



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO

“LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR Y LA NECESIDAD DE ELIMINAR EL CAPÍTULO CUARTO DEL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”

Tesis previa a la obtención del grado de Abogada.

AUTORA:

TATIANA IVANOVSNÁ COSTA CÓRDOVA

DIRECTOR:

Ab. Hugo Fernando Eras Curimilma Mg. Sc

LOJA – ECUADOR

2014

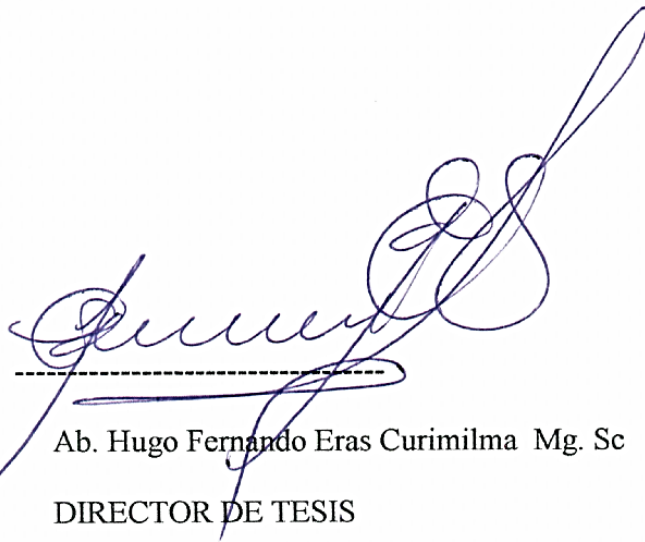
CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR

Ab. Hugo Fernando Eras Curimilma Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Que una vez revisado el trabajo de investigación denominado: “LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR Y LA NECESIDAD DE ELIMINAR EL CAPÍTULO CUARTO DEL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”, realizado por la egresada TATIANA IVANOVSNÁ COSTA CORDOVA, previo a la obtención del título de Abogada, se autoriza su presentación final para la evaluación correspondiente.



Ab. Hugo Fernando Eras Curimilma Mg. Sc
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Tatiana Ivanovsna Costa Córdova, declaro ser autora del presente trabajo e tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

AUTORA: Tatiana Ivanovsna Costa Córdova.

FIRMA: _____

CÉDULA: 171659976-4

FECHA: Loja, 10 de julio del 2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Tatiana Ivanovsna Costa Córdova, declaro ser autora de la tesis titulada, "La Prisión Preventiva en el Ecuador y la necesidad de eliminar el Capítulo Cuarto, del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal", como requisito para optar al grado de: Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los días once días del mes de julio del dos mil catorce.

Firma: 

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Córdova.

Cédula: 1716599764

Dirección: Eugenio Espejo y Lautaro Loaiza (Alamor)

Correo Electrónico: tatianacostac@gmail.com

Teléfono: 2680855 **Celular:** 0986493817

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Ab. Hugo Fernando Eras Curimilma, Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO

Presidente: Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.

Vocal: Dr. Gonzalo Aguirre Valdivieso Mg. Sc.

Vocal: Dr. Igor Vivanco Muller Mg.Sc

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, lleno de mucho esfuerzo y dedicación, comprensión y apoyo, va dedicado a mi familia, comprendida en mi señor padre, Sr. Eduardo Costa y Targelia Córdova E, mi madre; a mis hermanos Alicia y José Eduardo, a mi esposo Homar Ramiro Rogel, y a mi hijo Joaquín Nicolás, a quienes durante todo este proceso de aprendizaje, me alentaron con sus palabras para continuar y culminar con mis estudios.

TATIANA IVANOVSNNA COSTA CORDOVA

AGRADECIMIENTO

Al término del presente trabajo de investigación, dejo constancia de mi eterno agradecimiento a todas y cada una de las Autoridades y personal administrativo de la Universidad Nacional de Loja, a los Directores de la Modalidad a Distancia de la Carrera de Derecho, quienes con paciencia y sabiduría supieron entregar su aporte y conocimiento a la vez que me ayudaron a alcanzar la meta propuesta.

Igualmente, un agradecimiento especial al Sr. Ab. Hugo Fernando Eras Curimilma Mg. Sc, Director del presente trabajo de Tesis; quien desinteresadamente supo entregar su tiempo, conocimiento y experiencias necesarias para el feliz término de la presente investigación.

Finalmente, mi imperecedero agradecimiento a mis padres y esposo que con gran sacrificio supieron apoyarme para que culminara con éxito mis estudios; gracias a su apoyo y comprensión incondicional, necesarios para alcanzar la meta ansiada.

TATIANA IVANOVSNNA COSTA CORDOVA

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. Título
2. Resumen
 - 2.1. Abstract
3. Introducción
4. Revisión de literatura
 - 4.1. Marco Conceptual
 - 4.1.1. Prisión preventiva
 - 4.1.2. Principio de inocencia.
 - 4.1.3. Principio de intervención mínima coercitiva.
 - 4.1.4. Principio de inmediación
 - 4.2. Marco Doctrinario
 - 4.3. Marco Jurídico
 - 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador
 - 4.3.2. Código de Procedimiento Penal

- 4.4. Legislación Comparada
 - 4.4.1. Legislación Argentina
 - 4.4.2. Medidas de seguridad en el Perú
- 5. Materiales y métodos
 - 5.1. Materiales utilizados
 - 5.2. Recursos humanos
 - 5.3. Recursos materiales y costos
 - 5.3.1. Financiamiento
 - 5.3.2. Métodos
 - 5.3.2.1. Métodos particulares
 - 5.3.2.2. Método histórico Comparado
 - 5.3.2.3. Método Experimental
 - 5.3.2.4. Método Exegético
 - 5.3.2.5. Método de Investigación Nematécnica
 - 5.4. Procedimientos y técnicas
 - 5.5. Técnicas de recopilación de información
 - 5.5.1. Observación
 - 5.5.2. La encuesta
- 6. Resultados
 - 6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta
 - 6.2. Estudios de casos
 - 6.2.1. Comercialización, Transportación de combustibles derivados de diesel sin autorización
 - 6.2.2. Extorsión a un acaudalado comerciante pindaleño.

6.2.3. Presunción de transporte ilegal de tacos de masa de pentolita.

6.2.4. Tráfico ilegal de hidrocarburos, sus derivados, gas licuado de petróleo y biocombustibles.

7. Discusión

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.2.1. Enunciado de la hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica para la propuesta de reforma legal

7.3.1. La Prisión Preventiva y las medidas de aseguramiento en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

7.3.2. Principios básicos de la prisión preventiva

7.3.3. Finalidades de la prisión preventiva

7.3.4. Caducidad de la prisión preventiva una historia de cambios en doce años

7.3.5. Jueces no aceptan caducidad de prisión preventiva

7.3.6. Medidas de seguridad

8. Conclusiones

9. Recomendaciones

9.1 Propuestas a la Reforma Legal.

10. Bibliografía

11. Anexos

12. Índice

1. TÍTULO

**LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR Y LA NECESIDAD DE
ELIMINAR EL CAPÍTULO CUARTO DEL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO
DE PROCEDIMIENTO PENAL**

2. RESUMEN

El Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 77, manda que la prisión preventiva sea una medida excepcional, por eso en el final del numeral uno del mandato citado señala: "La jueza o Juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la de la prisión preventiva". Y en el inciso segundo del numeral 14 se manda: "Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La Ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios".

La libertad individual garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva cuya finalidad, no está en sancionar el procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el incumplimiento de la pena.

Desde la perspectiva constitucional y legal se contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la Ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el constituyente, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable.

De ahí que en nuestro ordenamiento jurídico existen múltiples controles judiciales materiales y las acciones de la autoridad y que se regula en el Habeas Corpus y la Acción de Protección cuando se vulnera o amenaza el derecho fundamental de la libertad personal, en este caso se busca que el Juez defienda un componente del orden constitucional.

El Derecho Penal pretende un fin preventivo que se aplica al margen de la pena, pero que funciona mediante un sistema de medidas cautelares y que de manera general a la libertad personal y a los bienes, las que operan bajo un conjunto de condiciones que justifican la imposición de la medida, en una especie de reacción estatal frente a la posible comisión de un delito, como un principio de intervención mínima coercitiva frente a ataques de peligrosidad social, ciertamente como tarea de defensa de la sociedad.

La libertad individual garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva cuya finalidad, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, así lo dispone el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución de la República, por lo que el derecho de la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y Estructura del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto.

2.1. Abstract.

Article 77 of the Constitution of the Republic of Ecuador , in Article 77, mandates that preventive detention is an exceptional measure , so at the end of paragraph one above mandate states: "The judge or judge may always order other than pretrial detention "precautionary measures. And in the second paragraph of section 14 orders. "Who has stopped a person with violation of these rules will be punished Act established criminal and administrative penalties for the arbitrary detention to occur on excessive use of police force, under or abusive interpretation or other rules violations or for discriminatory reasons."

The guaranteed individual freedom constitutionally, is bounded by the figure of custody whose purpose is not to punish the defendant for committing a crime, it is seen that such liability arises only with the conviction, but the need for ensure the appearance of the accused to the process or to secure the default penalty.

Since the constitutional and legal perspective the right of all contemplated not to be deprived of liberty except in the manner and in the cases provided by law, from which it appears that the previous definition of the reasons that may lead to deprivation of freedom is an expression of the principle of legality, according to which the constituent is, by law, the call to identify the assumptions on which such disqualification is legally viable with.

Hence in our legal system there are multiple materials judicial controls and actions of the authority and which is regulated in the Habeas Corpus Action and Protection when it violates or threatens the fundamental right of personal freedom , in this case seeks to Judge upholds a component of the constitutional order.

Criminal law seeks a preventive order that applies regardless of the punishment, but it works through a system of precautionary measures and generally to personal liberty and property, which operate under a set of conditions that justify the imposition measure, in a kind of state reaction to the possible commission of a crime, as a principle of minimum intervention against attacks from coercive social danger, certainly the task of protecting society.

Individual freedom constitutionally guaranteed , is bounded by the figure of custody whose purpose is not to punish the defendant for committing a crime, it is seen that such liability arises only with the conviction, but the need for ensure the appearance of the accused or the process to ensure compliance of the penalty so provided in paragraph 1 of Article 77 of the Constitution of the Republic, so that the right of personal freedom , despite being recognized as a basic element Structure and State Constitutional Rights and Justice, misses within the law absolute.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica actual, sobre la prisión preventiva en el Ecuador ayudara a satisfacer la necesidad de eliminar el Capítulo Cuarto del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal.

Su importancia radica, que la libertad individual garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva cuya finalidad, no está en sancionar el procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el incumplimiento de la pena.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: un Marco Conceptual, que abarca conceptos como: Delito fragante, medida cautelar, medidas de seguridad, detención, prisión preventiva, sanciones, detención arbitraria, policía, fiscal, juez; Marco Doctrinario: La imposición de la prisión preventiva, prisión preventiva y limitación de la libertad; Marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador, Código de Procedimiento Penal y Tratados Internacionales.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la

investigación de campo con la aplicación de encuestas y entrevistas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Delito flagrante

La expresión flagrante, de acuerdo al diccionario de Galo Espinosa Merino, en la Más Práctica Enciclopedia Jurídica Tomo I, expresa “Lo que se está ejecutando o haciendo en el momento actual”¹

La flagrancia res cuando se encuentra en el acto, en cuanto a un delito, se considera flagrante cuando a la persona se la encuentra en el acto mismo de cometimiento de un hecho considerado en la legislación penal como delito.

Francesco Carnelutti en su obra Lecciones sobre el Proceso Penal, nos ilustra claramente el significado de ese vocablo manifestando que “La expresión metafórica (flagrancia) se refiere a la llama que denota con certeza la combustión. Cuando se ve la llama es cierto que alguna cosa arde”².

Aquí se refiere a la flagrancia como un hecho, que su acontecimiento connota una cuestión de incendio del hecho cometido, lo cual se llega a los sentidos de cómo se están sucediendo las cosas, esto se denota en vivo y en directo.

¹ ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica Tomo I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 308.

² CARNELUTTI, Francesco: Lecciones sobre el proceso penal, Tomo II.

El doctor José García Falconi, señala que “flagrancia etimológicamente es: arder, resplandecer, quemar, incendio sin freno ni medida y hoy significa: presente, inmediato, vigente de acción”³

En efecto desde el punto de vista técnico, la flagrancia dice relación con dos fases fundamentales del delito: aquella en que el autor es sorprendido en el momento en que ejecuta la infracción; y aquella otra en que la sorpresa surge inmediatamente después de cometido y el autor objetivamente demuestra haber intervenido en la comisión del injusto, ya por haber tenido en su poder objetos relacionados con el acto delictual, ya por tener sobre sí las huellas del acto recién ejecutado.

Por su parte Escriche anteriormente había dicho que “*flagrancia es participio activo del verbo flagrar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración*”⁴

Jurídicamente significa la equivalencia entre signos y la supuesta demostración de una conducta antisocial flagrante, que incluso se lo puede aprehender en ese momento.

³ FALCONI, José García: La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras Medidas Cautelares, Manual de Práctica Procesal Constitucional y Penal, Primera Edición, Quito – Ecuador, 2002, p. 35

⁴ ESCRICHE, Joaquín Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.

4.1.2. Medida cautelar

Alberto Bovino sobre las medidas cautelares expresa: *“de inocencia, pues, o bien el legislador incumple con su obligación de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien, porque tales medidas, a pesar de haber sido legisladas, no son aplicadas por los operadores judiciales. Ellos aplican las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcelamiento preventivo como regla.”*⁵

Mientras exista la prisión preventiva como medida cautelar, es necesario que su aplicación sea estrictamente excepcional, en la mayoría de casos para garantizar la comparecencia del imputado a juicio. Se deben interponer medidas coercitivas que no restrinjan el derecho a la libertad, por consiguiente la excepcionalidad conlleva un doble efecto; primero, la aplicación minoritaria del encarcelamiento durante el proceso; y segundo, la búsqueda y la aplicación de medidas menos lesivas.

4.1.3. Medidas de seguridad

La doctrina de Guillermo Cabanellas las define como *“Providencias que, con carácter preventivo para la sociedad y de corrección para el sujeto, se adoptan con los individuos que se encuentran en estado peligroso desde el punto de vista de la defensa social de carácter general”*⁶

⁵ BOVINO, Alberto: Sombras y ficciones de la justificación del encarcelamiento preventivo, Foro de Derecho Penal No. 8, Editorial Universidad Simón Bolívar, sede Ecuador, 2007, p. 24

⁶ CABANELLAS Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, Tomo V, p. 369

Estas medidas aun cuando practicadas en todos los tiempos, por ejemplo con los locos furiosos, no se habían erigido en un completo sistema de prevención penal y social hasta que lo proclamó así la Escuela Positiva que en el Derecho Penal crearon criminalistas de la talla de Ferri, Lombroso y Garófalo. Indudablemente, la reclusión, el destierro, el extrañamiento, los trabajos forzados, acuden a la mente al repasar esas medidas de seguridad, propósito y amplitud. De diferenciación difícil con las penas son las medidas de seguridad consistentes en multa, comiso y pago por el internamiento y la alimentación, por parte del detenido.

Tenemos un límite. Sin pretensiones humorísticas, ni raros signos de desvarío mental, se han proclamado para justificar determinadas ejecuciones practicadas por algunos regímenes, como el ruso; que las estiman "necesidades" y no "penas", para la defensa del sistema, en peligro por la popularidad, persuasión o reincidencia de sus enemigos más calificados; contra los cuales no existe "seguridad" sino en la eliminación física.

