca los derechos que la Constitución, las Convenciones y Tratados vigentes y este Código le reconocen” [CPPB,

1999: Art. 84]. Lo más relevante es que desde su captura tendrá derecho a entrevistarse privadamente con su defensor; además, el encargado de su custodia trasmitirá al juez las peticiones u observaciones que aquél formule dentro de las veinticuatro horas siguientes y facilitará, en todo momento, su comunicación con el defensor.

Con la finalidad de evitar los sistemáticos abusos policiales, el nuevo Código procesal penal recoge de la Constitución [CPPB, 1999: Art. 9.II] que la incomunicación no podrá imponerse, sino en casos de notoria gravedad, cuando existan motivos que hagan temer que el imputado obstaculizará la averiguación de la verdad. En ningún caso la detención podrá exceder el plazo de veinticuatro horas ni impedirá que el imputado sea asistido por su defensor antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal. La incomunicación será dispuesta por el Fiscal encargado de la investigación y deberá ser fundamentada en los motivos legalmente señalados; el fiscal la comunicará de inmediato al juez de la instrucción para que la ratifique o deje sin efecto [CPPB, 1999: Art.235]. Al incomunicado se le permitirá el uso de libros y material de escribir y también podrá realizar actos civiles impostergables que no perjudiquen la investigación [CPPB, 1999: Art. 231].

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el nuevo Código procesal boliviano establece que la policía sólo podrá interrogar al imputado en presencia del fiscal y de su abogado defensor, para constatar su identidad.

La norma advierte que la declaración del imputado sin la presencia del fiscal y de su abogado defensor, que contenga una confesión del delito, será nula y no podrá ser utilizada en el proceso; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de quienes la reciban o utilicen; además las actuaciones policiales no tendrán valor probatorio por sí para fundar la condena del imputado [CPPB, 1999: Arts. 92, 93 y 280]

Otra novedad del procedimiento boliviano es que los detenidos preventivamente serán internados en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizan para los condenados, o, al menos en secciones separadas de las dispuestas para estos últimos. En todo momento, serán tratados como inocentes que sufren la detención con el único fin de asegurar el normal desarrollo del proceso penal; además, la detención preventiva debe cumplirse en el recinto penal del lugar donde se tramita el proceso, y el juez de ejecución penal se encargará de controlar el trato otorgado al detenido [CPPB, 1999: Arts. 237 y 238] Tomando en cuenta la terrible realidad carcelaria boliviana y que no existen los aludidos “establecimientos especiales”.

La detención preventiva o prisión provisional, consiste en privar al imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario durante la sustanciación de un proceso penal.

Esta medida cautelar puede generar una suerte de conflicto entre algunos derechos fundamentales como la libertad, la presunción de inocencia, etc. El deber estatal de perseguir el delito y el deber también estatal de asegurar el ámbito de la libertad del imputado, sólo puede justificarse en la medida en que resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos y no haya otros mecanismos menos radicales para la función, por lo que no debe prolongarse más allá de lo necesario, para asegurarse la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

La detención preventiva no es más que una medida cautelar necesaria para asegurar la futura sentencia condenatoria y desde ningún punto de vista tiene la función de anticipar la pena o la prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad o la de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién será el responsable.

Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o del querellante, cuando concurran los siguientes requisitos: la existencia de elementos de convicción suficientes para (a) para *sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible*, y (b) que demuestren que *el imputado se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad* [CPPB, 1999:Art.233 NCPP].

La norma advierte que el auto que disponga la detención preventiva deberá fundar, expresamente, cada uno de los presupuestos que la motivan. La disposición legal es contundente: para que el juez instructor fundamentado de parte fiscal o querellante y, además, deben concurrir los dos requisitos previstos [CPPB, 1999: Art. 233].

Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta las siguientes circunstancias [CPPB, 1999: Art.234]:

- Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;
- Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.
- La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga, y,
- El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo.

El hecho de que el legislador haya reglamentado el peligro de fuga significa un gran avance en la limitación del poder coercitivo del Estado, ya que la libertad personal sólo podría ser restringida cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley [CPPB, 1999: Art. 221].

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta, especialmente, la concurrencia de indicios de que el imputado: (1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; y, (2) Influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos para beneficiarse [CPPB, 1999: Art. 235]. Corresponde al acusador demostrar los indicios de que el imputado destruye o destruirá alguna prueba útil y pertinente para el proceso.

Tomando en cuenta que una de las finalidades de la detención preventiva es garantizar el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley, es obvio que tal situación sería poco menos que imposible si el imputado destruyere elementos probatorios.

El auto de detención preventiva será dictado por el juez o tribunal del proceso y deberá contener: (i) los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo; (ii) una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen; (iii) la fundamentación expresa sobre los presupuestos que motivan la detención con cita de las normas legales aplicables; y, (iv) el lugar de su cumplimiento [CPPB, 1999: Art. 236].

La detención preventiva cesará: (i) cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente que sea sustituida por otra medida; (ii) cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga;

y, (iii) cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que esta hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada [CPPB, 1999: Art. 239].

3.2.2.4. En Venezuela

En Venezuela, a las medidas cautelares se les denomina *medidas de coerción personal*. Abre sus preceptos el Código Orgánico de Procedimiento Penal (COPPV) que habla sobre el estado de libertad en el que se mantendrá una persona a la que se le impute algún hecho: “Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones establecidas en este Código” [COPPV, 1998: Art. 252].

Dentro de ese marco la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 44 establece que “la libertad y seguridad personal son inviolables”. De todas estas previsiones se deduce la libertad como regla y detención como excepción, no obstante en el caso de Venezuela según Vázquez “la forma como se ha conducido el proceso penal, ha llevado a que tal principio se invierta y la detención para después investigar, se haya convertido en el principio general” [Vázquez, 2001].

Es importante destacar, que el legislador venezolano al referirse a las medidas de coerción personal expresa que “la privación de libertad es una medida cautelar que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar la finalidad del proceso”.

Cabe considerar que las Medidas de Coerción Personal están orientadas al aseguramiento de las finalidades del proceso penal, entre las cuales se encuentran las siguientes:

a) La aprehensión por flagrancia,
b) La privación judicial preventiva de libertad,
c) El arresto; y,
d) La aprehensión ordenada por el Ministerio Público en el supuesto contemplado en el artículo 318 ibídem.

La aprehensión por flagrancia es: “el que se esté cometiendo o se acaba de cometer. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el imputado se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o. por el clamor Público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que es el autor”[69] [COPPV, 1998: Art. 248].

[69] CÓDIGO ORGÁNICO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE VENEZUELA, Edición 1998, Art. 248.

En el Art. 253 habla sobre la proporcionalidad que debe existir entre la medida y el delito cometido. Dice: *"*No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años"[70].

Otra de las Medidas de Coerción personal orientada al aseguramiento de las finalidades del proceso penal sería la privación judicial preventiva de libertad [COPPV, 1998: Art. 250], la cual consiste en 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:

- Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita.
- Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor y partícipe en la comisión de un hecho punible.
- 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.

[70] CÓDIGO ORGÁNICO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE VENEZUELA, Edición 1998, Art. 253.

En tal sentido refiere PASTOR [Daniel R. Pastor, 1993: 44] que la fuga o la obstaculización de la investigación podrían impedir que se concrete la realización del derecho material, no obstante con la detención “el riesgo cambia de manos y es el imputado quien corre”, de allí que se deben interpretar restrictivamente tales exigencias.

De concretarse la fuga del imputado, no sería posible su enjuiciamiento pues la Constitución no admite el juicio en ausencia. A fin de analizarla posibilidad de que tal riesgo se concrete, y evitar la arbitrariedad en su apreciación, el legislador [COPPV, 1998: Art. 251] le indica al Juez una serie de circunstancias a analizar, a saber:

Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

- La pena que podría llegarse a imponer en el caso.
- La magnitud del daño causado.
- El comportamiento del imputado durante el proceso, o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.
- La conducta *predelictual* del imputado.

Se debe destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela admite sólo dos posibles limitaciones a la libertad personal: en casos de flagrancia y por la orden judicial [CRBV, 1999: Art. 44.1].

El Art. 254 regula la aplicación de las medidas de coerción no privativas de libertad para algunos casos especiales: **"**No se podrá decretar la privación judicial preventiva de libertad de las personas mayores de setenta años; de las mujeres en los tres últimos meses de embarazo; de las madres durante la lactancia de sus hijos, hasta los seis meses posteriores al nacimiento; o de las personas afectadas por una enfermedad en fase terminal, debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará la detención domiciliaria"[71].

El Art. 257. Se encarga de dar una definición de flagrancia en los siguientes términos: **"**Se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o acaba de cometerse"[72].

También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el imputado se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas,

[71] CÓDIGO ORGÁNICO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE VENEZUELA, Edición 1998, Art. 254.
[72] Idem, Art. 257.

instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sorprendido siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo a la autoridad más cercana, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República y en las Constituciones Estadales, en relación a los Senadores y Diputados al Congreso de la República y a los Diputados a las Asambleas Legislativas de los Estados, respectivamente.

En Venezuela el Ministerio Público es el organismo público previsto en la Constitución, que se encarga de velar por la exacta observancia de las leyes. Con relación a la aprehensión de personas que perturben el cumplimiento de un acto determinado, el Ministerio Público puede ordenarla y mantenerla detenida hasta su finalización. La aprehensión no podrá durar más de seis horas. En el acta respectiva constará la medida y los motivos que la determinaron con indicación de la fecha y hora de su comienzo y cesación.

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.

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.

Para el caso de incumplimiento por parte del imputado de las medidas sustitutivas el imputado podrá ser objeto de una medida judicial de privación preventiva de libertad cuando apareciere fuera del lugar donde debe permanecer según el artículo 269, o cuando aun permaneciendo en el mismo lugar no comparezca, sin motivo justificado, ante la autoridad judicial o del Ministerio Público que lo cite [CRBV, 1999: Art. 271].

Si no pudiere ser aprehendido, la revocatoria de la medida sustitutiva podrá dar lugar a la ejecución de la caución.

Por lo tanto, en aquellos supuestos en que una medida coercitiva exceda el límite máximo legal, esto es, el lapso de dos (2) años, sin que se haya solicitado su prórroga [CRBV, 1999: Art. 244], el juzgador debe citar de oficio tanto al Ministerio Público como a la víctima -aunque no se haya querellado- y realizar una audiencia oral y decidir acerca de la necesidad

de dictar una medida cautelar menos gravosa para el imputado o acusado, sin menoscabar el derecho a la defensa y a ser oído de las partes.

El sistema judicial penal venezolano a través de sus magistrados dictan los parámetros acordes con el Código Orgánico Procesal Penal para que la medida privativa de libertad tenga un límite en el espacio para su duración, y de esta manera evitar los errores del pasado, en el cual los procesados duraban años detenidos bajo una medida privativa, y el juicio no se materializaba por razones diversas, por lo cual, con esta sentencia relativa a la proporcionalidad se le asegura a los imputados una mayor celeridad no solo en sus causas, sino también en la imposición de las medidas que le son impuestas.

3.2.2.5. En Cuba.

En Cuba, el Título IV del Código Adjetivo Penal de ese país, trata sobre las medidas cautelares con el título de “De la detención y aseguramiento del imputado”.- Los artículos 241, 242, 243 abundan en razones y fundamentos legales sobre la detención, sobre quiénes pueden detener a un sospechoso y a quiénes deben detener las autoridades que, de manera específica, la ley dispone a cumplir con este requerimiento.

A partir del art. 244, el Código de Procedimiento de Cuba se ocupa del aseguramiento del acusado, destacando el Art. 245 que, la Policía no podrá mantener una persona detenida por más de veinticuatro horas. Dentro de ese término estará obligada a adoptar alguna de las decisiones siguientes:

1) Poner en libertad al detenido;
2) Imponerle alguna de las medidas cautelares previstas en la Ley, excepto la de prisión provisional, que sólo podrá aplicarla el Fiscal que corresponda;

El Art. 246, establece en el numeral 2 que, una vez recibidas las actuaciones que le remite la policía, debe imponer (….) alguna de las medidas cautelares no retentivas; mientras que el numeral 3 dice que se debe proponer al Fiscal la imposición de la medida cautelar de prisión provisional.

En el Art. 247 se establece que el Fiscal, una vez recibida la propuesta del Instructor, respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, adoptará la decisión que corresponda dentro del término de setenta y dos horas. El Fiscal para ello, podrá entrevistar al acusado y practicar cualquier otra diligencia necesaria. Este artículo establece también que *"La prisión provisional se cumple en establecimiento distinto al destinado a la extinción de las sanciones privativas de libertad".*

El artículo 251 determina que: La prisión provisional o cualquier otra medida cautelar solo puede mantenerse mientras subsistan los motivos que la originaron; y que: “El acusado o su Defensor podrán solicitar en cualquier momento la modificación de la medida cautelar aplicada a aquél.”[73]

El artículo 252, a través de dos numerales determina las causas que originan las medidas cautelares, de manera especial la prisión provisional.

Cuando el delito cometido no haya causado alarma; no sea de los que se cometen con frecuencia, ni fundamentos que hagan presumir que el acusado tratará de evadir la acción de justicia, se establecen otras medidas cautelares, ajenas a la prisión provisional. El artículo 255 establece las siguientes:

1) Fianza en efectivo;
2) Fianza moral por la empresa o entidad donde trabaje el acusado o el sindicato u otra organización social o de masas a que pertenezca;
3) Reclusión domiciliaria;
4) Obligación contraída en acta de presentarse periódicamente ante la autoridad que se señale.

[73] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, República de Cuba, Art. 251.

En los casos en que se disponga cualquiera de las medidas cautelares señaladas en este artículo, el acusado tendrá la obligación de comunicar sus cambios de domicilio al Instructor o al Tribunal, en su caso.

3.2.2.6. En Argentina

Se debe empezar por decir que en la Argentina existe un Código de Procedimiento Penal de la Nación en el orden federal y cada Provincia cuenta con legislación procesal penal propia, con motivo de organizarse la nación como Estado Federal. Nosotros nos referiremos, por su impacto e importancia, al primero de estos.

Como punto de partida, cabe mencionar que el análisis debe efectuarse a la luz de lo normado en el Art. 320 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPNA), en el cual claramente se establece que en todo lo atinente a la disposición y aplicación de medidas cautelares rigen las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La exención de prisión o la excarcelación se concederá, según el caso, bajo caución juratoria, personal o real.

La caución tendrá por exclusivo objeto asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones que se le impongan y las órdenes del tribunal, y en su caso, que se someterá a la ejecución de la sentencia condenatoria.

El juez determinará la caución de modo que constituya un motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones.

Queda absolutamente prohibido fijar una caución de imposible cumplimiento para el imputado, teniendo en cuenta su situación personal, las características del hecho atribuido y su personalidad moral [CPPNA, 2008, Cauciones, Art. 320].

El Art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación fija la modalidad en cuanto al modo de cómo deben ser peticionadas las medidas cautelares, debiéndose "expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funda y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida"[74].

Por tanto, como esos antecedentes de configuración de las medidas, lo que debe interesarnos en este momento es el instituto de la ***prisión preventiva*** como elemento característico de las medidas cautelares en materia penal. Así lo expresa el Código de Procedimiento Penal argentino [CPPNA, 2008, Procedencia, Art. 312], cuando habla que el juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido, cuando:

[74] REPÚBLICA DE LA ARGENTINA, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

1. Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, *prima facie*, que no procederá condena de ejecución condicional.
2. Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria.

Los supuestos o casos en los que procede la detención provisional están contenidos en los artículos 490 a 492 de la LECR. Como explica el profesor ORTELLS, la lectura de los citados preceptos nos obliga a diferenciar dos clases de detención:

a) **La detención como medida cautelar** es la que tiene lugar cuando el proceso penal todavía no se ha incoado, o durante la tramitación del mismo, ya que en estos casos cumple su función aseguratoria. Los presupuestos de esta detención son los siguientes (todos ellos contenidos en la LECr.):

   a.1) Que alguien intente cometer un delito o sea sorprendido en el momento de la comisión (art. 490, 1º y 2º).

   a.2) Que se fugue estando detenido o preso provisional (art. 490. 6º).

   a.3) Que el procesado se encuentre en rebeldía (art. 490. 7º).

   a.4) Que el imputado lo sea por delito que tenga prevista pena superior a tres años de prisión (art. 492. 2º; equivalencias de penas según

reforma introducida por Disposición Transitoria undécima de la L.O. 10/95, 23 de noviembre del CP). En este caso no procedería la detención si previamente el órgano jurisdiccional hubiera decretado su libertad provisional.

a.5) Que el imputado lo sea por delito que tenga prevista pena de prisión de seis meses a tres años o inferior, si por sus antecedentes o por las circunstancias del hecho, pudiera preverse que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial (art. 492. 3º).

b) La detención como medida ejecutiva tiene por objeto imponer la realización de una ejecución actual y no garantizar la futura ejecución. Los presupuestos de la detención de conformidad con lo preceptuado en la LECr., son los que se expresan a continuación:

b.1) El quebrantamiento por un condenado de una pena privativa de libertad, fugándose de la cárcel, o al ser conducido al citado establecimiento (art. 490. 3º, 4º y 5º).

b.2) El condenado que estuviere en rebeldía (art. 490.7º).

Para completar el examen de los presupuestos de la detención conviene referirnos a unos *supuestos especiales***:**

a) **La detención por faltas** no es posible como norma general, salvo que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle (art. 495 LECr.).

b) **La detención por incomparecencia,** que ya hemos examinado, la podrá acordar el órgano jurisdiccional si al que le citan con arreglo

a lo preceptuado en los artículos 486 y 488 de la LECr. no comparece ni alega justa causa que lo legitime (art. 487 LECr.).

c) **La detención de las personas aforadas** (las que gozan de un régimen de inmunidad en mayor o menor medida) acostumbra a practicarse en caso de flagrante delito (por ejemplo art. 71. 2 respecto a Diputados y Senadores).

Por último, al margen de lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también se pueden encontrar algunos supuestos de detención que no participan plenamente de la naturaleza de medidas cautelares y que poseen dudosa legitimidad constitucional. Nos estamos refiriendo a las detenciones que pudieran practicarse dentro del ámbito del procedimiento sumarísimo de la Ley de extranjería; las detenciones en materia de *"peligrosidad social"*; la detención de indocumentados, etc

La facultad de ordenar la detención que tiene en todo caso el órgano jurisdiccional (art. 494 LECr.). Los jueces y tribunales pueden ordenar la detención de un particular en cualquiera de los casos previstos por el ordenamiento, sin que deba entenderse que su actuación está subordinada a la de la policía, sino que, sólo actuaran de esta forma si, en contra de lo que sería normal, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no lo han hecho antes.

En cuanto a la duración de la detención, es preciso señalar que con carácter general la Constitución (**art. 17.2**) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (**art. 520**) ya nos indican que la detención sólo puede durar el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. No obstante, debido a la gravedad que tiene la medida cautelar y en aras de una mayor protección de los derechos de los particulares, el legislador ha querido establecer unos límites temporales concretos para que la persona detenida sea puesta en libertad o a disposición judicial.

A pesar de la sana intención de concretar, esta materia presenta una aparente contradicción. Por un lado, el artículo 496 de la LECr. dispone que la Autoridad o Agente de la Policía Judicial que detuviere a una persona deberá ponerla en libertad o a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma; y, por otro, los artículos 520 LECr. (según la redacción dada por la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre) y 17. 2 C.E**,** determinan que el plazo sea de setenta y dos horas.

Aunque se podrían realizar interpretaciones diversas, la jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de que debe prevalecer el texto Constitucional por ser norma jerárquicamente superior a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, posterior, temporalmente, y verse ratificada por la L.O 14/1983, de 12 de diciembre**.** A pesar de ello, no debe olvidarse que la

regla general es que la detención dure el tiempo estrictamente necesario, por lo que en la práctica se limitará a las veinticuatro horas, aunque podrá prorrogarse hasta un máximo de setenta y dos si las circunstancias del caso lo requieren.

Junto a estas prescripciones sobre la duración del plazo que podrían considerarse las ordinarias, existe una regulación especial respecto de los delitos cometidos por bandas armadas, individuos terroristas o rebeldes contenida en el artículo 520 bis LECr. (puede prorrogarse cuarenta y ocho horas más, por el órgano jurisdiccional competente, el plazo de setenta y dos horas, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto).

Si se sobrepasaran los plazos indicados se podría incurrir en un delito cometido por funcionario público contra las garantías constitucionales, previsto en el art. 530 CP También debe tenerse en cuenta la existencia de un proceso específico, el de *"habeas corpus"*, para la tutela jurisdiccional del derecho a la libertad ambulatoria frente a las privaciones o restricciones ilegítimas del mismo (Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo).

En todos los casos examinados, el auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y se notificará al querellante particular, si lo hubiere, y al imputado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir de palabra o por

escrito la reposición del auto consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere (art. 501 LECr.)

En cuanto a la situación jurídica del detenido, es importante referirnos a los efectos que pro duce sobre la persona privada de su libertad la detención:

a) El principal efecto es la privación de la libertad ambulatoria en condiciones di fe rentes a la del cumplimiento de una pena privativa de la libertad (art. 520. 1 LECr, y 5 y 8 de la L.O. General Peni tenciaria).

b) A su vez el detenido tiene una serie de derechos que se contienen básicamente en los artículos 17 C.E. y 520 LECr. Estos derechos están pensados para los supuestos de detención policial y la que ordena el órgano jurisdiccional, ya que cuando un particular detiene a otro, su actuación se limita a ponerlo de inmediato a disposición judicial. El régimen de derechos es el mismo para la detención que para la prisión provisional, por lo que cuando expliquemos esta medida cautelar los expondremos con más detenimiento (la detención deberá practicarse de la forma que menos perjudique a la persona, reputación y patrimonio; el detenido tiene derecho a que se le informe de los hechos que se le imputan, de las razones por las que se le ha privado de su libertad, así como de los derechos que le asisten).

c) La condición de detenido tiene una duración breve y estrictamente determinada tal y como hemos expuesto.

d) Existe un régimen especial de detención que también coincide con el de la prisión provisional relativo a la detención provisional incomunicada**,** regulado en los artículos 506 y 527 LECr**.** Por regla general este tipo de detención sólo puede practicarse previa resolución judicial, y supone una limitación del régimen general de derechos que tiene el detenido (no tiene derecho a que se ponga en conocimiento el hecho de su detención al familiar o persona que desee, ni a nombrar Abogado de su elección ni a entrevistarse reservadamente con él, etc.).

3.2.2.7. En Chile

El Código de Procedimiento Penal de Chile (CPPCH) comienza el tratamiento de las medidas cautelares a partir del Art. 122 con la explicación de la finalidad y alcance. Expresa: “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación

Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada.

En el Derecho Procesal Penal Chileno, la *detención* consiste en la privación transitoria de libertad de una persona para el único objetivo de ser conducida ante la autoridad que correspondiere, policía, ministerio público o autoridad judicial.

Existen en el Código, detenciones judiciales [CPPCH, 2000: Art. 127] y detenciones en caso de flagrancia [CPPCH, 2000: Art. 129]

En el caso de detención Judicial en el CPP chileno no se establecen claramente los presupuestos relativos a la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad, pero estimamos que no obstante ello, por aplicación armoniosa de lo previsto en los arts. 127 y 124, deben exigirse también la concurrencia de estos requisitos en el sentido de la atribución razonada de un hecho punible a una determinada persona y del peligro de fuga o de ocultación desde que el Art. 129 dispone que para proceder a la detención en caso de fragancia se autoriza a cualquier persona para detener a quien sea sorprendido en un “delito flagrante”, esta circunstancia y esta atribución exige entonces que concurran ambos requisitos de la apariencia del buen derecho y del peligro por la libertad del imputado.

La detención judicial exige en su aplicación práctica la exhibición de la orden y su intimación (Arts. 94 letra A y 125 respectivamente).

En lo referente a la detención en caso de flagrancia: Cualquier persona podrá detener a quien sorprenda en delito flagrante (Art. 129 inciso 1° del C.P.P) debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima. Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito Art. 129 inciso 2°.

En el Código de Procedimiento Penal de Chile al referirse a la prisión preventiva se dispone: Es la medida cautelar de carácter personal que priva de libertad al imputado que puede decretarse por el Juez, cuando el solicitante acreditare los presupuesto de apariencia de buen derecho (existencia del delito y de la participación) cuando existan antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de investigación o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido (Art. 140 del CPP).

Es la medida más grave que afecta a los derechos esenciales garantizados por la Constitución y por ello debe decretarse sólo en casos excepcionales. Su finalidad está establecida básicamente en nuestro Código sobre el peligro que pueda importar la libertad del imputado, desde que pudiere realizar atentados en contra de la investigación o que por la libertad del imputado resulta en peligro la seguridad de la sociedad o que por la libertad del imputado la seguridad del ofendido se encuentra en peligro.

La prisión preventiva participa de todas las características de instrumentalidad, de provisionalidad, de jurisdiccionalidad, de temporalidad, de homogeneidad, y de no oficialidad que hemos indicado respecto de las medidas cautelares en general.

Respecto a la procedencia de la detención, [CPPCH, 2000: Art. 125] explica el argumento legal: “Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.

Expone las razones que justifican la detención en caso de flagrancia por la que cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima [CPPCH, 2000: Art. 129].

Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito.

No obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 del Código Penal.

La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva.

Fundamenta las razones para la procedencia de la prisión preventiva: “Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. La prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento” [CPPCH, 2000: Art. 139].

El Art. 140 informa sobre los requisitos que justifican la prisión preventiva. “Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acreditare que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor; y,

c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

3.2.2.8. En Brasil.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal de Brasil, en el Título IX, capítulo I legisla sobre la prisión y libertad provisional. El artículo 282 establece sobre la detención de una persona que ha sido sorprendida en delito flagrante, conforme lo determina la ley, mediante una orden escrita de la autoridad competente.

El Artículo 283 establece que la prisión podrá ser efectuada en cualquier día y a cualquier hora, respetando las restricciones relativas a la inviolabilidad del domicilio.

El Artículo 284 dice que no se permitirá el empleo de la fuerza, salvo la indispensable en caso de resistencia o tentativa de fuga del detenido. La autoridad que ha ordenado la prisión, hará cumplir este mandato. Asimismo establece que cuando se detenga a una persona se aplicarán las normas del debido proceso que son universales.

De manera específica, en el Capítulo III del Código de Procedimiento Penal de Brasil, se habla de las medidas cautelares, entre ellas de la prisión preventiva. El Artículo 311 establece que: En cualquier fase de la instrucción criminal cabrá la prisión preventiva decretada por el juez de oficio, a requerimiento del Ministerio Público o del querellante, o del representante de la autoridad policial

El Artículo 312 determina la justificación de la prisión preventiva cuando expresa que. La prisión preventiva podrá ser decretada como garantía de orden público, de orden económica, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal, cuando se haya probado la existencia del delito e indicios suficientes de autoría

3.2.2.9. En Paraguay

El Código de Procedimiento Penal de Paraguay, a partir del Art. 239 trata sobre las medidas cautelares de carácter personal. Comienza con la aprehensión de las personas que, el citado artículo dice: La Policía Nacional podrá aprehender a toda persona comprendida dentro de los siguientes casos, aun sin orden judicial:

1) Cuando sea sorprendida en flagrante comisión de hecho punible o cuando sea perseguida inmediatamente después de su comisión; se entenderá que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza policial, por la víctima o por un grupo de personas;

2) Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención; y,

3) Cuando existan suficientes indicios de su participación en un hecho punible y se trate de casos en los que procede la detención preventiva.

Asimismo, en caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho punible produzca consecuencias. La persona aprehendida será entregada, inmediatamente, a la autoridad más cercana.

La autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona lo deberá comunicar, dentro de las seis horas, al Ministerio Público y al juez.

De conformidad con la legislación paraguaya, es el Ministerio Público quien puede ordenar la detención de una persona. El Art. 240 dispone que "El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida, en los siguientes casos:

1) Cuando sea necesaria la presencia del imputado y exista probabilidad fundada para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar;

2) Cuando en el primer momento de la investigación sea imposible individualizar a los imputados y a los testigos y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación, evitando que los presentes

se alejen del lugar, se comuniquen entre sí y que se modifique el estado de las cosas y de los lugares; y,

3) Cuando para la investigación de un hecho punible sea necesaria la concurrencia de cualquier persona para prestar declaración y se negare a hacerlo.

En todos los casos, la persona que haya sido detenida será puesta a disposición del juez en el plazo de veinticuatro horas para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la procedencia de la prisión preventiva, aplique las medidas sustitutivas o decrete la libertad por falta de mérito.

La orden de detención deberá contener los datos personales del imputado que sirvan para su correcta individualización, la descripción sucinta del hecho que la motiva y la identificación de la autoridad que dispuso su detención.

En ningún caso la Policía Nacional podrá ordenar detenciones; se limitará a realizar aprehensiones conforme lo dispuesto en el artículo anterior y a cumplir las órdenes de detención que emita el Ministerio Público o el juez. Asimismo podrá disponer la libertad del aprehendido o detenido cuando estime que no solicitará su prisión preventiva.

El Art. 241 señala que con la autorización del juez se podrá allanar con objetivo de aprehensión. Dice: “Cuando sea necesario allanar dependencias cerradas o recintos habitados, para el cumplimiento de la aprehensión o la detención preventiva, la orden judicial deberá consignar expresamente esta autorización, salvo las excepciones previstas por este código.”[75]

Para que se proceda a la detención preventiva, según al Art. 242 deben concurrir algunas razones: “El juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, solo cuando sea indispensable y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos:

1) Que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave;
2) Sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y,
3) Cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación.

[75] REPÚBLICA DE PARAGUAY, Código de Procedimiento Penal, 2004, Art. 241.

El Art. 243 hace las consideraciones para presumir que, en la conducta del imputado haya peligro de fuga: “Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

1) La falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;

2) La pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento;

3) La importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él; y,

4) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la persecución penal.”[76]

Estas circunstancias deberán mencionarse expresamente en la decisión judicial que disponga la prisión preventiva.

La prisión preventiva, según el Art 244, procede cuando haya peligro de obstrucción en el proceso de investigación de un delito: “Para decidir

[76] REPÚBLICA DE PARAGUAY, Código de Procedimiento Penal, 2004, Art. 243.

acerca del peligro de obstrucción de un acto concreto de investigación, se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
2) Influirá para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o,
3) Inducirá a otros a efectuar tales comportamientos.

Estos motivos sólo podrán servir de fundamento para la prisión preventiva del imputado hasta la conclusión del juicio."[77]

Al igual que en las demás legislaciones americanas, en la paraguaya se presentan una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva. Revisemos lo que dice el Art. 245. **"**Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:

1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;

[77] REPÚBLICA DE PARAGUAY, Código de Procedimiento Penal, 2004, Art. 244.

2) La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;
3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez;
5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares;
6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y,
7) La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas."[78]

El juez podrá imponer una o varias de estas alternativas, conjunta o indistintamente, según cada caso, adoptando las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

"No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica.

[78] REPÚBLICA DE PARAGUAY, Código de Procedimiento Penal, 2004, Art. 245.

En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas.

Las medidas que se dicten como alternativas a la prisión preventiva, o que las atenúen, cesarán automáticamente y de pleno derecho al cumplirse dos años desde que fueran efectivizadas, si en tal plazo no hubiese comenzado la audiencia del juicio."[79]

El Art 250 explica cuando procede la excarcelación y la revisión de las medidas cautelares: **"**El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá la inmediata libertad del imputado cuando no concurran todos los presupuestos exigidos para el auto de prisión preventiva.

El juez examinará la vigencia de la medidas cautelares privativas de libertad cada tres meses, y en su caso, las sustituirá por otras menos gravosas atendiendo a la naturaleza del caso o dispondrá la libertad.

El imputado también podrá solicitar la revocación o sustitución de cualquier medida cautelar todas las veces que lo considere pertinente, sin perjuicio de la responsabilidad que contrae el defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva.

[79] REPÚBLICA DE PARAGUAY, Código de Procedimiento Penal, 2004, Art. 245.

Luego de realizado el análisis de las medidas cautelares en derecho comparado, nos parece importante hacer los siguientes señalamientos:

Las medidas cautelares, en derecho comparado, tienen como objetivo el garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido. El operador de justicia que aplicará las medidas cautelares es el juez, a pedido del fiscal. Así lo determinan los códigos de procedimiento penal de Cuba, Brasil y Ecuador, al igual que de todos los países de Latinoamérica y que, entendemos del mundo.

En cuanto a concepto de efectividad de las medidas cautelares en derecho comparado, creemos que las medidas cautelares, tanto las privativas de libertad; detención provisional y prisión preventiva, como las alternativas a las penas privativas de libertad o las no privativas de la libertad como constan en algunos códigos de los países estudiados, aplicadas de conformidad con la gravedad del delito, son efectivas en el momento de su ejecución, porque coadyuvan de manera directa en el desarrollo de un proceso, de manera especial cuando el mismo se inicia, facilitando que se cumpla con eficiencia en todas sus etapas.

En relación con la necesidad de aplicación de medidas cautelares, nos preguntamos qué ocurriría, en el desarrollo de un proceso, si no existieran las medidas cautelares. Sin dudas que se tornaría en un verdadero

problema para los operadores de justicia que verían frustradas sus intenciones de dar celeridad e idoneidad a su función. Por eso creemos que las medidas cautelares, sobre todo las privativas de libertad, aunque se presuma la inocencia del justiciable, serán imprescindibles.

La pertinencia de las medidas cautelares vienen establecidas por la propia ley, a través de los códigos de procedimiento penal de los respectivos países, como una actitud ponderada de los legisladores que estiman su conveniencia en el desarrollo de un proceso penal. Desde luego, de conformidad con el devenir del tiempo, esas medidas han sido reformadas, posiblemente con el ánimo de atenuar al inculpado o de reforzar el sistema punitivo, para aplacar en parte el terrible auge delincuencial que se vive sobre todo en nuestro país.

En lo particular creemos que las medidas cautelares en el derecho comparado se ajustan a la gravedad del delito cometido y de la alarma ocasionada en la sociedad. Por lo tanto es difícil establecer cuáles son las mejores, porque cada una de ellas responde a una necesidad.

Si hablamos de las no privativas de libertad, a quienes de les aplique aquellas, se sentirán satisfechos de cumplir una sanción que les permita disfrutar de la libertad. En el caso de la detención preventiva y prisión provisional, son trascendentes porque de su aplicación depende que se

descubra el cometimiento de un delito o que un proceso se desarrolle en el marco de la eficiencia.

En conclusión podemos decir que las medidas cautelares de carácter personal de todos los países tienen similitud con las que el Ecuador mantiene en su Código de Procedimiento Penal, que fuera recientemente reformado y que en su Art. 160, contempla once medidas no privativas de la libertad; y las de los numerales 12 y 13 que son la detención y la prisión preventiva, que según lo previsto en el Art. 159 del mismo cuerpo legal y Art. 77, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva y su procedencia dependerá del hecho de que las otras medidas no fueren suficientes para garantizar la inmediación del procesado al proceso y evitar eluda la acción de la justicia. En definitiva, cuando se justifique el peligro de fuga del procesado; lo que traería como consecuencia que muchos delitos queden en la impunidad.

Es necesario entonces una reforma urgente al Código de Procedimiento Pernal, en los requisitos previstos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, sobre todo los de carácter subjetivo, que como queda indicado únicamente contempla el peligro de fuga para que proceda la medida cautelar de privación de la libertad, en el sentido de que debe tomarse en cuenta la reiteración delictiva del sujeto activo.

3.3. LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD EN EL ECUADOR.- ANÁLISIS DEL MARCO CONCEPTUAL.

3.3.1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO EN EL ECUADOR Y EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La corriente humanista que caracteriza a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la edad contemporánea, ha inducido al legislador a establecer marcos jurídicos garantizadores de los derechos civiles de las personas en todos los ámbitos de las relaciones jurídicas, y obviamente en el espacio de desarrollo de los procesos judiciales, donde es imperativo la aplicación de la norma jurídica, sin llegar jamás al quebrantamiento de los derechos humanos y constitucionales de las personas. En aras de esta aspiración, se erige el derecho al debido proceso.

A continuación nos permitimos anotar algunas premisas semánticas en torno a la definición el debido proceso:

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, señala que se entiende “por debido proceso el que inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales

que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho."[80]

Entonces, desde el punto de vista del autor citado, el debido proceso es aquel que se desarrolla observando estrictamente todas las normas legales previstas en la ley, así como salvaguardando de manera irrestricta los derechos y garantías que se reconocen constitucionalmente a los ciudadanos, apuntando a materializar de la manera más efectiva posible el derecho a la seguridad jurídica a los ciudadanos, que se traduce precisamente, en la garantía de que las normas jurídicas serán aplicadas con un estricto criterio de justicia e imparcialidad, y únicamente en la medida que sea pertinente y necesaria su aplicación.

El mismo Zavala Baquerizo, nos trae una cita del autor Fernando Velásquez, quien con respecto al derecho al debido proceso anota:

"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

[80] ZAVALA B., Jorge, El Debido Proceso Penal, Editorial Edino, Guayaquil, 2002, p. 25.

conforme a Derecho. Desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el axioma madre o generatriz del cual dimanan todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal, incluso el del juez natural que suele regularse a su lado."[81]

Nos parece bastante interesante la definición de Velásquez, en cuanto anota que el debido proceso es una entidad aseguradora de una recta, cumplida y pronta administración de justicia, que se apunta a asegurar derechos humanos tan esenciales como son la libertad y la seguridad jurídica, así como la necesidad de que los fallos judiciales tengan un estricto respaldo en la realidad demostrada en el proceso así como en las normas jurídicas pertinentes, es decir, que toda resolución de los órganos administradores de justicia tenga un evidente apego al derecho y a la justicia.

El tratadista José García, anota que el debido proceso se dirige a la "salvaguarda de los principios constitucionales, y, de los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos, de tal modo, que un proceso penal debido es aquel que se realiza con apego a las condiciones de: oportunidad y legalidad que garantizan una justa tramitación o procedimiento judicial, donde se hagan valer de modo

[81] CITADO POR ZAVALA B., Jorge, El Debido Proceso Penal, Ob. Cit., p. 26.

efectivo los derechos señalados en el Art. 24 de la Constitución Política del país."[82]

Este concepto ratifica los anteriores en cuanto se destaca que el debido proceso se orienta a la protección de los derechos constitucionales de las personas, que obviamente se reconocen a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, determinando el desarrollo del proceso judicial en términos de oportunidad y legalidad, garantizando una tramitación justa y respetuoso de los procedimiento preestablecidos, donde se materialicen de manera satisfactoria todas y cada una de las garantías que señala el Art. 24 de la Constitución Política de la República de 1998, y el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, vigente a esta fecha.

En nuestro concepto personal, el derecho al debido proceso, es un bien jurídico esencial que reconoce el Estado a los ciudadanos, y que consiste en la cuidadosa observación de todas y cada una de las garantías del debido proceso que señala la Carta Magna, y en el desarrollo de toda la vía procesal contemplando las normas jurídicas procesales y los derechos humanos y constitucionales de las personas.

La observación del debido proceso solo se puede determinar una vez que ha concluido el desarrollo de la vía procesal, pues antes no se podría

[82] GARCÍA F., José, Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado, Quito, 2001, p. 37.

establecer con certeza la observación de las normas jurídicas pertinentes en términos de ponderación y de justicia, pues incluso este derecho es susceptible de ser vulnerado hasta el momento de fundamentar o instrumental el respectivo fallo o sentencia.

El debido proceso, como reiteradamente he señalado constituye un medio indispensable para la realización de la justicia a través del desarrollo de los respectivos procedimientos judiciales en un marco de irrestricto respeto a los derechos humanos y constitucionales de la persona, garantizándole el recorrido de la vía procesal judicial en un escenario de escrupulosa observación de su derecho a la seguridad jurídica.

El debido proceso cobra esencial importancia cuando nos referimos al derecho procesal penal, que como sabemos implica el desarrollo de un conjunto de actos del órgano judicial y de los respectivos sujetos procesales, con miras a determinar esencialmente dos cosas: la existencia material de una conducta previamente establecida como delito en la ley penal; y, la responsabilidad penal de los imputados. Con tales presupuestos obviamente, el Estado, como máximo representante social, tiene el deber y el derecho, de ejercer su potestad punitiva, y a través de los órganos judiciales correspondientes dictar la pena que haya señalado el legislador para la infracción juzgada, así como atendiendo a las circunstancias específicas que hayan rodeado al hecho criminoso.

Entonces, en el ámbito procesal penal, siempre se cierne sobre el imputado la amenaza de una pena, la que se aplicará necesariamente cuando se haya probado la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal de aquél; y por tanto, es precisamente en este ámbito, donde a mi modo de ver, resulta indispensable garantizar a la persona que es sujeto de imputación penal, la aplicación en su favor de cada uno de los principios que caracterizan el derecho al debido proceso, pues constituye una verdadera aberración, la aplicación de una pena, que muchas veces puede ser muy fuerte, como las de reclusión por ejemplo, a una persona que en realidad es inocente, o a la que se le ha negado el derecho a la defensa, o que se la ha obligado a hacer confesiones en contra de si mismo utilizando procedimientos prohibidos por la ley, o pruebas obtenidas con violación de la Constitución, por ejemplo.

Es precisamente en el ámbito procesal penal donde cobra vital importancia el derecho al debido proceso, pues aquí se denota la existencia de un verdadero drama, como señalaba Carneluti, donde se observa el dolor, la desesperación y la angustia del ser humano, en su máxima expresión, y donde el Estado a través de los órganos correspondiente, debe asumir la obligación penosa de imponer una pena a una persona que ha sido declarada culpable de un delito, en aras de la finalidad suprema de proteger a toda la sociedad de las conductas atentatorias contra la convivencia en términos de paz, tranquilidad y bienestar.

El derecho al debido proceso en el ámbito del procedimiento penal no obstaculiza el desarrollo fluido e inexorable de la vía procesal como forma de ejercer la potestad punitiva del Estado en beneficio de la sociedad, pero busca que esa vía procesal se desarrolle con estricta observancia a los derechos civiles de la persona y a las garantías del debido proceso a que tiene derecho esencialmente. Así por ejemplo, la Policía Judicial, los Fiscales, Jueces Penales, etc., están obligados a guardar celosamente el derecho a la presunción de inocencia de los procesados, condición que solo puede ser sustituida por la declaratoria judicial de culpabilidad que necesariamente debe estar contenida en sentencia penal condenatoria ejecutoriada; y, mientras no exista tal presupuesto, subsiste necesariamente el estado de inocencia del procesado. Es por ello que en la fase de indagación previa, en la instrucción fiscal, en la etapa intermedia, solamente se establecen elementos de convicción e indicios en torno a la responsabilidad penal de los imputados, y aquella solamente es declarada por los Tribunales Penales, luego de la etapa del juicio, donde necesariamente deberá probarse con la coherencia jurídica requerida, la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal del acusado; solamente en este caso la declaratoria formal de culpabilidad en sentencia debidamente ejecutoriada, sustituye a la condición natural de inocencia que asiste a la persona.

El debido proceso en el Ecuador, como en el derecho universal, es una característica consustancial a los Estados que se reputan de derecho y una

garantía de la democracia. Nace como una forma de frenar el poder de los gobernantes, de eliminar las formas de abuso del poder, y de esta forma de asegurar la sustanciación, investigación y sentencia de los asuntos contenciosos –penales o no-, en los que se asegura presunciones elementales como las de inocencia penal, o buena fe civil.

A nosotros nos incumbe el tratamiento del *debido proceso penal* y por tanto debemos decir que el *debido proceso* es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez. Así, el Estado a través de su estructura legal el único autorizado a la investigación de los delitos y la imposición de las penas, en términos de Alfonso Zambrano Pasquel "En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada"[83].

El término procede de la expresión *"due process of law"* del derecho anglosajón, que traducido literalmente dirá *"debido proceso legal"*. Su

[83] ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho*, en Debido Proceso y razonamiento judicial, PROJUSTICIA, Ponencias de los seminarios talleres para jueces, magistrados y profesores de Derecho, Quito, diciembre de 1998, pág.: 45.

nacimiento tiene origen en la "Magna Carta Libertatum" (Carta Magna), texto sancionado en Londres el 15 de junio de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra, a la cual nos referimos más adelante. Por lo pronto tenemos que subrayar que en un Estado de derecho, toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado. Quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo. Esto es especialmente importante en el área penal a la que estamos dedicando esta investigación, pues la exigencia de *legalidad* del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial. Dentro de todo esto es especialmente importante la necesidad de juicio previo para garantizar esta legalidad a la que nos hemos referido antes de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

3.3.2. PROBLEMÁTICA ACTUAL EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La problemática se sintetiza en que al desaparecer en esta figura jurídica la situación se agravaba, pues los fiscales y jueces debieron agilizar los procesos para que no caduque la prisión preventiva. La prensa nacional se hacía eco de la derogatoria de la prisión preventiva en el Ecuador. El Diario El Universo, en una publicación en torno a este tema, reflejaba que "En la Corte Superior de Justicia de Guayaquil no existe una estadística sobre cuántos presos salieron en libertad en ese tiempo, aunque según una investigación efectuada en el 2003-2004 por el presidente del Quinto Tribunal Penal, Gabriel Noboa, y que consta en su tesis doctoral, en los cinco tribunales penales de Guayaquil se convocaron en esa época 5.724 audiencias de juzgamientos. De este total, 4.845 (84,64%) se declararon fallidas y solo se realizaron 879 (15,36%).

Estas audiencias fallidas, a criterio de varios juristas y judiciales, continuarán repitiéndose tras la derogatoria de la detención en firme, publicada el pasado 23 de octubre en el Registro Oficial Nº 382 y aprobada por el Tribunal Constitucional (TC) el 26 de septiembre pasado."[84].