Debe haber salvedad, aun referidas las consideraciones precedentes a la peligrosidad social cual tema relevante, la expresión medidas de seguridad posee, con menor trascendencia jurídica pero igual interés, sobre todo para protección de la vida y la integridad física, ámbito mucho más amplio, referido a cuantas actitudes tratan de aminorar los riesgos y evitar los peligros. En tal aspecto, las medidas comienzan en el hogar y frente a la inconsciencia de los niños; para pasar con las que con carácter obligatorio se establecen en la circulación urbana y en las carreteras; en los establecimientos de relaciones laborales, para evitar los accidentes del trabajo; las que

tienden a impedir el estrago aterrador de los incendios; las fundadas en el amparo preventivo para la salud; las debidas a razones de orden público, frente a subversiones internas; y, en el campo internacional, para resguardar la independencia patria.

4.1.4. Detención

Jorge Zavala Baquerizo, cita a Fenech quien manifiesta que detención es *“un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad de carácter provisional, y que tiene por fin ponerla a disposición, mediata o inmediateamente, del Instructor del proceso penal para los fines de éste, en expectativa de su posible prisión provisional”*⁷.

La detención es una limitación de la libertad cuya finalidad es la de entregar al detenido al Instructor para los fines de éste, cuando, como se sabe la detención tiene un fin en sí misma, cual es la de facilitar la investigación de un delito y conocer las personas que intervinieron en su comisión. No es satisfactoria la posición doctrinaria del autor citado por no contener en la definición transcrita los elementos estructurales de la misma.

Como señala el doctor Jorge Zavala Baquerizo en su Tratado de Derecho Procesal Penal que la detención *“Se trata de un plazo fatal, vencido el cual el juez de lo penal que ordenó su detención debe también ordenar su libertad, si es que del informe que presenta el fiscal en donde conste el resultado de la investigación, no se desprenden*

⁷ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, Editorial EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2002, p. 54

indicios suficientes que relacionen al detenido con el delito sobre el cual se lo investigó, en cuyo caso el fiscal deberá iniciar la instrucción fiscal y, si lo cree procedente, solicitar al juez que dicte el auto de prisión preventiva”⁸

Este plazo es para dar por concluida la detención en veinticuatro horas y que ningún juez puede sobrepasar, pues si lo hace comete el delito de prisión arbitraria e ilegal. Vencido este plazo se enerva la detención y el detenido debe ser puesto en inmediata libertad, salvo el caso que, de resultado de la investigación, se hubieran obtenido los fundamentos necesarios para la iniciación del proceso penal y hubieran surgido los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión preventiva.

4.1.5. Prisión preventiva

Jorge Zavala Baquerizo, manifiesta que: *“La prisión provisional es una medida cautelar necesaria, matizándose las diversas posiciones doctrinarias sólo en cuanto a los presupuestos, naturaleza, finalidad, etc. de la institución. Beccaria⁵⁵ es uno de los autores que consideran que la prisión provisional es una necesidad social pero que debe estar regulada con antelación por la ley para que no se constituya en una arbitrariedad de los jueces. Así dice: La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero en el delito, las*

⁸ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, Editorial EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2002, p. 55

*amenazas y constante enemistad con el ofendido, el cuerpo del delito y otros semejantes, son pruebas suficientes para encarcelar un ciudadano*⁹.

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; quizá un parangón eficaz es 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 hay si éste abusa de ella.

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.

La prisión preventiva por tanto es aquel acto cautelar, provisional y preventivo que tiene como objeto garantizar la presencia del procesado a lo largo del proceso penal, su orden tiene que ser emanada de autoridad competente, siempre y cuando se cumplan los presupuestos tanto subjetivos como objetivos establecidos por la ley para su interposición, y siempre que se respeten los principios establecidos en la Constitución de la República. En mi concepto he visto importante precisar esto último porque la

⁹ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI.- Ed. Edino, Guayaquil- Ecuador, 2006, p. 73

experiencia y las cifras advierten que la privación de la libertad en el proceso no cumple los parámetros de excepcionalidad, de necesidad, de proporcionalidad, de un Derecho Penal de mínima intervención, de un Derecho Penal de última ratio; esta medida en nuestro sistema constituye una regla general, con lo cual se quebranta el ideal buscado por el constituyente en la Carta Magna.

4.1.6. Sanciones

Galo Espinosa Merino sanción es “*Estatuto o ley. Acto solemne por el que el Jefe de Estado confirma una ley. Pena que la ley establece para el que la infringe. Mal dimanado de una culpa y que es como su castigo. Aprobación dada a un acto, uso, costumbre o ley*”.¹⁰

En la sanción cuando el asambleísta determina que una conducta sea considerada delictiva, ha tenido en cuenta un juicio valorativo de la moral; desde allí toma en cuenta para determinar con la sanción penal el respeto de algunos valores específicos, el derecho va modelando no solo a la conciencia jurídica sino también el juicio ético de los ciudadanos.

Guillermo Cabanellas sostiene que sanción es “*En general, ley, reglamento, estatuto. Solemne confirmación de una disposición legal por el Jefe de un Estado, o quien ejerce*

¹⁰ ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p.657

*sus funciones. Aprobación. Autorización. Pena para un delito o falta. Recompensa por observancia de preceptos o abstención de lo vedado”*¹¹

La sanción es la consecuencia jurídica de haber incurrido en tal conducta. El ciudadano debe sentirse garantizado de que sus actos no estarán sujetos a sanción penal, a menos que la ley los haya tipificado previamente como delitos. Y con esto se evitará, principalmente, que el sistema penal sea utilizado como un mecanismo de persecución por parte del poder político.

4.1.7. Detención arbitraria

Ricardo Vaca Andrade expresa que *“La libertad no es un estado concedido por las leyes, es un estado natural en la persona humana”*¹²

Las leyes, en consecuencia, sólo pueden restringir este estado en casos muy especiales, teniendo como punto de referencia este mismo derecho y otros también fundamentales; la libertad sólo puede limitarse en el tanto en que no sólo se protegen los derechos de un individuo sino los de todos.

Dado que la libertad no la otorga el Ordenamiento sino que es protegida por él, limitación sustancial del poder público para la privación de ella. De esta manera, la libertad aparecerá en la Constitución con un contenido implícito: la autorización de su

¹¹ CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.360

¹² VACA Andrade, Ricardo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 55

restricción únicamente para casos muy excepcionales y previo el quebranto de la condición de la inocencia.

Fácilmente se puede inferir que la condición de inocencia es consubstancial con la condición de libre y que para cuestionar o arrebatar la inocencia o la libertad deben darse concreta y fehacientemente las circunstancias hipotéticas que admite la Constitución de la República del Ecuador.

4.1.8. Policía

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental manifiesta que policía es *“Buen orden, tranquilidad o normalidad en la vida de una ciudad o Estado, limpieza, aseo, Cortesía, urbanidad, Cuerpo que mantiene el orden material externo y la seguridad del gobierno y de los ciudadanos a quienes ampara la legislación vigente. Más particularmente, la organización no uniformada que investiga la comisión de los delitos y trata de detener a los autores, para ponerlos a disposición de los tribunales componentes, agente que pertenece a este cuerpo”*.¹³

Policía es buen orden que se observa y guarda en las ciudades y países, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno. Cuerpo encargado de vigilar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de las personas, a las órdenes de las autoridades políticas. Fuerza auxiliar de las Fuerzas Armadas Permanentes para la seguridad interna y defensa militar del país.

¹³ CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 309

Para Rodrigo Borja Cevallos, en su Enciclopedia de la Política, al referirse de la policía indica *“Las matrices etimológicas de esta palabra se encuentran en el griego politeia, que en el pensamiento clásico se refería al ordenamiento global de la polis, y en el latino medieval tardío politia, que entonces designaba el buen orden en la vida de la ciudad. Posteriormente, en el pensamiento escolástico de santo Tomás la politia ordinata era el ordenamiento de la vida terrenal en el contexto del dualismo del mundo cristiano entre la esfera religiosa y la mundana. Con la revolución francesa la policía fundada en la pura arbitrariedad de los gobernantes fue sometida a regulaciones jurídicas”*¹⁴

La policía en el poder político, o sea en el poder del Estado, es el único que tiene el monopolio de la coacción física legítima para hacer obedecer. Lo cual significa que solamente él está en aptitud de acudir a la amenaza o al uso de la fuerza a fin de dar eficacia a sus disposiciones. Ésta es una de las diferencias básicas entre el poder del Estado, como sociedad total, y el poder de las sociedades menores insertas en su territorio al amparo de sus leyes. Uno de los instrumentos más importantes para lograr este objetivo es la policía, integrada por el cuerpo de hombres armados por la sociedad, bajo una férrea disciplina y adiestramiento, cuya misión es respaldar con el uso de la fuerza los mandatos de la ley y las órdenes de la autoridad y salvaguardar con ello el orden público.

4.1.9. Fiscal

¹⁴ BORJA CEVALLOS, Rodrigo: Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica México, Tercera Edición, 2003, México, p. 1104

Mabel Goldstein en su Diccionario Jurídico Elemental sostiene que fiscal es *“Calificativo de lo perteneciente al fisco, o al oficio del Fiscal. Funcionario público encargado de defender el patrimonio del Estado y es parte legítima en los juicios contencioso-administrativos y en todos aquellos en que se controviertan intereses del Estado”*.¹⁵

La fiscalía ejerce el papel como garante del cumplimiento de los derechos procesales del procesado, dentro del proceso penal, pues la fiscalía no ha sido garante de la legitimidad, ni tampoco un investigador, con las nuevas atribuciones que le dio el actual Código de Procedimiento Penal, la fiscalía, como custodio de la Constitución y la Ley en el proceso a través del ejercicio de la acción pública en la investigación, sin mezclarse con las funciones del juez. Sin embargo se ha otorgado potestades omnímodas que inclusive su criterio llega a ser vinculante al del juez penal, en varios casos, como por ejemplo en el procedimiento abreviado, en el que el juez no puede imponer una sanción más grave que la que el fiscal ha solicitado.

El Art. 65 del Código de Procedimiento Penal manifiesta: *“Corresponde a la fiscal o al fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública. Además la fiscal o el fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública.”*¹⁶

¹⁵ GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Colombia, 2008, p. 281

¹⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2010, Art. 65

Amparado en lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal, corresponde a la fiscal o al fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública además el fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública, esto es en la instrucción fiscal, en la etapa intermedia y en la etapa del Juicio.

La fiscalía es el que se encargará conjuntamente con la Policía judicial para el esclarecimiento del delito y responsabilidad del infractor durante la indagación previa y sigue actuando durante todas las etapas del proceso penal de acción pública pero no tiene participación en los juicios de acción privada.

La fiscalía es la parte procesal encargada de garantizar los derechos de los ciudadanos, no obstante, con las nuevas atribuciones que tiene por mandato del actual Código de Procedimiento Penal, el fiscal como representante de la fiscalía, en ejercicio de la potestad que tiene para iniciar la acción penal cuyo ejercicio es público, es el único que mediante una investigación llevada a efecto por él, debe determinar la existencia de una infracción y la responsabilidad de la persona a quien se le haya imputado el cometimiento de un delito, por lo tanto le corresponde llevar su acusación ante el juez e impulsar el proceso para el juzgamiento del procesado. En esta perspectiva, el fiscal ya no tiene el único rol de defender los derechos de las personas, también los puede vulnerar en cualquier momento en que éste se extralimite en sus funciones.

El fiscal tiene las atribuciones suficientes para dirigir y promover las investigaciones preprocesal y procesal, destinadas a establecer la existencia del delito e identificar a los presuntos infractores y, si encuentra elementos de convicción, acusarlos ante los

jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales competentes. Además le corresponde impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal.

4.1.10. Juez

Galo Espinosa Merino indica que “*Juez o tribunal es al que compete el conocimiento o resolución de un asunto o causa*”¹⁷.

La independencia judicial constituye un derecho humano fundamental, un derecho de la persona cuya realización deviene condición sine qua non para actuar los demás derechos. El conocimiento jurídico acoge un número considerable de conceptos. Algunos revisten especial importancia y sin duda, la independencia judicial se cuenta entre ellos. La dimensión individual designa el deber del Juez de ejercer su potestad libre de influencias extrañas, sometido únicamente al Derecho.

Imparcial significa “*Que juzga o procede con imparcialidad. Que tiene imparcialidad. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad*”¹⁸.

La imparcialidad ha sido elevada a principio constitucional del proceso” y, estrictamente, difiere de “no ser parte”. La imparcialidad consiste en poner entre

¹⁷ MERINO ESPINOZA, Galo: La más práctica enciclopedia jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, instituto de informática legal, Quito-Ecuador, 1987, p. 97.

¹⁸ IBIDEM, p. 371.

paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad.

El principio procesal de imparcialidad tiene, en realidad, tres despliegues: la imparcialidad el juez no ha de ser parte, la imparcialidad el juez debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio y la independencia el juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes.

En nuestro derecho constitucional se establecen como garantía de derechos en que toda persona tenga derecho a ser oída por un Juez o tribunal independiente e imparcial. Esta garantía, este derecho fundamental, a la independencia del Poder Judicial no es un privilegio de los jueces, sino una garantía, un derecho de los ciudadanos, entendido como independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. La imposición de la prisión preventiva

La prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal, es de aplicación proporcional, de una persona que se investiga un hecho delictivo, al respecto Jorge Zavala Egas señala *“Los derechos fundamentales en su dimensión normativa objetiva imprimen en la dogmática jurídica la vigencia de los principios al lado del modelo de reglas y con ello la universalización de los mandatos de optimización que pueden realizarse en diferente medida y en las que la esta medida obligada de realización no sólo depende de las posibilidades reales de realización, sino también de las limitaciones jurídicas. Tienen una tendencia normativa a la optimización sin que ésta, sin embargo, esté fijada a un determinado contenido, pues, necesariamente deben someterse al juicio de proporcionalidad y al método de ponderación frente a una medida concreta. Al adquirir, los derechos constitucionales, la categoría de normas-principios para su aplicación ya no se utiliza la interpretación, sino que hay que llegar a su concretización. No es lo mismo: el objeto de la interpretación es indagar el contenido y el sentido de algo precedente que se completa y se enriquece. La concretización es el llenado (creativo) de algo fijado únicamente en principio, que permanece abierto en lo demás y que necesita ante todo de la pre-determinación conformadora para ser una norma ejecutable. La concretización es un fenómeno jurídico creativo que va más allá de la interpretación, se aumenta la dimensión de*

*sentido antes que aclara algún sentido, es decir, se trata de una atribución de sentido desde fuera*¹⁹

La proporcionalidad es una consecuencia del Estado de Derecho y del principio de inocencia como tal, por cuanto constituye una garantía y un límite a la actividad estatal, además su razonabilidad se denota cuando la exigencia se basa en que esta medida no puede ser igual de restrictiva y dañosa como el de una pena, pues no tendría lógica que la necesidad cautelar tenga la misma finalidad que la necesidad de sancionar.

Una consecuencia obvia del principio de proporcionalidad es la aplicación de medidas menos lesivas a la restricción a la libertad, cuyo objeto es asegurar la comparecencia del imputado a juicio, pues sería un error gigantesco que pudiendo el juez aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva no lo haga, esto causaría un perjuicio enorme e injustificado a la persona procesada. La idoneidad de la medida cautelar gravita en que su interposición únicamente se justificará cuando otra disposición menos lesiva no pueda garantizar los fines procesales pertinentes.

El principio de proporcionalidad no puede y no debe ser considerado como prohibición de exceso como parte de la doctrina lo considera, debido a que la segunda definición conlleva a que el tiempo de la prisión preventiva no puede ser equivalente al tiempo de la sanción, consecuentemente un procesado no puede recibir el mismo o peor trato que un sentenciado. Este principio lo que verdaderamente rescata es que las medidas para una persona imputada deben ser estrictamente proporcionales, es decir, que el

¹⁹ ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Guayaquil Ecuador, 2010, Pág. 128

perjuicio generado por la restricción a la libertad no resulte exagerado frente a las ventajas que pudieran obtenerse con esta privación. La proporcionalidad exige un equilibrio entre el presunto daño y la respuesta a este, peor aun cuando no se ha comprobado la responsabilidad de la persona procesada.

Estos principios rectores del proceso penal en la práctica desaparecen, los jueces se convierten en meros aplicadores de leyes, y des-contextualizan el ideal promovido por normativas superiores como son la Constitución de la República y Tratados de Derechos Humanos. El Derecho Penal se tiene que humanizar, no estamos tratando con objetos, sino con seres humanos, y tanto los derechos de las víctimas como de los victimarios tienen que ser respetados en todo momento y bajo cualquier circunstancia, tengamos siempre presente que la gran conquista del ser humano son efectivamente los derechos humanos.

La presunción de inocencia dentro del proceso penal obliga a que se demuestre la comisión de un acto constitutivo de delito, sin esa comprobación la persona imputada gozará de este principio, y deberá ser tratada como inocente durante todo el proceso. La presunción de inocencia es una garantía del debido proceso, el cual como indica Jorge Carranza *“no enmarca solamente que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un modelo. El término debido hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo y la idea de un proceso justo. El debido proceso en términos generales es un instrumento de justicia y no un instrumento de impunidad. El no tomar en cuenta*

que el proceso no sólo debe aportar garantías al imputado, sino que también debe ser un medio de defensa social.”²⁰

El problema de la prisión preventiva tiene muchas aristas, pero lo más sorprendente es cómo esta institución puede destruir tantos principios procesales, y cómo los jueces, los llamados garantes del proceso y de los derechos de las partes, pueden obviar órdenes expresas señaladas en cuerpos legales de superior jerarquía. En un Estado de Derecho la inocencia perdura hasta que en juicio esa presunción pueda ser rebatida a través de la práctica probatoria. Consecuentemente la inocencia debe ratificarse hasta que exista una decisión judicial que la elimine, es decir, una persona no puede ser encarcelada sin que se haya llevado a cabo un juicio justo, donde las partes puedan refutarse con argumentos y pruebas, en equilibrio y con trato igual. No se puede entender ese trato justo, imparcial, y en igualdad de oportunidades, cuando una de las partes procesales, se encuentra privada de su libertad sin que exista una sentencia de por medio.

José García expresa que *“Como adecuadamente resalta Trechsel, el principio de inocencia, entendido como el estado que ampara al procesado que ha sido imputado o acusado del cometimiento de un delito, nos enfrentaría de inicio a una contradicción en términos o contradicho in adjecto, pues por un lado el sistema lo imputa por considerar en base a suficiente evidencia, que ha cometido un delito y por otro, el mismo sistema debe partir de la presunción de que el procesado es inocente. Este*

²⁰ CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo: La libertad y la detención preventiva en el derecho penal y los tratados internacionales, editorial Leyes, Bogotá – Colombia, 2002, p. 44

problema es resuelto de forma satisfactoria por Maier, quien estructura el principio de inocencia a la necesidad del juicio previo, lo que permite considerar y sobre todo tratar como inocente al procesado, a lo largo de todo el proceso. En sentido más amplio y con orientación probatoria, Armenta Deu considera que la presunción de inocencia opera como regla de juicio fáctico, es decir como regla referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, y con arreglo a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.”²¹

Bajo este precepto se instituye una opción garantista a favor de los inocentes, pues sería inaceptable e inadmisible reprimir un solo inocente aun cuando esto generara la impunidad de varios culpables. Aquí se marca una diferencia sustancial con el sistema inquisitorial, sistema en el cual la meta era alcanzar por cualquier medio la demostración de la culpabilidad del imputado, quien para fines procesales desde el inicio ya lo era por la presunción de culpabilidad que pesaba sobre aquél, consecuentemente bajo este sistema penal era el imputado quien debía probar su inocencia, no el Estado o el ente acusador el que tenía que demostrar la responsabilidad, detalle bastante complejo de lograr si suponemos que dicha persona se encuentra privada de libertad.

Por esto considero que no se puede privar de la libertad a una persona que goza del estado de inocencia, esto no es dable, creo que la libertad es la base fundamental de la

²¹ GARCÍA, José: Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal Tomo II, editora Cevallos, Quito – Ecuador, 2011, p. 255

vida, el respeto a este derecho tiene que ser prioritario, una persona no merece estar presa sin antes demostrársele que cometió un delito y que la ley determina como sanción a dicho acto una pena privativa de libertad; además si siguiéramos nuestra Constitución al pie de la letra, esa persona no podría estar privada hasta que la sentencia condenatoria del juez no tenga carácter de ejecutoriada, es decir, aquella respecto de la cual no se admite re-curso ulterior alguno, pues hasta esa etapa el imputado sigue gozando de la presunción de inocencia. La prisión preventiva o prisión procesal debería ser la última medida adoptada por un juez, siempre y cuando existan los indicios suficientes y contundentes para sospechar que la persona imputada es la responsable del delito y siempre que sea en casos graves, que por ser considerados como tales tengan las penas más duras. No es posible aceptar en otras circunstancias la privación de la libertad dentro de un proceso, no seríamos consecuentes con el régimen democrático establecido en la Constitución.

Privar de libertad durante el proceso conlleva la destrucción de la presunción de inocencia generándose así una presunción de culpabilidad, en estas circunstancias no puede haber dubitaciones, no podemos afirmar que bajo nuestra realidad carcelaria estar detenido en un Centro de Detención Provisional, no constituye un castigo, una pena. En mi opinión, son indefendibles aquellas posiciones que establecen que una persona que se encuentra bajo los efectos de la prisión preventiva sigue gozando de la presunción de inocencia, eso es absurdo, una desfachatez, la realidad demuestra que la prisión preventiva en nuestro sistema penal constituye una pena anticipada. Preguntémonos cuál es la diferencia material, no teórica o ideológica, entre un privado de libertad por prisión preventiva y otro por sentencia condenatoria. No existen

diferencias reales, es la misma situación, la privación de la libertad en centros custodiados que mantienen los mismos problemas; el tiempo de estadía sería lo único que los diferenciaría, y eso a veces, teniendo en cuenta que han existido casos donde el tiempo de privación procesal ha sido exagerado e injustificado.

Hay otra cuestión que la prueba es el elemento vital para determinar que el sujeto ha cometido el delito y por lo tanto para que la presunción de inocencia deje de surtir efectos, hasta que esa prueba no se practique mediante juicio, el delito no puede considerarse cometido y consecuentemente ningún sujeto asimismo puede ser considerado culpable ni puede ser sometido a sanción alguna. Así se desarrolla el axioma del profesor Ferrajoli cuando determina que no existe culpa sin juicio, la inocencia prevalece hasta prueba en contrario. Este es un principio fundamental de civilidad, de aseguramiento de la libertad y de la seguridad, pues cuando la inocencia de una persona está en juego, también lo están la libertad y la seguridad de los ciudadanos frente al sistema de administración de justicia.

4.2.2. Prisión preventiva y limitación de la libertad

La prisión preventiva limita la libertad, pues va en contra de la presunción de inocencia, al respecto Guillermo Cabanellas expresa que: “Sin embargo, contra los errores judiciales a favor de los malos existe, al parecer, universal aquiescencia anarquista; ya que se acepta esa impunidad sin proferir en estridencias, *“como sí sucede en los casos de perjudicar a los supuestos reos; y eso que la injusticia es idéntica en ambos casos: tanto al condenar al inocente como al absolver al culpable.*”

1) *En lo sustantivo: Al castigar el falso testimonio, el legislador se coloca también al lado de los testigos que tienden por medios ilícitos a que sea declarada la inocencia del reo; pues el falso testimonio en contra de él se castiga con mayor severidad que la declaración inexacta pero favorable. El argumento de que el testimonio falso en contra tiene algo de calumnioso se encuentra compensado por la circunstancia de que el falsamente beneficioso tiene mucho de encubrimiento.*

2) *En lo adjetivo: En el enjuiciamiento criminal, la inocencia del procesado y la consiguiente absolución es casi obligada posición de la defensa. La sentencia definitiva ha de pronunciarse por la culpabilidad o inocencia del acusado”²²*

La prisión preventiva, como una medida de tipo coercitivo personal y de tipo jurídico que es adoptado en el seno de un proceso penal, cumple su rol al ser una medida cautelar, pero al abusar de ella al privar de la libertad, en forma desproporcionada de la pena que le corresponde al delito del imputado a quien sin probarse responsabilidad alguna, se estaría anticipando la pena, lo que se contradice a los principios elementales del Estado Constitucional y de los Derechos Humanos.

Guillermo Cabanellas indica que *“La libertad individual garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la figura de la Prisión Preventiva cuya finalidad, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la*

²² CABANELLAS Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, Tomo IV, p. 429

necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena”²³

El perpetrar un acto violatorio de una norma penal produce el deber por parte del Estado de aplicar la sanción correspondiente establecida en la ley, este deber se visibiliza a través de la acción penal la cual genera una relación jurídica entre el Estado y el posible infractor, y como toda relación se basa en la convergencia de deberes y derechos, en esta confluye la obligación por parte del aparato estatal de perseguir al responsable de la afectación a un bien jurídico protegido y por otro lado el derecho a favor del procesado de que se respete su libertad y la presunción de inocencia, con lo cual su responsabilidad deberá ser determinada en un juicio previo bajo las garantías o prerrogativas del debido proceso.

Desde la perspectiva constitucional y legal se contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la Ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el constituyente, mediante la Ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable.

De ahí que en nuestro ordenamiento jurídico existen múltiples controles judiciales materiales a las actuaciones de la autoridad y que se regula en el HABEAS CORPUS

²³ CABANELLAS Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, Tomo IV, p. 413

y la Acción de Protección cuando se vulnera o amenaza el derecho fundamental de la libertad personal, en este caso se busca que el juez defienda un componente del orden constitucional.

El Derecho Penal pretende un fin preventivo que se aplica al margen de la pena pero que funciona mediante un sistema de medidas cautelares y que de manera general afectan a la libertad personal y a los bienes, las que operan bajo un conjunto de condiciones que justifican la imposición de la medida, en una especie de reacción estatal frente a la posible comisión de un delito, como un principio de intervención mínima coercitiva frente ataques de peligrosidad social, ciertamente como tarea de defensa de la sociedad.

Nuestra legislación autoriza la aprensión física y la conducta ante los jueces del delincuente sorprendido en flagrancia, captura que inclusive puede hacerlo una persona particular, o por supuesto la policía, y la fuerza pública puede penetrar en el domicilio del delincuente si al verse este perseguido se refugia en él e inclusive ingresar en domicilio ajeno si hasta allí penetra el perseguido, caso en el cual se debe proceder previo requerimiento del dueño del domicilio.

Es importante señalar que nuestra legislación califica al ciudadano capturado en una situación objetiva de flagrancia como delincuente.

El Dr. Marco Terán Luque, en su artículo La prisión preventiva, señala: *“El Derecho Penal pretende un fin preventivo que se aplica al margen de la pena pero que funciona*

mediante un sistema de medidas cautelares y que de manera general afectan a la libertad personal y a los bienes, las que operan bajo un conjunto de condiciones que justifican la imposición de la medida, en una especie de reacción establecida frente a la posible comisión de un delito, como un principio de intervención mínima coercitiva frente a ataques de peligrosidad social, ciertamente como tarea de defensa de la sociedad”²⁴

Arturo Zavaleta manifiesta que *“Para garantizar la consecución de estos fines, la justicia forzosamente necesita obtener o asegurar la presencia del sindicado como autor o partícipe del hecho delictuoso perpetrado. Lo necesita para efectuar su identificación e individualización; para buscar o descubrir la verdad; para que el imputado pueda ser interrogado, dándole así la oportunidad de explicarse y oponer todas las defensas que estimare conveniente; y para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la pena que en definitiva pueda imponérsele.”²⁵*

Es así, que se genera una durísima situación jurídica-procesal, pero sobretodo social, ya que por una parte tenemos a una sociedad supuestamente ofendida con ansias de justicia, y por el otro tenemos al procesado y sus derechos fundamentales. En medio de esta contienda se encuentra la posible adopción de la prisión preventiva, cuando fuere del caso, que asegure la comparecencia a juicio del procesado y con esta la controversia de llevar a prisión a una persona que goza de la presunción de inocencia, que tiene derecho a un juicio justo donde pueda defenderse y acotar las pruebas

²⁴ TERAN Luque, Marco, La Prisión Preventiva, en la Revista Judicial de LA HORA-Loja del jueves 31 de diciembre del 2009, p. 21

²⁵ ZAVALETA, Arturo: La prisión preventiva y libertad provisoria, editorial Arayú, Buenos Aires – Argentina, 1987, p. 11

necesarias y por las cuales puede derivarse una sentencia absolutoria de responsabilidad al procesado. Con esto no quiero decir que siempre tendrá la razón el imputado ni que estoy a favor de la abolición de la prisión preventiva, sin embargo, si quiero señalar que al adoptar esta medida cautelar, la más gravosa de todas, corremos un riesgo enorme de afectar derechos fundamentales a una persona que todavía no ha sido declarada culpable.

Winfried Hassemer, *“es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente.”*²⁶

La prisión preventiva es una institución heredada del sistema inquisitivo, medida cautelar a través de la cual se intenta garantizar la comparecencia del imputado a juicio, es decir, su función principal es asegurar el normal desarrollo del proceso que terminará en la posible aplicación de una pena privativa de libertad.

A lo largo de la historia han existido diferencias conceptuales para definir a la prisión preventiva, muchos doctrinarios señalaban que es una medida de seguridad, de ejecución, que es una garantía de justicia y que por lo tanto esta puede ser permanente o provisoria dependiendo los fines que se le asignen, esta institución del derecho procesal es y ha sido una figura de continuo análisis, no obstante, según mi criterio, mantener algunos de estos conceptos sería un error, la prisión preventiva no puede ser una medida de seguridad ni un medio de instrucción por cuanto los fines que busca

²⁶ WINFRIED, Hassemer, *Critica al derecho penal de hoy*, Ad – Hoc S. R. L, primera edición, Buenos Aires - Argentina, 2003, p. 105

son diferentes, con la prisión preventiva no se busca proteger a la sociedad de aquella persona presuntamente peligrosa, no se busca asegurar la pena, ni evitar que se vuelva a cometer otro ilícito, tampoco tiene como fin castigar al imputado, porque esas funciones le correspondería a una pena cualquiera y la lógica de la prisión preventiva es diferente, lo que esta medida busca alcanzar, es que la persona presuntamente responsable del delito cometido no evada el proceso penal, que puede terminar con una condena o con una absolución, eso le corresponderá al juez determinar, sin embargo, lo importante es que el imputado pueda estar presente durante todo el proceso.