[84] Diario El Universo de Guayaquil, edición del 29 de octubre de 2006, sección Sucesos, titular: *"La prisión preventiva sujeta a agilidad procesal"*.

Según Ernesto Albán Gómez, citando a un experto británico traído por el Ministerio de Justicia, "…el empleo indiscriminado y abusivo de esta medida cautelar es la principal causa de la sobrepoblación carcelaria, pues la mayoría de los internos son presos sin sentencia. (…) Pero debemos partir de un principio fundamental, que, debido a la preocupación generalizada, la opinión pública olvida con excesiva frecuencia: el derecho a la libertad es uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por eso, la privación de la libertad de una persona, que todavía no ha sido declarado culpable y se presume inocente, debe tener un carácter excepcional. Por tal razón, debe ser ordenada por el juez, en forma opcional, cuando existiendo serios indicios sobre su culpabilidad, se trata de una persona especialmente peligrosa, o se teme fundadamente que pueda escapar de la acción de la justicia. En países en donde este principio sí es respetado, los presos sin sentencia no pasan el 20% del total de internos en las cárceles"[85].

Desgraciadamente el principio de *razonabilidad del plazo* –del que hemos venido hablando antes- para la sustanciación de la causa, por efecto de la prisión preventiva en firme, se encontró en situación de quebranto del Pacto del que el Ecuador es signatario. La jurisprudencia comparada da cuenta de la incompatibilidad de este tipo de normas con la legislación y

[85] ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *Prisión preventiva*, Diario Hoy de la ciudad de Quito, publicación del 19 de octubre de 2008, sección opinión.

práctica jurídica internacional que privilegia el derecho a la presunción de inocencia y consecuentemente de la libertad en caso de duda procesal.

Recordemos que la razonabilidad del plazo en la sustanciación de una causa gira alrededor de las potenciales afectaciones al imputado, de quien no se tiene más que *elementos de convicción* los que siendo conceptuales y materiales, no son sentencia en firme y por tanto la condición de inocencia del imputado se mantiene intacta, de tal forma que si la orden de medidas cautelares en contra de este se extienden injustificadamente –diremos, *irrazonablemente*- estas se hacen ilegitimas, y a este imputado le dan el derecho a reclamar la declaratoria judicial de extinción de las medidas por contradecir la presunción de inocencia de que goza, porque no se puede reputar a alguien de inocencia o de presunción de inocencia teniéndolo indefinidamente encerrado en una celda.

Esto significa que si el proceso iniciado en contra del imputado no se consuma dentro de un plazo legal, éste tiene derecho a reclamar su libertad y, por otro lado, que el Estado pierde su autoridad de seguir sosteniendo una orden de prisión que se ha hecho ilegitima.

La situación antedicha, sin duda alguna siembra impunidad, pues en la gran mayoría de los casos, los procesados que se han beneficiado de la caducidad de la prisión preventiva, especialmente cuando han sido acusados de delitos graves, no vuelven a comparecer jamás a la

administración de justicia penal, buscando lograr la prescripción de sus causas, y así evitar que el Estado ejerza su derecho de castigar, ya no desde una perspectiva de venganza social, sino con el claro objetivo de preservar la vida en sociedad, como máxima meta de la organización social. Incluso, no podemos dejar de manifestar, que al provocarse la liberación de los reos por caducidad de la prisión preventiva, se limita en forma ostensible el poder del Estado para aplicar medios coercitivos que garanticen la inmediación del procesado con el proceso, y por tanto casi siempre los delitos, en estos casos, quedan en la impunidad, lo que desde ya significa un grave precedente para el Estado democrático de derechos y justicia social, como se auto cataloga el Ecuador conforme a la Constitución de la República vigente desde el mes de octubre del año 2008.

El problema de la impunidad que se ocasiona como efecto de la caducidad de la prisión preventiva y de la ausencia de herramientas idóneas para coercionar al procesado a comparecer ante los correspondientes tribunales de garantías penales, tiene también profundas implicaciones con respecto a la víctima, la que se ve imposibilitada de reclamar la correspondiente indemnización y reparación de los daños sufridos como consecuencia del delito, toda vez que aquella resultaría improcedente si previamente no se ha determinado la responsabilidad penal del procesado en la respectiva sentencia condenatoria.

Además, se hace notar que la existencia jurídica de la caducidad, al menos en los términos que determina el Art. 77, numeral 9, de la Constitución de la República, es un aliciente para la proliferación de conductas irregulares de jueces, fiscales, servidores judiciales y abogados defensores, pues en algunos casos –que son excepcionales por supuesto- se advierte la intención de causar las máximas demoras al proceso, a fin de que transcurra el tiempo necesario para que se produzca la caducidad de la prisión preventiva, y por ende la libertad de peligrosos delincuentes, a quienes lamentablemente los jueces y tribunales de garantías penales no pueden negarles dicho derecho, aún a costa de la credibilidad y prestigio social de la Función Judicial ecuatoriana, que muchas veces es seriamente criticada por la resolución de asuntos de este tipo, especialmente cuando los reos beneficiarios se encuentran implicados en casos de corrupción política, narcotráfico u otros delitos de gravedad.

3.3.3. ENFOQUE TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL EN EL ECUADOR.

Antes del 10 de agosto de 1998, fecha en la que entró en vigencia la Constitución Política de la República del Ecuador recientemente derogada, el auto de prisión preventiva tenía una duración indefinida, y como es conocido, en muchos casos el aprisionamiento de orden "preventivo" rebasaba sobradamente el máximo de la pena impuesta por el delito objeto del proceso, lo que sin lugar a duda, venía significando gravísimas violaciones a los fundamentales derechos humanos de las

personas, aparte de las lacerantes realidades intrínsecas que tal crueldad conllevaba. Por ello, el legislador constitucional de 1998 quiso de alguna manera enmendar este grave mal que aquejaba a la administración de justicia en el ámbito penal, estableciendo límites para la duración de la medida cautelar de la prisión preventiva, en el Art. 24, numeral 8, de dicho ordenamiento constitucional, al siguiente tenor: "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 que conoce la causa."[86]

La Constitución aprobada en Montecristi, y vigente desde el 20 de Octubre del año 2008, perfecciona algunos conceptos en materia de derechos especiales de las personas privadas de la libertad, y ratifica el principio de limitación de la prisión preventiva, cuando en el Art. 77, numeral 9, en forma categórica señala: “Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

Bajo la responsabilidad de la juez o juez que conoce del proceso, 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

[86] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, Junio de 1998.

reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto."[87]

Conviene señalar el criterio, de que la mencionada disposición constitucional, de lo que se puede percibir, no está animada a establecer regulaciones o duración a la prisión preventiva establecida en el proceso penal, sino más bien se dirige a combatir el retardo de los procesos judiciales. Aunque es menester reconocer que se busca también erradicar los clásicos abusos que se observaban en nuestro país a través de la prisión preventiva.

Una vez más, podemos observar la diferenciación que hace el legislador, en cuanto a la prisión preventiva, de acuerdo a delitos sancionados con prisión o reclusión, esto sin duda, ha significado un progreso en nuestro derecho positivo, pues obliga a la Función Judicial a agilitar su acción y brinda la oportunidad a las personas cuyos autos de prisión preventiva han sobrepasado los límites señalados para obtener su libertad, independientemente de la terminación del proceso, o de la existencia de resolución o sentencia.

Ahora bien, es necesario considerar que la prisión preventiva es un asunto de enorme importancia en el ámbito procesal, y es una decisión de suma

[87] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, Octubre de 2008.

responsabilidad de los jueces, pues afecta un derecho sumamente esencial de la personalidad humana, como es la libertad.

La “Libertad personal” significa la libertad de toda persona cumplidora de la ley a pensar lo que quiera, decir lo que quiera e ir a donde quiera legalmente sin que nadie la estorbe, ni se lo impida. Esa libertad debe ir acompañada de la paz y el orden de la comunidad en que viva esa persona. Todo individuo debe respetar los derechos y libertades de los demás y cumplir sus obligaciones para con la comunidad. Toda sociedad o Estado debe tener determinadas facultades y los medios legítimos de proteger a todas las personas y así mismo contra quienes violan las leyes.

Las palabras, “establecidas por la ley”; “que prescriba la ley”; “fijadas por la ley”, “previstas por la ley” o “con arreglo a la ley”; a menos que se califique su significado, implicarían en efecto que el Estado podría evitar sus obligaciones internacionales sobre este asunto mediante la promulgación de leyes que limitaran los derechos y las libertades de los individuos. Al examinar la protección jurídica de los derechos y libertades de un individuo en la jerarquía de normas, las cláusulas sobre los derechos y libertades del individuo adquieren una importancia particular si se incluyen en constituciones que protegen los derechos humanos por encima de las leyes ordinarias.

La creciente preocupación que existe hoy por la protección efectiva de la libertad del individuo y de la democracia, no puede concebirse si no se protegen al mismo tiempo los derechos humanos y las libertades fundamentales. La base teórica de los derechos humanos y de sus garantías radica en el equilibrio que se debe alcanzar entre el concepto de la dignidad del ser humano, como consideración suprema, y los intereses de la comunidad, al haber mecanismos de control social de los Estados, siendo uno de ellos la pena privativa de la libertad, el Estado no se hace acreedor de violar los derechos humanos de los individuos que a su vez tienen que proteger.

Es necesario considerar ante todo, que las personas que sufren prisión preventiva, son “presuntos inocentes”. A este respecto debemos señalar que todas las Constituciones de Latinoamérica contemplan como una protección a los derechos de los individuos, ya sea de manera directa o indirecta dentro de sus preceptos constitucionales, la prisión preventiva recibe prioridad por ser el punto de partida para todas las normas en materia de prisión preventiva las personas que no hayan sido reconocidas culpables todavía del delito del que se les acusa tienen reconocido derecho a “un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas” por el apartado a) del párrafo 2 del artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El gran interrogante es si en la región se aplica esta disposición reconocida por todos los Estados o acaso no se trata igual a los condenados que a los procesados dentro de nuestras

cárceles?. En casi todos los casos, se da el mismo tratamiento penitenciario tanto a los reclusos condenados como a aquellas personas que son sujetos de aprisionamiento preventivo.

Del 100% de personas privadas de su libertad en los países de Latinoamérica, el 66% en promedio son presos sin condena, es decir, "presuntos inocentes". Costa Rica, es el más bajo de Latinoamérica en tener presos sin condena. Estudios realizados por expertos nacionales e internacionales presentan el promedio de personas presas por cada 100.000 habitantes. El país de la región con mayor promedio es Panamá con aproximadamente 175, le sigue Costa Rica con 132, luego El Salvador con 117, luego Nicaragua con 112 y Guatemala con 65. También Brasil tiene 85, Cuba 350, México 97, Perú 91. En comparación con otros países del mundo encontramos que, China tiene 101, Egipto 66, India 38, Indonesia 34, Israel y los territorios ocupados 667, Jamaica 160, Polonia 153, Rumania 193, en la Federación de Rusia 683 y Azerbaijan 80. Sudáfrica 355, España 92, Turquía 99, Reino Unido 82, Estados Unidos 655, y en Zaire 80.

Quienes justifican la prisión preventiva en términos de drasticidad y de duración indefinida, sostienen que esta no solo cumple una misión de carácter cautelar en el sentido de promover la inmediación del acusado con el proceso, así como también de garantizar el pago de los daños ocasionados a la víctima, sino que por el contrario, se constituye en una

medida de seguridad que da lugar al aislamiento del sujeto peligroso con respecto a su entorno social, evitando que este proceda a victimizar a otras personas, y ubicándolo en un ámbito de carácter rehabilitador y adecuado para su permanencia. Aducen que se busca esencialmente garantizar el ius puniendi, como principio esencial de la vida en sociedad gobernada por el ente estatal que dispone de facultades supremas. En cambio, quienes comparten las ideas del derecho penal de *ultima ratio* señalan que el hecho de someter a una persona a prisión preventiva, entraña ante todo una grave afección personal con respecto a un derecho sustancial como es la libertad, lo que implica someter al individuo a un sistema de consecuencias jurídicas anticipado, en cuanto aún no ha sido declarado culpable, y subsiste su "condición de inocente", y como tal resulta reñido con sus derechos y con la justicia, someterle al infierno que conlleva el aprisionamiento preventivo, más aún si consideramos las condiciones infrahumanas que presentan los centros carcelarios del país.

Cuando una persona nace se encuentra amparada por una garantía establecida por el Estado en la Constitución de la República, garantía que protege la inocencia, como bien jurídico reconocido por el Estado. Este bien jurídico, que es de aquellos que forman parte de la personalidad del hombre, se mantiene hasta que este muere. Cuando la persona comete una infracción penal debe someterse al órgano jurisdiccional penal competente a fin de ser juzgada por este y, si es declarado culpable, se le impone la pena correspondiente a la acción típicamente antijurídica

cometida. regulada de acuerdo a las circunstancias (agravantes, atenuantes, ambivalentes), reconocidas expresamente por la ley penal. El imputado comparece ante el órgano jurisdiccional ostentando la situación jurídica de inocente, esto es, conserva dicha situación jurídica durante todo el desarrollo del proceso. A medida que este se desenvuelve de manera continua de y progresiva hacia el cumplimiento de su fin inmediato, cual es la imposición de la pena, que se consagra en la sentencia condenatoria, y de acuerdo con los medios de prueba de cargo que se van allegando al proceso, la situación jurídica de inocencia del imputado en relación con la conducta que se está juzgando, va desapareciendo y, en cambio, comienza a vislumbrarse la situación jurídica de culpabilidad hasta que, dictada la sentencia condenatoria, y habiéndose ejecutoriado esta, la situación jurídica de inocencia, en el caso concreto que se juzgó, desaparece para ser reemplazada por la situación jurídica de culpabilidad, Esto es, que la inocencia del condenado, luego de ser este juzgado en un proceso penal, sólo desaparece de manera concreta en el momento en que la sentencia. condenatoria pasa en autoridad de cosa juzgada. Pero es necesario insistir que esa situación jurídica de culpabilidad sólo queda limitada a la conducta por un hecho concreto, esto es, al delito por el cual se condenó al reo.

Sobre el tema que estamos tratando se debe recordar que la culpabilidad es un juicio de reproche que el Estado hace al acusado que pudiendo cumplir con la norma jurídico-penal por ser imputable, debió cumplirla y no

la cumplió pese a que no existían circunstancias que pudieran justificar el citado incumplimiento. Pero la culpabilidad normativa, esto es, la que surge del Estado a través de la declaración judicial concretada en la sentencia condenatoria, muchas veces no se corresponde con el sentimiento del hombre a quien se acusa de haber cometido la infracción. Es, pues, la, inocencia un presupuesto subjetivo general del debido proceso. Antes y durante el proceso todo hombre es inocente.

El Estado de inocencia es de una importancia fundamental dentro del Derecho, pues obliga a los poderes públicos y a las particulares acusaciones a enervar en el respectivo proceso, esto es, durante el desarrollo del proceso, el estado de inocencia de una persona acusada, lo que constituye una garantía para el justiciable De lo expuesto se concluye, entonces, que toda resolución que implique la condene debe ser consecuencia de una actividad probatoria tendente a desvanecer el estado de inocencia del acusado, es decir, no es legalmente procedente una condena sin pruebas que la sustenten.

La situación de inocencia no ha sido siempre aceptada pacíficamente, pues, algunos autores. como Vincenzo Manzini, afirmaban que el reconocimiento de la mencionada situación jurídica de inocencia significa el que se enerve, la prisión preventiva, por ejemplo, hasta que no se hubiere dictado la sentencia firme. Tal posición es errada, pues, como bien dice Jorge Clairá Olmedo: "No cabe duda, sin embargo, que todos estos actos

del órgano acusador o del órgano de la jurisdicción que fundamentalmente se cumplen durante el trámite del proceso, afectan al imputado poniendo en tela de juicio su inocencia frente al posible hecho afirmado, Por eso es, precisamente, que debe abrirse o proseguirse el proceso penal en su contra, sólo él ha de proporcionar el juicio lógico de culpabilidad"[88]. La fuerza de las providencias intermedias o de tránsito, como el auto de prisión preventiva lo único que hacen es establecer una medida cautelar de carácter personal que limitan ciertas actividades del imputado o del acusado, pero no tienen la suficiente fuerza jurídica para enervar la situación jurídica de inocencia que no se pierde ni aun en el caso que, dictada la sentencia condenatoria, ésta fuere objeto del recurso de casación.

Es cierto que uno de los más rudos ataques que se ha dirigido a la presunción de inocencia es la que el Estado permite, en la ley de procedimiento penal la prisión preventiva del justiciable, además de medidas cautelares de carácter económico. Pero en nuestra opinión existe una distorsión del problema, pues, ante todo es necesario destacar que las medidas cautelares de carácter personal o real no tiene relación alguna con la situación jurídica de inocencia, pues aquellas, como dice la ley de procedimiento, tiene fines que limitan el derecho a la libertad y el derecho a la propiedad limitaciones que están permitidas constitucionalmente y esos

[88] CLAIRÁ OLMEDO, Jorge, El Proceso Penal Moderno, Edit., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pág. 276.

fines se encuentran, por ejemplo expresamente señalados en los Art. 159 y 167 del Código de Procedimiento Penal, en tanto y cuanto se establece que la prisión preventiva tiene por finalidad "garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso…" y, "garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena…"[89]. No es que se limita el derecho a la libertad del sujeto activo del proceso por considerarlo culpable, sino porque se aspira a asegurar la presencia del imputado o acusado durante el desarrollo del proceso, en el cual goza de la presunción de inocencia. Las medidas cautelares tienen finalidades de carácter procesal y no afectan la situación jurídica de inocencia.

Cuando el No. 2 del Art. 167, CPP, expresa que uno de los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión preventiva es el que existan en el proceso "indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito", no es que está determinando una presunción de culpabilidad, sino que está estableciendo una presunción de autoría o participación que bien puede, en el desarrollo del proceso, desvanecerse o, en su defecto, reconociendo las predichas autorías o participación pueden enervarse mediante una causa de justificación o una excusa absolutoria. El juicio de atribuibilidad (imputabilidad y culpabilidad) se lo desarrolla en la etapa del juicio y es en la conclusión de ésta que se decide de manera precisa la

[89] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a Marzo del 2010.

culpabilidad o inculpabilidad del acusado. Pero hasta tanto no se dicte una sentencia condenatoria que pase en autoridad de cosa juzgada, al justiciable se lo reconoce como inocente.

Como tradicionalmente el sistema penal hacía posible que presuntos responsables se oculten o fuguen, se recurrió a un expediente totalmente lesivo de los derechos del imputado: el abuso de la prisión preventiva. De ahí que era una práctica normal que en el mismo auto cabeza de proceso, en donde recién se ordenaba que se inicie la investigación para descubrir la verdad de los hechos y la responsabilidad de los posibles autores, se dictara auto de prisión preventiva del sospechoso.

Es por ello que con la finalidad de remediar el abuso de la prisión preventiva, que plagó de dramáticas realidades el sistema penitenciario del país, que la Constitución de 1998, animada por un espíritu humanista, promovió límites temporales para la prisión preventiva, lo que provocó la libertad de algunos cientos de presos, cuestión por las que fue acusado dicho instrumento jurídico supremo de permisivo, toda vez que se produjo un presunto aumento de los índices delictivos, aupados por los medios de comunicación social sensacionalistas, que tienden a generar percepciones equivocadas con respecto a la criminalidad. En tal razón, los sectores más conservadores del país, procedieron a plantear la realización de una reforma al Código de Procedimiento Penal, estableciendo la tétrica figura de la detención en firme, que como se pudo apreciar, era una medida

“cautelar” diferente de la prisión preventiva, y según sus mentalizadores no estaba sometida a la caducidad de aquella, y que promovía que toda persona llamada a juicio, excepto en el caso de delitos reprimidos con penas inferiores a un año de prisión, debía ser sujeto de tal medida, que implicaba la prisión indefinida del procesado, es decir, se le imponía un mandato de prisión en firme, y sin límite de tiempo, sin que previamente haya recibido una sentencia. Esto significa que si una persona jamás era sujeto de sentencia condenatoria, permanecía sin embargo privado de su libertad de por vida, por efecto de tan curiosa medida “cautelar”.

La detención en firme resultó absolutamente incoherente como medida cautelar, ya que en realidad la detención como medida cautelar del procedimiento penal, tiene un carácter esencialmente preventivo y absolutamente provisional, pues como bien lo indica Guillermo Cabanellas, al sujeto pasivo de la detención, le quedan únicamente dos caminos: el primero, que es la resolución de su libertad, sobre el presupuesto de que no se advierte responsabilidad penal de su parte en el supuesto delito que se investiga, y el segundo, el procesamiento penal, que bien podría sustituir la detención preventiva de que es objeto, por la prisión preventiva, que como medida procesal penal, tiene lapsos de duración más largos (pero definidos), que permiten asegurar las finalidades del proceso penal.

Vale también hacer referencia con respecto a la inconstitucionalidad de la detención en firme introducida como medida cautelar personal en el Art.

173-A del Código de Procedimiento Penal, la que empieza a manifestarse por el atropello que ella significa al derecho humano fundamental de la libertad, lo que contrasta con el principio constitucional expuesto en el numeral 9 del Art. 11, cuando señala que “El mas alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”[90].

La prisión preventiva indefinida y sin posibilidad de revocatoria alguna en los casos de delitos de reclusión, e incluso en los casos de delitos reprimidos con prisión, donde el afectado no tenga recursos económicos para cubrir la respectiva fianza, afectaría notoriamente el derecho a la integridad personal, que por razones obvias, se ve menoscabada en los planos físico, psicológico y especialmente moral. Además indirectamente se echaría a tierra el principio de igualdad ante la ley, pues ante la obligación genérica de dictar auto de detención en firme en todos los autos de llamamiento a juicio exceptuando únicamente a las procesados cuya participación se califique como de encubridores, o a quienes están siendo procesados por infracciones reprimidas con penas inferiores a un año de prisión, se presupone que todas las personas juzgadas por delitos de prisión con penas superiores a un año, deberían si quieren obtener la suspensión de la dura medida “cautelar” de la detención en firme, pagar fianza a satisfacción de los jueces penales competentes, lo que a nuestro

[90] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, Octubre de 2008.

modo de ver, es sumamente fácil para algunos, en tanto es una cuestión prácticamente imposible para la mayoría de ciudadanos que deberían resignarse a sufrir una detención indefinida, que desde ya resulta atentatoria al estado de inocencia del que constitucionalmente “gozan”, así como al carácter de provisional de las medidas cautelares.