Ernesto Albán expresa que a la prisión preventiva *“no cabe que se le asignen los fines retributivos, disuasorios, de erradicación o resocialización que puede tener la pena de acuerdo a las distintas posiciones doctrinarias; pues, obviamente, esta es una medida cautelar y no una sanción acordada en sentencia por un juez o tribunal. Por lo tanto, y aunque algunas legislaciones lo hayan admitido debido a la crisis de la seguridad ciudadana que ha estallado en el mundo en los últimos años, se excluye por principio que su objetivo pueda ser el aislamiento de un individuo peligroso; y menos todavía, que se proponga satisfacer un sentimiento colectivo de indignación ante el delito. De todos modos, son consideraciones de este tipo las que han contribuido a perturbar el análisis de este recaudo legal, pues no sólo han enturbiado su verdadera naturaleza, sino que también han conducido a los jueces a trastocar en la práctica la razón de ser de su utilización.”*²⁷

²⁷ ALBÁN, Ernesto, El debate sobre la prisión preventiva: Fundamentos, problemas, alternativas, en Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, N° 54, Quito, 1991, p. 38

Esta institución ha tenido gran alcance en el debate público, creo que todos los penalistas y en sí los pensadores jurídicos no han obviado en expresar su criterio acerca de la prisión preventiva, se ha escrito mucho, sin embargo, las discusiones no han alcanzado a resolver la problemática social de los presos sin condena, aún sigue abierta la discusión de su constitucionalidad, la necesidad de la prisión procesal ha sido uno de los puntos de defensa pero también de mayor ataque; la vigencia de esta figura cautelar es aceptada por todos, como lo son también las observaciones y reproches a la misma. Todavía en este siglo la prisión preventiva es objeto de grandes críticas, y aún más tiene que ser en nuestro país, debido a que nuestra Constitución resguarda considerablemente la protección de principios que están en oposición a esta figura, que cabe señalar también se encuentra amparada por nuestra Carta Magna. Entonces la prisión preventiva tiene que ser todavía más analizada, todavía más criticada, todavía más desarrollada, porque bajo esta figura, se juega el Estado de Derecho, o más bien dicho, el Estado de Derechos y Justicia, consecuentemente tenemos que decidir y construir una normativa que vaya acorde a esa forma de Estado, los preceptos e ideales recogidos en la Carta Política fueron triunfos alcanzados bajo la aceptación de todos los ecuatorianos, no podemos entonces burlarnos de la visión garantista proclamada en ese texto cuando defendemos la justicia por un lado y por el otro la inmensa mayoría de los presos todavía espera una sentencia encerrado en una celda, ellos todavía sueñan con esa justicia tan proclamada, tan anhelada, pero a veces tan irreal.

Los cuestionamientos son claros y evidentes, debemos replantearnos la funcionalidad de la prisión preventiva, si es solo una figura caduca heredada de una concepción inquisitiva, o si realmente cumple con los nuevos paradigmas jurídicos y sociales que

garanticen su vigencia sin contraponerse a las tendencias modernas del Derecho. Esta es una ciencia cambiante, y por lo tanto todas estas instituciones jurídicas deben seguir siendo evaluadas, más aún cuando todavía en el siglo XXI se puede limitar derechos sin juicio previo, y sin una sentencia condenatoria que avale tal perjuicio. Mi convicción no está completamente a favor de la eliminación de la prisión preventiva, creo que todavía no existe otro medio tan eficaz en los casos graves de violaciones a derechos humanos que pueda garantizar la comparecencia de los imputados a juicio; eso sí, creo absolutamente que nuestra realidad rompe cualquier esquema fielmente garantista de un proceso penal justo, la prisión preventiva debe ser excepcional, reducida en su aplicación, y nuestros jueces nos quedan debiendo en esta materia

Hacia una interpretación garantista de la coerción personal en nuestro Código de Procedimiento Penal. *“El Ecuador desde su Constitución, en su Art. 1, se instituye como un Estado social de derecho, democrático, republicano y responsable, características propias de un régimen de gobierno, que garantiza la operatividad del respeto de los derechos fundamentales y el reconocimiento a la dignidad humana”*²⁸

Condescendientes con esta consagración constitucional, los ecuatorianos vivimos en un país que propende a hacer efectivos los resguardos necesarios para desenvolvernos en sociedad sin injerencias arbitrarias. Dentro de esta afirmación formal de nuestros derechos civiles, juega papel preponderante el derecho a la libertad, el mismo que está establecido a nivel constitucional, de esta manera

²⁸ GUAMÁN Aguirre, Ricardo Alfredo los límites normativos de la prisión preventiva en el Ecuador, Universidad Técnica de Machala, enero del 2013

la libertad del ciudadano ecuatoriano está protegida con tanta intensidad que se constituye en un valor político inconmensurable para el Estado ecuatoriano.

No obstante, la práctica de nuestro sistema penal acredita una realidad diametralmente diferente en cuanto al debido respeto al derecho a la libertad de las personas. Para nadie es ajeno que en el Ecuador, el nivel de encarcelamiento preventivo es exagerado para nuestro sistema penitenciario, y el fenómeno de los “presos sin condena” es ciertamente desmesurado, a tal punto que se afirma que es la principal causa del hacinamiento de las cárceles ecuatorianas.

Lo preocupante, es precisamente esto último, que las cárceles en el Ecuador no se encuentren llenas de personas declaradas culpables de la comisión de un delito, sino de personas que se presume culpables o no se ha demostrado su responsabilidad penal en juicio. Por lo que cabe preguntar ¿Qué es lo que está sucediendo con nuestro sistema penal? ¿A quiénes estamos encarcelando? Circunstancia que palmariamente vulnera la presunción de inocencia, derecho que también está reconocido en nuestra Constitución que es en su interpretación, el estatus jurídico del imputado hasta que no haya sentencia condenatoria firme en su contra.

Este espectro de degradación de la libertad y la presunción de inocencia como derechos constitucionales en el Ecuador, obvio es reconocer que es el causado por el abuso secular de la prisión preventiva, identificado con un sistema penal como

el ecuatoriano que gira en torno a dictar prisión preventiva, una vez resuelto el procesamiento mediante la emanación de la instrucción fiscal.

Establecer entonces límites normativos, a la solicitud de la prisión preventiva como medida cautelar de parte de Fiscales, y a su aceptación por parte de Jueces, es de importancia suprema en el actual contexto del sistema penal ecuatoriano, pues, no solo está de por medio la adecuada aplicación de una medida cautelar, sino la vigencia plena de la seguridad jurídica y el Debido Proceso en el país.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

El numeral 2, del Art. 76 de la Constitución, consagra un principio universalmente reconocido, aunque lamentablemente aquí en el Ecuador se lo viola con mucha frecuencia: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”*²⁹.

Las leyes no crean libertad, son valiosas y el respeto de la libertad por ellas constituye uno de los factores más importantes para reconocer que se está ante un Estado de Derecho. Las leyes, igualmente, no crean la condición de la inocencia, ella existe por la misma naturaleza de la persona humana y el Derecho, en una República, la protege y garantiza; para ello no se necesita de un texto que específicamente lo prevea

El Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que *“En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:*

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan

²⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 76 núm. 2

los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.”³⁰

La prisión preventiva implica privación de la libertad y las garantías en estos casos como excepción, señalados en el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución vigente determinan los delitos flagrantes, disposición que justifica las acciones apresuradas de fiscales y Policía Judicial, por lo que se considera conocer los requisitos para la existencia del delito flagrante.

La prisión provisional o prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal.

Cuando se dicta la prisión provisional, en nuestro país, el imputado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión, durante la investigación criminal, hasta la celebración del juicio.

El Art. 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador señala que “*La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad*

³⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 77 núm. 1

contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.”³¹

La prisión preventiva es una decisión de excepción, y solo debe dictársela cuando el sujeto sobre el que recae es una persona peligrosa o hay razones para temer que evada la acción de la justicia. Cuando estas situaciones no se presentan, no debería dictarse orden de prisión contra el individuo implicado en la investigación de un delito. En nuestro país sucede lo contrario; la prisión preventiva ha sido la regla y, la excepción, el raro caso de un imputado que pueda en plena libertad ejercer su derecho a la defensa.

Paradójicamente, en la práctica se invierte la presunción de inocencia. Como buena nueva, para abonar contra este abusivo arbitrio, la nueva constitución, en uno de sus aciertos (Art. 77 N,. 11), estatuyó que prioritariamente, los jueces apliquen medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad; de manera que tendrían que analizar otras opciones antes de ordenar prisiones con la liberalidad que siempre lo han hecho.

El Art. 77 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que *“Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.*

³¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 77 núm. 11

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.”³²

El inhumano hacinamiento de los presos en las cárceles ecuatorianas, determinado por el abusivo empleo de la prisión preventiva y por el lento y engorroso trámite de los procesos, determinó que los redactores de la constitución anterior decidieran en su momento solucionar esta injusticia estableciendo que no puedan permanecer encarcelados, sin sentencia, por más de seis meses, aquellos presos por delitos penados con prisión; y, por no más de un año, los que fueren acusados por delitos sancionados con reclusión.

La medida no ha sido irresponsable ni demagógica, como ligeramente se lo dijo desde que se implantó, sino que debió haber sido y debe ser complementada por otras, como el aumento de los jueces y tribunales; mejoras en su remuneración; y, por sobre todo, con reformas a las leyes procesales, para impedir las mañosas dilatorias de reos y

³² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 77 núm. 9

abogados, encaminadas a retardar el juicio para acogerse al plazo límite fijado por la constitución.

Pero, el problema persiste y, la razón de fondo estriba en que en el Ecuador, todos son muy celosos de su libertad, pero poco respetuosos de la ajena; por eso, siempre están prestos a unirse al coro vocinglero de la turba y linchar con la prisión preventiva a cualquier desventurado que para su desgracia tiene que enfrentar un juicio penal en el Ecuador.

4.3.2. Código de Procedimiento Penal

El Art. 1 del Código de Procedimiento Penal, expresa que *“Nadie puede ser penado si no mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del procesado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del procesado y de las víctimas.”*³³

Se entiende por juicio todas aquellas etapas que integran una unidad y cuyo objeto es llegar a una decisión que finiquite el pleito, esta finalización se logra por medio de una sentencia, que es la consecuencia razonada de todos los hechos y pruebas con su elemental conexión con las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

³³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1

Cuando mencionamos la necesidad de un juicio previo a la declaración de culpabilidad, es porque el juicio constituye per se una garantía que consiste en que un juez imparcial no podrá determinar la culpabilidad y no podrá imponer una pena sin antes haber realizado un proceso justo que culmine con una declaración motivada en derecho, nadie por lo tanto podrá ser declarado culpable sin que de por medio exista un juicio del cual se desprenda una sentencia condenatoria.

Esto sin duda es algo sumamente complejo, aún más cuando en nuestra práctica ha estado enraizado el abuso de la prisión preventiva; nuestros jueces y fiscales casi de memoria y sin fundamentos de fondo escogen esta medida cautelar, la más fuerte y grave de todas, muchas veces en casos absurdos, en las que no existe ningún justificante para adoptar esta decisión.

Si no nos gustan tantos principios procesales eliminémoslos, pero mientras existan en nuestras leyes, y en nuestras Constituciones, tenemos la obligación de acatarlos, y en ciertos casos, algunos comenzar a aplicarlos. Tenemos tantos principios y tantas garantías, que al leerlos pareciera que nuestra legislación está muy completa y que con aquellos preceptos la realidad va a cambiar. Sin embargo en mi tan modesta experiencia he podido constatar que las condiciones, al menos creo que con respecto a la prisión preventiva, no ha cambiado, esta medida sigue siendo la regla general dentro del proceso aun cuando existen órdenes expresas de superior jerarquía que obligan a que eso no suceda. Basta con ir a un juzgado de garantías penales para demostrar que

las garantías en ocasiones se quedan en los textos y la práctica que se ha querido cambiar sigue vigente en nuestra administración de justicia.

El Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, sobre el delito flagrante manifiesta.

“Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención.”³⁴

El Art. 162 dice que la flagrancia surge cuando el delito se comete en presencia de una o más personas; pero es evidente que si el delito se “comete” ante dos o más personas ha sido “descubierto” en el momento de su comisión. En consecuencia, en el caso de flagrancia propiamente dicha la ley sólo exige que sea descubierto el delito en el momento de su ejecución, sin que se exija que el agente sea aprehendido en ese momento. Es suficiente que el delito haya sido descubierto en el instante de su ejecución aunque el autor hubiera huido.

Un delito flagrante, del verbo flagrar, arder es, en Derecho Penal, la forma mediante la cual se hace referencia a aquel delito que se está ejecutando actualmente o en ese preciso instante.

³⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 162

La distinción es por tanto una cuestión de oportunidad y tiempo, dado que se refiere al momento en el cual el delito se está cometiendo.

El hecho de que un delito sea o no flagrante tiene importancia en dos ámbitos: por un lado, cuando se captura a un delincuente en flagrante delito o infraganti, la autoridad ha podido comprobar en persona cómo se estaba cometiendo, por lo que es mucho más fácil probar en un procedimiento penal la culpabilidad del acusado. En segundo lugar, en Derecho existen ciertas excepciones para aquellos casos en los que alguien se encuentra en flagrante delito. Si bien en ocasiones es necesario llevar a cabo una serie de procedimientos procesales a la hora de efectuar ciertas acciones policiales, en caso de delito flagrante dichos procedimientos pueden exceptuarse, con la finalidad de evitar que el delito se consuma. Ejemplos de estas excepciones son:

En ciertas ocasiones es necesario autorización judicial para entrar en una casa ajena, para proteger el derecho a la intimidad. Esta autorización muchas veces tiene la excepción de que existan sospechas fundadas de que en ese momento se esté cometiendo un delito.

Existen ciertos cargos públicos denominados aforados, que requieren de requisitos previos para poder ser detenidos, solicitud rogatoria al Congreso, por ejemplo. También existe la excepción de que se esté produciendo un delito flagrante, en cuyo caso el sujeto puede ser detenido directamente.

El Art. 162 del Código de Procedimiento Penal prevé a más del delito flagrante, el caso de la flagrancia, la cual surge cuando el autor del delito es aprehendido inmediatamente después de haberlo ejecutado y se lo encuentra con “armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido”. Por lo tanto para la existencia de la flagrancia nuestra legislación exige: a) Que el delito sea descubierto instantes después de haber sido cometido; b) que el autor sea aprehendido en esos instantes; y, c) que sea aprehendido el autor con armas, instrumentos, huellas, o papeles relacionados con el delito. Si solo es descubierto el delito instantes después de haber sido ejecutado, sin haber sido aprehendido el autor, no existe flagrancia; si es descubierto el delito instantes después de su comisión y se ha aprehendido el autor, pero no se lo encontró con armas, instrumentos, etc. relacionados con el delito, tampoco existe flagrancia. Deben concurrir las tres circunstancias antes mencionadas, para que se pueda hablar del delito flagrante.

En conclusión, nuestra legislación amplía el ámbito de la flagrancia a la flagrancia propiamente dicha y a la cuasi-flagrancia. Son dos, pues, las formas como nuestra legislación procesal penal concibe la flagrancia en general, a saber: a) cuando se descubre el delito en el instante de la comisión ante una o más personas; y, b) cuando el autor es aprehendido instantes después de haber cometido el delito y se lo encuentra en posesión de efectos relacionados con el delito.

En cuanto a la prisión preventiva esta tiene como función garantizar la comparecencia a juicio de una persona procesada, este es el fundamento para poder interponerla ya que se priva de libertad con el objeto de que la persona no pueda sustraerse de la

justicia ni pueda perjudicar la investigación procesal. En un Estado democrático y de Derecho, la libertad es un puntal fundamental de protección, cuyo resguardo se prioriza frente al encierro, no obstante, aún con un sistema normativo que respalda y fortalece este tipo de regímenes, la realidad se contrapone por ser esta medida cautelar el mecanismo procesal más utilizado a tal punto que buena parte del hacinamiento carcelario está dado por el abuso de la prisión preventiva.