La prisión preventiva indefinida, guarda una grave contradicción contra el derecho a la libertad, pues esta, por su invalorable aprecio por parte del ser humano, es un derecho fundamental reconocido en la Carta Política, a partir de las múltiples declaraciones de tipo internacional y universal. La libertad es un derecho que solamente puede ser afectado como una excepción inevitable, en los casos en que de manera primaria debe protegerse el interés social frente a las conductas infractoras y a la peligrosidad de ciertos individuos que deben ser aislados en determinados lugares para evitar que causen mayores daños a sus semejantes, pero no puede medirse con la misma vara a todos los procesados, determinando sin mayores posibilidades de evitarlo, la dictación de detención en firme en conjunto con el auto de llamamiento a juicio, que tampoco tiene la calidad de sentencia condenatoria definitiva, para que justifique colocar al procesado en estado de aprisionamiento indefinido. Esto como ya hemos indicado constituye una suerte de sentencia anticipada a prisión ilimitada en contra de una persona, que constitucionalmente es “presunto inocente” y que no ha recibido, de conformidad a derecho, la respectiva sentencia condenatoria.

Sería necesario reflexionar también que la ilimitación de la prisión preventiva daría lugar a que los centros penitenciarios se encuentren excedidos absolutamente en capacidad por efecto de la enorme población carcelaria sin condena. Los detenidos para lograr la inmediación de ellos con el proceso penal al que se deben, tienen el derecho a permanecer en centros de detención provisional, así lo determina claramente el numeral 2, del Art. 77 de la Constitución de la República, que en forma categórica señala: "Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos."[91]

Sin embargo, como bien sabemos, todas las personas sobre quienes recae auto de prisión preventiva, se encuentran detenidas en los mismos centros carcelarios donde existen individuos con altísimos niveles de peligrosidad, con gravísimas consecuencias para estas personas que se encuentran en absoluto e innegable estado de presunción de inocencia, y que son víctimas de execrables delitos, como horrorizada ha podido observar la sociedad ecuatoriana en los últimos días, donde se han dado casos de muerte y violación por parte de peligrosos delincuentes a sujetos que ingresan detenidos por efecto de medidas cautelares personales.

[91] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, Octubre de 2008.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, eminente conocedor del derecho penal, manifiesta también su criterio en contra de la existencia de medidas cautelares personales indefinidas, en los siguientes términos: "Ninguna privación de la libertad es indefinida. Si el Estado no admite la prisión perpetua como pena, menos puede admitir o tolerar, como medida cautelar, la detención o la prisión preventiva indefinidas. De allí es que el principio constitucional que examinamos (Art. 77, num. 9, de la Constitución de la República), se preocupa de disponer que la privación de la libertad está limitada temporalmente, sea que se trate de la detención, sea que se trate de la prisión preventiva."[92]

El tránsito del Estado Ecuatoriano hacia nuevos órdenes que presuponen un camino de modernización, comprende básicamente la actualización de nuestros esquemas jurídicos de acuerdo a los requerimientos de una sociedad con altos niveles de civilización y con increíbles alcances en el progreso tecnológico y científico, logrados en las últimas décadas.

Ahora bien, es necesario señalar que de nuestra parte estamos absolutamente de acuerdo en que ningún medida cautelar, especialmente de aquellas de carácter personal, puede tener un carácter indefinido, pues ello afecta sustancialmente a los derechos esenciales de las personas, pero tampoco compartimos la preocupante impunidad que se viene produciendo en muchos casos a favor de peligrosos delincuentes, que

[92] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, El Debido Proceso Penal, Edit. Edino, 2002, p. 181.

merced a toda una estrategia procesal ideada por abogados inescrupulosos, se dedican a entorpecer el desarrollo del proceso penal, de manera que transcurran los tiempos previstos en el Art. 77, numeral 9, para que se provoque la caducidad de la prisión preventiva, y por ende la evasión de la justicia de sus clientes. Es necesario reconocer que la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional), expidió una resolución donde determinaba que no se computará para efectos de caducidad de la prisión preventiva el tiempo que se hubiere perdido por efecto de maniobras o planteamiento de recursos innecesarios e improcedentes de parte del procesado; sin embargo, esta resolución resulta abiertamente contradictorio con lo estipulado por la Ley Suprema en el Art. 77, numeral 9, donde en forma categórica e incondicional se dispone que la prisión preventiva quedará sin efecto luego de transcurrido un año desde que fuere efectivizada en el caso de delitos reprimidos con reclusión, y de seis meses en el caso de delitos reprimidos con prisión.

Consideramos que de esta forma se afecta el derecho de castigar (ius puniendi) del Estado, así como se propicia inseguridad en el seno de la sociedad, que se ve obligada a convivir con peligrosos delincuentes que milagrosamente son puestos en libertad, merced a la liviandad de las disposiciones legales antes citadas. Consideramos que debe aumentarse el límite de caducidad de la prisión preventiva en el caso de delitos reprimidos con reclusión, agravarse las sanciones de los jueces y fiscales por cuya negligencia se produzca la caducidad, así como también diseñar

las medidas de seguridad idóneas para evitar que el entorno social del delincuente corra riesgos innecesarios, o que se materialice la potencial peligrosidad del procesado, adoptando todas aquellas que sean necesarias para evitar la evasión de la justicia por parte del infractor, y no dando lugar de ninguna manera a que queden impunes los delitos cometidos.

Consideramos también que la caducidad de la prisión preventiva no debería operar en casos donde de los recaudos procesales se puede advertir que existe alta peligrosidad o reincidencia en el hacer delictivo de parte del procesado. Especialmente en el caso de delitos que provocan profundo daño social, como son por ejemplo el narcotráfico, el peculado, la violación de menores, la violación con muerte, el robo con muerte, etc., es indispensable garantizar el aislamiento del delincuente a fin de que reciba el correspondiente tratamiento rehabilitador que permita un proceso sistemático de reinserción social, y además, es necesario garantizar el derecho de las víctimas y la garantía de no repetición del delito, pues en caso contrario, estamos perjudicando al eslabón más débil de la relación delincuente-víctima-Estado, bajo la óptica de un derecho penal garantista, que si bien es cierto nos obliga a respetar los derechos fundamentales del procesado, pero también es verdad que debe garantizar la seguridad de los ciudadanos como objetivo sustancial de la vida en comunidad, así como los derechos esenciales de la víctima.

Es indispensable entonces que nuestros asambleístas empiecen a pensar en todo un conjunto de reformas al Código de Procedimiento Penal, donde sobre la premisa de establecer límites racionales y justos a la duración de la prisión preventiva, se determinen también mecanismos alternativos que permitan garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el cumplimiento de la pena o realización del *ius puniendi*, así como la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere sufrido la víctima como consecuencia del delito.

3.3.4. ANALISIS NORMATIVO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY PROCESAL PENAL. LÍNEAS DE DEBATE EN TORNO A LA CADUCIDAD.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Art. 11, No. 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"[93]. Debió decir, como explicamos en páginas anteriores, que la persona acusada tiene el derecho a que se reconozca su inocencia hasta tanto no se pruebe su culpabilidad y así se la declare en sentencia que haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Si una persona es inocente nadie puede presumir que no lo es por el solo

[93] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Asamblea General de la ONU, París, 10 de Diciembre de 1948.

hecho de que se haya iniciado un proceso penal en su contra. La presunción es un juicio lógico que encierra, necesariamente, indicios de culpabilidad, culpabilidad que no es admisible que se acepte por el sólo hecho de haberse iniciado un proceso penal.

En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XXVI, inciso primero, se dice: "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable"[94]. Se insiste en considerar al imputado, por el solo hecho de ser sujeto pasivo de un proceso penal, como una persona de quien se pone en duda su inocencia, dando como consecuencia de esta declaración que muchos tribunales consideren que existen dos situaciones jurídicas diversas en relación con el sujeto pasivo del proceso penal, a saber:

a) La de presunto inocente; y
b) La de presunto culpable.

La primera es la que se constituye por el solo hecho de la sindicación de la persona dentro de un proceso penal; y la segunda es la de la situación jurídica del imputado que surge cuando se dicta el auto de prisión preventiva que, como se sabe, exige, como uno de los presupuestos objetivos, el que existan indicios que hagan presumir que el sindicado es

[94] DECLARACIÓN AMERICANA DE DEBERES Y DERECHOS DEL HOMBRE, Organización de Estados Americanos, OEA, 1948.

autor o cómplice del delito que es objeto del respectivo proceso penal. Esta interpretación a la que da lugar la forma como se establece el derecho a la inocencia en las Constituciones y en los Tratados internacionales, es contraria a la dignidad humana, pues si el hombre es desde del bien jurídico de la inocencia tiene el derecho a que se garantice la misma y se mantenga dicha situación jurídica hasta que se dicte la sentencia condenatoria en donde se declara la culpabilidad del reo en el caso concreto que fue objeto del juzgamiento.

En el pacto de San José de Costa Rica (1969), en el artículo 8, No 2, se lee: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"[95]. Lo dicho en el párrafo anterior es válido para la declaración de San José, observando que ésta declara como derecho "la presunción" de inocencia, cuando el derecho es el que surge del bien jurídico de la inocencia, la cual el hombre conserva hasta que, procesalmente y en sentencia firme, se lo declare culpable. No existe el derecho a la presunción de inocencia; lo que existe es el derecho a la inocencia.

La Constitución Política de la República del Ecuador aprobada el 5 de junio de 1998, en la ciudad de Riobamba, por la Asamblea Nacional Constituyente, pese a no tener cambios de profunda trascendencia para el

[95] CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Organización de Estados Americanos, OEA, 22 de Noviembre de 1969.

despegue político, económico y social del pueblo ecuatoriano, significa algunos progresos en diversos aspectos jurídicos de la vida nacional, de los derechos de las personas, de las formas orgánicas del poder del Estado, y de la estabilidad política del país, etc.

Desde sus más amplias expresiones el proceso penal por la característica inherente a su naturaleza de conllevar la amenaza de una pena, significa una situación de riesgo personal, una conmoción indiscutible para la integridad psíquica del reo, lo que muchas veces conlleva procesos de deterioro fisiológico del sujeto, causando, por tanto, en la mayoría de las veces, daños irreparables al procesado, el mismo que hasta el momento de ser declarado inocente luego de un larguísimo y tortuoso proceso penal, ha pagado un inmenso castigo, que en muchas ocasiones incluso se ve tremendamente agravado por una prisión injusta, bajo la clásica orden de prisión preventiva, tan indiscriminadamente usada por nuestros jueces penales. Y en el caso de ser declarado culpable, también ha sufrido una buena parte de castigo, y sin embargo, recién se lo condena a afrontar la pena que merece su delito judicialmente probado.

El 26 de agosto de 1789, hace 200 años, la Asamblea Francesa –como ya se observó antes- proclamaba que "ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso más que en los casos determinados por la Ley. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados"; y el 10 de diciembre de 1948, apenas salida la humanidad de

la barbarie de la segunda guerra mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, declaró que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado" y que "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Estos elementales derechos han sido publicitados en el marco de los grandes pasos hacia la modernidad jurídica en el mundo. Sin embargo en el Ecuador, hasta hace poco tiempo parecía que nos hubieramos quedado detenidos en los viejos esquemas inquisitorios de la edad media, donde la presunción de culpabilidad anulaba a la presunción de inocencia que textualmente reconocía el derecho constitucional, y de hecho, sin mayores preámbulos y casi siempre sin la debida motivación de hecho y de derecho, se atentaba contra el invalorable bien jurídico de la libertad del ser humano, sin cumplir en muchos casos con los mínimos requerimientos exigidos por el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, así como la estructura del auto de prisión preventiva que establece en el Art. 168 del mismo Código. En cambio, a partir del ordenamiento constitucional de 1998, y luego en la Constitución de la República vigente desde el 20 de Octubre de 2008, se produjo un cambio sustancial hacia el derecho penal garantías, poniendo límites a la prisión preventiva, y lo que es más, a establecer a esta medida cautelar (en el 2008) como una medida de última ratio, es decir, que solo se aplica excepcionalmente, cuando por estricta necesidad de inmediación procesal o en razón de la peligrosidad del

procesado o de la gravedad del delito que se le imputa, es indispensable la aplicación de dicha medida cautelar personal.

El objetivo de las medidas cautelares en nuestro derecho adjetivo penal, según su propia definición, es el de lograr la inmediación del acusado con el proceso. Sin embargo tenemos el caso de que muchas veces el encausado se hace presente, y expresa su voluntad de inmediarse con el proceso, mediante cualquier medida cautelar de orden real, o bajo aplicación de medidas de seguridad, pero sin que se atente contra su libertad, de manera que pueda ejercer su defensa sin restricciones, lo que sin duda es un derecho constitucional, que en la mayoría de los casos viene siendo aceptado por los jueces de garantías penales que optan por la aplicación de medidas cautelares alternativas como son el arraigo, la obligación de presentación periódica ante la autoridad, el arresto domiciliario, etc.

Es importante hacer notar que el Art. 24, numeral 8, de la Constitución de 1998, así como el Art. 77, numeral 9, de la Constitución del 2008, se proponen en primer lugar el objetivo de que nadie sufra más de seis meses de prisión preventiva en delitos sancionados con prisión, esto indudablemente en el caso de quienes no pudieren rendir la caución, y de un año en el caso de los delitos sancionados con reclusión, lo que significa que ninguna persona podrá estar bajo prisión preventiva por más de un año, sea que hubiere sido detenida o no, es decir, el auto de prisión

preventiva dictado por el juez queda automáticamente sin efecto por acción del transcurso del lapso correspondiente a un año. Esta disposición no hace excepción por el tipo de delito; o sea que dentro de ella está el acusado de robo con una agravante (primer inciso del Art. 552), como el reo de asesinato, peculado, genocidio, secuestro, violación múltiple, narcotráfico, magnicidio, etc.

Por lo dicho se puede colegir, que dentro del buen ánimo de proteger el sagrado derecho de la libertad del ser humano, se puede dar lugar a un medio para lograr la impunidad de contumaces delincuentes, así como de sujetos que han cometido crímenes horrendos, como efectivamente ha ocurrido, pues en algunos casos, como se ha hecho de dominio público, de manera curiosa los procesos penales se han extendido más allá de los límites legales, a fin de que se produzca la situación que se determina en el Art. 77, numeral 9, de la Constitución, y de esta manera, peligrosos delincuentes puedan obtener su tan ansiada libertad, quedando, como desde ya se puede suponer, en la más absoluta y escandalosa impunidad.

El Art. 167 del nuevo Código de Procedimiento Penal, expresa: "Prisión preventiva.- Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precios de que el procesado es autor o cómplice del delito; y,
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio."[96]

Mediante la reforma al Código de Procedimiento Penal publicada en R.O.-S 555 de 24 de marzo de 2009, además de los requisitos determinados en los primeros tres numerales del Art. 167 del mismo Código, que se refieren a la existencia de indicios sobre la existencia material del delito, indicios sobre la participación del procesado, y que exigen que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, se han agregado otros dos requisitos de procedencia de la prisión preventiva que se refieren a la existencia de indicios suficientes que permitan determina que es necesario privar de la libertad al procesado, es decir, determinar que existe el peligro de evasión de parte de aquél, sea porque es una persona sin domicilio determinado, o que carece de un trabajo estable y en suma que no tiene el debido arraigo social, que se demuestra por las

[96] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ob. Cit.

relaciones existenciales en materia de vivienda, trabajo, educación, relaciones sociales, relaciones de negocios, etc., en relación con un determinado entorno social. Así mismo, el numeral 5 del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, determina que para que proceda la prisión preventiva es necesario que existan indicios de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio, lo que resulta bastante subjetivo, pues es necesario realizar un análisis profundo de la personalidad del procesado, de sus antecedentes penales, de su entorno social, de sus relaciones laborales y familiares, de las circunstancias propias del hecho delictivo que se le atribuye, entre otros aspectos, que permitan al Juez obtener indicios sobre la necesidad de aplicación de una medida cautelar sumamente drástica como la prisión preventiva, o la aplicación de sanciones alternativas que no coercionen mayormente el esencial derecho a la libertad.

Las reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal mediante R.O-S 555 de 24 de Marzo de 2009, incluyeron un artículo innumerado luego del Art. 167, que norma lo concerniente al procedimiento que obligatoriamente deben observar los jueces de garantías penales para dictar el auto de prisión preventiva, innumerado que establece lo siguiente: *"Art…- La solicitud de prisión preventiva será motivada y la Fiscal o el Fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar: la Juez o Juez de Garantías Penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.*

Si la Jueza o 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 de 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 mujer, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas de amparo adoptadas por la Fiscalía, la Juez o 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 a algún miembro de su familia.

Toda medida de prisión preventiva se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria en la misma que la Juez o 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 proceso

podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, en la forma y términos previstos en este Código."[97]

De lo establecido en la disposición legal que antecede, se puede determinar sin lugar a dudas, que de acuerdo a la legislación procesal penal actual, la prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional que debe ser adoptada con estricta responsabilidad, partiendo desde la solicitud del Fiscal que debe ser debidamente motivada de hecho y derecho, es decir, justificando conforme a las circunstancias fácticas del hecho infractor la necesidad imprescindible de dictar dicha medida cautelar, así también, cuando el Juez estime que no es indispensable la adopción de tal mecanismo coercitivo, el Fiscal deberá tomar las acciones pertinentes para que las personas afectadas sean insertadas en el programa de protección de víctimas y testigos que mantiene la Fiscalía General de la Nación. Igualmente en casos referentes a violencia intrafamiliar, el Juez de Garantías Penales que inadmita la solicitud de dictar prisión preventiva realizada por la Fiscalía, deberá dictar en contra del reo necesariamente una orden de alejamiento de las víctimas, de manera que se impida todo acto de hostigamiento.

La prisión preventiva, por efecto de la disposición citada, debe ser adoptada en audiencia oral, pública y contradictoria, obviamente acatando

[97] CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a Marzo de 2010.

los principios de legalidad, contradicción, dispositivo, etc., en cuya parte culminante, el juez está obligado a pronunciarse al respecto, e incluso sobre las solicitudes referentes a sustitución u ofrecimiento de caución que se formulen al respecto. Obviamente estos pronunciamientos deberán ser necesariamente en forma motivada.

Se faculta también para que el ofendido en el marco de la audiencia para conocer sobre la solicitud de prisión preventiva formulada por el Fiscal, solicite al Juez de Garantías Penales la conversión de la acción, cuestión que debe decidirse en la misma audiencia; o también, es posible que el procesado solicite la aplicación de un procedimiento abreviado, debiendo acordarse la pena que solicitará el fiscal, asunto este que no es de incumbencia del Juez de Garantías Penales, cuya actuación en este último caso, sería la aprobación de la adopción de dicho procedimiento conforme a los artículos 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal.

Lo analizado en relación con la disposición innumerada agregada luego del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, nos permite ratificar el criterio que la privación de la libertad como medida cautelar es un hecho excepcional, que sólo debe darse en los casos estrictamente necesarios, y bajo los términos que señala la Ley, es decir siguiendo todo un procedimiento que permita determinar la estricta necesidad de dicha medida cautelar extrema, así como también la posibilidad de sustitución con otras medidas cautelares menos drásticas, o mediante medidas

alternativas o sustitutivas, que permitan garantizar la inmediación del acusado con el proceso, sin llegar tampoco al extremo de privar de la libertad a la persona.

La prisión preventiva quedaría entonces reservada para los presuntos responsables de delitos especiales, como es el caso del narcotráfico, la violación, el asesinato, la trata de blancas, delitos sexuales contra menores, el robo con muerte, la violación con muerte, etc., donde no es posible la aplicación de medidas cautelares alternativas, o la aceptación de caución, por cuanto la peligrosidad del reo es absolutamente evidente, y el peligro de evasión, dada la gravedad de la pena que se aplicará en caso de encontrar culpabilidad en el procesado, es una realidad inminente, de tal manera que poner en riesgo el ejercicio del *ius puniendi* sería en realidad un acto irresponsable de los Jueces de Garantías Penales, por lo que en tales casos, consideramos, aquellos en forma irremediable deben dictar prisión preventiva, y agilitar el proceso penal por todos los medios a su alcance, a fin de evitar que se produzca la caducidad en los términos que determina el Art. 77, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador, y el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal.

Debemos analizar también, que si bien es cierto el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, obliga a los Jueces que declaren la caducidad de la prisión preventiva, a disponer que el procesado quede sujeto a presentarse periódicamente a la Autoridad, así como la prohibición de salir del país, o una de estas medidas solamente, es también evidente, que en la realidad,

dichas medidas no son suficientes, pues ante la gravedad de la pena con que se amenaza al reo, así como ante la posibilidad física de evasión, el reo casi siempre opta por este último camino, afectando en forma directa el derecho esencial al *ius puniendi* del Estado, sembrando grave inseguridad social, dando lugar a la más absurda impunidad, y lo que es peor, afectando el derecho de la víctima a exigir sanción al agresor de sus derechos, y a reclamar las indemnizaciones a que haya lugar por los daños ocasionados como efecto del delito.

Finalmente, dejamos expresa constancia de nuestro criterio, en el sentido de que es imperativo limitar la duración de la prisión preventiva, pero esto debe realizarse en franca coherencia con la realidad judicial y procesal ecuatoriana, de manera que no se provoque impunidad a favor de peligrosos delincuentes y en detrimento de toda una sociedad, de tal forma que consideramos que debieran realizarse reformas legales donde se establezcan como tiempo de caducidad de la prisión preventiva en delitos de prisión el tiempo de seis meses, para los delitos reprimidos hasta con nueve años de reclusión, el tiempo de un año, y para los delitos cuya pena exceda de nueve años de reclusión, el tiempo de dieciocho meses. Términos prudenciales en los que consideramos necesariamente se desarrollará el correspondiente proceso penal que permita determinar la inocencia o culpabilidad del reo, sin que se propicie impunidad de ninguna naturaleza, ni que se afecte el *ius puniendi*, o que queden burlados los derechos esenciales de las víctimas.

4.- MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. MATERIALES

Conforme se estableció desde la fase de proyección, el presente trabajo en lo principal se orienta por la metodología científica de la investigación, y por ello parte del planteamiento de una hipótesis, un objetivo general y de tres específicos en torno a los cuales se ha construido todo un amplio acopio teórico y empírico que permita su verificación y contrastación como requisito indispensable para la validación del presente trabajo.

El proceso investigativo presente, se caracteriza por la observación pormenorizada de la problemática jurídica penal que entraña la caducidad de la prisión preventiva en términos absolutamente limitados, lo que como se ha visto, genera impunidad, afectando el derecho al ius puniendi que es la base esencial sobre la que radica el Estado de democrático de derechos y justicia social.

Luego de desarrollado el proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del informe final, contemplando los lineamientos metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la Universidad Nacional de Loja, y las instrucciones impartidas para el efecto por el Programa de Maestría en Ciencias Penales, y el nivel de Postgrado del Área Jurídica, Social y Administrativa.

4.2. MÉTODOS

La práctica de la investigación científica presupone el concurso de una serie de métodos y técnicas que permitan el abordaje adecuado de la problemática de investigación y el desarrollo sistemático del conocimiento que permita la comprobación de la hipótesis propuesta así como la verificación de los objetivos planteados.

Por la naturaleza de la presente investigación, ésta en lo principal se acoge al método científico, pues como se puede observar se parte del planteamiento de una hipótesis y de un objetivo general y tres específicos, en torno a los cuales se desarrollará toda una base teórica, así como el estudio de campo, que permitan los elementos de juicio necesarios para su contrastación y verificación. La presente investigación es sociojurídica, ya que se concreta en la actividad del Derecho Penal y su relación con el efecto social.

Dentro de los métodos que se utilizaron en este trabajo, está el método científico que permitió abordar los problemas jurídico-sociales generados por la caducidad de la prisión preventiva, a partir de la inducción y deducción, del análisis y de la síntesis de cada uno de sus componentes. Es importante también mencionar al método exegético que ha permitido el estudio pormenorizado de disposiciones normativas de derecho nacional e internacional.

Como métodos auxiliares se utilizarán a la deducción, la inducción, la síntesis y el método descriptivo. Además para el tratamiento de los datos obtenidos en el campo de investigación serán de singular importancia los métodos analítico y sintético. Para ilustrar de mejor forma los resultados de la investigación de campo se presentan a través de tablas porcentuales, de análisis comparativos y de gráficos estadísticos.

4.3. TÉCNICAS

Dada la naturaleza eminentemente teórica de la presente investigación, se requiere de un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, con respecto a la problemática de investigación, para la recolección y organización de los cuales ha sido indispensable la utilización de fichas nemotécnicas, bibliográficas y hemerográficas, en las que se ha sistematizado el universo de información recopilada, para ser usada conforme a los requerimientos en el desarrollo del discurso de este trabajo.

Se aplicó también la técnica de la observación, la que permitió obtener algunos elementos de juicio con respecto al control social en el Ecuador, así como en relación al sistema de seguridad social, sus virtudes, defectos y falencias.

Además, se procedió a aplicar la técnica de la encuesta y de la entrevista, siendo aplicada la primera a una población de cincuenta jueces de garantías penales, fiscales y abogados en libre ejercicio profesional, y la segunda a una población de cinco destacados juristas del medio local, lo que ha permitido convalidar positivamente los resultados del presente estudio.

En cuanto a la metodología de presentación del informe final, esta se rige en general por los lineamientos que determina la metodología de la investigación científica, así como también en el marco de lo que dispone el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y a las instrucciones específicas que hemos recibido en los correspondientes eventos de la Maestría en Ciencias Penales.

5.- RESULTADOS

5.1. RESULTADOS DE APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

Conforme estuvo previsto en el aspecto metodológico del proyecto de investigación, procedimos a diseñar un formulario de encuesta que fue aplicada a una población de cincuenta elementos, compuesta por jueces de garantías penales, fiscales y abogados en libre ejercicio profesional.

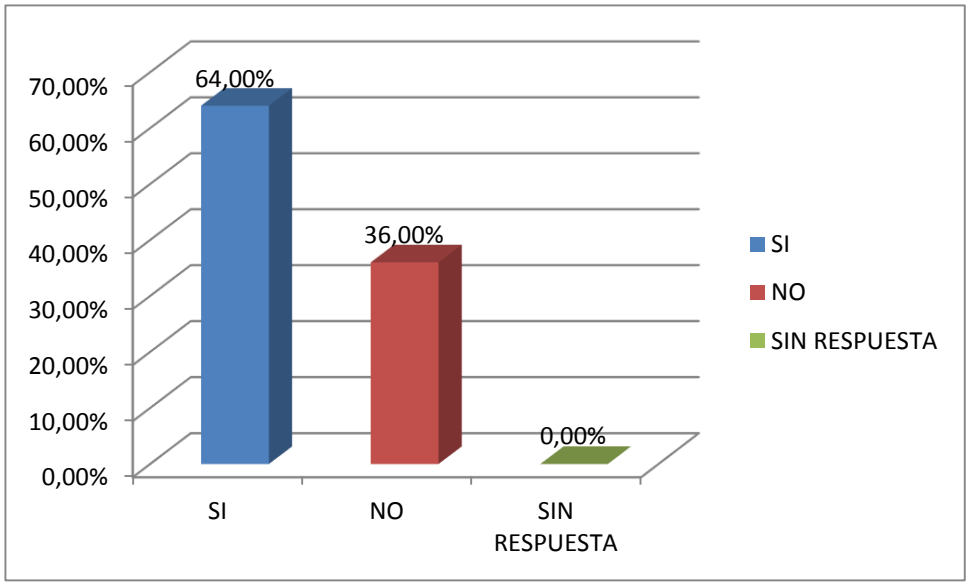
Los resultados obtenidos fueron los siguientes:

PREGUNTA No. 1

Considera usted que en un elevado porcentaje de los procesos penales se produce la caducidad de la prisión preventiva, generando casi siempre la impunidad de los delitos, lo que se traduce a la postre en inseguridad en la comunidad?

CUADRO Nº 1

ALTERNATIVA	F	**%**
SI	32	64,00%
NO	18	36,00%
SIN RESPUESTA	0	0,00%
	50	100,00%



ANÁLISIS:

De las 50 encuestas aplicadas, 32 personas, que equivale al 64% de los encuestados, responden que en los procesos penales si se produce la caducidad de la prisión preventiva la que genera inseguridad en la población. En cambio, el 36% de encuestados, estima que no se produce inseguridad por cuanto en realidad consideran que no se genera impunidad como efecto de la caducidad de la prisión preventiva, aunque admiten que en pocos casos se conoce que se da la evasión de los procesados, aunque ello en realidad no ha ocurrido en el medio local sino a nivel nacional.

INTERPRETACIÓN:

Desde nuestro punto de vista, es verdad que en un elevado número de procesos penales, como se ha visto oportunamente se produce caducidad

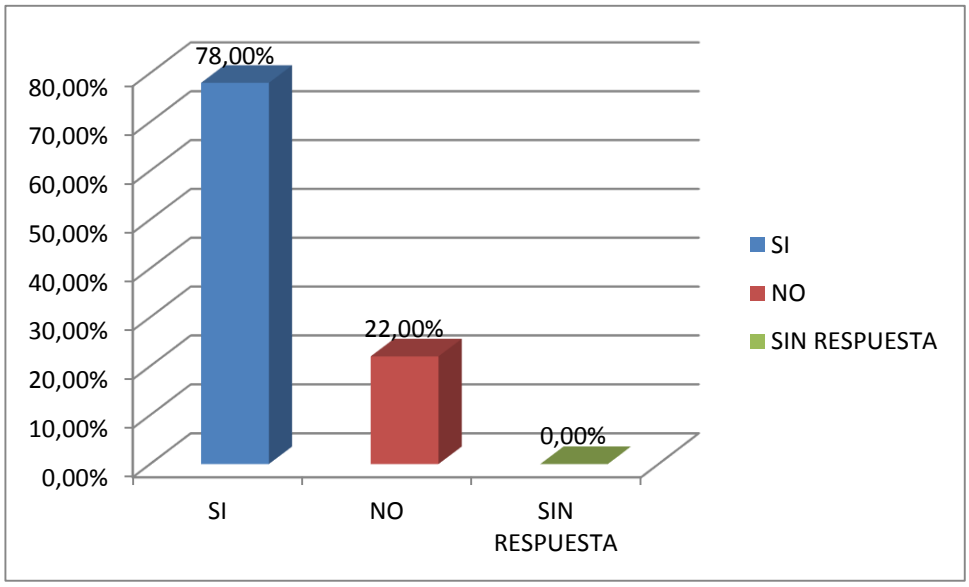
de la prisión preventiva, lo que a la postre permite que los delincuentes evadan la acción de la justicia, y por ende queden en la impunidad, lo que da lugar al incremento de los índices de criminalidad y aumento de la inseguridad como lamentablemente se observa en la actualidad. Sin embargo, es preciso anotar que en el Distrito Judicial de Loja, no se han dado más casos de caducidad de la prisión preventiva que los que presentamos en el presente estudio, siendo más bien notorio este problema en provincias como Guayas, Manabí y Pichincha, donde existe un sinnúmero de casos en que los delincuentes han evadido cómodamente a la acción de la justicia penal al haber sido beneficiarios de la caducidad de la prisión preventiva.

PREGUNTA No. 2

La aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva pretende asegurar la presencia del procesado tanto en el desarrollo del proceso como al cumplimiento de la pena en caso de imponérsela según el precepto constitucional. Al no dictarse la prisión preventiva en delitos considerados graves, generaría impunidad?

CUADRO No. 2

ALTERNATIVA	F	**%**
SI	39	78,00%
NO	11	22,00%
SIN RESPUESTA	0	0,00%
TOTAL	50	100,00%



ANÁLISIS:

39 encuestados, que corresponden al 78%, responden que al no dictarse la prisión preventiva en delitos considerados graves se generaría impunidad, en cambio, 11 encuestados, que representan al 22%, aducen que no se generaría impunidad, por cuanto la caducidad de la prisión no implica que no habrá juzgamiento, sino que simplemente el procedimiento se llevará adelante sin coercionar el derecho a la libertad del procesado.

INTERPRETACIÓN:

Desde nuestra perspectiva personal, consideramos que efectivamente existen altas posibilidades de que se produzca impunidad cuando los señores jueces de garantías penales se abstienen de dictar auto de prisión preventiva en contra de los presuntos responsables de delitos graves, pues en tales casos es bastante difícil, como se ha visto en la práctica,

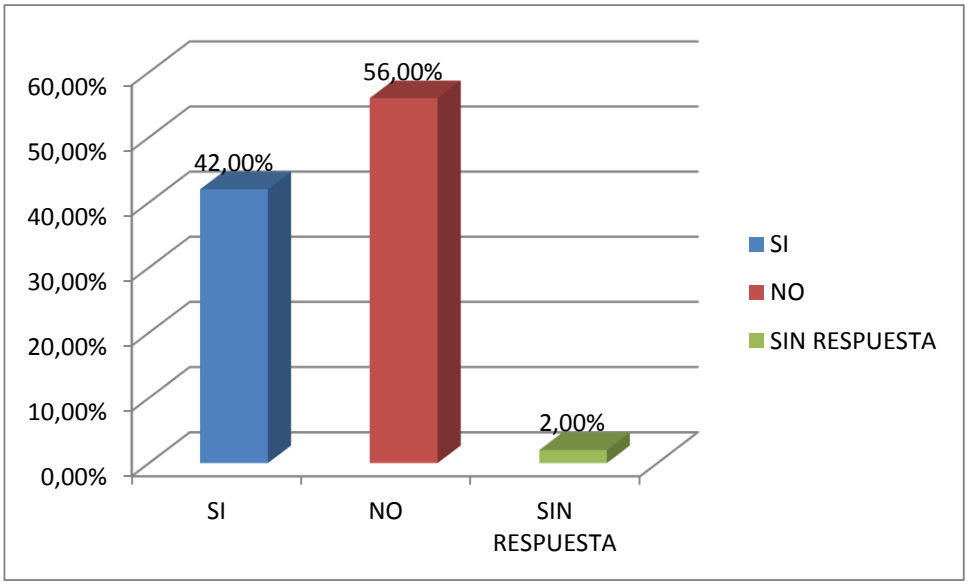
conseguir la comparecencia del procesado al juicio, y por ende queda burlado el ius puniendi del Estado.

PREGUNTA No. 3

Cree usted que las reformas introducidas mediante ley publicada en el Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009 que promueven la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, generarían impunidad puesto que no se conseguiría la inmediación del procesado?

CUADRO No. 3

ALTERNATIVA	F	%
SI	21	42,00%
NO	28	56,00%
SIN RESPUESTA	1	2,00%
TOTAL	50	100,00%



ANÁLISIS:

28 personas de las encuestadas, que corresponden al 56%, contestan que no se generaría impunidad con la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, introducidas mediante ley, publicada en el Registro Oficial Nº 555 de 24 de marzo de 2009, pues aducen que el texto legal es muy claro en los casos en que proceden tales medidas alternativas, que son precisamente aquellos en que por la personalidad del reo y las circunstancias del caso no se justifica la aplicación de medidas de mayor drasticidad. En cambio el 22% de encuestados consideran que si se produciría impunidad, en cuanto se posibilita la evasión de los reos, al establecer medidas cautelares alternativas en casos de suma gravedad, donde indispensablemente se requiere de la prisión preventiva para evitar la evasión.

INTERPRETACIÓN:

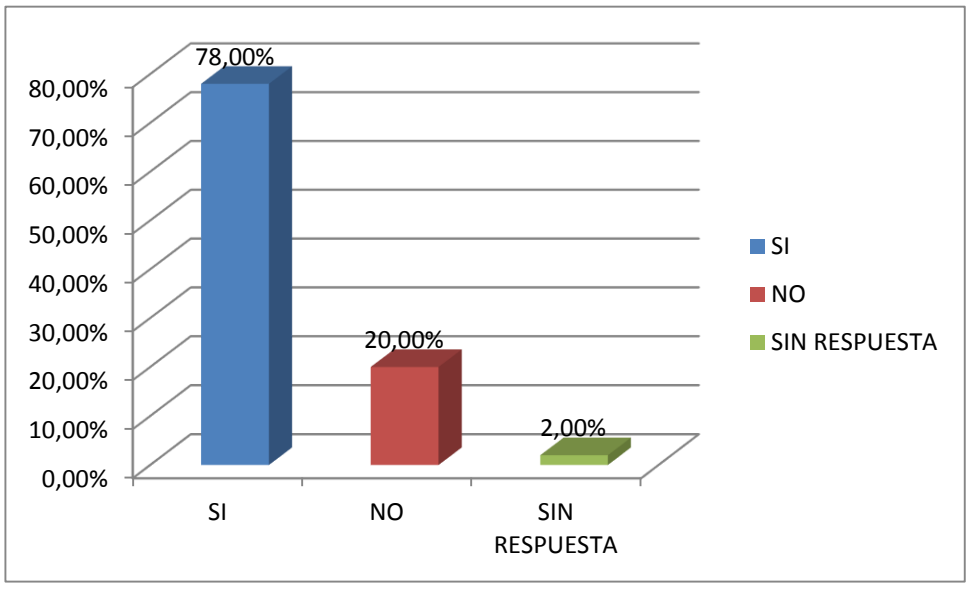
Por nuestra parte, consideramos que si bien es cierto es indispensable proteger de la mejor manera posible el esencial derecho a la libertad de los procesados, estimamos que también es verdad que los jueces de garantías penales deben manejar con suma responsabilidad y coherencia lo concerniente a la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, pues estas solo deben aplicarse cuando de las circunstancias específicas de cada caso se deduzca el peligro de evasión del procesado, y no existan otros medios para conseguir su inmediación con el proceso.

PREGUNTA No. 4

Estaría de acuerdo en que en nuestro país se están desarrollando principios humanistas que limitan el uso de la prisión preventiva de manera frecuente e imponen su adopción de manera excepcional?.

CUADRO Nº 4

ALTERNATIVA	F	%
SI	39	78,00%
NO	10	20,00%
SIN RESPUESTA	1	2,00%
TOTAL	50	100,00%



ANÁLISIS:

39 personas consultadas, que representan al 78% de la población, responden que en nuestro país, si se están desarrollando principios humanistas que limitan el uso de la prisión preventiva de manera frecuente, relegándola a aquellos casos donde es absolutamente inevitable dictarla, esto es respeto a los derechos del procesado. Sin embargo, 11 personas, que equivalen al 22% de los encuestados, aducen que no precisamente se refiere a una adopción de los principios humanistas del derecho penal contemporáneo, sino que por el contrario, responde a una aplicación indiscriminada del derecho penal de última ratio, que no ha permitido que se realice una análisis pormenorizado y ante todo técnico, sobre los términos en que debe darse la caducidad de la prisión preventiva.

INTERPRETACIÓN:

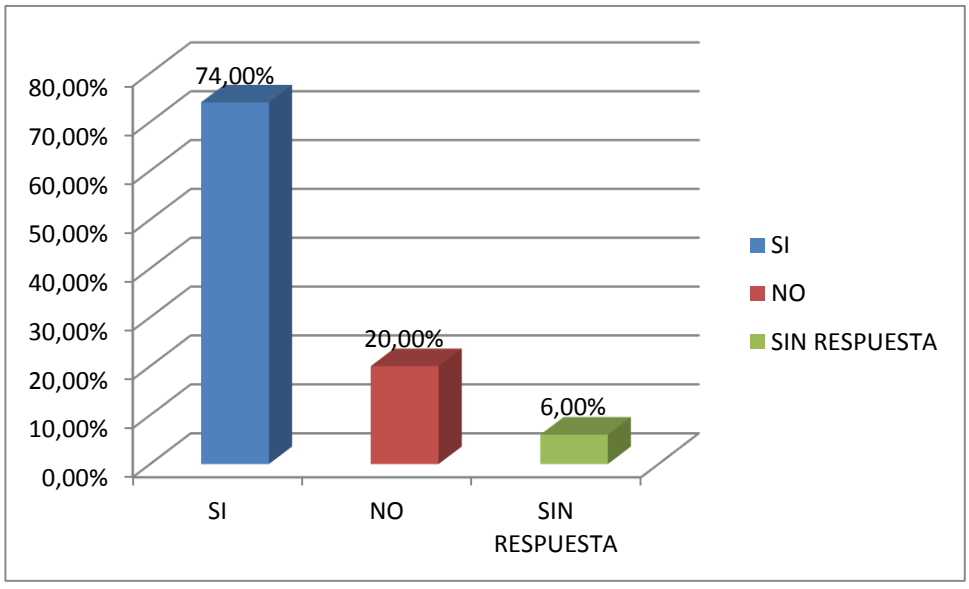
Con respecto a los resultados de esta pregunta, es necesario manifestar que como se ha visto en el presente estudio, efectivamente las limitaciones que se imponen actualmente a la prisión preventiva, así como la excepcionalidad y condición de medida de última ratio de aquella, responden a las teorías humanistas y garantistas que promueve el derecho penal contemporáneo.

PREGUNTA No. 5

Comparte la opinión en el sentido de que es conveniente que se introduzcan reformas que contemplen expresamente los casos en los cuáles se podría dictar prisión preventiva tanto en delitos flagrantes como en los que no lo son, teniendo en cuenta algunos presupuestos legales?.

CUADRO Nº 5

ALTERNATIVA	F	%
SI	37	74,00%
NO	10	20,00%
SIN RESPUESTA	3	6,00%
TOTAL	50	100,00%



ANÁLISIS:

37 personas encuestadas, que equivalen al 74%, responden que si es conveniente que se introduzcan reformas que contemplen expresamente los casos en los cuales se podría dictar la prisión preventiva en delitos flagrantes como en los que no lo son, en función de la estricta necesidad de dictar esa medida y de asegurar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, así como la necesidad de protección y de seguridad del entorno social del delincuente. En cambio, 13 personas, que equivalen al 26% de la población, aducen que no son necesarias tales reformas, pues consideran que el Código de Procedimiento Penal, es bastante claro en cuanto a los casos donde se puede dictar prisión preventiva, y en los casos en que aquella no procede.

INTERPRETACIÓN:

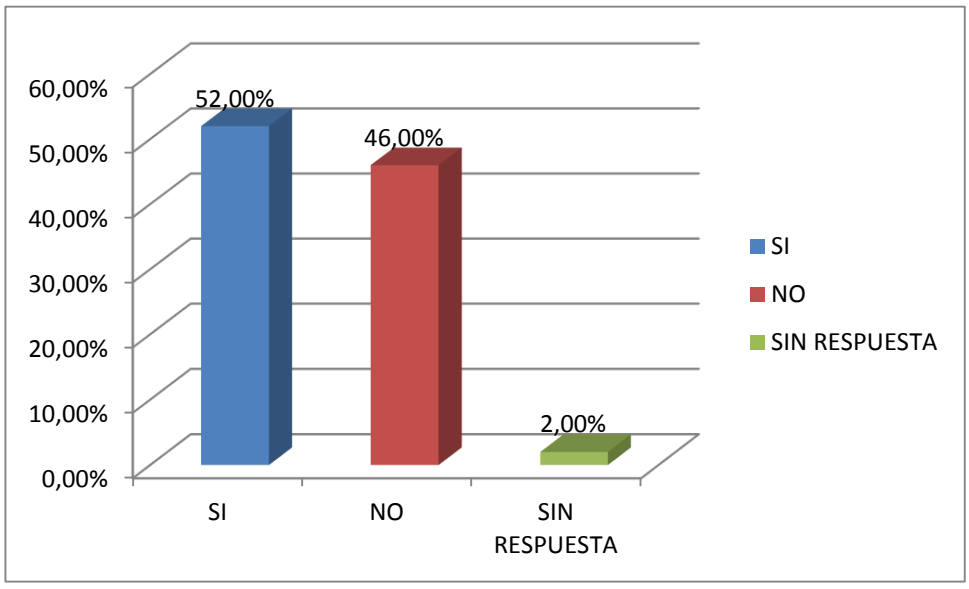
Se puede observar que la mayoría de encuestados, esto es el 74% comparten la opinión de las autoras, en el sentido que es conveniente la introducción de reformas que especifiquen de una forma más clara los casos en los que procede la prisión preventiva, pues como se ha visto, resulta peligroso dejar demasiado margen a los jueces de garantías penales para que decidan sobre la aplicación de esta medida cautelar.

PREGUNTA No. 6

Considera que existen deficiencias en la concepción normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que genera exceso en su aplicación?

PREGUNTA Nº 6

ALTERNATIVA	**F**	**%**
SI	26	52,00%
NO	23	46,00%
SIN RESPUESTA	1	2,00%
TOTAL	50	100,00%



ANÁLISIS:

26 personas que equivalen al 52%, consideran que si existen deficiencias en la concepción normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que conduce a que en muchos casos se obvie dictar esta medida cautelar cuando es realmente necesaria, causando con esto la imposibilidad de ejecución del *ius puniendi* y del deber sustancial del Estado de proteger el derecho a la seguridad de los ciudadanos. En cambio, el 48% de encuestados, que corresponde a 24 elementos, señalan en forma categórica que las concepciones jurídicos penales con respecto a la prisión preventiva han mejorado mucho, y que en la actualidad se considera excepcionalmente a dicha medida, aplicándola solo en casos de estricta e ineludible necesidad.

INTERPRETACIÓN:

Desde nuestro punto de vista, no existe un exceso en la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, y más bien, como se evidencia actualmente existe una notoria tendencia a aplicar esta medida solamente en casos excepcionales, cuando la Fiscalía ha conseguido persuadir al juez de garantías penales en torno a la gravedad del delito que se atribuye al proceso y al peligro de evasión de aquél.

5.2. RESULTADOS DE APLICACIÓN DE ENTREVISTAS.

De acuerdo a lo previsto en el aspecto metodológico del Proyecto de Investigación, se procedió también a la aplicación de cinco entrevistas a reconocidos juristas del medio local vinculados con el ejercicio del derecho penal. Los resultados obtenidos son los siguientes:

DR. HUMBERTO AGUILERA, JUEZ TERCERO DE GARANTÍAS PENALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA.

1. **Con qué frecuencia se observa que se produce la caducidad de la prisión preventiva en los juicios penales, lo que genera impunidad de los delitos e inseguridad de la colectividad. Cuál es su criterio al respecto y que soluciones sugiere?**

Debo manifestar que en el Distrito Provincial de Loja la caducidad de la prisión preventiva en los procesos penales es un tanto rara, por cuanto los jueces nos esmeramos en tramitar con celeridad los juicios en los que están privados de libertad alguna persona entiendo que la caducidad preventiva si se produce en distritos más grandes en donde la administración penal es mayor. En este caso sería conveniente que se extienda un poco más el plazo para que se produzca la caducidad no sea de seis meses o un año sino de un poco más.