El Art. 167 del Código de Procedimiento Penal expresa que: *“Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:*

- 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;*
- 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; 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.”³⁵*

Los tres primeros son los denominados requisitos objetivos los cuales buscan alcanzar una imputación suficientemente seria y sólida que permita vislumbrar la realización de un juicio y la imposición de una sentencia. Dentro de estos, el punto 3 a mi parecer

³⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 167

ha sido el causante de grandes arbitrariedades por parte de los administradores de justicia, quienes olvidan el carácter excepcional de la prisión preventiva mandado por la Constitución y por los tratados internacionales. El hecho de que se pueda privar a una persona de su libertad porque se le imputa un delito con una pena mayor a 1 año no cumple con los parámetros para garantizar la excepcionalidad, esta medida, la más severa de todas dentro del proceso penal tiene que ser aplicada justamente para los delitos más graves. Nuestra legislación tiene que ser más exigente y drástica en los presupuestos a cumplirse para poder interponer esta medida, no podemos aceptar tan campantemente que los jueces tengan puertas abiertas para dar paso a arbitrariedades que puedan tener como consecuencia la privación de la libertad de una persona aún inocente.

Los dos siguientes puntos constituyen el presupuesto subjetivo que hace referencia a la valoración que hará el juez sobre la necesidad de dictar una medida cautelar personal en contra del imputado, el objetivo de esto es garantizar la inmediación y disponibilidad del procesado, es decir, que efectivamente comparezca a juicio a ser juzgado, que se evite la paralización o la suspensión del proceso por culpa del imputado, o por último que logre fugarse. Por otro lado es importante recalcar que es el fiscal quien debe plantear la discusión sobre las medidas que le parezcan necesarias y debe probar al juez su necesidad, por medio de la exposición de los hechos que la justifican y de la argumentación acerca de cómo estos hechos permiten establecer el o los peligros que las medidas cautelares pretenden contrarrestar. En consecuencia, el incumplimiento de parte del fiscal de estas cargas procesales elimina la posibilidad de que se decreten medidas cautelares.

En estos dos presupuestos subjetivos es donde recae la irresponsabilidad del abuso de la prisión preventiva, debido a que en la generalidad no existe una debida motivación por parte del fiscal para sustentar el por qué es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio o que a su vez por qué las demás medidas no privativas no son suficientes, estos dos requisitos se han vuelto parte de una declaración sacramental en la solicitud que no tienen ningún tipo de sustento jurídico, ya que en la gran mayoría de casos el fiscal no tiene el fundamento respectivo para comprobar la existencia de estos requisitos de procedibilidad, con lo cual la solicitud del fiscal se vuelve infundada y no debería ser tomada en cuenta por parte del juez de garantías penales, que como su cargo lo denota, está encargado de garantizar el debido proceso y el respeto absoluto de los derechos de las partes procesales.

4.3.3. Tratados Internacionales

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9 numeral 3 expresa: *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”*³⁶

Este principio constituye uno de los más lógicos y con mayor aceptación cuando se trata de la prisión preventiva, debido a que su inclusión dentro de la legislación permite que el sistema penal pueda reducir la tasa de presos sin condena. No obstante, esto no sucede en nuestro país, los jueces hacen caso omiso de este principio pues la realidad,

³⁶ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> Fecha de acceso, enero 2014

el diario vivir demuestra que la prisión preventiva aún constituye la regla general de las medidas cautelares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 07 de septiembre de 2004 del caso Tibi vs. Ecuador al respecto señaló: *“La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.”*³⁷

La excepcionalidad también conlleva a que una vez impuesta la prisión preventiva, esta medida sea sujeta a revisión temporal continua debido a que las causas que justificaron su imposición pudieron desaparecer y con ello las razones para seguir con la prisión se tornan inaceptables.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Daniel Tibi vs Ecuador, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 106

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales utilizados

Tal como se dejó describiendo en el proyecto, los recursos o materiales utilizados en la investigación fueron:

RECURSOS HUMANOS:

1. Aspirante a obtener el Grado de Abogada.
- Egda. Tatiana Ivanovsna Costa Córdova
2. Profesionales del Derecho: Jueces de lo Penal, Abogados y jurisconsultos, en N° de 30.
3. Jueces y Vocales de Tribunales Penales
4. Director de Tesis: Dr. Hugo Fernando Eras Curimilma.

RECURSOS MATERIALES Y COSTOS

Los gastos que demandó el presente trabajo de investigación fueron solventados con recursos propios de la proponente de la investigación desarrollada.

RUBROS	MONTO \$
Útiles de oficina	100,00
Aplicación de encuestas	260,00
Transporte de Alamor a Loja y cantones aledaños	300,00

Elaboración y revisión del borrador	300,00
Elaboración del informe final	300,00
Reproducción de textos	200,00
Gastos no previstos	240,00
Total \$	1,700,00

FINANCIAMIENTO. Los \$1.700(Mil setecientos dólares) previamente calculados fueron cubiertos con recursos propios de la autora del proyecto y presente informe de la investigación desarrollada. Además se utilizó una bibliografía amplia que será descrita en su momento

5.2. Métodos

5.2.1. MÉTODOS PARTICULARES.- Los principales utilizados en esta investigación son los métodos histórico-comparado, descriptivo y experimental.

5.2.2. MÉTODO HISTÓRICO-COMPARADO.- Es el que trató de descubrir y analizar científicamente los hechos, ideas, personas, etc. de la prisión del pasado, por lo tanto nos ubicamos en el pasado. Algunos autores lo llaman método genético porque con él pude investigar los hechos de la prisión preventiva desde su génesis u origen; otros lo llaman histórico-comparado porque permitió el conocimiento científico de los hechos de la prisión preventiva actuales mirándolos desde su origen, de ese modo, el pasado de la prisión sirve para comprender la prisión preventiva, así como para superar errores legislativos.

5.2.3. MÉTODO EXPERIMENTAL.- El método experimental consistió en provocar voluntariamente una situación que se estudiaba, es decir que modifique o altere voluntariamente la realidad presente de la prisión preventiva. Este método es aplicable en las Ciencias Jurídicas, en la práctica, en la medicina legal, en lo jurídica, etc. El método de experimentación perseguía lo siguiente:

- a) Repetir el fenómeno ya conocido: la prisión preventiva,
- b) Explicar el fenómeno que no es suficientemente conocido
- c) Confirmar acerca de la veracidad de la ley de causa y efecto.
- d) Iniciar correctamente una técnica, a fin de evitar errores.
- e) Formar la mentalidad y el espíritu científico.
- f) Actuar en el terreno en la realidad de una manera objetiva y lógica.
- g) Inducir hacia el descubrimiento o hacia la adquisición de nuevos conocimientos.

5.2.4. MÉTODO EXEGÉTICO. El método exegético perteneciente o relativo a la exégesis, muy útil en las investigaciones jurídicas, fue un método interpretativo de las leyes que descansa en el sentido de las palabras específicas de la prisión preventiva, por tanto, muy usual en Derecho, fue por lo mismo, un método más de características deductivas aclarativas, que se apoyó en la interpretación y en abundante explicación del sentido de aquellas. (Exégesis = interpretación, explicación) .

5.2.5. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN NEMOTÉCNICA. Se orientó al establecimiento de normas y leyes generales, con el proyecto de reformas al Código

de Procedimiento Penal, porque hay contradicción con la Constitución y el Código de Procedimiento Penal.

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

El procedimiento con el método descriptivo consistió en la observación actual de las disposiciones sobre prisión preventiva. Se ubicó en el presente con mandatos constitucionales y disposiciones vigentes, pero no se limitó a la simple recolección de datos, sino que procuró la interpretación racional y el análisis objetivo de los mismos en la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal. Las principales características de la presente investigación descriptiva son:

- a) El conocimiento detallado de los rasgos externos de la prisión preventiva, es decir, de aquello que apareció a los sentidos de la investigadora.
- b) El objetivo del método fue obtener una descripción "fotográfica" de los detenidos que se han investigado como casos de Jurisprudencia.
- c) Por su propio carácter descriptivo, no contó con los suficientes elementos teóricos y metodológicos para demostrar científicamente la problemática de la prisión preventiva que se describe en la investigación desarrollada.
- d) El tratamiento de la información recopilada y procesada es predominantemente descriptivo y cualitativo, sin llegar al análisis cuantitativo de los resultados.

5.3.1. TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN.- Se utilizó esta variedad de técnicas a fin de recopilar los datos sobre la situación existente, de la prisión preventiva como las encuestas. Se utilizaron cinco aplicadas a jueces de

Garantías Penales, cinco a vocales de tribunales penales y veinte a profesionales del Derecho en libre ejercicio de su profesión para complementar el trabajo y ayudar a asegurar una investigación completa.

5.3.2. OBSERVACIÓN.- Es una técnica que se basó en la utilización aguda de la visión del fenómeno de la prisión preventiva, para ello fue necesaria la elaboración de una guía o esquema que oriento los aspectos fundamentales a observar el fenómeno investigado. Se utilizó cuando las fuentes de información se mostraban reacias o contrarias a proporcionar los datos requeridos por la investigadora.

5.3.3. LA ENTREVISTA. Consistió en un dialogo entre dos personas. La entrevistadora “Investigadora” y cinco juezas y jueces de garantías penales; se realizó con el fin de obtener información de parte de estos que son por lo general unas personas entendidas en la materia de la investigación.

5.3.4. LA ENCUESTA.- La encuesta es una técnica de adquisición de información de interés sociológico, mediante un cuestionario de cinco preguntas previamente elaborado, a través del cual se pudo conocer la opinión o valoración de los profesionales del derecho seleccionados en una muestra de 30 personas sobre la prisión preventiva en el Ecuador.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de la aplicación de encuesta

Como se dejó planteado en el proyecto, se han aplicado 30 encuestas a señores abogados y profesionales del Derecho y sus respuestas se entregan los siguientes

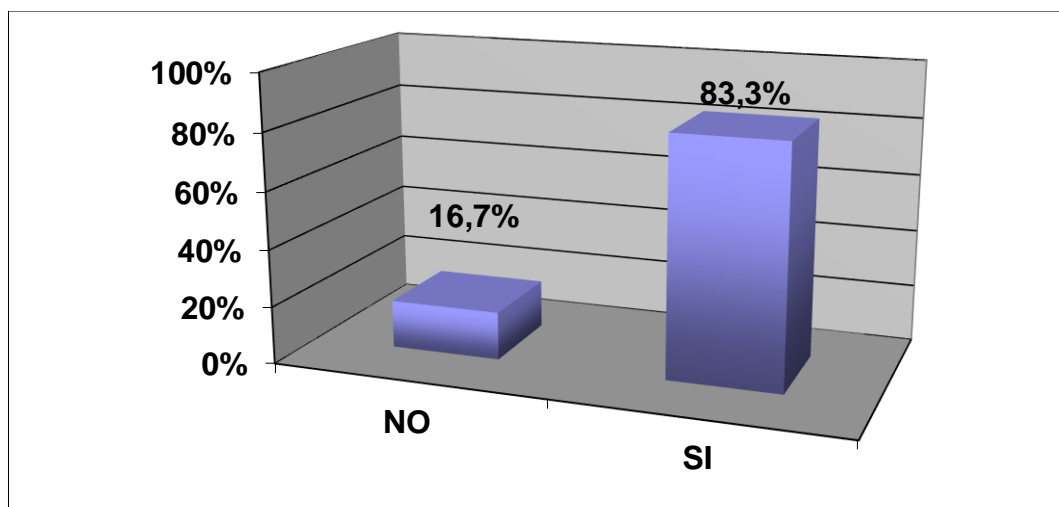
Pregunta N° 1 ¿Considera usted que la prisión preventiva, es una medida cautelar para investigar y reprimir el cometimiento de un delito?

Cuadro 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.7 %
SI	25	83.3 %
Total	30	100 %

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Cordova
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 1



ANÁLISIS.

En la primera pregunta de un universo de treinta encuestados, cinco que corresponde el 16.7% señalaron que la prisión preventiva, no es una medida cautelar para investigar y reprimir el cometimiento de un delito; en cambio veinticinco personas que encierra el 83.3% expresaron que la prisión preventiva, si es una medida cautelar para investigar y reprimir el cometimiento de un delito

INTERPRETACIÓN

La prisión preventiva consta en el Código de Procedimiento Penal como un epítome del Capítulo IV y en el Art. 167 la define, aunque en el Art. 160, al tratar las medidas cautelares, en el numeral 13 constan como medidas cautelares de carácter personal, pero los fiscales las solicitan como pena y los jueces la dictan también como pena, que no lo es.

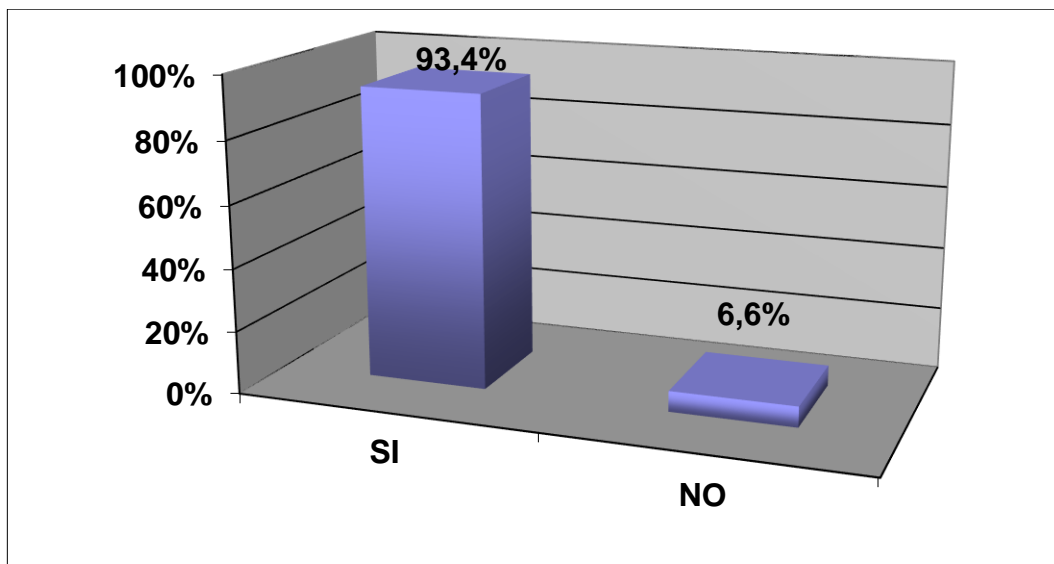
Pregunta N° 2 Considera usted que al aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, se encuentra afectando el bien jurídico de la libertad.

Cuadro 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	2	6.6 %
SI	28	93.4 %
Total	30	100 %

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Cordova
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 2



ANÁLISIS.

En cuanto a esta pregunta, dos personas que comprende el 6.6% indicaron que al aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, no se encuentra afectando el bien jurídico de la libertad; mientras tanto, veintiocho personas que significa el 93.4% manifestaron que al aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, si se encuentra afectando el bien jurídico de la libertad

INTERPRETACIÓN.

Al aplicar la medida cautelar se encuentra afectando al bien jurídico de la libertad, porque al procesado se lo encierra por el espacio de noventa días, que en la práctica son más, olvidando que la libertad es la más preciada de las cosas. Y tan elevado es su precio, ya que la libertad no se puede pagar con dinero; tampoco se la puede conceder temporalmente. Porque esa amenaza de retornar a la esclavitud de la cárcel, amarga, como simple condena a la libertad, la transitoria liberación. No obstante, en la realidad procesal y como atenuación penitenciaria, se conoce esa libertad revocable o en cuotas que representan instituciones como libertad provisional de los procesados y libertad condicional de los condenados de ejemplar comportamiento ulterior.

Pregunta N° 3 ¿Cree usted que la prisión preventiva es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso?

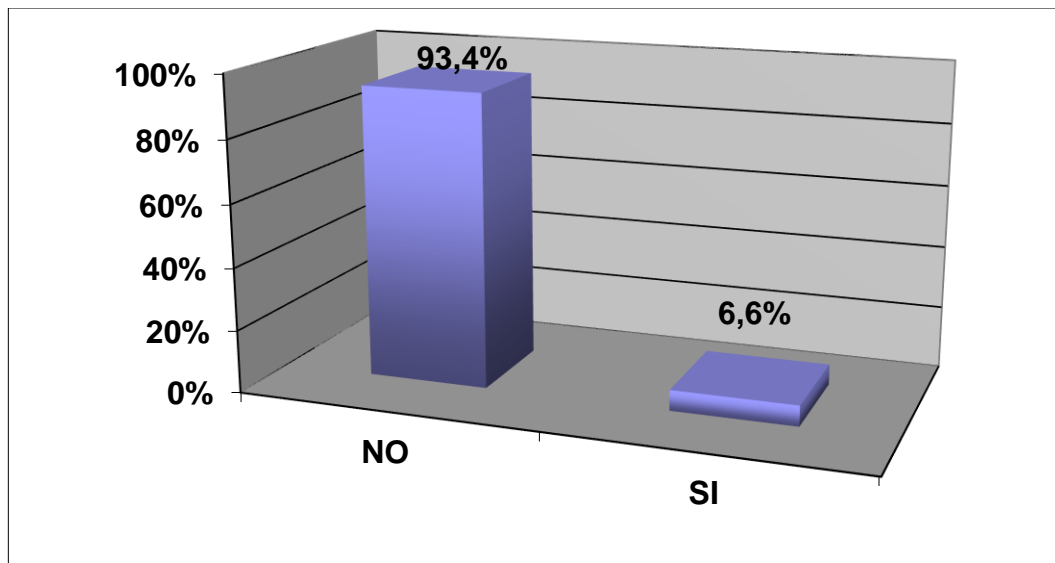
Cuadro 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	6.6 %
NO	28	93.4 %
Total	30	100 %

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Córdoba

Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 3



ANÁLISIS.

En la tercera pregunta, dos personas que corresponde el 6.6% expresaron que la prisión preventiva si es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso; en cambio, veintiocho personas, que comprende el 93.4 manifestaron que la prisión preventiva no es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso.

INTERPRETACIÓN.

La prisión preventiva no es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado, sino la última de los 13 numerales del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal expresadas como la detención, la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo, es de esperar que ya no se disponga otras medidas que dictan, con alguna frecuencia, jueces penales que no han alcanzado a entender que sólo pueden disponer aquellas medidas cautelares previstas en la ley procesal penal.

Pregunta N° 4. ¿Cree Ud. que la privación de la libertad se aplica excepcionalmente:

-Cuando es necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso

-Para asegurar el cumplimiento de la pena

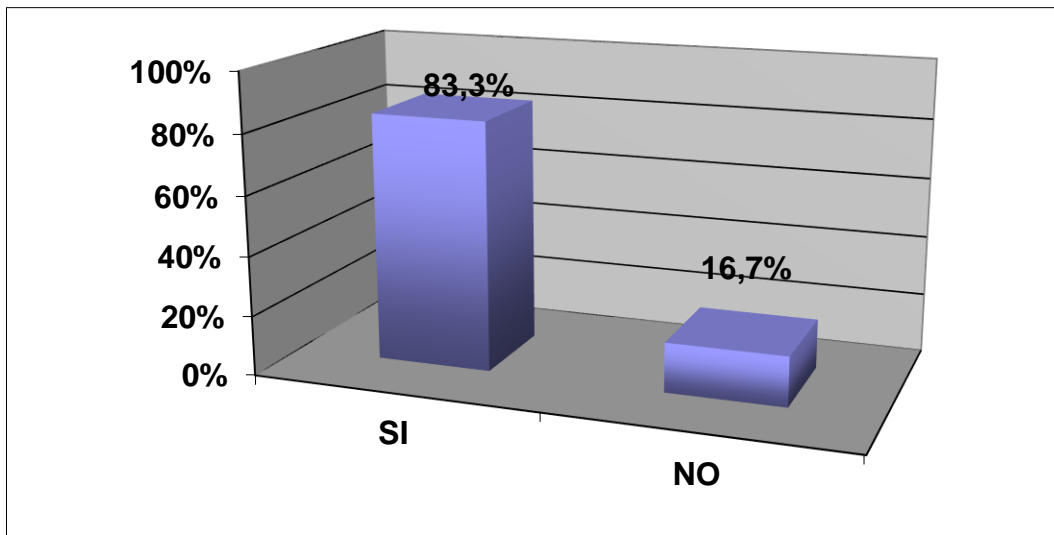
- Otra, especifique:

Cuadro 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
- Garantizar la comparecencia	15	50 %
- Cumplimiento de la pena	15	50 %
Total	30	100 %

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Córdova
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 4



ANÁLISIS.

El 50 % de los encuestados cree que la privación de la libertad se aplica cuando es necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso; y el otro 50 % para asegurar el cumplimiento de la pena.

INTERPRETACIÓN.

Iguales porcentajes de abogados y profesionales del Derecho creen que la privación de la libertad se aplica excepcionalmente: cuando la Policía Judicial decide detener una persona por todo acusándole de delito fragante, cuando el mismo fuere cometido en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de la supuesta comisión.

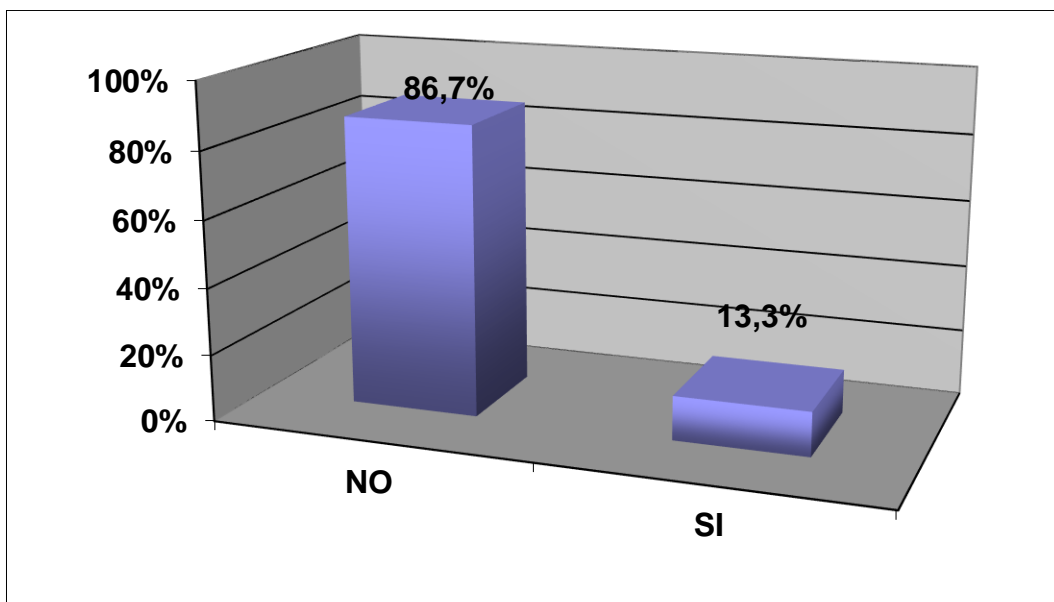
Pregunta N° 5. Si el mandato constitucional autoriza a la Jueza o Juez que pueden ordenar medidas cautelares distintas, ¿considera que se está desvalorizando a la prisión preventiva?

Cuadro 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	13.3 %
NO	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Córdova
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 5



ANÁLISIS:

El 86,7% de los encuestados considera que si se está desvalorizando a la prisión preventiva; y, el 13,3% considera que no está desvalorizando a la prisión preventiva

INTERPRETACIÓN:

Como el mandato constitucional autoriza a la Jueza o Juez de Garantías Penales que pueden ordenar medidas cautelares distintas, como medidas cautelares de carácter personal que están enumeradas en el Art. 160 del Código de Procedimiento penal

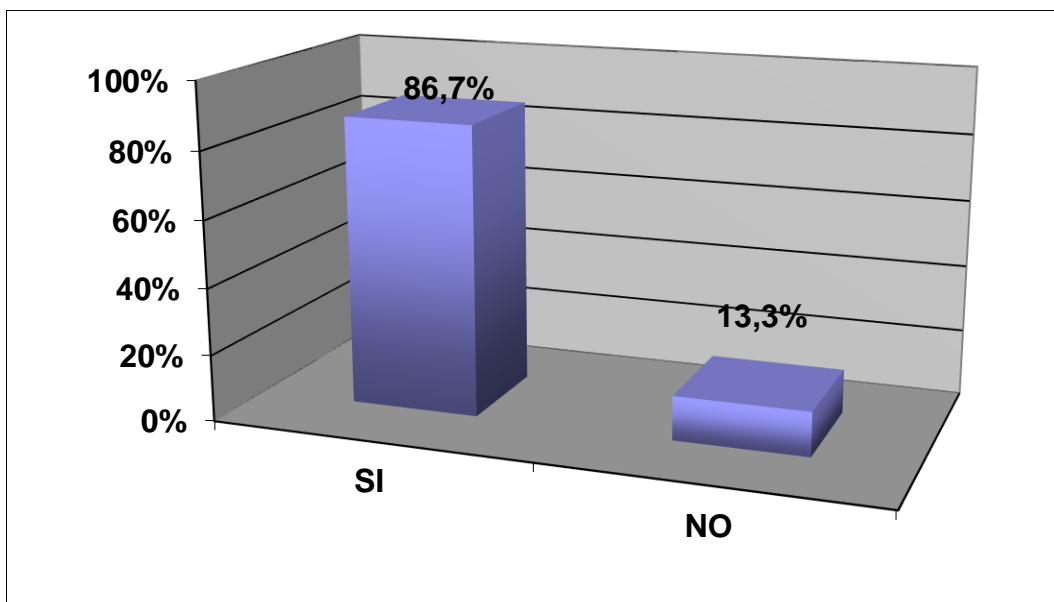
Pregunta N° 6: ¿Cree Ud. que el inciso segundo del Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, que trata del delito flagrante, está contradiciendo al numeral uno del Art. 77 de la Constitución?

Cuadro 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13.3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Córdova
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 6



ANÁLISIS:

El 86,7% creen que si está contradiciendo el inciso segundo del Art. 162 del Código de procedimiento penal al numeral uno del Art. 77 de la Constitución; mientras que el 13.3% señalaron que no, pero no argumentan el porqué, posiblemente porque no han revisado

INTERPRETACIÓN:

El inciso segundo del Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, que trata del delito flagrante, dispone: “no se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de 24 horas entre la Comisión del delito y la detención” por lo que está contradiciendo al numeral uno del Art. 77 de la Constitución que habla de la privación de la libertad; y en el numeral 9 ordena que no podrá exceder de 6 meses para prisión y de un año para reclusión.

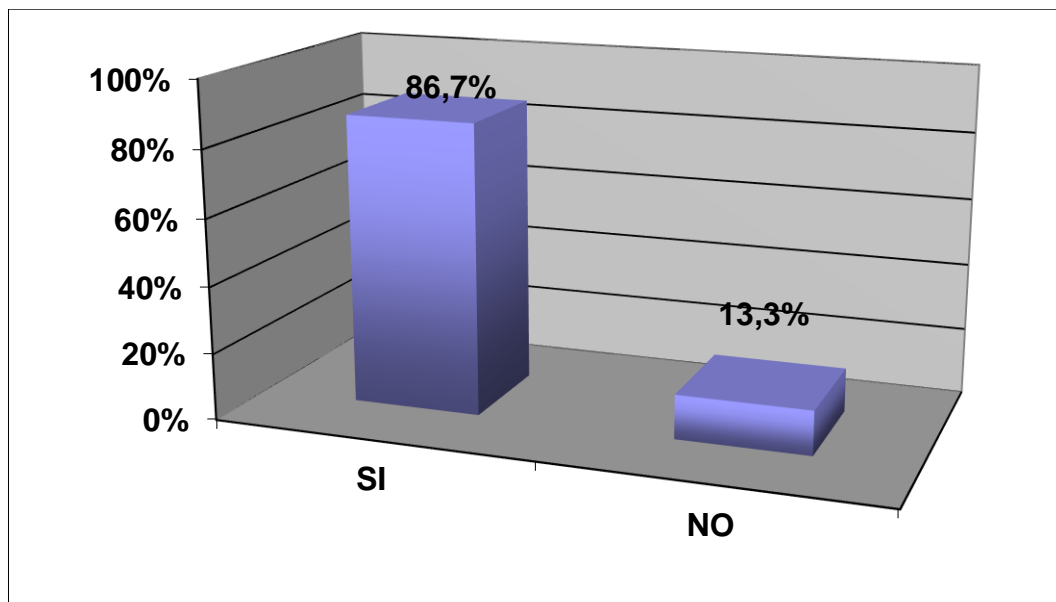
Pregunta N° 7 ¿Cree usted que al aplicarse la prisión preventiva, se estaría anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia?

Cuadro 7

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13.3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Córdova
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 7



ANÁLISIS

En esta pregunta cuatro personas que corresponde el 13.4% señalaron que no al aplicarse la prisión preventiva, se estaría anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia; en cambio veintiséis personas que engloba el 86.7% manifestaron que al aplicarse la prisión preventiva, si se estaría anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia

INTERPRETACIÓN

Al aplicarse la prisión preventiva se está anticipando la imposición de una pena antes de dictarse sentencia, porque la ordena también el Tribunal, como señala el Art. 167 y cuando el proceso suba por apelación a conocimiento y resolución de la Corte Provincial, aunque el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución, mande: "La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y por las formalidades establecidas en la ley.

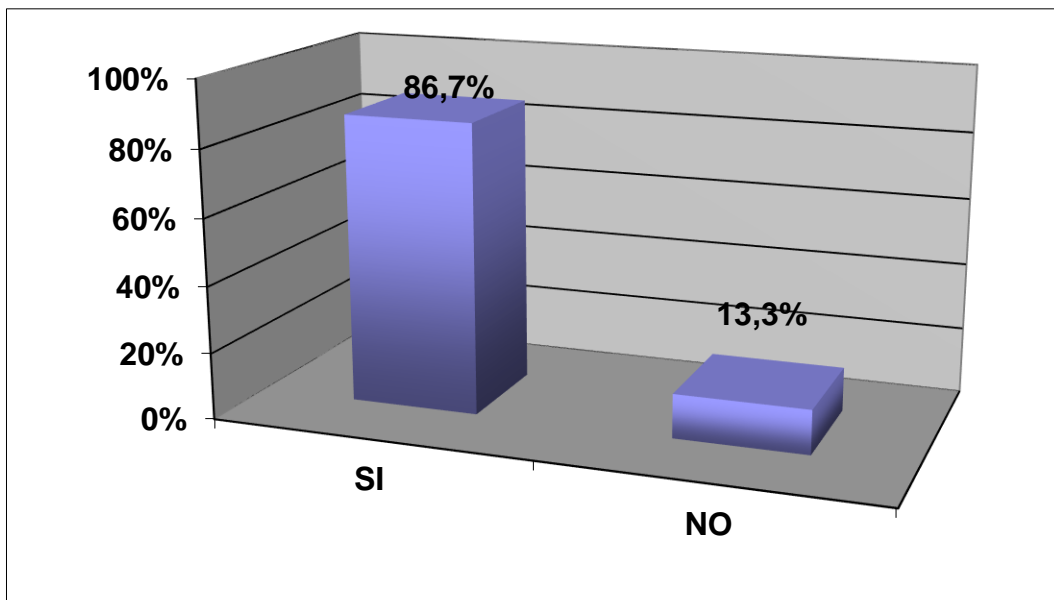
Pregunta N° 8 ¿Considera usted pertinente plantear una propuesta de reforma legal a fin de derogar la prisión preventiva como medida cautelar de orden personal de la legislación penal ecuatoriana?