2. **Considera Ud. que existe deficiencia en la concepción normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que genera exceso en su aplicación?**

Entiendo que no hay exceso en la aplicación de la prisión preventiva, dado con las reformas que se introdujeron el 24 de marzo de 2009 al Procedimiento Penal se estableció otras medidas de carácter cautelar personal en número 13 y se ubicó a la prisión preventiva en el último escalón, es decir los jueces estamos considerando esas medidas y cuando se trata de un delito sumamente grave en caso obligado los jueces estamos dictando esta medida de tal forma que no hay exceso en la aplicación de la prisión preventiva.

DR. LEONARDO BRAVO GONZÁLEZ, JUEZ PROVINCIAL DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA

1. **Con qué frecuencia se observa que se produce la caducidad de la prisión preventiva en los juicios penales, lo que genera impunidad de los delitos e inseguridad de la colectividad. Cuál es su criterio al respecto y que soluciones sugiere?.**

En primer lugar hago conocer que yo voy un poco más de dos años como Juez Provincial de la Corte Provincial de Loja y durante todo este tiempo he tenido la oportunidad de ver una sola vez que se ha producido la caducidad de la prisión preventiva que se produjo precisamente en esta Sala pero no por responsabilidad de nosotros sino por un asunto que se venía arrastrando y me tocó a mi declarar la caducidad. Tengo conocimiento que se ha producido en otros juzgados la caducidad de la prisión preventiva, sin embargo podrían haber otras alternativas para poder evitar este problema y una de las primeras medidas que debían adoptarse en las reformas que deben introducirse al Código de Procedimiento Penal sería eliminando la apelación del auto de llamamiento a juicio porque desde ya resulta incompatible con el sistema acusatorio oral si consideramos que es el fiscal el que decide si el caso va a juicio. Estadísticamente está comprobado que los autos de llamamiento a juicio que son apelados en su mayoría son confirmados por un lado y por otro lado estimo que la fiscalía debería hacer mayor uso de los mecanismos penales alternativos como son el de la conversión, procedimiento abreviado, acuerdos de reparación, archivos provisionales, etc. por el momento.

2. **Considera Ud. que existe deficiencia en la concepción normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que genera exceso en su aplicación?**

Bueno este problema de la prisión preventiva está inclusive discutiéndose en los diferentes foros del país porque en el Código de Procedimiento Penal deberían incorporarse lo que nosotros conocemos como los elementos subjetivos porque actualmente todos los jueces están analizando para conceder la prisión preventiva si es que hay o no el peligro de fuga cuando organismos como la Corte Constitucional de Derechos Humanos acepta que puede dictarse la prisión preventiva aún cuando el juzgado tenga la convicción de que va a ver una reiteración delictiva y del peligro de obstrucción a la investigación del fiscal, pero lamentablemente estos elementos que no están contemplados en nuestro Código de Procedimiento Penal ni en la Constitución de la República, cuando estos elementos están contemplados en otras legislaciones como por ejemplo la de Costa Rica con lo que abriría la posibilidad de que los jueces aseguren la inmediación del procesado al juicio porque si bien no existiera el peligro de fuga bien puede considerarse el peligro de reiteración delictiva y de obstrucción a la investigación fiscal, con lo que estamos totalmente limitados porque lo que único que se analiza es el peligro de fuga. Yo pienso que se debería introducir otras reformas al Código Procesal Penal en las que no solamente se contemplaría el peligro de fuga sino también el de obstrucción a la investigación fiscal. En lo demás considero como Ud. indica que no solamente deben considerarse los tres elementos objetivos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal sino cuando hay el peligro de fuga que se indica en los dos últimos existentes hasta el momento.

DR. GALO ARROBO RODAS, JUEZ PROVINCIAL INTERINO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA.

1. **Con qué frecuencia se observa que se produce la caducidad de la prisión preventiva en los juicios penales, lo que genera impunidad de los delitos e inseguridad de la colectividad. Cuál es su criterio al respecto y que soluciones sugiere?.**

Primero voy a cumplir dos años como Juez Provincial de la Sala de la Penal de la Corte Provincial de Loja y no he visto que se ha producido la caducidad de la prisión preventiva ni en los juzgados de lo penal ni en esta sala, por lo que no puedo dar un criterio correcto pero en todo caso los juzgadores debemos actuar con celeridad, dinamismo para que no se opera la caducidad, además que los plazos de seis meses y un año en los delitos de prisión y reclusión no son suficientes para la tramitación.

2. **Considera Ud. que existe deficiencia en la concepción normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que genera exceso en su aplicación?**

Bueno, antes de las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal al Art. 167 que habla de la prisión preventiva algunos jueces abusan con la imposición de la prisión preventiva que se dictaba de una manera

arbitraria pero con las reformas se agregaron dos disposiciones que se constituyen en elementos subjetivos agregados a los tres elementos objetivos del artículo 167 que deben ser observados y fundamentados por el fiscal y justificar la necesidad de la prisión preventiva, debiendo justificar por qué otra medida no es suficiente para garantizar la presencia del procesado en el juicio penal y considero que estas disposiciones y las constantes en la Constitución de la República del Ecuador están bien y ya no se deja al arbitrio del juzgados sino que tiene que ser motivada. Eso es lo que yo les puedo manifestar

DR. ADOLFO MORENO, JUEZ SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE LOJA.

1. **Con qué frecuencia se observa que se produce la caducidad de la prisión preventiva en los juicios penales, lo que genera impunidad de los delitos e inseguridad de la colectividad. Cuál es su criterio al respecto y que soluciones sugiere?**

Gracias estimadas compañeras, y con relación a la pregunta debo manifestarles que como Juez de Garantías Penales he observado que rara vez se ha producido la caducidad de la prisión preventiva, tal vez en una porcentaje del 1% pero que no se ha debido por disposiciones del juzgador sino por otras personas que trabajan en el despacho y que han escondido

los proceso y no le han pasado a otro juez que ha estado encargado de la judicatura sin embargo lógicamente es casi nula esta situación y puedo decirles que más bien la caducidad de la prisión preventiva en el Distrito Judicial de Loja es de poquísima relación frente a otros casos que se dan en nuestro país y al existir una casi nula producción de la caducidad de la prisión preventiva opino que la inseguridad jurídica no existe como existe en otros distritos por cuanto en esta provincia los operadores de justicia actúan en forma ágil y evitan en consecuencia estos hechos no se produzca que van en contra de la sociedad ecuatoriana.

2. **Considera Ud. que existe deficiencia en la concepción normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que genera exceso en su aplicación?**

Personalmente considero que no existe ninguna deficiencia en la normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva puesto que como Uds. más que nadie lo conocen esta situación es de carácter excepcional pero actualmente lo que pretende el derecho penal moderno es imponer medidas alternativas a fin de lograr que el sujeto activo de un delito no vaya a parar a las cárceles como ocurría hacia algún tiempo, lo que hoy en día se trata es de establecer que el juzgador aplique en verdad solamente en aquellos casos como nosotros conocemos en delitos muy graves que si bien es cierto en la actualidad existen una serie de medidas alternativas a las que puede acudir el

juzgador contempladas en el Código de Procesal Penal y en la Constitución de República. Consecuentemente no hay ningún exceso en su aplicación lo que no sucede en ciudades más grandes en verdad poco o nada han hecho los administradores de justicia es decir los organismo controladores no han hecho absolutamente nada como en las ciudades de Quito y Guayaquil donde se produce esta situación que es muy lamentable pero sin embargo los organismos controladores no han hecho absolutamente nada por estas personas que han lamentado estas situaciones y más bien han volcado su mirada en otras ciudades pequeñas para controlar a ciertos jueces y fiscales aduciendo que ellos son responsables. Si nosotros nos podemos a observar las estadísticas de la Fiscalía General del Estado y de la actual Corte Nacional de Justicia podemos advertir que en verdad la prisión preventiva llevada con gran cuidado produce grandes estragos a favor de nuestra sociedad sin tratar de llevar a otro lado para favorecer a tal o cual persona y actuando de buena fe se pueden aplicar precisamente todos los postulados que hoy en día se ha propuesto el derecho penal.

DR. GABRIEL PAZ COSTA, FISCAL DE LOJA Y CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

1. **Con qué frecuencia se observa que se produce la caducidad de la prisión preventiva en los juicios penales, lo que genera**

impunidad de los delitos e inseguridad de la colectividad. Cuál es su criterio al respecto y que soluciones sugiere?

Buenas tardes, gracias. He de partir trayendo a relación lo que indica la Constitución de la República del Ecuador respecto a la prisión preventiva considerando que es una forma mediante la cual se pretende la aplicación del debido proceso en la agilidad en la sustanciación de la causas penales en las que se ha dictado la medida cautelar de la prisión preventiva que limita la libertad ambulatoria de las personas este propósito digo que fue reflejado en la realidad procesal cuando en virtud del cumplimiento estricto de lo que dispone el Código de Procedimiento Penal y la Constitución los jueces deben resolver las causas en los plazos previstos como son de seis meses y un año en los delitos de prisión y reclusión. Se observa la caducidad de la prisión preventiva en nuestra provincia solamente en un cuatro por ciento pues nuestra provincia se ha caracterizado principalmente por cumplir a cabalidad este término previsto en la Constitución de la República y la Fiscalía de la cual somos partes ha contribuido para que se cumpla en lo mayormente posible dentro de lo que exige el código procesal penal. Efectivamente esta pregunta decía, también tiene una consecuencia que el grupo de investigación ya anticipa sobre la impunidad de los delitos, yo no estoy de acuerdo con esta parte porque si bien la prisión preventiva caduca la acción penal continúa y sigue sustanciándose en las demás etapas del proceso. Se produce la impunidad

cuando una vez producida la caducidad de la prisión preventiva ya no es posible la aprehensión de los procesados para llevarlos a los tribunales penales e incluso para que cumpla la sentencia condenatoria que se pueda imponer en algunos casos. La inseguridad de la colectividad es consecuencia justamente de la falta de agilidad de los proceso penales entonces las consecuencias como es cierto genera la impunidad e inseguridad en la colectividad. Respecto a las soluciones que se sugiere puedo decir que esta medida debe ser complementada ya no con un tiempo límite en cuanto a la caducidad de la prisión preventiva sino dictando una reforma al código procesal penal para que esta medida cautelar no tenga este límite dentro del proceso penal y que se la pudiera adoptar no en la etapa de instrucción fiscal sino en la resolución que dicta el juez cuando llama a juicio plenario. Ese es mi a entender la solución en este tipo de infracciones.

2. Considera Ud. que existe deficiencia en la concepción normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que genera exceso en su aplicación?

Efectivamente lo que se denomina aquí como una deficiencia, yo diría que a más de una deficiencia encontramos una falta de aplicación correcta de la norma esto es de la falta de las disposiciones en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, establecen los requisitos para ordenarse esta medida cautelar y actualmente inclusive con las reformas introducidas

al Código de Procedimiento Penal en cuanto a la introducción de las llamadas medidas alternativas a la prisión preventiva se tiene la seguridad que esta medida debe ser adoptada como recurso de última instancia es decir debe agotar las otras doce que están previstas en el Art. 160 esta medida de la prisión preventiva está comprendida en el numeral trece que efectivamente cautelar de prisión preventiva al momento está siendo adoptada con cierta irregularidad por parte de los jueces, se tiene la seguridad de la aplicación en cuanto a los delitos sancionados con reclusión, no obstante de aquello los señores jueces penales en lo que respecta a Loja se refiere la viene adoptando o dictando a lo mejor no en forma excesiva sino que están siendo cuidadosos en la aplicación de esta medida a partir de la reforma al código de procedimiento Penal. No obstante de ser una medida extrema es de anotar que esta medida no está cumpliendo el propósito que animó al legislador a introducirla como medida cautelar, esto es asegurar la inmediación del procesado en el proceso luego la presencia de éste a cumplir la pena esto posiblemente se debe a las características propias de nuestra idiosincrasia de ciudadanos ecuatorianos, latinoamericanos, tomando en cuenta que esta medida deviene de haber sido tomado de otro sistema normativo diferente al nuestro y ha sido insertada en nuestro sistema penal para imitar lo que sucede en otras latitudes del mundo y deviene digo de otros sistemas normativos dirigidos a otras personas con otra formación cultural principalmente

5.3. ESTUDIO DE CASOS.

En el trabajo de campo, realizamos un análisis de los casos de caducidad de la prisión preventiva que se ha operado en la ciudad y provincia de Loja y que ha dado lugar para que el o los procesados recobren su libertad, y el delito quede en la impunidad, en razón de que no se han presentado a la etapa de juicio cuando han sido llamados. Así, encontramos:

PRIMER CASO.- El 25 de septiembre del año 2000, en el Juzgado Séptimo de lo Penal de Loja, hoy de Garantías Penales, con sede en la ciudad de Macará, se levanta auto cabeza de proceso directo contra Santos N y Freddy N.N. alias "Catacocha" en base a la denuncia presentada por el señor Segundo N, en el que hace conocer la sustracción de una cabeza de ganado de su propiedad, así como el parte policial por el que se informa sobre la detención del ciudadano Santos N., quien ocultaba entre los matorrales del terreno del señor Arturo Merino Román una cabeza de ganado vacuno cuyas características constan del parte policial, contra quien se dicta la orden de `prisión preventiva por estar reunidos los requisitos del Art. 177 del Código de Procedimiento Penal de ese entonces.

Mediante auto de fecha 9 de abril de 2001, las 10h00, el señor Juez Séptimo de lo Penal, con sede en Macará, acatando la disposición del Art. 24, numeral 8 de la Constitución Política del Ecuador, vigente a esa fecha,

deja sin efecto la orden de detención preventiva dictada contra el señor Santos N., en virtud de que se encuentra detenido por un lapso superior a seis meses, ya que el delito materia de ese enjuiciamiento se encuentra reprimido con penas de prisión.

Posteriormente con fecha 14 de mayo de 2001, el señor Juez declara abierta la etapa del plenario en contra del señor Santos N., en calidad de autor del cometimiento de la infracción prevista en el Art. 554 y sancionada por el Art. 555 del Código Penal.

Por último, el Primer Tribunal Penal de Loja, con auto de fecha 10 de noviembre de dos mil cinco, las 09h00, de conformidad con los Arts. 101 y 114 del Código Penal, declara prescrita la acción a favor del sindicado Santos Darío N., dejando sin efecto las medidas cautelares dictadas en su contra, esto, en vista de que por reiteradas ocasiones ha señalado día y hora para la realización de la audiencia de juzgamiento a la que no ha comparecido el acusado, conforme consta de la razón sentada por el señor Secretario del Tribunal; auto que sube en consulta de la Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Loja, la que mediante auto de 7 de abril de 2006, confirma en todas sus partes la resolución del señor Juez Aqúo.

Entonces concluimos que al haber caducado la orden de prisión preventiva dictada en contra del sindicado y ordenado su libertad, no se pudo

conseguir que el señor Santos Darío N. se presente voluntariamente a la audiencia de juzgamiento señalada por varias ocasiones por el Tribunal Penal, por lo que se declaró la prescripción de la acción, quedando por lo tanto el delito en la impunidad.

SEGUNDO CASO.- El Sr. Dr. Carlos Paccha Soto, Agente Fiscal de Loja, con sede en Celica en base al parte policial de fecha 1 de febrero de 2008 suscrito por el Sgto. de Policía Rigoberto Torres por el que se informa por parte del Subteniente del Ejército Federico Aníbal Martínez Vélez, del control El Empalme, sobre la aprehensión del ciudadano Víctor N, transportando combustible con documentos presuntamente adulterados; por lo que con fecha 2 de febrero de 2008 resuelve dar inicio a la etapa de Instrucción Fiscal contra el prenombrado ciudadano Víctor N, por el presunto delito de transporte ilegal de combustible en una zona calificada como de frontera y solicita al señor Juez Sexto de lo Penal de Loja, con sede en Celica dicte la orden de prisión preventiva contra el imputado, como en efecto lo hace. Posteriormente con fecha 9 de junio de 2008 el señor Agente Fiscal emite su dictamen de carácter acusatorio, acusando al imputado como autor material del delito de transporte ilegal de combustible en una zona calificada como de frontera.- Con fecha 23 de junio de 2008, el señor Juez Sexto de lo Penal de Loja, con sede en Celica dicta auto de llamamiento a juicio contra el señor Víctor N, dictando algunas medidas de carácter real y personal y en esta última confirmando la orden de prisión preventiva en su contra y en relación a otros dos imputados de la misma

instrucción dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso como de los imputados. Luego el imputado Víctor N, y el señor Director Regional 4 de la Contraloría General del Estado en Loja, interponen recurso de apelación el mismo que ha sido atendido con fecha 27 de junio de 2008 y se remite el proceso a la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Loja la misma que con auto de fecha 18 de julio de 2008 confirma el auto de llamamiento a juicio contra el señor Víctor N. Con fecha 24 de julio de 2008, la Sala Especializada de lo Penal resuelve sobre la ampliación y aclaración del auto de llamamiento a juicio manifestando que la responsabilidad en la demora procesal son atribuibles al Ministerio Público. Posteriormente es devuelto el juicio al juzgado de origen el 28 de julio de 2008 que es recibido en el Juzgado Sexto de lo Penal con sede en Celica el mismo día y se dispone notificar con la resuelto por el superior a las partes y los originales remitirse a la oficina de sorteos de la Corte Superior de Loja y el mismo día se lo sortea recayendo la competencia en el Tribunal Segundo de lo Penal de Loja, señalando para el 1 de agosto de 2008 la audiencia de juzgamiento que no pudo llevarse a efecto por cuanto el Abogado del acusado presenta un certificado médico por enfermedad y se vuelve a señalar para el día 8 de agosto de 2008.

Posteriormente con fecha 4 de agosto del 2008 el acusado Víctor N, acogiéndose a lo previsto en el numeral 8 del Art. 24 de la Constitución Política del Ecuador, vigente a esa fecha en relación con el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, solicita se deje sin efecto la orden de

prisión preventiva dictada en contra del acusado por estar ya caducada, por cuanto se trata de un delito sancionado con prisión y se han cumplido con exceso los seis meses constantes en la Constitución y la ley.

El Tribunal Segundo de lo Penal de Loja, mediante auto de fecha 5 de agosto de 2008, luego de hacer un análisis del proceso, principalmente en los tiempos, acoge el pedido y ordena la inmediata libertad del acusado Víctor N, para lo cual gira la respectiva boleta de Excarcelación al señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Loja.

En este caso hasta la fecha no se ha podido llevar a efecto la audiencia de juzgamiento contra el acusado.

TERCER CASO.- En la Instrucción Fiscal iniciada el 25 de Mayo de 2006, por el Dr. Francisco Vivanco Riofrío, en calidad de Agente Fiscal de Loja, con sede en Celica, en contra de Kléber Efraín N., por el delito de Abuso de Confianza, cuando el proceso llegó a la etapa del juicio y le correspondió conocer al Segundo Tribunal de Garantías Penales de Loja, proceso signado con el No. 006-2007, el Tribunal mediante auto de fecha 23 de enero de 2007, declara la caducidad de la prisión preventiva de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, Art. 24, numeral 8, primera parte, vigente a esa fecha, por haber excedido los seis meses de tiempo establecidos para los delitos sancionados con prisión

como es el presente caso, y dispone la inmediata libertad del acusado, quien hasta esta fecha no se ha presentado a la audiencia de juzgamiento.

CUARTO CASO.- En el Juzgado Noveno de lo Penal de Loja, con sede en Chaguarpamba, se tramita el proceso penal No. 021-2008, contra el señor Efrén Eusberto N. por el presunto delito de Almacenamiento Ilegal de Combustible, en el que también se declara la Caducidad de la Prisión Preventiva cuando llega a la etapa del juicio y le corresponde su conocimiento al Primer Tribunal de Garantías Penales de Loja, que en auto de fecha 19 de marzo de 2009, declara la caducidad de la medida cautelar por haber vencido el tiempo previsto en el numeral 9, Art. 77 de la Constitución de la República del ecuador, ordenando la inmediata excarcelación del procesado que se encontraba recluido en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, quien hasta la presente fecha no se ha presentado a la audiencia de juzgamiento.

Es preciso destacar que a más de los casos mencionados, en el Distrito Judicial de Loja, no se ha podido encontrar ningún otro en que se haya producido la caducidad de la prisión preventiva, lo que revela que en este ámbito de la Función Judicial ecuatoriana, existe un buen nivel de eficiencia y agilidad en el cumplimiento de los plazos establecidos por la Ley. En cambio, en otros distritos judiciales como es el caso de Guayas, Pichincha, Manabí, El Oro y Esmeraldas, es bastante usual la caducidad

de la prisión preventiva, que incluso ocurre en delitos de suma gravedad como el narcotráfico, asesinato, trata de personas, etc.

CASUÍSTICA EN EL ÁMBITO NACIONAL:

El diario on line Ecuador Inmediato, con fecha 19 de mayo del 2010, difunda una entrevista realizada al Fiscal antinarcóticos del Guayas, Dr. Jorge Solórzano, quien afirma “que la liberación de varios narcotraficantes en el Ecuador se ha dado por la caducidad de la prisión preventiva; en este sentido, dijo que estos casos, afectan a la imagen internacional del país.

Todas las personas, en cualquier nivel del narcotráfico han salido libres por la caducidad de la prisión preventiva, hay más de quinientos casos, ¿cómo se pueden imaginar que una corte no funciones y permite que en un año de tiempo lapso que da la Ley, caduquen más 500 y 600 casos (en la provincia del Guayas)”.

Así también recalcó el señalado Fiscal Solórzano que gracias al trabajo conjunto de la Policía Nacional y la Fiscalía se ha podido frenar los niveles de incremento de este tipo de delitos.

En otros casos, a niveles de Cortes Provinciales hemos tenido algunas liberaciones de narcotraficantes que lo que hacen es perjudicar al país, ya tenemos una mala imagen del país a nivel internacional, la Policía y la

Fiscalía luchan contra el crimen pero los resultados son malos a nivel judicial.

Algunos de los casos más comentados de los últimos tiempos son los del ex ministro de deportes Raúl Carrión, quien con fecha 22 de diciembre del año 2009, fue liberado de la Cárcel 4 de Quito, por haberse producido con fecha 19 de noviembre de este mismo año la caducidad de la prisión que pesaba en su contra desde el 18 de mayo del 2009, día en que fue detenido por el delito de peculado en la construcción de un complejo deportivo en Carpuela, provincia de Imbabura.

Esto fue confirmado por el presidente de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Hernán Ulloa, quien sostuvo que, una vez, que se ejecutoríe la providencia que dictó declarando la caducidad de la prisión preventiva de Carrión, notificará a la Cárcel respectiva (Nro.4) que queda insubsistente la orden de prisión preventiva en contra del ex Ministro de Deportes, quien estuvo detenido desde el pasado 18 de mayo de 2009.

El ex Ministro Carrión efectivamente fue puesto en libertad, porque en otros procesos penales que se siguen en su contra está acusado por la Fiscalía, pero sin orden de prisión.[98] Se trata del proceso por peculado en la

[98] " La libertad de Carrión fue consecuencia del retraso en el trámite de los procesos de peculado que se siguen en su contra, tanto en la Fiscalía como en la Corte Nacional de Justicia, por lo cual en el caso de malversación de fondos públicos (Carpuela) se aplicó la caducidad de la prisión preventiva", Véase Diario El Universo, 23-XII-2009

contratación de obras deportivas en Macas, provincia de Morona Santiago, y del lavado de activos, en el cual el juez Ulloa sobreseyó o absolvió definitivamente al ex ministro Carrión, porque, según argumentó, la Fiscalía emitió un dictamen no acusatorio en su contra.

Según la evaluación, entre enero de 2009 y junio de 2010 se reportó la caducidad de la prisión preventiva en 1405 casos a escala nacional, supuestamente por la "inacción" de los operadores de justicia. De este total, 1.346 son atribuidas a los Jueces de Guayas y 43 a los de Pichincha. El Oro y Tungurahua tienen cinco casos cada uno. Le siguen Manabí con dos, Esmeraldas, Azuay, Loja y Napo con uno, respectivamente. La caducidad se produjo en juicios por robos, asesinatos, tenencia ilegal de armas, uso doloso de documentos, violación, tráfico de drogas, etc.[99]

[99] "El 95% de presos liberado desde el 2009 por la caducidad de la prisión preventiva estaba procesado por jueces de Guayas. Así lo establece un estudio del Gobierno, difundido ayer por el Ministro de Justicia, José Serrano Salgado". Véase Diario El Comercio, 23-VI-2010.

6.- DISCUSIÓN

6.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Los objetivos propuestos para ser verificados dentro de este proceso investigativo son los siguientes:

OBJETIVO GENERAL.

Demostrar la necesidad de lograr una aplicación racional de la medida de la prisión preventiva en el Ecuador.

La amplia base doctrinaria, jurídica, analítica y crítica que consta en las páginas que anteceden, así como los contenidos que se tratan en forma pormenorizada el problema de investigación, permiten determinar que la prisión preventiva es una medida cautelar de excepción, y por ello solamente puede ser utilizada en los casos previstos por la Ley, y cuando las circunstancias propias de cada caso no permitan otra alternativa, es decir, es una medida de ultima ratio; por ello la presente investigación ha permitido demostrar que es necesario promover una aplicación racional de esta medida, de manera que no resulte excesiva en cuanto a los derechos del reo, ni mínima en cuanto a la necesidad de proteger la seguridad de la colectividad. Por tanto, este objetivo ha sido debidamente alcanzado.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

A) *Evaluar el estado de la doctrina a fin de determinar la necesidad de la aplicación de la prisión preventiva.*

La presente investigación también ha permitido un amplio estudio de carácter doctrinario, en lo concerniente a revisión de literatura, de manera que se ha podido determinar que es imprescindible la utilización de la prisión preventiva, en cuanto casos excepcionales lo ameriten, como es por ejemplo en el caso de los llamados delitos especiales, o cuando el reo revele especial peligrosidad para su entorno social, y en definitiva cuando existan indicios suficientes que permitan advertir la posibilidad de evasión del reo. Se ha determinado que es indispensable garantizar el ejercicio del ius puniendi como herramienta esencial del Estado para proteger los derechos de los ciudadanos. De esta manera el primer objetivo específico ha sido debidamente alcanzado.

B) *Identificar nuevas tendencias del Derecho Penal Internacional y el derecho comparado en torno al presupuesto de aplicación de la prisión preventiva.*

La revisión de literatura y el acopio doctrinario que alimenta a la presente investigación, ha permitido determinar con absoluta certeza que la tendencia actual del derecho internacional y el derecho comparado, se manifiesta en el sentido de que las medidas cautelares privativas de libertad son de ultima ratio, es decir, se aplicarán en los casos de estricta

necesidad, pues se considera procedente la aplicación de otras medidas cautelares menos dañosas para la integridad personal del reo. Esto evidente que este objetivo también ha sido alcanzado en forma satisfactoria.

C) *Evaluar la legislación penal ecuatoriana en torno a la aplicación de la medida de la prisión preventiva, identificando posibles deficiencias en cuanto a los presupuestos que rige para su aplicación.*

Este objetivo también ha sido plenamente conseguido en cuanto se ha procedido a una cuidadosa evaluación de la legislación procesal penal ecuatoriana, en relación con la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, determinando que existen ciertas insuficiencias e incoherencias normativas en lo relacionado a los límites de la caducidad de la prisión preventiva, situación que en muchos casos ocasiona impunidad de los presuntos responsables de delitos que afectan bienes jurídicos sustanciales y que han colocado en estado de zozobra a toda la colectividad. Por tanto, este objetivo también ha sido debidamente alcanzado.

6.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis planteada para ser contrastada a través del desarrollo del presente proceso investigativo, estuvo estructurada en los siguientes términos:

> *"Existen deficiencias en la concepción normativa penal, que regulan la aplicación de las medidas cautelares de orden personal, lo que genera exceso en la aplicación de la prisión preventiva."*

Para la contrastación de este supuesto hipotético nos parece necesario remitirnos a los siguientes fundamentos obtenidos del desarrollo de la presente tesis:

A) El derecho a la libertad es uno de los atributos sustanciales de la personalidad humana, y por tanto este bien jurídico sustancial no puede ser afectado sino en casos excepcionales, cuando se trate de priorizar el bien colectivo sobre las garantías personales del sujeto, como ocurre en el proceso penal, donde se procede a la aplicación de medidas cautelares de carácter coercitivo del derecho a la libertad, solamente como una medida de última ratio, es decir, cuando las circunstancias del caso, la peligrosidad del infractor y la necesidad de proteger a la sociedad así lo requieran. Sin embargo, el diseño normativo de la prisión preventiva, con el ánimo de garantizar los

derechos de los procesados, ha establecido límites para la caducidad de la prisión preventiva incoherentes con la realidad procesal ecuatoriana, de manera que se genera una peligrosa impunidad de presuntos responsables de delitos graves, lo que ha defraudado las finalidades del proceso penal, ha afectado sustancialmente los derechos de las víctimas, y ha dejado al Estado en imposibilidad de ejercer el derecho del ius puniendi.

B) La presente investigación ha permitido establecer con absoluta certeza que existen algunos problemas en materia de aplicación de la prisión preventiva, la que es mal utilizada en muchos casos, donde se la procede a dictar sin los justificativos previstos en el Código Procesal Penal, y en otros casos en cambio, existe insuficiencia legal en cuanto a límites demasiado cortos para la caducidad de esta medida cautelar, especialmente en el caso de delitos especiales, que se caracterizan por su gravedad en virtud de la afección letal a bienes jurídicos de enorme importancia para los individuos y la colectividad.

C) La investigación de campo, esto es la aplicación de encuestas, realización de entrevistas, y estudio de casos, como se puede apreciar en páginas anteriores, corrobora plenamente la existencia del problema de investigación, y las consecuencias nocivas que este genera en el seno de la sociedad.

Con base en los fundamentos indicados se puede determinar con absoluta certeza el carácter de verdadera de la hipótesis planteada.

7.- CONCLUSIONES

El desarrollo sistemático de la presente investigación nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

a) Las medidas cautelares son mecanismos jurídicos de indispensable existencia en el proceso penal, pues a través de ellas se pueden adoptar los procedimientos necesarios para garantizar la inmediación entre el procesado y el juicio, lo que resulta indispensable para la materialización de las finalidades del proceso, así como para garantizar el pago de las responsabilidades civiles que provengan de la infracción penal que se juzga.

b) La doctrina universal del derecho procesal penal reconoce como medidas cautelares principales a la detención y a la prisión preventiva, y como medidas alternativas sustitutivas de éstas que también limitan el derecho a la libertad, se habla del arresto domiciliario y de la libertad controlada. La característica esencial de éstas medidas cautelares es el carácter provisional que les corresponde.

c) Las medidas cautelares personales, y especialmente la prisión preventiva, son consideradas como una excepción estrictamente necesaria que en aras de la preservación de la vida en sociedad y de garantizar la aplicación de la potestad punitiva del Estado, deben adoptarse, en consideración a los requerimientos de tipo técnico y jurídico que determina la ley, y con las formalidades, procedimientos y

tiempo estrictamente prescrito por la ley. Fuera de éstos términos, la privación de la libertad se constituye en un atentado del cual incluso pueden resultar consecuencias de tipo punitivo, civil y administrativo.

d) La detención en firme que tuvo vigencia en nuestro Código de Procedimiento Penal, es una medida cautelar que no tenía derivación histórica en la doctrina ni el derecho comparado, e incluso guardaba una evidente contradicción con las características esenciales de las medidas cautelares en general como es el carácter de provisional de las mismas, por tanto resultaba una medida cautelar sumamente grave para los derechos fundamentales de los ciudadanos, y para la seguridad jurídica de la sociedad ecuatoriana.

e) Las reformas introducidas en nuestro Código de Procedimiento Penal mediante R.O.-S 555 de 24 de Marzo de 2009, resultan sumamente interesantes para garantizar los derechos fundamentales de las personas en materia de prisión preventiva, determinando en forma absolutamente clara el procedimiento que debe seguirse para dictar tal medida que será esencialmente adoptada en audiencia, de manera que se garantice que aquella solamente se aplique en casos de estricta excepcionalidad.

f) Los límites de la prisión preventiva que determina el Art. 77, numeral 9, de la Constitución de la República, así como el Art. 169 del Código de

Procedimiento Penal, son absolutamente incoherentes con la realidad judicial y procesal ecuatoriana, de manera que han posibilitado que en muchos casos se promueva la impunidad de actos cometidos por peligrosos delincuentes, que como es natural en esos casos, han evadido la acción de la justicia, y se constituyen actualmente en los entes protagónicos del hacer delictivo nacional y de los peligrosos índices de criminalidad que acosan como uno de sus principales problemas a la sociedad ecuatoriana.

g) Los límites de la prisión preventiva que establece actualmente la Ley, no concuerdan con el tiempo que en la práctica requiere la justicia ecuatoriana para concluir los juicios en procesos que promueven el juzgamiento de delitos especiales, por lo que se produce una afección sustancial al derecho de castigar del Estado, como base para imponer su supremacía y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y la convivencia social en términos de paz y armonía.

h) De acuerdo a los resultados obtenidos de la aplicación de encuestas y de entrevistas, así como del estudio de la casuística relacionada con el problema de investigación, se puede llegar a la conclusión que existen innumerables críticas contra el período previsto para la caducidad de la prisión preventiva, en el sentido de que este es muy corto con respecto al tiempo que en muchos casos se requiere para la evacuación de las fases procesales, lo que permite que ciertos abogados defensores

abusen de los recursos, posibilidades de recusación y otros medios procesales para causar la demora en el trámite, consiguiendo la liberación de peligrosos delincuentes por caducidad de la prisión preventiva, lo que como opinan los encuestados y entrevistados, produce una peligrosa impunidad que pone en riesgo la vigencia del Estado de derecho.

i) Como conclusión principal del estudio realizado, podemos aseverar que es necesaria la realización de una reforma constitucional, así como en el Código de Procedimiento Penal, ampliando los plazos de caducidad de la prisión preventiva, para prevenir que peligrosos delincuentes recobren fácilmente su libertad como lamentablemente viene ocurriendo, y de esta manera evitar que se continúen incrementando aceleradamente los índices de criminalidad.

8.- RECOMENDACIONES

Tomando en consideración las conclusiones expuestas, nos permitimos emitir las siguientes recomendaciones:

a) Recomendamos a los señores legisladores que conforman la H. Asamblea Nacional, la expedición de las reformas legales necesarias en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, tomando siempre en cuenta las corrientes universales del derecho penal, pues no se puede experimentar con medidas cautelares *sui generis,* extrañas a la doctrina universal, y sobre todo cuando afectan directamente aun derecho tan elemental e importante para el ser humano como es la libertad. Esto lo decimos en virtud de las propuestas recientes que se escuchan en la Asamblea Nacional, en cuanto a retomar la detención en firme como vía "inconstitucional" para evitar la caducidad de la prisión preventiva.

b) Sugerimos a todos los fiscales y jueces de garantías penales de nuestro país, que dentro de su práctica en los ámbitos de persecución del delito, procedan a la aplicación de medidas cautelares personales, y especialmente de la prisión preventiva, solo en los casos en que aquella es procedente legalmente en virtud de la necesidad extrema de su aplicación en virtud de la gravedad del delito que se persigue, de la personalidad del infractor, y del peligro de evasión del procesado, pues de otra manera se constituye en una medida abusiva y reñida con los derechos fundamentales del reo.

c) Sugerimos a la Asamblea Nacional la optimización de la normatividad punitiva que reprime las conductas irregulares en la administración de justicia, a fin de establecer drásticas sanciones para los casos en que se produzca caducidad de la prisión preventiva por causa de negligencia, actitudes impropias de los jueces de garantías penales.

d) Recomendamos a los Fiscales y Jueces de Garantías Penales, que se inclinen por la utilización de los mecanismos que determina el Código Orgánico de la Sanción Judicial para promover la aplicación de sanciones a los abogados defensores de los procesados que hagan uso de prácticas procesales desleales, o de estratagemas y leguleyadas, orientadas a entorpecer el desarrollo del proceso a fin de lograr que se cumplan los plazos previstos en la Ley para la caducidad de la prisión preventiva, con el objetivo de conseguir la impunidad en las causas de sus clientes.

e) Sugerimos a los señores asambleístas que en forma urgente se realicen las reformas pertinentes al Art. 77, numeral 9, de la Constitución y al Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, de manera que se instituyan límites para la caducidad de la prisión preventiva, acordes a las características de nuestro sistema judicial, determinando el límite de seis meses para los delitos reprimidos con penas de prisión; de un año, para delitos reprimidos hasta con nueve años de reclusión; y de dieciocho meses, en el caso de delitos

reprimidos con penas superiores a nueve años de reclusión. De esta manera se evitará la impunidad que viene generando un peligroso desarrollo de los índices de la criminalidad en el Ecuador.

f) Finalmente, recomendamos a los actuales estudiantes del Programa de Maestría en Ciencias Penales del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, que profundicen en estudios investigativos referentes a las medidas cautelares en el proceso penal ecuatoriano, pues de aquellos mecanismos coercitivos depende en buena parte el éxito del proceso penal en su función esencial de protección a la sociedad.

9.- BIBLIOGRAFÍA

Libros de texto

BENTHAM, JEREMY, *A Fragment On Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

BERMÚDEZ CORONEL, EDUARDO, *Debido Proceso: Prisión Preventiva y Amparo de Libertad en el contexto de los Derechos Humanos,* Corte Suprema de Justicia, Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador, Cuenca, Ecuador, 2001.

CABANELLAS, GUILLERMO, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Eliasta, Buenos Aires Argentina, 2003, 28ª edición.

CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, 4ta. edición actualizada, Buenos Aires, 2005.

DOMÍNGUEZ, VIRGOLINI Y ANNICCHIARICO, "*El derecho a la libertad en el proceso penal*", Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984.

FALCON, ENRIQUE M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

FERNANDO NIÑO, LUIS, *La libertad y el derecho penal*, Universidad San Martín de Porres, Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, 2005.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2001

FERRAJOLI, LUIGI, *Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas*, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2001.

FLORES POLO, PEDRO, *Diccionario Jurídico Fundamental*, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima-Perú, año 2002.

GARCÍA LEAL, LAURA, *El debido proceso y la tutela judicial efectiva,* Frónesis, Venezuela, diciembre, 2003, vol.10, no.3.

GARCÍA –PELAYO Y GROSS, Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado,* Ediciones Larouse, Buenos Aires Marsella, 1983.

GULLCO, HERNÁN, *Constitución Poder Político y Derechos Humanos*, en Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Editorial La ley, Buenos Aires.

GARCÍA FALCONÍ, JOSÉ, *Manual de Practica Procesal Constitucional y Penal*, Primera Edición, Quito-Ecuador.

GARCÍA NINET, ANTONIO, *Descartes: La "res cogitans" y la libertad,* A Parte Rei: revista de filosofía, Nº. 59, 2008.

GIMENO SENDRA, VICENTE, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2008.

HERNÁNDEZ TERÁN, MIGUEL, *El Debido Proceso en el marco de la nueva Constitución Política (1)*, en Debido Proceso y razonamiento judicial, PROJUSTICIA, Ponencias de los seminarios talleres para jueces, magistrados y profesores de Derecho, Quito, diciembre de 1998.

HERNÁNDEZ VILLARREAL, GABRIEL, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?*, Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, Colombia, enero-junio de 2007.

LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Derecho Constitucional*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Vol. I, Quito, 2004.

MÉNDEZ LÓPEZ, JOSEFINA, *Constitución e Ius Puniendi,* Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica Social y Administrativa, Nivel de Postgrado, Maestría en Ciencias Penales, Loja-Ecuador 2008.

MIRANDA ENTRAMPES, MANUEL, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, *El Espíritu de las Leyes*, Ediciones Istmo, S.A., 1ª edición, Madrid 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*, Ius et Praxis, Vol. 11, Nº. 1, 2005.

ORÉ GUARDIA, ARSENIO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Alternativas, 2da. Edición, Lima Perú, 1999.

OSSORIO Y FLORIT, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1994.

PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO, *Exegesis Del Nuevo Código Procesal Penal*, Primera Edición, Editorial RODHAS, Lima 2007.

PÉREZ PIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Perfil de la discusión filosófica política contemporánea*, Gregorian University Press, Roma, 2005.

PIERRE- PROUDHON, JOSEPH, *General Idea of the Revolution in the Nineteenth Century*, citado en Revista Rebeldía, 2003, Universidad de Texas, 2008.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario del Estudiante*, Editorial Santillana, S.A., 1ª Edición, MADRID, 2005.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Procesal Penal*, Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000.

VÁSQUEZ VÁSQUEZ, MARIO, *Detención y Libertad en el Proceso Penal*, Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 136, Marzo del 2006.

SAVATER, FERNANDO, *Ética para Amador*, Ariel, 1ª Edición, Barcelona, 2008.

STUART MILL, JOHN, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *"In dubio pro reo", libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia,* Revista española de Derecho Constitucional, Año nº 7, Nº 20, Madrid, 1987.

ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, *El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho*, en Debido Proceso y razonamiento judicial, PROJUSTICIA, Ponencias de los seminarios talleres para jueces, magistrados y profesores de Derecho, Quito, diciembre de 1998.

ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, *Las Medidas Cautelares en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Revista Jurídica, Faculta de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2006.

ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo VI, Editorial Edino, Guayaquil, 2005.

Instrumentos internacionales

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 24 de agosto de 2007, Sexagésimo segundo período de sesiones, Tema 72 b) del programa provisional, Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Informe del Secretario General.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 3 de enero de 2007, Consejo de Derechos Humanos, cuarto período de sesiones, tema 2 del programa provisional, aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos", Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (DADDH), aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA).

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, informe de la visita realizada a Colombia por dos miembros del Grupo, 1988.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1999.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), Órganos de las Naciones Unidas, Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 56 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 2000.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH),* Pacto de San José, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José).

Convención Interamericana sobre el cumplimiento de medidas cautelares.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 9º inciso 1º, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gangaram Panday*, sentencia del 21 de enero de 1994.

CORTE DE APELACIONES DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO CARABOBO*, Sala N ° 2*, Valencia, 17 de mayo de 2004, 194° y 145°, Asunto Principal GK01-P-2002-000041, Asunto: GK01-R-2002-000001, Ponente: Aura Cárdenas Morales, Resolución negando orden de aprehensión. República Bolivariana de Venezuela, Poder Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, Sala de lo Penal, Managua, 26 de marzo de 2007, Sentencia No. 38.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Argentina, *Caso Daray*, 1995-B-350.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Argentina, Expediente Nro. 11/1984, y el Auto Sala 2da T. S. de 18 de Junio 1992, República de la Argentina.

PROCESO Nº 81-DL-2005, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Acción laboral ejercida por Jesús Alberto Villarroel Montes contra la Secretaría General de la Comunidad Andina, Quito, 5 de diciembre de 2006.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Expediente 880-97-HC/TC), del 1 de julio de 1998 y publicada el 23 de setiembre de 1998.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 8/2002, de 14 de enero (BOE núm. 34, de 8-2-2002). Sala Segunda. Recurso de amparo 1496/00. Otorga el amparo. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Sentencia del Tribunal Constitucional (amparo 1496/00).

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Proceso Nro. 206-98. Chávez vs. Juzgado de lo Penal de Ahuachapán, Acción de Hábeas Corpus, Antiguo Cuscatlán, 10 de junio de 1998.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1968/2004-R, Sucre, 17 de diciembre de 2004, Expediente nro. 2004-10357-21-RHC, Distrito de La Paz, Magistrado Relator: Dr. Willman Ruperto Durán Ribera, en revisión de la Resolución 48/2004 de 9 de noviembre, cursante de fs. 91 a 92, pronunciada por el Juez Tercero de Sentencia en lo Penal de la Capital del Distrito Judicial de La Paz, en el recurso de Hábeas Corpus interpuesto por José Heriberto Rodas García, contra

Constancio Alcón Paco, Juez Séptimo de Instrucción en lo Penal Liquidador, alegando detención indebida.

TRIBUNAL SEGUNDO DE CONTROL DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL DEL ESTADO FALCÓN, Coro, 25 de Diciembre de 2005, 195º y 146º, Asunto Principal: IP01-P-2005-006819, Resolución negando orden de aprehensión. República Bolivariana de Venezuela, Poder Judicial.

Códigos y leyes

Código de Procedimiento Penal**,** Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2010.

Código Procesal Penal Dominicano, 2004.

Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, Ley 68, Registro Oficial 279 de 19 de Marzo de 1998.

Carta Magna Libertarum, Reino Unido, 1215.

Código Orgánico de la Función Judicial, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a enero de 2010.

Referencias electrónicas y de prensa

ALBÁN GÓMEZ, ERNESTO, "*Prisión preventiva*", Diario Hoy de la ciudad de Quito, publicación del 19 de octubre de 2008, sección opinión.

DIARIO EL UNIVERSO DE GUAYAQUIL, edición del 29 de octubre de 2006, sección Sucesos, titular: *"La_prisión preventiva sujeta a agilidad procesal*".

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésima segunda edición, disponible en http://buscon.rae.es, sitio electrónico consultado el 23 de julio de 2009.

GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, *La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, núm. 09-09, p. 09:1-09:25. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-09.pdf, sitio web consultado el 31 de marzo de 2009.

WIKIPEDIA, *enciclopedia libre*

UNIÓN DE TRABAJADORES DE PRENSA DE BUENOS AIRES, Agencia Nacional de Comunicación, bajo el titular: *La Corte Suprema de Justicia condenó al periodista Eduardo Kimel a un año de prisión en suspenso y a pagar 20 mil dólares*, Buenos Aires, 28 de septiembre de 1991.