Cuadro 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13.3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autora: Tatiana Ivanovsna Costa Córdova
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 6



ANÁLISIS

En esta representación se puede observar que cuatro personas que corresponde el 13.3% señalaron que no es pertinente plantear una propuesta de reforma legal a fin de derogar la prisión preventiva como medida cautelar de orden personal de la legislación penal ecuatoriana; en cambio veintiséis personas que encierra el 86.7% expresaron que si es pertinente plantear una propuesta de reforma legal a fin de derogar la prisión preventiva como medida cautelar de orden personal de la legislación penal ecuatoriana

INTERPRETACIÓN

Es pertinente plantear reformas constitucionales y legales a fin de derogar la prisión preventiva de la legislación penal ecuatoriana, porque hay caducidad de la prisión preventiva y, si la administración de justicia penal a cambiado en el Ecuador, empezando por cumplir y hacer cumplir los plazos previstos en las leyes, particularmente, el que consta en el Art. 223 que dice que la instrucción fiscal sólo dura 90 días, "improrrogables", no se puede sino expresar la satisfacción y acuerdo con el contenido del Art. 169, sobre la caducidad de la prisión preventiva.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos.

El objetivo general pretendía “Analizar la prisión preventiva en el Ecuador para satisfacer la necesidad de eliminar el Capítulo Cuarto del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal” y así lo he demostrado tanto en doctrina como en la Legislación comparada y en nuestra propia Legislación porque es fruto de un error de los Constituyentes de Montecristi que en el 2008 la recogieron sin tomar en cuenta que es una medida cautelar personal que en el Art. 169 se dispone su caducidad.

Para verificar el cumplimiento de los objetivos específicos, especialmente el primero que pretendía:

1°. Sintetizar sobre la prisión preventiva, provisional, la limitación de la libertad durante el proceso penal, principios básicos de prisión preventiva y legislación comparada.

Esta comprobación la pueden observar con el desarrollo del número 4 de esta tesis que exigió el desarrollo de la revisión de literatura en marcos conceptual doctrinario y Jurídico; además la Legislación comparada que abordo el Derecho a la Libertad personal, la Prisión preventiva según el Código Penal de Argentina y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

2°. Determinar el marco referencia! en la Constitución de la República del Ecuador, el Código de Procedimiento Penal y el Código de Procedimiento Penal de la Policía.

La Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 9 prescribe sobre la prisión preventiva, mandando que "no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión".

En Montecristi se "resucitó" la prisión preventiva y se retomó el numeral 8 del Art. 24 de la Constitución anterior con una gravedad de que la prisión preventiva sea el último de los recursos que se le debe dar a un acusado de delito, pues siempre debe prevalecer la opinión de las medidas cautelares".

En la detención preventiva, una persona puede estar detenida tres meses... Entre el llamado a audiencia, recusación de jueces, se cumplen seis meses y entre las audiencias, el llamamiento a juicio y recurso de apelación (que puede durar 135 días de acuerdo con los plazos de ley) se cumplen casi nueve meses. Lo que impide cumplir plazos de seis meses (en casos de prisión) o un año (en reclusión) para dictar sentencia. Hay que hablar con medidas de seguridad, porque fiscales y jueces toman a la prisión preventiva como pena.

En cuanto al Código de Procedimiento Penal, parece que la posibilidad de que la prisión preventiva la ordene también el Tribunal como, señala el Art. 167, es algo que

no tiene sentido ni tendrá aplicabilidad practica en razón que el Art. 232 en su numeral 4 dispone que siempre que se dicte auto de llamamiento a Juicio deberá ordenarse la prisión preventiva, si antes no se lo hubiera hecho; por tanto, cabe que pregunte: ¿Cuándo y en qué casos podrá el tribunal penal ordenar la prisión preventiva de un ciudadano Imputado o Encausado.

En lo que se refiere al Código de procedimiento Penal de la Policía, el Art. 188 de la Constitución Manda el fuero ordinario: en aplicación del principio de unidad Jurisdiccional, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria...” con este mandato es claro, que el Código de procedimiento Penal de la Policía, fue derogado.

3°. Demostrar cuatro casos de la jurisprudencia en el Distrito Judicial de Loja, sobre la prisión preventiva.

1. Comercialización, transportación de combustibles derivados de diesel sin autorización.
2. Extorsión a un acaudalado comerciante pindaleño.
3. Presunción de transporte ilegal de tacos de masa de pentolita.
4. Tráfico ilegal de Hidrocarburos, sus derivados, gas licuado, de petróleo y biocombustibles.

4°. Entregar un proyecto de reformas al Código de Procedimiento Penal sobre la prisión preventiva y las medidas de aseguramiento.

Al diseñar el proyecto ofrecido, vi la necesidad de entregar un segundo proyecto de Reformas a la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 9 del Art, 77. También encontraran reformas sugeridas al Código de la Niñez y Adolescencia.

7.2. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

7.2.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

La libertad individual garantizada constitucionalmente, encuentra su limitación en la figura de la prisión preventiva cuya finalidad, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena.

7.2.2. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La nueva regulación constitucional recoge los principios básicos que deben presidir esta institución:

1. Jurisdiccionalidad, al disponer que procederá por orden descrita de jueza o juez competente.
2. Excepcionalidad, en cuanto la prisión preventiva sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley.

3. Proporcionalidad, que en sus acepciones permite distinguir la idoneidad de la medida para conseguir el fin propuesto y su necesidad en sentido estricto, por lo que la prisión sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas gravosas a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional, por lo que la Constitución ha previsto que "La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva".

7.2.3. FINALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

A través de esta institución el Estado no desconoce la presunción de inocencia, sino que el carácter provisional de la medida responda a la necesidad de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal, por lo que la adopción de la prisión provisional tiende esencialmente:

- * Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro, se atenderá conjuntamente la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado y el grado de peligrosidad del infractor.
- * Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas relacionadas con el enjuiciamiento.
- * Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y de la comunidad en general; y
- * Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, actuando unilateralmente o concertado con otras personas de forma organizada.

La prisión preventiva dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana, por lo que se ha previsto constitucionalmente que "la privación de libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario".

Desde esta perspectiva las medidas de aseguramiento, serán viables si el funcionario judicial arriba a la convicción de que el procesado no continuará el proceso y a la ejecución de la eventual pena privativa de libertad.

Frente a este marco constitucional y legal se deberá considerar, además que el imputado no pondrá en peligro a la sociedad, atendiendo a la naturaleza y modalidad del delito atribuido, por lo que es importante determinar cuándo es necesario privar de la libertad a una persona que está siendo investigada y juzgada como posible responsable de haber cometido una conducta punible, y cuando a pesar de tratarse de conducta socialmente⁴ reprochable existe circunstancias superiores que señalan la necesidad de aplicar una medida de aseguramiento, distinta a la privación de la libertad en un establecimiento carcelario.

El inciso segundo del Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, contradice el mandato del numeral 1 del Art. 77 de la Constitución; porque en el primero se dispone: "No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención".

El numeral 1 del Art. 77 de la Constitución, manda: "La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva".

8. CONCLUSIONES

1ª. La prisión preventiva consta en el Código de Procedimiento Penal como un epítome del Capítulo IV y en el Art. 167 la definen, aunque en el Art. 160, al tratar las medidas cautelares, en el numeral 13 consta como medidas cautelares de carácter personal, pero los fiscales las solicitan como pena y los jueces la dictan también como pena, que no lo es, por lo que debe exigirse una reforma

2ª. Como la Constitución y el Art. 170 del Código de Procedimiento penal prescriben la revocatoria o suspensión de la prisión preventiva, no hace falta conservarla como medida cautelar.

3ª. Como el numeral 9 del Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que "la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión", sin embargo los fiscales la insinúan después de dos o más años y solicitan al Juez dicte la prisión preventiva, después de que el acusado ya la ha sufrido.

4ª. El Capítulo Cuarto del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal fue asignado pobremente con la referencia del numeral 13 del Art. 160 que dispone sobre las medidas cautelares de carácter personal: la prisión preventiva.

5ª. Es un error imperdonable que los Constituyentes de Montecristi, retomaran la prisión preventiva en el numeral 9 del Art. 77 estipulando plazos y allí mismo le quitan

el efecto ya que resulta que los efectos conscientes son siempre sólo limitados, porque los provocan intencionadamente.

6ª. En la prisión preventiva, una persona puede estar detenida tres meses... Entre el llamado a audiencia, recusación de jueces, se cumplen seis meses y entre las audiencias, el llamamiento a juicio y recurso de apelación (que puede durar 135 días de acuerdo con los plazos de ley) se cumplen casi nueve meses. Lo que impide ajustarse a los plazos de seis meses (en casos de prisión) o de un año (en reclusión) para dictar sentencia.

7ª. Como el mandato constitucional autoriza a la Jueza o Juez de Garantías Penales que pueden ordenar medidas cautelares distintas, no hacía falta su enumeración en el Art. 160 del Código de Procedimiento penal.

9. RECOMENDACIONES

1ª. Con las conclusiones anteriores, me fundamento para mi propuesta de Reformas Jurídicas que se han preparado a la Constitución y al Código de Procedimiento con el propósito de eliminar la prisión preventiva para sustituirla con medidas de seguridad que sugiere la doctrina y la Legislación Comparada. Además se adjuntan Reformas al Código de la Niñez y Adolescencia.

2ª. La prisión preventiva no es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado, hay otras expresadas como la detención, la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo, es de esperar que ya no se disponga otras medidas que dictan, con alguna frecuencia, jueces penales que no han alcanzado a entender que sólo pueden disponer aquellas medidas cautelares previstas en la ley procesal penal.

3ª. Al aplicarse la prisión preventiva se está anticipando la imposición de una pena antes de dictarse sentencia, que la ordena también el Tribunal, como señala el Art. 167 y cuando el proceso suba por apelación a conocimiento y resolución de la Corte Provincial, aunque el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución, mande: "La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y por las formalidades establecidas en la ley..."

4ª. Es pertinente plantear reformas constitucionales y legales a fin de derogar la institución de la prisión preventiva de la legislación penal ecuatoriana, porque hay su caducidad y, si la administración de justicia penal a cambiado en el Ecuador, empezando por cumplir y hacer cumplir los plazos previstos en las leyes.

5ª. Cámbiese los términos de prisión preventiva por medidas de seguridad que implican providencias, con carácter preventivo para la sociedad y de corrección para el sujeto, se adoptarán con los individuos que se encuentren en estado peligroso desde el punto de vista de la defensa social de carácter general.

6ª. El sistema penal y las medidas de seguridad deben cumplirse con la finalidad de educación del sentenciado y su capacitación para el trabajo, a fin de obtener su rehabilitación que le permita una adecuada reincorporación social", por lo que sugiero que los detenidos deben pagar diariamente su estadía y su propia alimentación en los Centros de Rehabilitación Social.

9.1. Propuesta de reforma

9.1. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

PLENARIO DE LAS COMISIONES

CONSIDERANDO

Que en nuestro ordenamiento jurídico existen múltiples controles judiciales materiales a las actuaciones de la autoridad y que se regula en el Habeas Corpus y el Recurso de Amparo Judicial cuando se vulnera o amenaza el derecho fundamental de la libertad personal;

Que los Constitucionalistas de Montecristi retomaron, por error, la prisión preventiva, ya caducada y desaparecida de nuestra legislación;

Que en los mandatos constitucionales, específicamente en el numeral nueve del Art. 77 prescriben la prisión preventiva y allí mismo prevén alternativas;

Que la jueza o juez "siempre podrán ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva;

Que la proyecto reformativo es la propuesta de un estudio jurídico bien fundamentado por una profesional del Derecho;

Atendiendo al mandato del numeral dos del Art. 441 de la Constitución que permite reformas a la misma,

ACUERDA:

Art. 1. Cámbiese en el numeral 9 del Art. 77 los términos "prisión preventiva" por medidas de seguridad.

Art. 2. Elimínense los términos de "prisión preventiva" en todos los mandatos constitucionales que los invoquen.

Disposición final. Este proyecto de reformas, aprobado por la Comisión Constitucional y por el Plenario de la Asamblea Nacional, entrará en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los ... días del mes de.... del 2013.

Dra. Gabriela Rivadeneira

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Dra. Libia Rivas

SECRETARIA

SECRETARIA. Certifico que la copia que antecede, es fiel copia del original que reposa en el Archivo de la Secretaría de la Asamblea Nacional.

9.2. REFORMAS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

PLENARIO DE LAS COMISIONES

CONSIDERANDO

Que el Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal, al tratar las medidas cautelares de carácter personal, en el último numeral 13 del art. 160 determina la prisión preventiva;

Que en doctrina cautelar es precaución, previsión, recelo, prevención y cálculo, entre otros sinónimos castellanos;

Que en el Derecho común, dicese de las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo, pero no prisión preventiva.

Que las medidas cautelares se establecen como una garantía del agraviado o de la víctima;

Que tales medidas garantizan, en primer lugar la inmediación del acusado, esto quiere decir que el Juez, las partes y las pruebas deben estar muy cerca e inmediatas;

Que el Juez, debe conocer, personalmente, a los testigos, al acusado y a todos los sujetos procesales;

Que si hubiera seriedad en la administración de justicia, el Juez debería personalmente recibir las pruebas testimoniales porque de lo contrario, ellas constituyen la mejor forma de corrupción de los amanuenses;

Que otra garantía que contiene las medidas cautelares es el pago de los daños y perjuicios al ofendido;

Que el Art. 160 divide a tales medidas en: personales y reales;

Que solamente esa designación no justifica para que el Capítulo Cuarto del Libro Tercero le hayan dado el epítome de LA PRISION PREVENTIVA;

Que la doctrina, la Legislación Comparada y los casos estudiados en jurisprudencia, sugieren su eliminación, por todo lo cual,

En atribuciones dadas en el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución,

ACUERDAN:

Reformar el Código de Procedimiento Penal, en el libro tercero, Capítulos uno, dos, tres y cuatro que tratan de las medidas cautelares, la aprehensión, la detención, y la prisión preventiva, en los términos y siguiendo con el tenor de los siguientes artículos:

Art. 159. Cámbiese el Título LA PRISIÓN PREVENTIVA del Capítulo Cuarto del Libro Tercero, por MEDIDAS DE SEGURIDAD y elimínese y cámbiese los Arts. 167 a 173, por los que a continuación se disponen.

Art. 160. Conversión. Para convertir la simple detención en prisión preventiva, se requiere:

1°. Que esté debidamente comprobada la existencia de una infracción castigada en lo militar con pena de muerte, presidio, prisión mayor, prisión menor o confinamiento;

2°. Que al detenido se le haya tomado la declaración indagatoria, y se le haya dado a conocer la causa de su detención;

3°. Que haya datos suficientes, a juicio del instructor, para creer que el detenido es responsable del hecho probado.

Art. 161. Medidas de Seguridad. La obligación de atender al delincuente y sostener la responsabilidad por el hecho de vivir en sociedad, se enfrenta a la necesidad de asegurar, mediante algún medio, la no repetición de los maleficios causados por los sujetos, hayan sido o no declarados imputables, pero de todos modos responsable. Para ello, creamos junto a la pena, la llamada medida de seguridad, agrupando a ambos bajo el genérico de sanciones. La pena se funda en la culpabilidad, en tanto que la medida de seguridad se asienta en la peligrosidad.

Art. 162. Fines y medio de las Medidas de Seguridad. Las medidas de seguridad no castigan, sino que atienden a un fin utilitario, a unas prevenciones general y especial respecto de quien presenta una indiscutible peligrosidad.

Son medios de asistencia, que buscan la readaptación del individuo o el control de su erradicación de la sociedad.

Art. 163. Identificación del repertorio de las medidas de seguridad. Entre tales medidas de seguridad se encuentran:

- 1) El sometimiento a la vigilancia de la Policía Judicial y su caución.
- 2) Al delincuente irresponsable y a quien se le eximió de pena, por ofrecer peligro a la seguridad pública, debe ser recluido en los Centros de Rehabilitación Social, donde el internamiento y el respectivo tratamiento médico son indeterminados en el tiempo, y sólo puede cesar por disposición judicial, cuando los peritos señalados acrediten que la causa que motiva el internamiento carcelario, ha desaparecido.
- 3) En el caso de los vagos, éstos pueden ser colocados en casas de trabajo.
- 4) El internamiento en casas de trabajo o colonias agrícolas;
- 5) La permanencia obligada en casas de templanza para los alcohólicos) o de custodia (para rebeldes y propensos a fugas y ocultaciones);
- 6) En manicomios (para dementes e individuos sometidos a observación) y en reformatorios (para jóvenes de perversas tendencias o caracteres por completo antisociales);

- 7) Pueden agregarse a tales medidas la caución de no delinquir, la confiscación de los efectos e instrumentos del delito, el Registro Judicial donde se inscriben las medidas y penas de seguridad.
- 8) La estipulación de precios por abonar el detenido, por la estadía y mantención diarias.
- 9) La sumisión a libertad vigilada;
- 10) La entrega a determinadas familias o patronales;
- 11) La expulsión al extranjero, la prohibición de residencia; y,
- 12) El frecuentar determinados lugares.

Art.164. Aplicabilidad. Las medidas de seguridad pueden aplicarse con delito (evidencia de la peligrosidad del individuo, salvo obedecer a una reacción ocasional de muy difícil repetición) o sin infracción penal típica, por la presunción vehemente de que tal persona posee inequívoca propensión al delito, por su peligrosidad, en cuya amplitud más vale excederse, de acuerdo con este sistema, que exponer a la sociedad a los efectos, tan probables como desdichados, que cabe esperar de un sujeto peligroso si permanece en plena libertad de acción.

Art. 165. Naturaleza y sujetos pasivos. No tienen carácter penal, sino preventivo; aun cuando algunas, cual el internamiento, recuerden por exceso a la privación de libertad; internamiento que puede llegar a ser indefinido al igual que una reclusión perpetua. Sin embargo, no pretenden infringir al sujeto un mal, sin evitar que él cause el mal a otro o a los valores e instituciones de la sociedad.

Están comprendidos en, las medidas de seguridad, como elementos peligrosos para la sociedad:

- a) Los delincuentes profesionales, habituales y reincidentes, por su comprobada conducta perjudicial para la colectividad humana;
- b) Los rufianes o proxenetas, por esa explotación miserable que ejercen, y por auxiliares del vicio;
- c) Ciertas categorías de prostitutas, por la degeneración que propagan y las enfermedades que transmiten;
- d) Los jugadores profesionales, los recaudadores de apuestas y los que fomentan los juegos prohibidos por lesionar así intereses del trabajo, de la familia e incluso del Fisco;
- e) Los alcohólicos empedernidos;
- f) Los extranjeros indeseables;
- g) Quienes no tienen medios conocidos o lícitos de vivir; y,
- h) Cuantos por sus antecedentes, medio en que desenvuelven sus actividades u ociosidad, revelan poseer escasas garantías para la convivencia pacífica y honrada.

Art. 166. Motivación. Ha de motivarse siempre por el juez y la orden respectiva ha de contener:

- 1°. Nombre del juez que la ordena.
- 2°. La persona o autoridad a quien se encarga la prisión.
- 3°. El delito por el que procede.

4°. El nombre, apellido o sobrenombre del presunto reo, su empleo, profesión o clase, nacionalidad, domicilio, y demás señales generales y particulares que consten o se hubieren adquirido para designarlo clara y distintamente.

5°. El lugar a que se ha de conducir el reo.

6°. Si ha de estar incomunicado o no.

Art. 167. Detención comunicada: La Constitución reconoce la modalidad de la detención comunicada, durante la cual, el detenido puede disfrutar de derechos reconocidos constitucionalmente, tales como:

1) Las previstas en el Art. 77 numeral 3, mediante la cual "Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derechos a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención;

2) La identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó;

3) La de quienes la ejecutan; y,

4) La de las personas responsables del respectivo interrogatorio";

5) La señalada en el numeral 4, la que prescribe que "En el momento de la detención, la o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo;

6) A comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique; y,

7) A no declarar contra sí mismo.

Art. 168. Imposición y actuaciones. La aplicación de las medidas de seguridad se encomienda también a los jueces o juezas de Garantías Penales, más o menos

especializados; puesto que significa apreciación de hechos y una elección entre medios preventivos sociales, de grave responsabilidad, en todo caso.

Para quitarle el "sabor" del enjuiciamiento criminal, las actuaciones reciben nombres como el de expediente, de estilo estrictamente administrativo.

Art. 169. Discrecionalidad en su aplicación, límite y salvedad. Existe una enorme discrecionalidad en la aplicación de las medidas, que tampoco tienen la rigidez de las penas, ya que lo mismo cabe agravarlas que aminorarlas, según reaccione el sujeto sometido a ellas.

Puede constituir medida de seguridad la propia muerte del individuo peligroso. La expresión medida de seguridad posee, con menor trascendencia jurídica pero igual interés, sobre todo para:

- a) Protección de la vida y la integridad física, referido a cuantas actitudes tratan de aminorar los riesgos y evitar los peligros.
- b) Las medidas comienzan en el hogar y frente a la inconsciencia de los niños;
- c) Para pasar con las que con carácter obligatorio se establecen en la circulación urbana y en las carreteras;
- d) En los establecimientos de relaciones laborales, para evitar los accidentes del trabajo;
- e) Las que tienden a impedir el estrago aterrador de los incendios;
- f) Las fundadas en el amparo preventivo para la salud;

- g) Las debidas a razones de orden público, frente a subversiones internas; y,
- h) En el campo internacional, para resguardar la independencia patria.

Art. 170. Incidentes o dilación. Con deslealtad procesal el procesado provocare incidentes o dilaciones al trámite del proceso que no correspondan al derecho de impugnación a una resolución o sentencia, o incumplan de forma deliberada las disposiciones de la Jueza o Juez, o vocales de Tribunales de Garantías Penales para que se presenten a las audiencias legalmente convocadas y notificadas, evidenciando la intención de retardar el desarrollo normal del proceso para beneficiarse de una futura declaratoria de caducidad, se ajustarán a medidas de seguridad.

Art. 171. Revocatoria o suspensión de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad deben revocarse o suspenderse en los siguientes casos:

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que las motivaron;
2. Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído;
3. Cuando la Jueza o Juez consideren conveniente su sustitución por otra medida de seguridad alternativa;
4. Se suspenderán las medidas de seguridad cuando el procesado o acusado rinda caución.

Art. 172. Revisión y apelación de la orden de medida de seguridad: .El Juez de Garantías Penales puede sustituir o derogar una medida de seguridad dispuesta con anterioridad o dictada no obstante de haberla negado anteriormente cuando:

- a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen;
- b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron las medidas de seguridad.

El procesado o el fiscal, pueden apelar de la orden de medidas de seguridad impuesta o negada por el Juez de Garantías Penales cuando consideren que hubo errónea valoración de los elementos aportados por las partes para la adopción de la resolución. Su trámite se realizará conforme a lo establecido en el presente Código.

La impugnación y la concesión del recurso no tendrán efecto suspensivo, ni será causa que obstaculice la presunción de la investigación fiscal o del proceso.

Para conocer y resolver la apelación, se enviará copia del proceso al superior.

La Sala a la que le corresponda resolver por el mérito de lo actuado en un plazo de cinco días; de no hacerlo, el superior jerárquico impondrá a los respectivos jueces la multa equivalente a un salario mínimo vital unificado por cada día de retraso; si el atraso fuere causado por una de las salas de la Corte Nacional la sanción será impuesta por el Tribunal en Pleno, con exclusión de los jueces que incurrieron en el retraso.

Art. 173. Prohibición. No se puede ordenar una medida de seguridad en los juicios por delitos de acción privada, en los que no tengan prevista pena privativa de la libertad, ni en las infracciones que se sancionan con una pena que no exceda de un año de prisión, independientemente de la pena que pueda imponerse en la sentencia.

Disposición final. Este proyecto de reformas, aprobado por la Comisión de lo Penal y por el Plenario de la Asamblea Nacional, entrará en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los ... días del mes de.... del 2013.

Dra. Gabriela Rivadeneira

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Dra. Libia Rivas

SECRETARIA

SECRETARIA. Certifico que la copia que antecede, es fiel copia del original que reposa en el Archivo de la Secretaría de la Asamblea Nacional.

9.3. REFORMAS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

PLENARIO DE LAS COMISIONES

CONSIDERANDO

Que el Código de la Niñez y Adolescencia establece en el Título IX las infracciones y sanciones;

Que el Art. 255 establece la especialidad para la administración de justicia integrada a la Función Judicial;

Art. 1. Medidas de seguridad para los menores. El Juez de la Niñez y la Familia podrá aplicar a los menores que estén bajo su asistencia medidas de seguridad, como:

- a) El cuidado en el propio hogar;
- b) La colocación y el tratamiento en otro lugar adecuado;
- c) La tutela en instituciones de educación y rehabilitación.
- d) El tratamiento especializado en Centros de Cuidado Diario y Rehabilitación Infantil; y,
- e) La tutela y tratamiento en un establecimiento especializado.

Art. 2. El Juez de la Niñez y la Familia podrá disponer que los menores en estado de abandono o peligro moral o que hayan incurrido en infracción considerada como falta,

previa amonestación, de su parte, queden al cuidado de sus padres bajo las condiciones de vigilancia y normas de conducta que dictará al efecto.

Disposición final. Este proyecto de reformas, aprobado por la Comisión de lo Penal y por el Plenario de la Asamblea Nacional, entrará en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los ... días del mes de.... del 2013.

Dra. Gabriela Rivadeneira

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Dra. Libia Rivas

SECRETARIA

SECRETARIA. Certifico que la copia que antecede, es fiel copia del original que reposa en el Archivo de la Secretaría de la Asamblea Nacional.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁN, Ernesto, El debate sobre la prisión preventiva: Fundamentos, problemas, alternativas, en Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, N° 54, Quito, 1991, p. 38

- BORJA CEVALLOS, Rodrigo: Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica México, Tercera Edición, 2003, México, p. 1104

- BOVINO, Alberto: Sombras y ficciones de la justificación del encarcelamiento preventivo, Foro de Derecho Penal No. 8, Editorial Universidad Simón Bolívar, sede Ecuador, 2007, p. 24

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 309, 360

- CABANELLAS Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, Tomo IV, p. 413, 429

- CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo: La libertad y la detención preventiva en el derecho penal y los tratados internacionales, editorial Leyes, Bogotá – Colombia, 2002, p. 44

- CARNELUTTI, Francesco: Lecciones sobre el proceso penal, Tomo II.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1, 65, 162, 167

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 76, 77.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Daniel Tibi vs Ecuador, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 106

- ESCRICHE, Joaquín Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica Tomo I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 97, 308.

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 371, 657

- FALCONI, José García: La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras Medidas Cautelares, Manual de Práctica Procesal Constitucional y Penal, Primera Edición, Quito – Ecuador, 2002, p. 35

- GARCÍA, José: Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal Tomo II, editora Cevallos, Quito – Ecuador, 2011, p. 255

- GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Colombia, 2008, p. 281

- GUAMÁN Aguirre, Ricardo Alfredo los límites normativos de la prisión preventiva en el Ecuador, Universidad Técnica de Machala, enero del 2013

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> Fecha de acceso, enero 2014

- TERAN Luque, Marco, La Prisión Preventiva, en la Revista Judicial de LA HORA-Loja del jueves 31 de diciembre del 2009, p. 21

- VACA Andrade, Ricardo, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 55

- WINFRIED, Hassemmer, Critica al derecho penal de hoy, Ad – Hoc S. R. L, primera edición, Buenos Aires - Argentina, 2003, p. 105

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, Editorial EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2002, p. 54, 55, 73

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Guayaquil Ecuador, 2010, Pág. 128

- ZAVALETA, Arturo: La prisión preventiva y libertad provisoria, editorial Arayú, Buenos Aires – Argentina, 1987, p. 11

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema “**LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR Y LA NECESIDAD DE ELIMINAR EL CAPÍTULO CUARTO DEL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**”, su colaboración me será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

Pregunta N° 1 ¿Considera usted que la prisión preventiva, es una medida cautelar para investigar y reprimir el cometimiento de un delito?

¿Por qué?

.....
.....

Pregunta N° 2 Considera usted que al aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, se encuentra afectando el bien jurídico de la libertad.

Si () No ()

¿Por qué?.....

.....

Pregunta N° 3 ¿Cree usted que la prisión preventiva es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso?

Si () No ()

¿Por qué?.....

.....

Pregunta N° 4. ¿Cree Ud. que la privación de la libertad se aplica excepcionalmente:

-Cuando es necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso

-Para asegurar el cumplimiento de la pena

- Otra, especifique:

.....

.....

Pregunta N° 5. Si el mandato constitucional autoriza a la Jueza o Juez que pueden ordenar medidas cautelares distintas, ¿considera que se está desvalorizando a la prisión preventiva?

Si () No ()

¿Por qué?.....
.....

Pregunta N° 6: ¿Cree Ud. que el inciso segundo del Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, que trata del delito flagrante, está contradiciendo al numeral uno del Art. 77 de la Constitución?

Si () No ()

¿Por qué?.....
.....

Pregunta N° 7 ¿Cree usted que al aplicarse la prisión preventiva, se estaría anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia?

Si () No ()

¿Por qué?.....
.....

Pregunta N° 8 ¿Considera usted pertinente plantear una propuesta de reforma legal a fin de derogar la prisión preventiva como medida cautelar de orden personal de la legislación penal ecuatoriana?

Si () No ()

¿Por qué?.....
.....

ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
4.1. MARCO CONCEPTUAL	8
4.1.1. Delito fragante.....	8
4.1.2. Medida cautelar.....	10
4.1.3. Medidas de seguridad.....	10
4.1.4. Detención.....	12
4.1.5. Prisión preventiva.....	13
4.1.6. Sanciones.....	15
4.1.7. Detención arbitraria.....	16
4.1.8. Policía.....	17
4.1.9. Fiscal.....	19
4.1.10 Juez.....	20
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	22
4.2.1 La imposición de la Prisión Preventiva.....	22
4.2.2 Prisión preventiva y limitación de la libertad.....	28
4.3. MARCO JURÍDICO.....	39

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador	39
4.3.2 Código de Procedimiento Penal.....	39
4.3.3 Tratados Internacionales.....	51
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	53
5.1 Materiales Utilizados.....	53
5.2 Métodos.....	54
6. RESULTADOS	58
6.1. Resultados de la Aplicación de Encuesta.....	58
7. DISCUSIÓN.....	74
7.1. Verificación de objetivos.....	74
7.2. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma.....	77
7.2.1 La prisión preventiva y las medidas de aseguramiento en un estado constitucional de Derechos y Justicia.....	77
7.2.2 Principios básicos de la Prisión preventiva.....	77
7.2.3 Finalidades de la Prisión preventiva.....	78
8. CONCLUSIONES.....	81
9. RECOMENDACIONES.....	83
9.1. Propuesta de reforma.....	85
10. BIBLIOGRAFÍA.....	100
11. ANEXOS	104