10.- ANEXOS

ANEXO No. 1

ENCUESTA APLICADA A JUECES DE GARANTÍAS PENALES, FISCALES Y ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
NIVEL DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

Señor Doctor: Le rogamos encarecidamente contestarnos la presente encuesta que va dirigida a recabar datos de singular importancia para el desarrollo de nuestra tesis de Maestría en Ciencias Penales.

1.- Considera usted que en un elevado porcentaje de los procesos penales se produce la caducidad de la prisión preventiva, generando casi siempre la impunidad de los delitos, lo que se traduce a la postre en inseguridad en la comunidad?.
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____
_____
_____

2.- La aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva pretende asegurar la presencia del procesado tanto en el desarrollo del proceso como al cumplimiento de la pena en caso de imponérsela según el precepto constitucional. Al no dictarse la prisión preventiva en delitos considerados graves, generaría impunidad?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____
_____
_____

3.- Cree usted que las reformas introducidas mediante ley publicada en el Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009 que establecen otras medidas cautelares sustitutivas, generarían impunidad puesto que no se conseguiría la inmediación del procesado?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____

_____
_____

4.- Estaría de acuerdo en que en nuestro país se está desarrollando principios humanistas que limitan el uso de la prisión preventiva de manera frecuente e imponen su adopción de manera excepcional?.
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____
_____
_____

5.-Comparte la opinión en el sentido de que es conveniente que se introduzcan reformas que contemplen expresamente los casos en los cuales se podría dictar prisión preventiva tanto en delitos flagrantes como en los que no lo son, teniendo en cuenta algunos presupuestos legales?.
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____
_____
_____

6.- Considera que existen deficiencias en la concepción normativa penal respecto a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, lo que genera exceso en su aplicación?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? _____
_____
_____

Gracias por su colaboración

. .

ANEXO No. 2

PROYECTO DE TESIS

TÍTULO: LA CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: SINÓNIMO DE IMPUNIDAD.

1. TEMA:

APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL RÉGIMEN PROCESAL PENAL ECUATORIANO Y SU INCIDENCIA EN RELACIÓN CON LA CADUCIDAD DE LAS MISMAS.

2. PROBLEMATIZACIÓN:

El Código de Procedimiento Penal contempla como medidas cautelares de carácter personal entre otras la prisión preventiva, que acorde con lo dispuesto en el numeral 9 del Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, no puede exceder de seis meses en los delitos reprimidos con prisión; y, un año a los delitos reprimidos con reclusión.

No obstante que, se han previsto plazos para la sustanciación de las etapas de: instrucción fiscal, intermedia y de juicio, mismos que se vienen cumpliendo por parte de los operadores de justicia con excepciones principalmente originados por funcionarios del orden jurisdiccional, se producen casos de caducidad de la prisión preventiva y consecuentemente deviene la aplicación de la norma del numeral 9 del Art. 77 de la Constitución, esto es, la inmediata libertad de los detenidos lo que genera impunidad, puesto que no concurren luego a audiencias de juicio para su juzgamiento, generando a la vez inseguridad tanto del sistema procesal vigente cuanto en la ciudadanía.

En la actualidad y a través de los diferente medios de comunicación, conocemos que la sociedad en general se enfrentó a una inseguridad ciudadana debido a que cumpliendo el mandato de la llamada Carta Magna podrían obtener la libertad aproximadamente 3.589 presos que no han sido sentenciados, lo que ha puesto en apuros a los diferentes organismos que tienen que ver con este tema, quienes estudian soluciones para evitar la salida de los reos la mayoría de ellos de alta peligrosidad. Por otro lado el Congreso Nacional, el 16 de octubre del 2007, aprobó una Ley Interpretativa al Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, que frenó la liberación de los 3.589 detenidos, siendo esta una solución “parche” ya que no puede una norma legal estar por encima de la norma Constitucional, estando latente el problema mientras

no se plantee una solución de fondo que haga factible que la administración de justicia sea ágil y oportuna.

El problema que estamos enfrentando, se debe principalmente a que la medida cautelar de la prisión preventiva, siendo una medida de carácter restrictiva, ha sido dictada sin tomar en consideración aspectos como el peligro de fuga, reincidencia, gravedad del delito entre otros que deben ser analizados previo la decisión por parte del juez garante; motivos por lo que los Centros de Rehabilitación Social de todo el país afrontan problemas como el hacinamiento de reclusos, por ejemplo según estadísticas dadas a conocer a través de los medios de comunicación en diciembre del 2005, existían 12.252 presos, de los cuales en las cárceles de varones solamente estaban con sentencia 4.035 y 6.909 estaban procesados. En la actualidad ese número se ha incrementado a 18.255 de los cuales 6.050 varones están condenados y 10.388 procesados

Si bien la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 9 del Art. 24 prevé los plazos para que opere la caducidad preventiva fijándolos en la forma como se ha expresado anteriormente, dicha predicción constitucional tiende agilitar los trámites en el proceso penal ante el Ministerio Público y ante la Función Judicial, no obstante en la práctica viene constituyéndose en un instrumento de la defensa de los imputados que de una u otra manera impiden la realización de diligencias dispuestas a efecto de que transcurran los plazos en referencia sin que se haya

resuelto la situación jurídica de sus patrocinados, que incluye lógicamente su estado de privación de libertad bajo la figura de prisión preventiva.

La Ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, emitió un pronunciamiento en el sentido de que no operaría la caducidad cuando el retardo en la tramitación de procesos sea atribuido al imputado o acusado o a sus abogados defensores, pronunciamiento que corrobora la situación real que al ser observada por nosotras fue tomado como objeto de estudio por constituir un problema jurídico, sin embargo el mismo está latente y amerita sea resuelto mediante una reforma legal; misma que permitirá de manera directa desarrollar en el marco jurídico el principio de legalidad, principalmente; además, los principios de oportunidad, ponderación y uno de los que viene constituyendo el fundamento del proceso oral acusatorio cual es el principio de inmediación.

3. MARCO TEÓRICO:

El presente trabajo de investigación intitulado **"Aplicación de las medidas cautelares de carácter personal en el régimen procesal penal ecuatoriano y su incidencia en relación con la caducidad de las mismas",** establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, Art. 77 numeral 9 que habla de la caducidad; y, el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano en los Arts. 164, 167, 168 y 169, será el centro de

atención de nuestro trabajo investigativo, mediante la revisión de casos prácticos en los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Loja..

En nuestro país hasta el año 2000 estuvo vigente el sistema procesal penal inquisitivo, por lo que el legislador optó por un cambio de avanzada, demoliendo por completo los cimientos del proceso penal que regía hasta esa fecha y trasladando un sistema adjetivo que se encuentra implementado en casi toda América Latina y en Europa, que ha demostrado ser completamente garantista y de una mayor celeridad procesal, que beneficia no solo a las partes involucradas en el proceso penal, sino también a la sociedad que puede palpar la eficacia del sistema judicial penal.

Algunos tratadistas dan sus criterios acerca de lo que es y significa esta medida cautelar de carácter personal como es la prisión preventiva, mismos que los transcribimos a continuación:

“En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria “.

El profesor Raúl Zaffaroni, afirma en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, que “la prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional.”

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su obra Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo IV, pag. 72, sobre la prisión preventiva dice lo siguiente: “Una de las instituciones que más polémica ha provocado y sigue provocando es el de la prisión provisional. Para uno es la lógica consecuencia de una conducta desafiante a la norma jurídica penal; para otros, si bien la rechazan de manera general, la admiten en definitiva como un mal necesario; y finalmente no faltan quienes la rechazan absolutamente y la consideran una de las más graves negaciones a la libertad humana.”.

Carnelutti en su obra sobre el Proceso Penal Vol II, se pronuncia por el uso mínimo de la privación de la libertado como medida cautelar y luego de hacer presente que a la persona que sufre tal medida se encuentra en iguales condiciones que la del condenado, sentencia: “el aislamiento preventivo del imputado se asemeja, pues, a una de aquellas medidas heroicas que debe ser propinadas por el médico con suma prudencia, porque pueden curar al enfermo pero también ocasionarle un mal más grave; quizá un parangón eficaz el que se puede hacer con la anestesia, y sobre todo, con la anestesia general, la cual es un medio indispensable para el cirujano, pero ¡ ay si éste abusa de ella¡ “.

Pero en la implementación de dicho Código, se crean diversos criterios y opiniones por parte de los profesionales del derecho y de la sociedad misma, en cuanto a las detenciones y las libertades que durante el proceso penal se decretan; estas críticas que poseen fines constructivos y a veces destructivos, generan y demuestran la falta de información que se debe manejar en torno a la aplicación de dichas medidas cautelares en concordancia con los principios garantistas establecidos en la Constitución Política de la República del Ecuador y en el Código Procesal Penal.

La finalidad de nuestro trabajo científico es estudiar las medidas cautelares de carácter personal en el régimen procesal penal ecuatoriano y su incidencia en relación con la caducidad; consecuentemente, identificar los tipos de medidas cautelares que existen en el Código Procesal Penal, referirnos a los principios constitucionales en relación a dichas medidas, analizar el derecho a la libertad de las personas filosóficamente, para después trasladarnos a considerar los fundamentos de su vulnerabilidad en Derecho, identificar los motivos legales que la limitan, estudiar los tipos de medidas sustitutivas contempladas en la legislación penal ecuatoriana y por último revisar lo que con relación al objeto del tema contienen los Tratados y Acuerdos Internacionales de los que es suscriptor nuestro país.

4. JUSTIFICACIÓN:

La presente investigación tiene como justificativo el hallar soluciones legales para evitar la caducidad de las medidas cautelares de carácter personal, específicamente la prisión preventiva, para cuyo objeto plantearemos posibles soluciones para que la administración de justicia se vuelva más ágil y eficiente en la tramitación de los procesos, cumpliendo y observando los plazos previstos para su tramitación.

Por otro lado, la investigación estará dirigida a plantear medidas alternativas a la prisión preventiva en los delitos de menor gravedad con la finalidad de que con ellas se evite que los centros de rehabilitación social tenga una población elevada y por lo tanto se enfrenten a los diferentes problemas de: hacinamiento, económicos y de rehabilitación que es el fundamental para lograr una verdadera reinserción de los reos a la sociedad.

Con las soluciones jurídicas que propongamos procuraremos que los delitos no queden en la impunidad por falta de una administración de justicia oportuna y por otro lado que los derechos de los reos previstos en la Constitución y las Leyes no sean vulnerados, al tiempo que con la reformas a plantearse en el campo jurídico permitirán sin duda dotarle a la sociedad en general una justicia expedita y seguridad.

La investigación que nos proponemos realizar es factible toda vez que en calidad de operadores de justicia, contamos con los elementos que

posibiliten el trabajo a desarrollar, esto es material bibliográfico, documental y tenemos acceso a fuentes de información directa en los procesos que se han sustanciado tanto en el Ministerio Público como en los Juzgados y tribunales de lo Penal del Distrito Judicial de Loja.

5. OBJETIVOS

5.1. OBJETIVO GENERAL

- Demostrar la necesidad de lograr una aplicación racional de la medida de la prisión preventiva en el Ecuador .

5.2. OBJETIVO ESPECÍFICO

- Evaluar el estado de la doctrina a fin de determinar la necesidad de la aplicación de la prisión preventiva.
- Identificar nuevas tendencias del Derecho Penal Internacional y el derecho comparado en torno al presupuesto de aplicación de la prisión preventiva.
- Evaluar la legislación penal ecuatoriana en torno a la aplicación de la medida de la prisión preventiva, identificando posibles deficiencias en cuanto a los presupuestos que rige para su aplicación.

6. HIPÓTESIS:

Existen deficiencias en la concepción normativa penal, que regulan la aplicación de las medidas cautelares de orden personal, lo que genera exceso en la aplicación de la prisión preventiva.

7. METODOLOGÍA

La metodología a seguir en la ejecución de la investigación que proponemos, en búsqueda del alcance de los objetivos planteados, conlleva el auxiliarnos de los siguientes instrumentos metodológicos que permita llegar al conocimiento de los fenómenos que producen en la sociedad, mediante la reflexión, comprensión y el contacto directo con la realidad objetiva.

a) El método científico servirá de fundamento y orientación en todo el desarrollo de la presente investigación; mismo que garantizará la continuidad del proceso investigativo y por ende la rigurosidad y confiabilidad en los resultados del mismo. Así, uUtilizaremos los métodos inductivo y deductivo, que permitirán el manejo didáctico de la información tanto teórica como empírica, logrando con ello mejores y más significativos niveles de profundidad en la investigación propuesta.

b) La investigación será documental y de campo, a través de técnicas y estrategias que ofrece este método de investigación, además nos apoyaremos en técnicas adecuadas para la recolección de la información tales como fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas, fichas documentales; instrumentos de entrevistas, encuestas, dentro del campo a investigar que serán aplicadas con una muestra representativa de juristas en el Distrito judicial de Loja. .

c) Se realizará un estudio de casos en los Juzgados y Tribunales de lo Penal del cantón de Loja, durante los años 2007-2008.

d) Proceso de análisis e interpretación de la información teórica y de campo, fase que se desarrollará en coherencia a una orientación crítica y reflexiva.

e) Los resultados de la investigación recopilada durante la investigación, serán expresados en el informe final, el que contendrá el análisis de resultados que serán expresados mediante cuadros estadísticos que demuestren la incidencia del problema, objeto de estudio, verificación, comprobación de los objetivos, la contratación de la hipótesis y finalmente, daremos una propuesta de la reforma constitucional y legal encaminada a la solución del problema socio jurídico planteado.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO Y PRESUPUESTO

AÑO 2008 - 2009	MESES					
Actividades	Oct. 08	Dic.08.	Enero	Feb.	Marzo	Abril
Presentación Proyecto	X					
Aprobación de Proyecto		X				
Investigación Bibliográfica			X			
Análisis de datos				X		
Redacción de Tesis					X	
Presentación y Aprobación						X

9. PRESUPUESTO

Material de Escritorio ……	$	1.000
Material Bibliográfico ……	$	500
Gastos de Movilización …….	$	500
Investigación de Campo ……	$	1.000
Presentación de Tesis ……..	$	1.500
Imprevistos …….	$	800
	$	5.300

Los gastos anteriormente detallados o singularizados serán asumidos por las proponentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros de texto

BENTHAM, JEREMY, *A Fragment On Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

BERMÚDEZ CORONEL, EDUARDO, *Debido Proceso: Prisión Preventiva y Amparo de Libertad en el contexto de los Derechos Humanos,* Corte Suprema de Justicia, Programa Nacional de Apoyo a la Reforma de la Administración de Justicia del Ecuador, Cuenca, Ecuador, 2001.

CABANELLAS, GUILLERMO, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Eliasta, Buenos Aires Argentina, 2003, 28ª edición.

CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, 4ta. edición actualizada, Buenos Aires, 2005.

DOMÍNGUEZ, VIRGOLINI Y ANNICCHIARICO, "*El derecho a la libertad en el proceso penal*", Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984.

FALCON, ENRIQUE M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

FERNANDO NIÑO, LUIS, *La libertad y el derecho penal*, Universidad San Martín de Porres, Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, 2005.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2001

FERRAJOLI, LUIGI, *Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas*, Editorial Trotta, Quinta Edición, 2001.

FLORES POLO, PEDRO, *Diccionario Jurídico Fundamental*, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima-Perú, año 2002.

GARCÍA LEAL, LAURA, *El debido proceso y la tutela judicial efectiva,* Frónesis, Venezuela, diciembre, 2003, vol.10, no.3.

GARCÍA –PELAYO Y GROSS, Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado,* Ediciones Larouse, Buenos Aires Marsella, 1983.

GULLCO, HERNÁN, *Constitución Poder Político y Derechos Humanos*, en Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Editorial La ley, Buenos Aires.

GARCÍA FALCONÍ, JOSÉ, *Manual de Practica Procesal Constitucional y Penal*, Primera Edición, Quito-Ecuador.

GARCÍA NINET, ANTONIO, *Descartes: La "res cogitans" y la libertad,* A Parte Rei: revista de filosofía, Nº. 59, 2008.

GIMENO SENDRA, VICENTE, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2008.

HERNÁNDEZ TERÁN, MIGUEL, *El Debido Proceso en el marco de la nueva Constitución Política (1)*, en Debido Proceso y razonamiento judicial, PROJUSTICIA, Ponencias de los seminarios talleres para jueces, magistrados y profesores de Derecho, Quito, diciembre de 1998.

HERNÁNDEZ VILLARREAL, GABRIEL, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?*, Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, Colombia, enero-junio de 2007.

LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Derecho Constitucional*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Vol. I, Quito, 2004.

MÉNDEZ LÓPEZ, JOSEFINA, *Constitución e Ius Puniendi,* Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica Social y Administrativa, Nivel de Postgrado, Maestría en Ciencias Penales, Loja-Ecuador 2008.

MIRANDA ENTRAMPES, MANUEL, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT, *El Espíritu de las Leyes*, Ediciones Istmo, S.A., 1ª edición, Madrid 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*, Ius et Praxis, Vol. 11, Nº. 1, 2005.

ORÉ GUARDIA, ARSENIO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Alternativas, 2da. Edición, Lima Perú, 1999.

OSSORIO Y FLORIT, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1994.

PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO, *Exegesis Del Nuevo Código Procesal Penal*, Primera Edición, Editorial RODHAS, Lima 2007.

PÉREZ PIRELA, MIGUEL ÁNGEL, *Perfil de la discusión filosófica política contemporánea*, Gregorian University Press, Roma, 2005.

PIERRE- PROUDHON, JOSEPH, *General Idea of the Revolution in the Nineteenth Century*, citado en Revista Rebeldía, 2003, Universidad de Texas, 2008.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario del Estudiante*, Editorial Santillana, S.A., 1ª Edición, MADRID, 2005.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Procesal Penal*, Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordova y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000.

VÁSQUEZ VÁSQUEZ, MARIO, *Detención y Libertad en el Proceso Penal*, Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 136, Marzo del 2006.

SAVATER, FERNANDO, *Ética para Amador*, Ariel, 1ª Edición, Barcelona, 2008.

STUART MILL, JOHN, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *"In dubio pro reo", libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia,* Revista española de Derecho Constitucional, Año nº 7, Nº 20, Madrid, 1987.

ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, *El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho*, en Debido Proceso y razonamiento judicial, PROJUSTICIA, Ponencias de los seminarios talleres para jueces, magistrados y profesores de Derecho, Quito, diciembre de 1998.

ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, *Las Medidas Cautelares en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Revista Jurídica, Faculta de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, Guayaquil, 2006.

ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo VI, Editorial Edino, Guayaquil, 2005.

Instrumentos internacionales

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 24 de agosto de 2007, Sexagésimo segundo período de sesiones, Tema 72 b) del programa provisional, Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Informe del Secretario General.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 3 de enero de 2007, Consejo de Derechos Humanos, cuarto período de sesiones, tema 2 del programa provisional, aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos", Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (DADDH), aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, dispuso la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA).

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, informe de la visita realizada a Colombia por dos miembros del Grupo, 1988.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, 1999.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), Órganos de las Naciones Unidas, Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 56 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, 2000.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH),* Pacto de San José, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José).

Convención Interamericana sobre el cumplimiento de medidas cautelares.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 9º inciso 1º, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gangaram Panday*, sentencia del 21 de enero de 1994.

CORTE DE APELACIONES DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO CARABOBO*, Sala N ° 2*, Valencia, 17 de mayo de 2004, 194° y 145°, Asunto Principal GK01-P-2002-000041, Asunto: GK01-R-2002-000001, Ponente: Aura Cárdenas Morales, Resolución negando orden de aprehensión. República Bolivariana de Venezuela, Poder Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, Sala de lo Penal, Managua, 26 de marzo de 2007, Sentencia No. 38.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Argentina, *Caso Daray*, 1995-B-350.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Argentina, Expediente Nro. 11/1984, y el Auto Sala 2da T. S. de 18 de Junio 1992, República de la Argentina.

PROCESO Nº 81-DL-2005, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Acción laboral ejercida por Jesús Alberto Villarroel Montes contra la Secretaría General de la Comunidad Andina, Quito, 5 de diciembre de 2006.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Expediente 880-97-HC/TC), del 1 de julio de 1998 y publicada el 23 de setiembre de 1998.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 8/2002, de 14 de enero (BOE núm. 34, de 8-2-2002). Sala Segunda. Recurso de amparo 1496/00. Otorga el amparo. Ponente: Magistrado D. Pablo Cachón Villar. Sentencia del Tribunal Constitucional (amparo 1496/00).

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Proceso Nro. 206-98. Chávez vs. Juzgado de lo Penal de Ahuachapán, Acción de Hábeas Corpus, Antiguo Cuscatlán, 10 de junio de 1998.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1968/2004-R, Sucre, 17 de diciembre de 2004, Expediente nro. 2004-10357-21-RHC, Distrito de La Paz, Magistrado Relator: Dr. Willman Ruperto Durán Ribera, en revisión de la Resolución 48/2004 de 9 de noviembre, cursante de fs. 91 a 92, pronunciada por el Juez Tercero de Sentencia en lo Penal de la Capital del Distrito Judicial de La Paz, en el recurso de Hábeas Corpus interpuesto por José Heriberto Rodas García, contra Constancio Alcón Paco, Juez Séptimo de Instrucción en lo Penal Liquidador, alegando detención indebida.

TRIBUNAL SEGUNDO DE CONTROL DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL DEL ESTADO FALCÓN, Coro, 25 de Diciembre de 2005, 195º y 146º, Asunto Principal: IP01-P-2005-006819, Resolución negando orden de aprehensión. República Bolivariana de Venezuela, Poder Judicial.

Códigos y leyes

Código de Procedimiento Penal**,** Ediciones Legales, Quito-Ecuador.

Código Procesal Penal Dominicano, 2004.

Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, Ley 68, Registro Oficial 279 de 19 de Marzo de 1998.

Carta Magna Libertarum, Reino Unido, 1215.

Referencias electrónicas y de prensa.

ALBÁN GÓMEZ, ERNESTO, "*Prisión preventiva*", Diario Hoy de la ciudad de Quito, publicación del 19 de octubre de 2008, sección opinión.

DIARIO EL UNIVERSO DE GUAYAQUIL, edición del 29 de octubre de 2006, sección Sucesos, titular: *"La prisión preventiva sujeta a agilidad procesal*".

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésima segunda edición, disponible en http://buscon.rae.es, sitio electrónico consultado el 23 de julio de 2009.

GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, *La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, núm. 09-09, p. 09:1-09:25. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-09.pdf, sitio web consultado el 31 de marzo de 2009.

WIKIPEDIA*, enciclopedia libre*

UNIÓN DE TRABAJADORES DE PRENSA DE BUENOS AIRES, Agencia Nacional de Comunicación, bajo el titular: *La Corte Suprema de Justicia condenó al periodista Eduardo Kimel a un año de prisión en suspenso y a pagar 20 mil dólares*, Buenos Aires, 28 de septiembre de 1991.

Anexo No. 3

COPIA DE LOS AUTOS DICTADOS EN LOS QUE SE DECLARÓ LA CADUCIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA.