



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

TÍTULO:

**“REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A
LA PRISIÓN PREVENTIVA CONTENIDAS EN EL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
ECUATORIANO”**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA:

María Esther Ochoa Oyola

DIRECTOR:

Dr. Servio Paúl Velepucha Espinoza

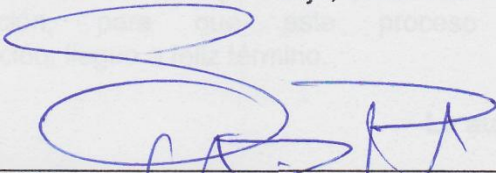
Loja – Ecuador
2012

Dr. Servio Paúl Velepucha Espinoza
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que he dirigido el trabajo de Tesis previa a la obtención del Título de Abogada, presentado por la señora egresada María Esther Ochoa Oyola, con el epígrafe: **“REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO”**, supervisando todo el proceso de su elaboración, y una vez que se han cumplido con toda las observaciones y sugerencias realizadas de mi parte, autorizo para que le mencionado trabajo, sea presentado a consideración del correspondiente Tribunal de Grado.

Loja, octubre del 2012



Dr. Servio Paul Velepucha Espinosa
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo María Esther Ochoa Oyola declaro ser autor(a) del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

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

AUTOR: María Esther Ochoa Oyola



FIRMA:

CÉDULA: 1708372097

FECHA: Loja, Abril de 2013

AGRADECIMIENTO

Expreso mi sincera gratitud a los Docentes, Autoridades y Personal Administrativo de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia, de la Universidad Nacional de Loja, por haberme permitido culminar mis estudios profesionales en tan prestigioso centro de educación superior.

Mi gratitud especial e imperecedera para el Dr. Servio Paúl Velepucha Espinoza, joven profesional del derecho, que demostró su mística y su formación, dirigiendo esmeradamente el proceso de elaboración del presente trabajo.

No puedo dejar de agradecer el apoyo que me brindaron las personas que participaron en la investigación de campo, quienes a pesar de sus múltiples ocupaciones estuvieron siempre dispuestas a resolver mis inquietudes.

Gracias en fin, a todas las personas que brindaron su colaboración, para que este proceso de investigación, llegue a feliz término.

La autora

DEDICATORIA

A todas las personas que creen en el Derecho, como la única forma de procurar la justicia, el equilibrio social y el bien común.

A mi familia, base fundamental de mi formación personal y humana, por todas las enseñanzas, el cariño y el apoyo que me ha brindado.

A las personas procesadas penalmente, porque este trabajo está encaminado a garantizar que se cumplan sus derechos, puesto que creo firmemente que la aplicación de justicia jamás puede ser inhumana.

María Esther

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO.
2. RESUMEN.
 - 2.1. ABSTRACT.
3. INTRODUCCIÓN.
4. REVISIÓN DE LITERATURA.
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL.
 - 4.1.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA.
 - 4.1.2. EL ARRESTO DOMICILIARIO.
 - 4.1.3. PERSONAS QUE PUEDEN ACOGERSE AL BENEFICIO DE SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR ARRESTO DOMICILIARIO.
 - 4.1.3.1. Las personas con discapacidad.
 - 4.1.3.2. Las personas que padecen enfermedades catastróficas.
 - 4.1.3.3. Las personas mayores de sesenta años.
 - 4.1.3.4. La mujer embarazada o parturienta.
 - 4.1.4. DELITOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR EL ARRESTO DOMICILIARIO.
 - 4.1.4.1. Delitos contra la Administración Pública.
 - 4.1.4.2. Delitos que causan la Muerte de la Persona.
 - 4.1.4.3. Delitos Sexuales.
 - 4.1.4.4. Delitos de Odio.
 - 4.1.4.5. Delitos Sancionados con Reclusión.

4.1.4.6. Cuando no exista Reincidencia del Procesado.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

4.2.2. ANÁLISIS ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL ARRESTO
DOMICILIARIO EN EL ECUADOR.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

4.3.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. MÉTODOS.

5.2. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS.

6. RESULTADOS.

6.1. APLICACIÓN DE LA ENCUESTA.

6.2. APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA.

10. BIBLIOGRAFÍA.

11. ANEXOS.

ÍNDICE.

1. TÍTULO:

“REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO”

2. RESUMEN:

La Constitución de la República del Ecuador, proclama que la privación de la libertad, se aplicará de manera excepcional, y que para ello los Jueces de Garantías Penales, podrán ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. Una medida cautelar que puede dictarse a objeto de sustituir a la prisión preventiva es el arresto domiciliario, dicha sustitución se aplica siempre y cuando se cumplan los presupuestos establecidos para el efecto en el Código de Procedimiento Penal.

El Código en mención, dispone que procederá la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, cuando el procesado sea una persona con discapacidad mayor al cincuenta por ciento, padezca de alguna enfermedad catastrófica, sea mayor de sesenta años de edad, o se trate de una mujer embarazada o parturienta; y establece como excepción aquellos procesos en los que se persiga un delito contra la administración pública, delito sexual, delito de odio, delito sancionado con reclusión, o que el procesado sea reincidente.

Las excepciones antes planteadas, contradicen la norma constitucional de que la prisión preventiva podrá ser sustituida por medidas alternativas, y además de ello contravienen el principio de atención prioritaria y preferente que en todos los órdenes deben recibir las personas con discapacidad, los enfermos catastróficos y las mujeres embarazadas.

Además de existir esa contradicción con los postulados constitucionales, no es admisible la excepción que se hace por cuanto la sustitución tiene como finalidad, preservar la integridad personal de personas que se encuentran en las circunstancias ya mencionadas, la que estaría a buen recaudo, si se dispone el arresto domiciliario.

La problemática descrita se aborda en este trabajo, el mismo que se integra de una amplia base teórica, conceptual, doctrinaria y jurídica, así como en resultados obtenidos en un proceso investigativo de campo, los cuales permiten reunir los suficientes elementos para avanzar hacia la concreción de una propuesta jurídica orientada a superar el problema objeto de estudio.

2.1. ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador, proclaims that the deprivation of liberty, shall be applied in exceptional circumstances, and that this Guarantee Criminal Judges may order interim measures other than detention. An injunction may be issued to replace a pre-trial detention is the arrest, the substitution is applied as long as they meet the budgets established for this purpose in the Code of Criminal Procedure.

The code in question, provided that the replacement shall detention to house arrest, when the defendant is a person with disabilities greater than fifty percent, suffering from catastrophic illness is greater than sixty years of age, or it is a pregnant woman or new mother, and establishes an exception in which those processes are prosecuted as a crime against public administration, sex crime, hate crime, an offense punishable by imprisonment, or that the defendant is a recidivist.

Exceptions raised above contradict the constitutional rule that remand may be replaced by alternative measures, and on top of that contravene the principle of priority and preferred that all orders must be received by people with disabilities, and catastrophic sick pregnant women.

In addition there is the contradiction with the constitutional principles, is not admissible exception made because the substitution is intended to preserve the integrity of people who are in the circumstances already mentioned, which would be in a safe, if provides for the arrest.

Addresses the problems described in this paper, the same that integrates a broad theoretical base, conceptual, and legal doctrine, as well as results of a field research process, which allows to gather enough elements to move towards the concretion of a legal proposal aimed at overcoming the problem under study.

3. INTRODUCCIÓN:

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce la existencia de ciertos grupos de atención prioritaria, que dada su condición de vulnerabilidad, deben ser protegidos de manera preferente y especializada en los ámbitos público y privado; entre estos grupos están, las personas con discapacidad, los enfermos catastróficos, las personas adultas mayores, y las mujeres embarazadas.

En razón de su vulnerabilidad, el texto constitucional determina, que en caso de que se dicte prisión preventiva a un adulto mayor, esta medida será sustituida por el arresto domiciliario.

Además la Constitución de la República del Ecuador, de manera expresa establece como un derecho de protección, que la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente, y que las Juezas y Jueces, podrán siempre ordenar medidas cautelares a la prisión preventiva.

Los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia son contradichos por el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano vigente, que en su artículo 171 dispone que podrá aplicarse el arresto domiciliario, como medida sustitutiva a la prisión preventiva, cuando el procesado sea una persona con discapacidad mayor al cincuenta por ciento, se trate de un enfermo catastrófico, de un mayor de sesenta años, o una mujer

embarazada o parturienta, situación que se adapta plenamente a los postulados constitucionales. Sin embargo, la contradicción se presenta cuando la misma norma procesal ya mencionada, contempla que no será procedente la sustitución, cuando se trate de delitos contra la administración pública, de aquellos que produzcan como resultado la muerte de una persona, de delitos sexuales, delitos de odio, o de procesados reincidentes. Es decir que en los casos mencionados, no se aplicará la sustitución, aun cuando el procesado estuviese inmerso en una de las circunstancias de vulnerabilidad mencionadas.

Entonces al establecer los presupuestos de excepción, se está contradiciendo la finalidad, de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, que es la de proteger la integridad personal y la vida de aquellas personas, que están afectadas por una circunstancia, que aumentaría gravemente su vulnerabilidad, en el caso de ser internadas en los Centros de Detención Provisional, en donde se cumple la prisión preventiva.

Vale recalcar que del estudio preliminar desarrollado a objeto de verificar la existencia de la problemática, se determina que en los Código de Procedimiento Penal de otros países, se regula la sustitución de la prisión preventiva por la detención o el arresto domiciliario, y la misma es aplicable en todos los casos en que el sujeto pasivo del proceso penal, está afectado por una circunstancia de vulnerabilidad.

Por lo tanto, para demostrar la existencia de la problemática reseñada en las líneas anteriores, se ha estructurado este trabajo investigativo denominado: **“REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO”**.

El estudio cuenta con una parte teórica integrada por el título, el resumen en castellano e inglés, la revisión de literatura en la cual se presenta un Marco Conceptual en donde se abordan las categorías que tienen una relación directa con el tema; un Marco Doctrinario que abona posiciones de los diferentes tratadistas del derecho procesal penal, nacionales e internacionales, que aportan su criterio respecto a temas relacionados con el objeto de estudio, y finalmente un Marco Jurídico en el que se hace un análisis de las normas establecidas en la Constitución de la República y el Código de Procedimiento Penal, concluyendo con la revisión de algunos referentes de la Legislación Comparada.

Se presenta más adelante, una descripción de los recursos metodológicos empleados, esto es de los materiales, métodos, técnicas y procedimientos, que se utilizaron a objeto de cumplir con el desarrollo de cada una de las partes del proceso investigativo.

En el trabajo consta también el detalle de los resultados que se obtuvieron a través de la aplicación de la técnica de la encuesta y la entrevista, ambas

realizadas a profesionales del derecho en libre ejercicio, y que desempeñan funciones relacionadas con el problema de estudio.

Los resultados reportados, junto a la información teórica recopilada, sirven de base para la Discusión, en la cual se procede a la verificación de los objetivos que se plantearon en el proyecto de investigación.

Toda la información teórica y de campo presentada, es sintetizada en las Conclusiones; las cuales dan lugar al planteamiento de algunas Recomendaciones, a través de las cuales se puede superar en algo el problema estudiado.

Finalizo el trabajo con el planteamiento de la Propuesta de Reforma, que consiste en un proyecto de Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, que está destinado exclusivamente a mejorar el Marco Jurídico de la sustitución de la prisión preventiva, incluyendo normas que permitan un tratamiento adecuado para la mujer procesada en caso de que sea madre de una niña o un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad que esté bajo su absoluto cuidado; y, que limiten el tiempo de duración de la medida sustitutiva, al plazo según el cual constitucional y legalmente puede tener vigencia la prisión preventiva.

4. REVISIÓN DE LITERATURA:

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

Dentro del desarrollo de los aspectos teóricos que tienen una relación directa con el trabajo investigativos, es indispensable partir del análisis y comprensión de los siguientes conceptos.

4.1.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Los conceptos impartidos durante mi formación como estudiante de derecho, me permiten manifestar que la prisión preventiva, constituye una medida cautelar de carácter personal, que se aplica dentro del proceso penal, para garantizar la inmediación y comparecencia del procesado. Para dilucidar de mejor forma esta opinión, recurro a citar criterios que sobre este tema han sido elaborados por los diferentes tratadistas.

Rafael de Pina, respecto al concepto que se está abordando dice que:

“la prisión preventiva es la privación de la libertad corporal destinada a mantener a los procesados en seguridad durante la tramitación del sumario, en aquellos casos expresamente señalados por la ley”¹.

¹ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México D.F., 2005, pág, 232.

De acuerdo al concepto citado, la prisión preventiva constituye aquella medida procesal que ocasiona la privación de la libertad corporal de los procesados y tiene como finalidad garantizar su comparecencia a la tramitación del sumario, la cual debe ser dictada en aquellos casos previstos en las normas legales.

Otra opinión es la de Alberto Castillo, quien conceptúa a la prisión preventiva diciendo:

“es la privación de la libertad deambulatoria derivada de un auto emitido dentro de la tramitación de un juicio con el ánimo de que el detenido no se sustraiga al ejercicio de la acción judicial, pero sin que haya resuelto sobre su culpabilidad en la comisión del ilícito que origina el juicio. También es una medida de seguridad”².

De acuerdo a la precisión conceptual anterior, la prisión preventiva, constituye la privación de la libertad de la persona, motivada por el pronunciamiento de un auto emitido en la sustanciación de un proceso penal, a objeto de que el detenido no evada la acción judicial, pero sin que se haya resuelto sobre su culpabilidad en el cometimiento del delito que se juzga, es por tanto una medida de seguridad.

Los elementos conceptuales anteriores, que se relacionan mucho con las opiniones doctrinarias emitidas por los diferentes autores que ha escrito sobre el tema, son suficientes para permitirme elaborar una opinión de

² CASTILLO DEL VALLE, Alberto, Garantías Constitucionales en Material Penal, Editorial Oxford, México D.F., 2009, pág.48.

carácter personal, señalando que la prisión preventiva constituye una medida cautelar de orden personal, dictada por el Juez de Garantías Penales, cuando se cumplen los presupuestos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, a objeto de garantizar la comparecencia del procesado, y la inmediación de éste con el proceso, en ningún caso la prisión preventiva significa que el procesado que se somete a la misma sea responsable o culpable del acto injurídico que motiva el proceso, pues esta situación se resuelve al pronunciarse la correspondiente sentencia condenatoria o absolutoria según el caso.

Es importante anotar que tanto desde el punto de vista conceptual como jurídico, se determina que la prisión preventiva, es una medida cautelar excepcional, que deberá ser aplicada cuando no sea posible por otros medios garantizar la comparecencia del procesado ante los operadores de justicia, esta excepcionalidad deriva del hecho de que la prisión preventiva, afecta la vigencia de un derecho fundamental, como es la libertad personal, reconocida en favor de todas las personas en la Constitución de la República del Ecuador.

4.1.2. EL ARRESTO DOMICILIARIO.

Una de las medidas por las cuales puede sustituirse la prisión preventiva, es la disposición del arresto domiciliario del procesado, sobre la cual se han elaborado las siguientes posiciones conceptuales.

Carlos Machuca Fuentes, escribe que el arresto domiciliario es:

“El confinamiento de una persona en un domicilio, fuera de un centro de detención donde debe cumplir arresto domiciliario o una pena. No es simplemente una restricción de la libertad ambulatoria, sino que a diferencia de la comparecencia, quien se encuentre afectado con esta medida, no puede ausentarse del lugar que ha señalado como domicilio para cumplir el arresto. Con ello se restringen otros derechos, como el de tener actividad pública, e inclusive el derecho al trabajo cuando el confinado tuviera que efectuar labores fuera de su domicilio”³.

De acuerdo a la cita, el arresto domiciliario, es una medida cautelar por la cual se confina o recluye a una persona dentro de su domicilio, es decir que por su vigencia el procesado permanece fuera del centro de detención, pero recluido en su domicilio. Aparentemente es una medida que restringe sólo la libertad ambulatoria de la persona, sin embargo es restrictiva de otras facultades como por ejemplo la de poder ejercer su derecho al trabajo, la posibilidad de tener una vida social y pública, entre otras.

Por su parte Edilberto Molina Escobedo, al precisar un concepto sobre el arresto domiciliario, nos dice:

“El arresto domiciliario es una medida cautelar personal provisional, que se ubica dentro de la modalidad de la comparecencia restrictiva. Se trata de una alternativa a la detención realizada a los imputados mayores de 65 años de edad que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente, ya que la ley presume que esta persona requiere

³ MACHUCA FUENTES Carlos, El Arresto Domiciliario como Medida Alternativa al a Prisión: El Caso Peruano, Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2009, pág. 5.

una atención y un trato especial que sería imposible brindarle en prisión, por lo que esta medida es excepcional que restringe la libertad de ciertas personas, con la finalidad de cautelar, esto es, proseguir y garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, y evitar la fuga del imputado. Esta restricción de la libertad personal se cumple en el propio domicilio u otro señalado por el Juez, con la vigilancia necesaria”⁴.

Importante es el aporte conceptual anterior, por cuanto en él se empieza precisando, que el arresto domiciliario es una medida cautelar personal de carácter provisional, que se aplica como alternativa a la privación de libertad de personas imputadas de un delito que tengan características como ser mayores a sesenta y cinco años, adolecer de enfermedad grave o de incapacidad física.

El arresto domiciliario de acuerdo con el autor cuya opinión se comenta, ha de aplicarse siempre que pueda evitarse de forma razonable el peligro de fuga o perturbación del proceso penal, y obedece a la presunción leal de que estas personas requieren de un tratamiento especial que no pueden recibir dentro de los centros de privación de la libertad. El lugar en donde se cumple el arresto, es en el propio domicilio o en el sitio señalado por el Juez competente, el cual ha de asignar a la persona que debe cumplir esta medida, la vigilancia necesaria para evitar la evasión de la misma.

Los elementos conceptuales reunidos, me permiten elaborar un concepto personal del arresto domiciliario, manifestando que éste es una medida

⁴ MOLINA ESCOBEDO, Edilberto, La Naturaleza Jurídica del Arresto Domiciliario, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 2001, pág. 48.

cautelar de carácter personal, dictada como medio sustitutivo a la prisión preventiva, a objeto de garantizar la comparecencia del procesado, sin recluirle en un centro de detención provisional. El arresto domiciliario en el caso del Ecuador, procede en los casos y con las salvedades previstas en el Código de Procedimiento Penal, y beneficia específicamente a personas procesadas, que por su condición, se pondrían en una evidente situación de riesgo al ser internadas en los centros de privación de la libertad. Por su naturaleza, el arresto domiciliario es una medida provisional, cuya vigencia subsistirá hasta el momento en que el Juez de Garantías Penales, titular del proceso penal, lo considere conveniente.

4.1.3. PERSONAS QUE PUEDEN ACOGERSE AL BENEFICIO DE SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR ARRESTO DOMICILIARIO.

De acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, la sustitución de la prisión preventiva, es un procedimiento que se aplica cuando el procesado es una persona con discapacidad, una persona afectada por enfermedades catastróficas, una persona mayor de sesenta años, o una mujer embarazada o parturienta, por lo tanto para iniciar el marco doctrinario relacionado con esta investigación, es preciso referirme brevemente a las opiniones que describen cada uno de los estados antes mencionados, que como reitero deben afectar al procesado para que se haga acreedor al beneficio de sustitución.

4.1.3.1. Las Personas con Discapacidad.

Como un concepto a priori, puedo manifestar que persona con discapacidad es aquella que padece algún tipo de limitación de carácter física, psicológica o mental, sin embargo para ampliar un poco más este criterio, es necesario conocer los diferentes conceptos que se han planteado en torno a este tema.

Miguel Ferreira, respecto a la discapacidad, aporta su opinión, sobre el concepto que se está tratando, cuando escribe que ésta es:

“Cualquier restricción o impedimento de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano. La discapacidad se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño de una actividad rutinaria normal, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o surgir como consecuencia directa de la deficiencia o como una respuesta del propio individuo, sobre todo la psicológica, a deficiencias físicas, sensoriales o de otro tipo”⁵.

Aplicando la opinión anterior se puede establecer que la discapacidad tiene que ver con la limitación que afecta a una persona, y le impide realizar ciertas actividades, en la forma que se considera normal para el ser humano que no padece dicha restricción.

La afectación que produce una discapacidad, hace que la persona demuestre ciertos excesos o insuficiencias en el desempeño de actividades normales.

⁵ FERRERIRA Miguel, La Construcción Social de la Discapacidad, Hábitos, Estereotipos y Exclusión Social, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Editorial Universidad Complutense, Madrid-España, 2008, pág. 4.

Los efectos causados por una discapacidad pueden ser temporales o permanentes, reversibles o no, y aparecen como una consecuencia, de las deficiencias congénitas del organismo humano, y como repuesta psicológica de la persona ante limitaciones o restricciones de otro tipo que pueden también afectarle, esto permite determinar que la discapacidad puede ser de naturaleza física, mental o psicológica.

El autor José Rómulo Arizmendi, respecto a las personas con discapacidad emite el siguiente criterio:

“Son todas aquellas personas que por causas congénitas o adquiridas presenten alguna disfunción o ausencia de sus capacidades de orden físico, mental, intelectual, sensorial o combinaciones de ellas; de carácter temporal, permanente o intermitente, que al interactuar con diversas barreras le impliquen desventajas que dificultan o impidan su participación, inclusión e integración a la vida familiar y social, así como el ejercicio pleno de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás”⁶.

De acuerdo con la opinión conceptual anterior, son personas con discapacidad, aquellas que debido a situaciones congénitas o adquiridas, están afectadas por una disfunción de sus capacidades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a criterio del autor citado la discapacidad puede ser temporal cuando subsiste por un período determinado de tiempo, permanente en los casos en que afecta de por vida a la persona, e intermitente cuando los episodios de limitación de las capacidades del individuo aparecen de manera esporádica.

⁶ ARIZMENDI, José Rómulo, Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Editorial Porrúa S.A., México-DF, 2009, pág. 45.

En la cita se establece que el hecho de que una persona padezca discapacidad significa para ella la existencia de ciertas desventajas, que hacen difícil y en algunos casos imposible su inclusión e integración a la vida tanto familiar como social, y que de igual forma dificultan el ejercicio pleno de los derechos de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones con aquellas personas que no tienen este tipo de limitaciones.

Recogiendo las opiniones anteriores puedo concluir manifestando que la persona con discapacidad, es aquel ser humano, hombre o mujer que debido a diferentes factores de orden congénito o hereditario, o por accidentes, enfermedades, etc., sufre de alguna limitación que merma sus facultades físicas, mentales, psicológicas o intelectuales, y que le coloca en una situación de desventaja frente a las personas que no padecen discapacidad, por lo que el Estado, tiene un tratamiento prioritario y preferente en razón de los riesgos de vulnerabilidad que les afecta, puesto que por su condición pueden ser irrespetados en el ejercicio pleno de sus derechos.

Debo destacar, sin embargo, que desde mi punto de vista la discapacidad no puede constituirse en ningún momento en una circunstancia que frustre la vida de quien la padece, pues un ser humano con discapacidad en ningún caso es una persona inútil, muchos individuos que padecen limitaciones de carácter físico, intelectual o psicológico, han dado muestras de que tienen la capacidad de romper grandes barreras y constituirse en ejemplos de

perseverancia y dedicación, para aquellos que sin padecer ninguna discapacidad, son en cambio incapaces de hacer frente a las adversidades con optimismo y decisión.

4.1.3.2. Las Personas que Padecen Enfermedades Catastróficas.

Para entender a este grupo que ha sido considerado dentro del Código de Procedimiento Penal, como uno de los beneficiarios de la sustitución de la prisión preventiva, por arresto domiciliario es indispensable partir de la comprensión de lo que es la enfermedad catastrófica.

Para cumplir el cometido anterior, es indispensable dilucidar primero el concepto de enfermedad como una categoría general.

El Dr. Guillermo Cabanellas, concibe a la enfermedad como:

“Alteración más o menos grave de la salud, que provoca la anormalidad fisiológica o psíquica, o ambas clases a la vez, en un individuo”⁷.

Este criterio señala un aspecto importante cuando concibe a la enfermedad como la alteración más o menos grave de la salud. Por lo que para comprender a la enfermedad desde la perspectiva de este distinguido

⁷ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, Pág. 197.

jurisconsulto, creemos oportuno referirnos primero a la salud como el estado normal del organismo humano.

La salud es el estado del organismo en que existe un funcionamiento equilibrado y armonioso de todos sus órganos. Se considera la salud como el estado natural de los seres vivos, mientras que su alteración, es decir la enfermedad, debe ser lo inhabitual o irregular

“El concepto de salud, es un concepto positivo; no sólo implica la ausencia de enfermedad, sino el funcionamiento óptimo del organismo que posibilite su máximo bienestar físico, psíquico y social, la autorrealización y felicidad del hombre. Existe un proceso salud-enfermedad a lo largo del cual se sitúa el individuo. El estado de salud de cada persona se relaciona con esa situación de salud ideal u óptima del extremo del proceso, que es la meta u objetivo que debe procurar todo ser humano. Cuando mejor sea la salud de un hombre, podrá disfrutar de una vida más larga, rica y plena”⁸.

Es decir con la aparición de la enfermedad se altera el funcionamiento normal del organismo, y se produce una anormalidad fisiológica que provoca alteración en el comportamiento de la persona y que le impide cumplir con las actividades que normalmente está acostumbrado a realizar.

La enfermedad como un proceso de alteración del funcionamiento del organismo humano, tiene diferente incidencia de acuerdo con el grado de gravedad de la misma, así una enfermedad leve puede ser sanada rápidamente; pero si la enfermedad es grave demandará un largo proceso de tratamiento y de recuperación de la salud de la persona afectada.

⁸ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN, Editorial Diagonal Santillana, Tomo II, Madrid-España, 2001, Pág. 215.

De acuerdo con el Ministerio de Salud Pública del Ecuador:

“Se entiende como enfermedad catastrófica a los problemas de salud que cumplan con las siguientes características:

- a) que impliquen un riesgo alto para la vida de la persona;
- b) que sea una enfermedad crónica y por tanto su atención no sea emergente;
- c) que su tratamiento pueda ser programado;
- d) que el valor de su tratamiento mensual sea mayor a una canasta familiar vital publicada mensualmente por el INEC.

En el Ecuador existen al momento aproximadamente 150.000 personas que padecen de las enfermedades consideradas como catastróficas agudas y crónicas, que equivale a una cifra mayor al 15% de todos los egresos hospitalarios considerados en el rango de estas enfermedades a nivel nacional y que esperan por tratamiento y ayuda urgente; existe una cifra alarmante de enfermedades congénitas del corazón, de cáncer, de insuficiencia renal, los pacientes que requieren de diálisis al momento son 3.000 aproximadamente, y de ellos alrededor de 700 son potenciales candidatos a trasplante renal⁹.

En nuestro país, para que una enfermedad sea catalogada como catastrófica debe: implicar un alto riesgo para la vida de la persona, ser crónica, tener un tratamiento programado, que el valor de su tratamiento mensual sobrepase el valor de la canasta familiar vital.

La cita incluso aporta dando cifras, del índice de personas que padecen enfermedades catastróficas en el país, el cual es considerablemente alto, y requiere de la atención urgente por parte del Estado, pues son afecciones

⁹ <http://www.msp.gob.ec/index.php/Programa-de-enfermedades-catastroficas/datos-generales.html>, 03-09-11

que realmente ponen en peligro la salud y la vida de las personas, y es esta condición la que ha motivado la decisión para que el asambleísta incluya en la Constitución de la República del Ecuador, a las personas con enfermedades catastróficas como uno de los grupos de atención prioritaria de la sociedad ecuatoriana, pues es indudable que esta situación de vulnerabilidad, obliga a que reciban una atención preferente de parte de la sociedad y el Estado ecuatoriano, pero sobre todo del núcleo familiar al que pertenecen.

Es justamente la vulnerabilidad que afecta a las personas que padecen una enfermedad catastrófica, la que motiva la excepción hecha en el Código de Procedimiento Penal, en el sentido de considerarlas como beneficiarias de la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, pues la condición humana de estas personas hace que su internamiento en un centro de rehabilitación social signifique una extrema situación de riesgo, que incluso involucra la posibilidad de contagio a las demás personas privadas de la libertad.

4.1.3.3. Las Personas Mayores de Sesenta Años.

El Código de Procedimiento Penal, dentro del régimen de la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, señala como otro de los beneficiarios, a las personas mayores de sesenta años de edad.

Respecto del grupo al que se está haciendo referencia, no se puede desarrollar mayores comentarios, ya que es muy simple comprender que

toda persona que tenga más de sesenta años de edad, puede acogerse a la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, siempre y cuando no haya incurrido en alguna de las infracciones, por las cuales no es posible aplicar tal sustitución.

Sin embargo cabe anotar que de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, son un grupo de atención prioritaria, y deben ser tratadas de manera preferente y prioritaria las personas adultas mayores, respecto a las cuales se puede precisar lo siguiente.

Sobre la acepción de adulto mayor es preciso indicar lo siguiente:

“Adulto mayor es el término o nombre que reciben quienes pertenecen al grupo etáreo que comprende personas que tienen más de 65 años de edad. Por lo general, se considera que los adultos mayores, sólo por haber alcanzada este rango de edad, son lo que se conocen como pertenecientes a la tercera edad, o ancianos”¹⁰.

La definición anterior, es suficiente para determinar que adulto mayor, es la persona que tiene una edad mayor a los sesenta y cinco años, a la cual también se la designa como de la tercera edad, o ancianos.

Cabanellas, también aporta un concepto sobre ancianidad cuando escribe:

“ANCIANIDAD. Vejez, último período de la vida humana normal. La declinación más bien física que psíquica que la ancianidad implica

¹⁰ <http://www.misrespuestas.com/que-es-el-adulto-mayor.html>, 03-09-11

carece de estricta barrera cronológica, por ajustarse a la infinita variedad de los hombres... y de las mujeres (aunque éstas la ignoren con tanta elegancia), de acuerdo con su salud, carácter y vicisitudes de existencia. Sin embargo, así sea por probabilidades, su lindero se traza entre los 60 y 70 años, por cuanto edad tal determina consecuencias jurídicas basadas precisamente en los muchos años y en la conveniencia de economizar trabajos y penalidades entonces. La expresada edad es uno de los límites de la vida laboral, al fijarse desde allí el derecho, y el deber a veces, de jubilarse”¹¹.

La ancianidad es entonces de acuerdo con este catalogado autor, el último período de la vida humana normal, y la declinación de los caracteres físicos más que psicológicos de la persona, Cabanellas agrega que el lindero inicial de la ancianidad se traza entre los 60 y 70 años, que es una edad que determina algunas consecuencias jurídicas, especialmente el límite para la vida laboral.

Ya sobre el término anciano, como sinónimo del adulto mayor, o más bien como la palabra con que se utiliza para designar a las personas adultas y adultos mayores, anotaré un concepto general que dice:

“ANCIANO, se dice del hombre o la mujer que tiene muchos años y de lo que es propio de tales personas”¹².

Por lo tanto de acuerdo con el concepto anterior, una persona anciana es aquella que ha cumplido muchos años.

Cabanellas refiriéndose a anciano dice:

¹¹ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit., pág. 285.

¹² DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL, Tomo 1, Editorial, Ediciones Castell, Madrid-España, 1985, pág. 109.

“El hombre que tiene muchos años. Ese lindero se sitúa entre los 60 y los 70 años, y depende mucho de la salud y espíritu de cada cual. En la mujer es raro dar el nombre de anciana a las menores de 80 años”¹³.

En base a los conceptos anteriores puedo concluir señalando que el anciano es aquella persona que ha llegado a cumplir determinada edad situación que lo coloca en un estado físico que se caracteriza por la disminución general de las capacidades especialmente en lo físico y mental, lo que los imposibilita de forma parcial o definitiva para realizar determinadas tareas que antes de llegar a la ancianidad le eran posible hacerlas con facilidad, situación que lo hace merecedor del cuidado y protección por parte de sus descendientes especialmente que están en la obligación jurídica y moral de protegerlos.

De acuerdo con los conceptos anteriores, y tomando en cuenta especialmente el de Guillermo Cabanellas, la persona que ha cumplido los sesenta años de edad, ha entrado ya en el límite mínimo de la ancianidad, y por lo mismo su condición de vulnerabilidad es evidente.

Las circunstancias físicas y psicológicas que caracterizan a una persona mayor de sesenta años de edad, que de acuerdo con los conceptos antes precisados, es una persona anciana, son las que han motivado su inclusión como uno de los grupos de personas, que son beneficiarias de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario.

¹³ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit., pág. 286.

4.1.3.4. La Mujer Embaraza o Parturienta.

Para entender las circunstancias por las cuales la mujer embarazada o parturienta es considerada como beneficiaria de la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, deben precisarse los conceptos que procedo a estudiar a continuación.

El embarazo, es definido en los términos siguientes:

“Se denomina embarazo o gravidez (del latín *gravitas*) al período que transcurre entre la implantación en el útero del óvulo fecundado y el momento del parto en cuanto a los significativos cambios fisiológicos, metabólicos e incluso morfológicos que se producen en la mujer encaminados a proteger, nutrir y permitir el desarrollo del feto, como la interrupción de los ciclos menstruales, o el aumento del tamaño de las mamas para preparar la lactancia. El término gestación hace referencia a los procesos fisiológicos de crecimiento y desarrollo del feto en el interior del útero materno. En teoría, la gestación es del feto y el embarazo es de la mujer, aunque en la práctica muchas personas utilizan ambos términos como sinónimos.

En la especie humana las gestaciones suelen ser únicas, aunque pueden producirse embarazos múltiples. La aplicación de técnicas de reproducción asistida está haciendo aumentar la incidencia de embarazos múltiples en los países desarrollados.

El embarazo humano dura unas 40 semanas desde el primer día de la última menstruación o 38 desde la fecundación (aproximadamente unos 9 meses). El primer trimestre es el momento de mayor riesgo de aborto espontáneo; el inicio del tercer trimestre se considera el punto de viabilidad del feto (aquel a partir del cual puede sobrevivir extraútero sin soporte médico)¹⁴.

De acuerdo con el concepto anterior, el embarazo es el período transcurrido entre la fecundación del óvulo y el momento en que se produce el parto o

¹⁴ <http://es.wikipedia.org/wiki/Embarazo>, 03-09-11

nacimiento. Con esta palabra se designan también los cambios que experimenta la mujer a objeto de procurar el desarrollo del feto, en la especie humana el embarazo es un período que se prolonga por el espacio de treinta semanas.

Como mujer, puedo manifestar que el embarazo es un período en el cual se experimentan múltiples cambios de orden físico, psicológico, etc., y en el cual la mujer es un ser absolutamente sensible, y por lo tanto se encuentra expuesta a un mayor grado de vulneración.

El parto, en cambio es definido en la siguiente forma.

“El parto humano, también llamado nacimiento, es la culminación del embarazo humano, el periodo de salida del bebé del útero materno. Es considerado por muchos el inicio de la vida de la persona. La edad de un individuo se define por este suceso en muchas culturas. Se considera que una mujer inicia el parto con la aparición de contracciones uterinas regulares, que aumentan en intensidad y frecuencia, acompañadas de cambios fisiológicos en el cuello uterino.

El proceso del parto humano natural se categoriza en tres fases: el borramiento y dilatación del cuello uterino, el descenso y nacimiento del bebé y el alumbramiento de la placenta. Aunque el parto puede verse asistido con medicamentos como oxitócicos (la oxitocina sirve para provocar el parto ante la decisión de ciertos ginecólogos debido a cualquier prisa que surja o ante complicaciones de retraso grave de alumbramiento) y ciertos anestésicos y una posible episiotomía, todo esto no debe hacer nunca de manera rutinaria, el parto más seguro es el que evoluciona espontáneamente y en el que no se interviene innecesariamente. En algunos embarazos catalogados como de riesgo elevado para la madre o el feto, el nacimiento ocurre por una cesárea que es la extracción del bebé a través de una incisión quirúrgica en el abdomen, en vez del parto vaginal.

En la mayoría de casos el parto es un proceso natural que la mujer desarrolla con o sin apoyo de otras mujeres experimentadas, entre las

que se encuentran las llamadas, *comadronas* o *parteras*, o por profesionales del área de la salud como las *matronas*. La participación de médicos especialistas en obstetricia suele verse cuando aparece alguna complicación del embarazo o del parto (ya sea cesárea o el uso de fórceps¹⁵).

Como me había anticipado en manifestar, el parto constituye la culminación del embarazo, que tiene lugar con el nacimiento, es decir la salida del nuevo ser del útero materno. Se considera como el inicio de la vida de la persona.

El parto o nacimiento, puede ser un proceso natural, y en los casos en que surgen complicaciones, será necesario recurrir al procedimiento quirúrgico conocido como cesárea, en el cual es indispensable la participación de profesionales en el área médica de la obstetricia.

Las precisiones anteriores, permiten entender fácilmente el criterio del legislador al incluir a la mujer embarazada y parturienta, como uno de los sujetos procesales en favor de los que puede aplicarse la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario. El embarazo como se pudo observar es un período en el cual, la mujer atraviesa las consecuencias físicas, biológicas y psicológicas derivadas de la gestación de una nueva vida en su vientre, por lo mismo el hecho de someterla a la privación de su libertad, a objeto de que cumpla con la medida cautelar personal de la prisión preventiva, significa una evidente situación de riesgo para ella y para el ser que está por nacer.

¹⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Parto>, 04-09-11

En el caso de la mujer parturienta, se justifica aún más la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, por cuanto el parto trae consigo una serie de secuelas físicas y psicológicas que vuelven vulnerable a la mujer, y especialmente porque al momento de nacer, un ser humano necesita de los cuidados y la protección de su madre, y además de condiciones saludables que garanticen su desarrollo, estas situaciones como es lógico no son viables en los Centros de Rehabilitación Social, que definitivamente son espacios en los cuales no puede permanecer una mujer parturienta y mucho menos su hijo recién nacido, de allí se justifica plenamente el criterio expuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que en el caso de la mujer parturienta, la sustitución de la prisión preventiva, y la privación de la libertad, serán aplicables hasta noventa días después del parto, plazo que podrá extenderse cuando el niño o niña, hubiere nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre hasta que las mismas se superen, pues esta norma se incluye con la finalidad de proteger al recién nacido.

4.1.4. DELITOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR EL ARRESTO DOMICILIARIO.

El Código de Procedimiento Penal, al referirse a la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, menciona algunos casos en los que en razón del delito cometido, no será aplicable dicha sustitución en beneficio del procesado. Las infracciones por las cuales se establece esta excepción, son las que se estudian en los numerales siguientes.

4.1.4.1. Delitos contra la Administración Pública.

Para conocer el concepto de los delitos contra la administración pública, es indispensable conocer en qué consiste ésta como tal, por tanto debo precisar los comentarios que se concretan a continuación.

Para el Dr. Guillermo Cabanellas, la administración pública:

“Es el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. La administración puede ser nacional, provincial o municipal, de acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones. La hay también regional.”¹⁶

De acuerdo con el autor citado, la administración pública, es el ejercicio del poder ejecutivo, con la finalidad de cumplir con las expectativas de la sociedad en cuanto a la ejecución de actividades y prestación de servicios públicos, la administración pública puede ser de jurisdicción nacional, provincial, municipal, e incluso regional.

El mismo Cabanellas, con el ánimo de caracterizar de mejor forma a la definición de administración pública, cita un concepto de Escriche, al siguiente tenor:

“Por administración pública se entiende la parte de la autoridad pública que cuida de las personas y bienes en sus relaciones con el

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, Edit. Heliasta, Argentina, 2001, pág. 170.

Estado, haciéndolos concurrir al bien común y ejecutando las leyes de interés general; a diferencia de la justicia que tiene por objeto las personas y bienes en sus relaciones particulares de individuo a individuo, aplicando las leyes de interés privado. La administración considera a los hombres como miembros del Estado; la justicia como individuos. Se ejerce ésta por los jueces, audiencias, cortes o tribunales supremos; y aquella, por el jefe del Estado, los ministros, los gobernadores y diputaciones, los alcaldes y ayuntamientos.”¹⁷

Es importante destacar la idea de Escriche en cuanto a identificar a la administración pública como la función específica destinada a regular las relaciones entre el Estado y las personas en cuanto a sus derechos, sus bienes y sus intereses como ser colectivo, cuyo objetivo común es la vida en sociedad en términos de bienestar, paz y tranquilidad, para lo que obviamente han aceptado la potestad suprema del Estado erigida sobre la voluntad soberana de un pueblo.

Con los antecedentes anotados, puedo elaborar mi criterio personal en torno a la administración pública en los siguientes términos, es el proceso sistemático, que comprende un conjunto de criterios técnicos y pragmáticos, guiados en su desarrollo por un marco jurídico, orientado a satisfacer la necesidad de establecer procesos precisos e idóneos que viabilicen una relación armónica entre el Estado y sus ciudadanos, en cuanto a ente colectivo, así como que permitan una administración de los servicios públicos en términos de honestidad y eficiencia.

¹⁷ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, Edit. Heliasta, Argentina, 2001, pág. 171.

Cuando se incumple con los postulados de honestidad y eficiencia, es posible que el servidor público incurra en un delito contra la administración pública, figura antijurídica que es conceptuada, por Juan Ismael Moreno, así:

“Es una conducta típica, antijurídica y culpable que afecte la gestión pública o el patrimonio estatal, que tiene como consecuencia una sanción”¹⁸.

Importante es el aporte conceptual anterior, por cuanto permite entender claramente que constituye delito contra la administración pública, toda conducta o acto, tipificado en la ley, antijurídico y culpable, que causa perjuicio a la gestión pública, o al patrimonio del Estado, y que se encuentra sancionado con una penal.

Como autora de este trabajo, debo decir que el delito contra la administración pública, constituye toda conducta que tiene como objeto ilícito, el perjudicar los intereses de la sociedad y del Estado, a través del cometimiento de actos que distorsionan la legalidad de la gestión pública, o que afectan patrimonialmente al Estado.

En el Ecuador, se consideran como delitos contra la administración pública las conductas, que procedo a estudiar.

EL PECULADO. Sobre el peculado, el tratadista Guillermo Cabanellas, ha elaborado el siguiente concepto:

¹⁸ MORENO Juan Ismael, Faltas Disciplinarias, Delitos Contra la Administración Pública y Acoso Laboral, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2010, pág. 43.

"La sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos."¹⁹

De acuerdo al concepto anterior, el peculado consiste en la sustracción y apropiación indebida de los fondos públicos por parte de la persona a quien se le ha confiado su cuidado y administración. De acuerdo con el autor, en los momentos actuales, este ilícito es denominado como malversación de los caudales públicos.

El Dr. José García Falconí, sostiene que:

"Peculado viene del latín "peculare", esto es robar el ajeno peculio.

La raíz común del peculio y pecunia (dinero) especies, ganado, sinónimo de riqueza en pueblos -como el Romano- que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo; así en el Derecho Romano este delito consistía en el apoderamiento de ganado público que era el medio de pago o moneda primitiva.

La Lex Julia definía al PECULATUS como el hurto del dinero público o sagrado cometido por quien lo conservaba, no por cuenta suya".²⁰

Sujeto activo del peculado es el funcionario público a quien le haya sido confiada por razón de su cargo la administración, percepción o custodia de caudales o efectos. Por equiparación, pueden serlo los particulares a quienes por determinados títulos esos bienes les hubieren sido confiados.

¹⁹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentinian, 2001, pág. 299.

²⁰ GARCÍA FALCONÍ, José. *El juicio por delito de peculado*, Edit., Pudeleco, Quito, 1997, pág. 21.

El objeto sobre el cual recae el delito debe serlo el caudal o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón del cargo. No basta la simple tenencia de esas cosas, ya que se requiere la facultad de disponer de ellas. Administrar significa gobernar, cuidar, regir; percibir, vale tanto como recibir una cosa y encargarse de ella; custodiar es guardar con cuidado y vigilancia. Todo ello implica cierta facultad otorgada al funcionario, a causa de su función, para disponer de los bienes.

La acción es sustraer, es decir, extraer, apartar o separar, poner fuera del alcance de la custodia, bajo la cual colocan las leyes, los bienes confiados.

El momento consumativo es distinto según la razón de la tenencia ejercida por el sujeto: en ciertos casos la sola circunstancia de incorporar los bienes al patrimonio propio del funcionario, hará consumir el delito por apropiación indebida. En otros, cuando el funcionario tiene solamente la obligación de entregar otro tanto igual que es percibido, el delito se consumará, cuando no rinda cuentas o no lo haga a su debido tiempo, es decir cuando haya retención indebida. Cuando se opera el desfalco, la consumación se produce con la sola incorporación de los bienes al patrimonio del funcionario.

El peculado de uso es un delito en que incurre el funcionario que emplea en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la administración pública. El peculado es un delito de daño, para su comisión es imprescindible que los bienes y efectos públicos salgan del patrimonio del Estado e ingresen en el del funcionario.

La facilitación culposa de sustracciones tiene como presupuesto el acto doloso de un tercero y se refiere al funcionario público que, por imprudencia, negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.

EL COHECHO. Cabanellas, conceptúa este delito como:

"El soborno, seducción o corrupción de un juez o funcionario público para que haga lo pedido, aunque no se contradiga la justicia."²¹

Es decir, el cohecho consiste en dar algo, o por lo menos prometer dar o hacer algo, con el objetivo de que un juez o funcionario público realice en razón de su cargo lo que solicita el agente, aunque en el hecho no exista contradicción con la ley, e incluso lo pedido al funcionario sea una actividad propia de sus funciones.

Goldstein, define a este delito contra la administración pública de la siguiente forma:

"Cohecho. (Del bajo latín confectio, preparado, arreglado.) Acción y efecto de cohechar, es decir, de sobornar o corromper al funcionario o magistrado. En Derecho romano denominábase crimen, repetundae y su concepto solía estar restringido al acto de aceptar el soborno, usando esta última expresión para significar el delito del que compra o corrompe. Actualmente ambas acciones tienen la denominación común de cohecho.

²¹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2000, pág. 74.

El delito consiste en poner precio a un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido.²²

Puede presentarse con distintos caracteres, según se consideran los actos u omisiones del funcionario con relación al momento en que se le da o promete la dádiva. El bien jurídico tutelado es el funcionamiento normal y correcto de la administración pública y, además, la corrección y la insospechabilidad del funcionario y su decoro. Sujeto pasivo es siempre la administración pública.

Sujetos activos en el ámbito del derecho universal son el funcionario y el particular que da u ofrece la dádiva.

La acción consiste en recibir dinero o cualquiera otra dádiva o aceptar una promesa. El delito es de pura actividad, y se consuma con la sola aceptación de la promesa.

La dádiva o promesa debe consistir en algo que constituya valor económico. El término dádiva implica algo que puede darse, entregarse o transferirse, pero no debe equipararse a donación.

LA CONCUSIÓN. Según el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, concusión significa:

²² GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1998, pág. 124.

"Toda forma de exacción arbitraria dirigida a percibir beneficios pecuniarios que los da el ciudadano que recurre a la administración en pos de un servicio o prestación. De acuerdo a ello, tanto lo pagado, cobrado o entregado se obtienen bajo exigencias ilegales o abusivas. Para alcanzar estos beneficios económicos los servidores retardan, demoran, complican los trámites administrativos o exageran la dimensión del deber que tienen que cumplir hasta alcanzar el objetivo. En la concusión la gratificación viene a ser la norma obligatoria, de lo contrario, en forma disimulada se negará el servicio o al menos se lo hará deficientemente. El delito se consuma en el momento que el servidor percibe contribuciones económicas ilegales."²³

Conforme a la cita, la concusión en una forma arbitraria de percibir beneficios económicos, de parte del ciudadano que concurre a solicitar una prestación o un servicio, ante la administración pública.

Giuseppe Maggiore, al respecto dice:

"Se llama concusión (concuSSION, Erpressung) el hecho del funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguno a dar o a prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad."²⁴

En sus dos formas típicas, la concusión constituye la exigencia ilícita del funcionario público al particular, a fin de realizar un determinado acto. Tal sentido se encierra en la etimología misma de la palabra: concutere, que según el mismo Maggiore significa sacudir un árbol para hacer caer sus frutos y recogerlos.

²³ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman. *Manual de Derecho Administrativo*, Edit., Facultad de Jurisprudencia, UNL, Loja, 1993, pág. 332.

²⁴ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, Tomo III, De los Delitos en Particular, Edit., Edigraf, México, 1976, pág. 180.

La concusión se diferencia de la extorsión propiamente dicha, en cuanto a la violencia o el engaño provienen en aquella del funcionario público que abusa de su cargo. Se distingue de la estafa, porque ésta es un delito con sujeto indiferente, pues puede ser cometida por cualquier persona, mientras que la concusión fraudulenta es un delito con sujeto calificado, ya que solamente puede cometerla el funcionario público, abusando de su calidad.

Lo que distingue la concusión y la corrupción es el uso de la violencia o el engaño, que faltan en la segunda, por cuanto hay un concurso de voluntad. En la corrupción, el particular es sujeto activo junto con el funcionario, porque coopera con este en el delito (delito bilateral). Y en la concusión hay solamente un sujeto pasivo no imputable (delito unilateral).

El delito de concusión, reconocida en la doctrina como implícita, es sustancialmente una estafa, de la cual se distingue sobre todo por la calidad del agente y por el abuso de sus facultades o de sus funciones. Al confrontar los elementos de uno y otro delito, se aprecia que el delito de estafa, comprende, a excepción de la calidad de funcionario público y de su abuso de la función pública del sujeto activo, todos los elementos del delito de concusión.

La concusión se diferencia de la estafa sobre todo por la calidad del agente y por el abuso de esa calidad y de sus funciones. Así que no es dable calificar de estafa un hecho realizado por el funcionario público con abuso de sus facultades o de sus funciones.

El objeto jurídico de la tipificación de esta conducta es el interés de la administración pública por la probidad y fidelidad del funcionario, gravemente comprometida por el hecho de que extorsiona o arranca dinero u otra utilidad; y además, el interés de que la libertad de consentimiento de los particulares quede ilesa al tratar con órganos de la administración pública.

No importa que el funcionario haya cesado en su calidad en el momento de efectuarse el delito, si el hecho se refiere al cargo o servicio ejercidos, es decir, utilizando los instrumentos y funciones de su cargo, para simular estar en legítimo ejercicio de su cargo, y constreñir a la víctima para que entregue la cosa apetecida por quien concusiona; y tendrá la misma equivalencia el hecho de encontrarse el funcionario con permiso o en uso de vacaciones. Vale aclarar que esta cuestión no está debidamente contemplada en la legislación penal ecuatoriana.

EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. Para el Dr. Herman Jaramillo, el delito de enriquecimiento ilícito:

"Comprende todas las formas del acaparamiento de la riqueza, el fondo de la infracción, lo encontramos en las expresiones «incremento injustificado del patrimonio, generado por actos no permitidos por las leyes». El delito encierra una lesión económica al Estado y a la moral pública".²⁵

La constante común en el delito de enriquecimiento ilícito, sería entonces el incremento patrimonial injustificado con ocasión del desempeño de un cargo

²⁵ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman. *Manual de Derecho Administrativo*, Edit., Facultad de Jurisprudencia, UNL, Loja, 1993, págs. 311-312.

público, lo que desde ya, permite presuponer culpa y dolo en la gestión administrativa estatal del que incrementa injustificadamente su patrimonio.

Es de mencionar una vez más, que el enriquecimiento ilícito es una figura un tanto nueva, especialmente en las legislaciones de países subdesarrollados y con legislaciones precarias.

Personalmente considero, que el delito de enriquecimiento ilícito comprende todas las formas de enriquecimiento injustificado, o aumentos patrimoniales incoherentes con los ingresos económicos que percibe un administrador público durante el período que dure su gestión, y aún después, mientras no se pueda establecer con claridad los incrementos patrimoniales.

Cuando una persona incurra en el cometimiento de cualquiera de las conductas ilícitas antes mencionadas, que se tipifican como delitos contra la administración pública en el Código Penal Ecuatoriano, no podrán solicitar la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, pues la norma procesal penal correspondiente de manera expresa excluye ese beneficio.

4.1.4.2. Delitos que causan la Muerte de la Persona.

También se incorporan como conductas ilícitas por las cuales no se puede solicitar el beneficio de sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, los delitos que causan la muerte de la persona, para analizar

esta categoría conceptual, deben desarrollarse los siguientes elementos de análisis.

Raúl Goldstein, acerca de la muerte precisa que es:

“Fin, extinción, término, cesación de la vida, al menos en el aspecto corporal...”²⁶

Por lo tanto, la muerte es el fin o término de la vida humana, se conoce con diferentes sinónimos como por ejemplo fallecimiento, defunción, deceso, entre otros.

La muerte en definitiva no es más que la cesación de la vida, y de los signos biológicos y físicos que caracterizan la vitalidad del ser humano.

Una de las normas más universales en el ámbito del derecho es la que considera a la muerte como el término final de la existencia jurídica. Además hoy día, prácticamente en todo el mundo, es la muerte la única causa de terminación de la existencia legal.

En la determinación de la muerte, como en el nacimiento, la dificultad radica en la prueba, sobre todo cuando se quiere conocer con precisión el momento mismo de la muerte, ya que del tiempo en que se haya producido pueden seguirse muchas y muy importantes consecuencias jurídicas.

²⁶ CABANELLAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ob. Cit. Pág. 259.

“Cabem tres posibilidades: a) Que se conozca con certeza que una persona ha muerto y que se sepa así mismo cuando ha muerto, porque, por ejemplo se ha visto su cadáver, y además hay personas que testimonian en cuanto al tiempo en que acaeció el fallecimiento, o por lo menos hay estos testimonios, aunque no se tenga el cadáver; b) Que consta la muerte de una persona, porque hay su cadáver o hay testimonios referentes a la existencia del cadáver, pero que se desconozca cuando murió; y, c) Que no se sepa si una persona ha muerto o no, y en caso de que haya muerto se ignore cuándo. Todas estas posibilidades están consideradas por nuestra legislación”²⁷.

El tiempo en que se produce la muerte de una persona puede significar que nazcan o no ciertos derechos, que se cumplan o no condiciones o plazos, que se distribuya de una manera o de otra una herencia, etc.

El carácter rigurosamente personal de las sanciones penales hace que toda acción penal y pena se extingan con la muerte. No sucede lo mismo con las obligaciones civiles provenientes de delito, que no se extinguen con la muerte del sentenciado.

Aparte del tiempo en que se produce la muerte, influye en el derecho, el lugar donde acaece. Y a veces es preciso recurrir a presunciones y ficciones para determinar ese sitio.

Del mismo modo que los nacimientos, las definiciones que se produzcan a bordo de una aeronave ecuatoriana se consideran producidos en el Ecuador.

La muerte es entonces, un hecho jurídico, pues a partir de la verificación del fallecimiento de un ser humano, surgen en torno a este acontecimiento

²⁷ LARREA HOLGUÍN, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil de Ecuador, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2001, Pág. 123.

funesto, muchas situaciones de orden legal que están debidamente reguladas en la ley.

En el ámbito de esta investigación, la muerte interesa como un resultado de una conducta delictiva, por lo tanto debo decir que los delitos contra la vida que se encuentran previstos en nuestra legislación son el aborto, el homicidio y el asesinato.

EL ABORTO: el profesor Camilo Simonin manifiesta:

“El aborto criminal es la interrupción voluntaria del embarazo, es decir, la expulsión prematura, voluntariamente provocada, sin precisión médica, del producto de la concepción”²⁸.

Sin embargo, la definición anterior, que es la corriente dentro de los médicos legistas, no puede ser adoptada dogmáticamente, pues siendo, para nuestra legislación, el aborto un delito contra la vida, no basta y ni siquiera es suficiente que se tenga la intención de expulsar en forma prematura el producto de la concepción, sino que es necesario que esa voluntad esté dirigida a matar al feto, aunque no se logre la expulsión del mismo.

Por lo tanto, se puede decir que el aborto es la conducta dirigida intencionalmente a matar el feto, cualquiera que sea la fecha de gestación del mismo. De esa forma se determina de manera precisa tanto el dolo en la

²⁸ SIMONIN, Carlos, Medicina Legal Judicial, Edit. Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1988, pág. 43.

conducta, como el fin de la misma. Si el aborto se limitara a la expulsión del feto, y no comprendiera la destrucción del mismo, dentro o fuera de la matriz, quedaría impune la conducta del que mata el feto y éste se petrifica en la matriz.

La finalidad, pues de la conducta abortiva es matar el feto, sin que importe si se lo expulsa o no. De allí es que la definición dogmática del aborto debe contener necesariamente como parte central de la conducta criminal, la muerte del feto.

Para aportar un concepto personal respecto al aborto, debo decir que es la interrupción del embarazo provocada antes del parto natural por medios artificiales o por causas fisiológicas de la mujer o del feto. El aborto provocado tiene como base la intención directa y deliberada de ocasionar la muerte del feto y su expulsión del útero materno.

En el caso de aborto que tiene como antecedentes causas fisiológicas de parte de la madre o del feto, no concurre la intencionalidad de terminar con la vida del feto, ésta se produce como resultado de anomalías físicas u hormonales de la mujer, de malformaciones o disfunciones del feto, o por razones de fuerza mayor, cuando se trata de salvar la vida de la madre, o por razones médicas es imprescindible la muerte y expulsión provocada del feto. En el primer caso, en la mayoría de las legislaciones, es considerado delito, en el segundo caso, no es posible la punibilidad.

EL HOMICIDIO: La Enciclopedia Encarta, define al homicidio como:

“delito que comete quien da muerte a otra persona. Se trata del delito más común contra la vida humana, y su autor se encuentra castigado en casi todas las legislaciones del mundo, con penas privativas de libertad, a las que habrá que añadir con frecuencia la obligación de reparar el daño moral infligido a los allegados de la víctima”²⁹.

De acuerdo con este concepto el homicidio es el delito cometido por una persona que mata a otra.

El homicidio, es entonces la conducta antijurídica, consistente en quitar la vida, es decir en matar a otra persona, situación a la que yo agregaría, que es el acto de matar a alguien, sin que concurren las circunstancias que convierten a esta conducta en asesinato.

EL ASESINATO: Raúl Goldstein sobre el asesinato, escribe:

“En su origen asesinato era sinónimo de homicidio cometido a traición y por orden y cuenta ajena; luego, la palabra fue usada por los códigos francés y sardo para indicar, exactamente, cualquier homicidio premeditado, y poco a poco se la adoptó para designar los homicidios calificados por la concurrencia de las más variadas causas agravantes, reveladoras de la máxima peligrosidad, sea por el modo de ejecución, el medio empleado o por el móvil determinante”³⁰.

Los elementos anteriores, permiten concluir que el asesinato es aquel delito contra la vida, que se configura cuando una persona mata a otra, empleando

²⁹ Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2011. © 1993-2011 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

³⁰ GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1998, pág. 67.

cualquiera de las circunstancias agravantes prevista en la legislación penal, que corroboran la gravedad de la conducta del infractor, la peligrosidad del mismo, tanto en la ejecución del delito como también por la naturaleza del medio empleado.

De acuerdo con la legislación penal, es asesinato, la conducta de matar a otra persona, en cuyo cometimiento se encuentran presentes cualquiera de las circunstancias con las cuales se configura este acto antijurídico.

Cuando el procesado es acusado del cometimiento de cualquiera de los delitos antes detallados, no puede hacerse acreedor a la sustitución de la prisión preventiva del arresto domiciliario, pues los delitos que causan la muerte de una persona, son una de las conductas ilícitas por las cuales se excluye de este beneficio, de acuerdo a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.

4.1.4.3. Delitos Sexuales.

Otra de las conductas ilícitas, por las cuales no procede la sustitución de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, son los delitos sexuales, sobre ellos es necesario desarrollar los siguientes comentarios.

El doctor Nelson San Martín, dice:

“Los delitos sexuales son actos agresivos que atentan contra la libertad o autodeterminación sexual de las personas o bien contra su indemnidad sexual”³¹.

³¹ SAN MARTÍN, Nelson, El Delito Sexual desde la Ginecología, Editorial McPearson, New York – Estados Unidos, 2004, pág. 321.

La primera característica con que el autor identifica a los delitos sexuales es con la agresividad, de hecho todo comportamiento sexual abusivo, lleva inmersa una considerable dosis de agresión.

Según la cita, los delitos sexuales atentan contra la libertad, autodeterminación e indemnidad sexual de las personas. La libertad, tiene que ver con el hecho de que la persona puede decidir libremente la forma como desarrollar su sexualidad, situación que también se denomina autodeterminación, pues la persona es libre de manejar su sexualidad siempre y cuando en ese uso no dañe los derechos de los demás y las normas del buen convivir social.

La indemnidad sexual se refiere al hecho de que la sexualidad de las personas no sufra ningún daño o perjuicio.

Carlos Fontán Balestra, define a los delitos contra la libertad sexual, como:

“aquellas acciones tipificadas por la ley que atacan la libre disposición del individuo sobre su sexualidad”³².

La opinión del autor es que los delitos contra la libertad sexual, son las conductas descritas en la ley, que atentan contra la libertad que el individuo tiene respecto a su sexualidad.

³² FONTÁN BALESTRA Carlos, Delitos sexuales, Editorial Arayú, Nueva Edición, Buenos Aires-Argentina, 2003, pág. 54.

Personalmente puedo señalar que los delitos sexuales, son aquellas conductas que atentan contra la integridad y libertad sexual de las personas, y que por lo mismo han sido tipificadas en el Código Penal, y sancionadas con la imposición de penas establecidas en relación con la gravedad de cada una de los comportamientos sexuales antijurídicos.

4.1.4.4. Delitos de Odio.

También los delitos de odio, constituyen otra de las conductas ilícitas por los que se determina una excepción, en cuanto tiene que ver con la sustitución de la prisión preventiva por la medida de arresto domiciliario, por lo que no puedo dejar de puntualizar algunos conceptos sobre esta categoría delictual.

María Mercedes Gómez, respecto al tema, señala lo siguiente.

“Los delitos de odio tienen lugar cuando una persona ataca a otra y la elige como víctima en función de su pertenencia a un determinado grupo social, según su edad, raza, género, identidad de género, religión, etnia, nacionalidad, afiliación política, discapacidad u orientación sexual.

Un delito de odio es una conducta violenta motivada por prejuicios, y su producción y reproducción parecen propias de las sociedades humanas a lo largo de la historia." Esta forma de definir los crímenes de odio puede entenderse como una forma de violencia dirigida a personas que pertenecen a un grupo específico, ya sea social, racial o étnico o que tengan una tendencia sexual o religiosa catalogada como "diferente".

La manera en que los prejuicios son establecidos depende del contexto social y de los estereotipos que la misma sociedad ha ido creando. Tales prejuicios y en general la violencia que generan, tienen como causa "la necesidad de marcar diferencias entre colectividades hegemónicas y no-hegemónicas" por el miedo de los primeros de perder algunos privilegios. La unificación y la repetición

de los prejuicios creados por la sociedad son una forma de legitimar los actos violentos realizados por algunos grupos específicos”³³.

De acuerdo a la cita realizada, delitos de odio son aquellas conductas ilícitas que consisten en ataque de una persona a otra, motivado en función de que la víctima pertenece a un grupo social determinado, o por razones relacionadas con el género, la edad, la raza, la religión, la nacionalidad, la orientación sexual, entre otras.

La precisión anterior permite entender que el argumento por el cual actúa la persona que comete un delito de odio, son los prejuicios originados incluso por parte de la misma sociedad, a lo largo de las diferentes etapas de desarrollo de la civilización humana, debido a los estereotipos que la misma sociedad ha ido creando.

Los prejuicios en cuestión, provocan violencia, originada en la necesidad de demostrar diferencias entre los grupos que integran la sociedad, de allí que las víctimas de odio generalmente pertenecen a agrupaciones antagónicas a aquellas a la que corresponden los agresores.

En el caso de la legislación penal ecuatoriana, el delito de odio no cambia en su estructura, respecto de los elementos que se han mencionado anteriormente, y se caracteriza justamente por la expresión de odio y

³³ GOMEZ, María Mercedes, Los Usos Jerárquicos y Excluyentes de la Violencia, Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 2008, pág. 41.

desprecio, que una persona realiza a otra, en razón de prejuicios raciales, sexuales, religiosos, étnicos, entre otros.

Aparentemente dado el desarrollo de la civilización humana, no cabría la aplicación práctica de las normas que sancionan los delitos de odios, sin embargo es común en la sociedad ecuatoriana, escuchar el testimonio de víctimas de este tipo de infracciones, lo que demuestra la necesidad de avanzar un poco más en la concepción de la igualdad que todos los seres humanos tenemos, y desterrar aquellos prejuicios que desdican de nuestra condición de seres civilizados.

Los delitos de odio, como he mencionado, constituyen también un motivo para que no se aplique la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, aun cuando la persona procesada por su presunta responsabilidad en estos actos ilícitos pertenezca a uno de los grupos mencionados y analizados con anterioridad.

4.1.4.5. Delitos Sancionados con Reclusión.

El Código de Procedimiento Penal, dispone también que no se aplicará la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, cuando el delito por el que se ha instaurado el correspondiente procedimiento, es de aquellos que se sancionan en el Código Penal, con reclusión.

Juan Pérez Sáenz, menciona sobre la reclusión lo siguiente:

“La primera de las penas privativas de libertad, instituidas es la llamada reclusión, y aunque en la práctica no difiere en absoluto en cuanto a su ejecución, de la pena de prisión, tiene algunos caracteres y efectos jurídicos que la hacen distinta”³⁴.

En efecto la reclusión es una sanción privativa de la libertad, que en el caso del sistema penitenciario y el sistema de rehabilitación social ecuatoriano, difiere de la prisión únicamente, en cuanto a que el tiempo de la privación de la libertad, en sentencias en que se impone reclusión es mayor.

En el caso de nuestro país, la reclusión constituye una pena peculiar del delito y puede ser: reclusión mayor, que se divide a su vez en reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y de ocho a doce años; reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años; y reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

La otra especie de reclusión es la reclusión menor, que se divide en ordinaria de tres a seis años y de seis a nueve años y en extraordinaria de nueve a doce años.

Constituye en definitiva una pena aplicable por el cometimiento de delitos, que es más grave que la prisión, y consecuentemente se aplica por conductas cuya gravedad y conmoción social son significativas, por ejemplo se sanciona con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, al responsable del delito de violación a una persona menor de catorce años.

³⁴ PÉREZ SÁENZ Juan, Sistema Procesal Penal y Penitenciario, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2008, pág. 45.

Por lo dicho, cuando el Código Penal sanciona el delito por el cual se procesa a una persona con reclusión, el procesado no puede acogerse al beneficio de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, esto de acuerdo a lo estipulado actualmente en el Código de Procedimiento Penal vigente.

4.1.4.6. Cuando no exista Reincidencia del Procesado.

Finalmente se establece como excepción, para la procedencia de la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, el hecho de que el procesado no sea reincidente, para entender esta circunstancia de excepción debo hacer las siguientes precisiones.

“El concepto jurídico de reincidencia, por consiguiente, no coincide con el concepto vulgar que tiene esa palabra; no se refiere a una mera repetición de hechos delictuosos, sino a su repetición por el que antes fue condenado.

Clásico por excelencia, Carrara, fundamentó el aumento de la pena al reincidente en la insuficiencia de la pena ordinaria para ese delincuente, insuficiencia demostrada por el mismo autor al reiterar en delinquir. La pena señalada por la Ley para cada delito — añade Carrara — es suficiente para impedir que el mayor número de delincuentes recaigan, pero si después de haber experimentado el sufrimiento de la pena en particular un condenado vuelve a delinquir, muestra que para él el sufrimiento efectivo de la pena ordinaria no es freno suficiente y no tendría sentido alguno aplicar en su contra la pena anterior. Por esto un aumento a la pena anterior debe ser impuesto para el rebelde”³⁵.

³⁵ ARANGO DE MUÑOZ, Virginia, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Varitec S.A., Ciudad de Panamá-Panamá, 2001, pág. 23.

De acuerdo con el concepto antes señalado la reincidencia se refiere a la repetición de hechos delictuosos por quien ya ha sido condenado anteriormente.

En el caso de la legislación penal ecuatoriana, existe reincidencia, cuando una persona que recibió sentencia condenatoria por quebrantar la ley penal cometiendo uno de los delitos tipificados en ella, vuelve a cometer otro delito.

En eso consiste la reincidencia en definitiva, en volver a cometer un delito, cuando el responsable de esta conducta, ya recibió sentencia condenatoria por otra conducta delictiva.

En la reincidencia se identifican principalmente dos elementos o requisitos fundamentales, a saber: el que la persona haya recibido sentencia condenatoria anterior; y, que haya vuelto a cometer una de las conductas descritas y sancionadas en la legislación penal.

Si no se configura el primer elemento es decir el que haya existido sentencia condenatoria anterior al cometimiento de la nueva conducta delictiva no puede hablarse de reincidencia, pues no existe el antecedente anterior que permite juzgar a la persona como reincidente.

Por lo tanto en el caso de que una persona sea reincidente en el cometimiento de infracciones penales, no puede ser beneficiada con la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Por la naturaleza de medida cautelar, la prisión preventiva, puede ser objeto de destitución, particular sobre el cual se han reunido los siguientes elementos conceptuales.

El verbo sustituir de acuerdo con la Real Academia de la Lengua, hace referencia a:

“Poner a una persona o cosa en lugar de otra para realizar su trabajo o desempeñar su función.

Pasar una persona o cosa a ocupar el lugar de otra para realizar su trabajo o desempeñar su función”³⁶.

Por lo tanto cuando hacemos referencia a la acción de sustituir, se alude al comportamiento de poner una cosa en lugar de otra, para que desempeñe su función, en concreto sustituir significa reemplazar una cosa por otra.

Sobre la base del concepto anterior, es posible determinar que cuando se habla de la sustitución de la prisión preventiva, se hace referencia a la posibilidad de que esta medida cautelar de carácter personal sea reemplazada por otra medida, que de igual forma garantice el cumplimiento de las finalidades que se persigue con la imposición de tal medio cautelar, privativo de la libertad.

³⁶ <http://es.thefreedictionary.com/sustituir>, 03-09-11

La sustitución de la prisión preventiva, es entonces el reemplazo de esta medida, por otra, que asegure también la comparecencia del procesado ante los operadores de justicia y de esta manera permita la verificación de las finalidades del proceso penal.

Sin embargo de ser aceptada en la legislación procesal penal ecuatoriana, la sustitución la prisión preventiva, tiene algunas excepciones que obedecen principalmente al delito que se le imputa al sujeto pasivo del proceso penal, situación sobre la que Ramiro Ávila Santamaría, se manifiesta en la forma siguiente:

“Prohibición de sustitución de la prisión preventiva. Prohibición establecida en determinados delitos: administración pública, muerte, delitos sexuales, odio, reincidencia, con penas de reclusión. En esta reforma existe un fuerte contenido moral que se torna, en estricto sentido, discriminatorio. La regla general es que cuando no se cumplen los requisitos de la prisión preventiva o cuando cumpliéndose se la debe considerar excepcional, debe prevalecer la presunción de inocencia y el derecho a la libertad durante el proceso.

Sin embargo, en ciertos delitos que son sensibles a la crítica de la opinión pública (no razones jurídicas), como los delitos sexuales y la reincidencia que ahora se demuestra con el registro de detenciones, sin importar las circunstancias procesales, el juez debe dictar la prisión preventiva.

Esta norma es discriminatoria porque las personas, estando en igual situación procesal, tienen trato distinto. La privación de libertad durante el proceso debe seguir siendo excepcional y ser aplicada sin discriminación. Esta norma es, sin duda, inconstitucional”³⁷.

³⁷ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, El Desarrollo Normativo como Garantía de los Derechos Humanos, en Develando el Desencanto, Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2010, Versión Ampliada, Editorial Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, 2012, pág. 37.

Es muy importante la opinión anterior, por cuanto el autor critica elocuentemente el carácter discriminatorio de la norma, basado no en razones jurídicas sino en contenidos de carácter moral, que contradicen el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, pues la regla general es que esta medida se dictará solo de forma excepcional, puesto que deben prevalecer en favor del procesado, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, durante la sustanciación del proceso.

Sin embargo de lo anterior, por así disponerlo actualmente la legislación procesal penal ecuatoriana, cuando el proceso tenga por objeto la investigación y sanción de delitos como los señalados en el párrafo anterior, sin considerar las circunstancias procesales, el juez tiene la obligación de dictar la prisión preventiva.

Finalmente el autor ratifica lo que se ha venido mencionando en este trabajo en el sentido de que las normas procesales penales que prohíben la sustitución de la prisión preventiva en las infracciones antes mencionadas son de carácter discriminatoria, ya que los procesados por estos ilícitos tienen un trato distinto, contraviniendo de esta forma principios consagrados constitucionalmente en la categoría correspondiente a los derechos de protección.

Coincido con el autor cuyos criterios estoy comentando en el sentido de que la norma que establece la prohibición de sustituir la prisión preventiva

cuando el procesado esté siendo juzgado por su participación en los delitos contra la administración pública, muerte, delitos sexuales, odio, reincidencia, con penas de reclusión; es inconstitucional, y por lo mismo la aplicación de la prisión preventiva debe tener siempre el carácter de excepcional, por lo que la sustitución debe ser aplicada sin ningún tipo de discriminación, siendo este el planteamiento que se sustenta en el presente trabajo investigativo.

4.2.2. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN EL ECUADOR.

El arresto domiciliario desde su incorporación como medida sustitutiva de la prisión preventiva, en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, ha tenido una constante aplicación en la sociedad ecuatoriana, como podemos observar en los referentes que se citan y comentan a continuación.

El primer reporte lo tomamos de diario El Tiempo, que en la parte pertinente dice:

“Según informó la cadena Ecuavisa, en horas de la tarde, los detenidos serán trasladados al Centro de Detención Provisional (CDP), en Guayaquil, a excepción del registrador de la Propiedad de Guayaquil, Ivole Zurita, y los notarios Marcos Díaz Casquete Rodolfo Pérez Pimentel, quienes enfrentan arresto domiciliario.

El juez dictó medidas alternativas en contra una de las implicadas, quien era estudiante universitaria de Derecho y que hacía una pasantía en un estudio jurídico y parece que fue utilizada para hacer algunos trámites en el caso”³⁸.

³⁸ <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/86271-prisia-n-y-arresto-domiciliario-contra-implicados-en-falsificacia-n-de-visas/>

El reporte anterior da cuenta del tratamiento procesal que se da a personas involucradas en el presunto cometimiento de un delito de falsificación de visas en favor de ciudadanos extranjeros, entre ellos encontramos implicados a un registrador de la propiedad y a dos notarios, en favor de los cuales el Juez de Garantías Penales competente, dictó el arresto domiciliario.

Este referente tiene relación con un muy difundido y controversial caso, que se suscitó en el Ecuador, sin embargo el Juez de Garantías Penales atendiendo a la condición de los procesados, resolvió dictar como medida sustitutiva el arresto domiciliario, esto en atención a la excepcionalidad de la prisión preventiva prevista en la Constitución de la República del Ecuador y en aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.

Además del referente anterior es preciso indicar que personajes de la política ecuatoriana como el ex presidente Gustavo Noboa Bejarano, y el ex Ministro de Defensa Jorge Gallardo, quien fueron acusados del cometimiento de delitos contra la administración pública, pero éstos no han sido los únicos casos, ya que estando en vigencia la reforma al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, se dictó el arresto domiciliario en favor del ex Ministro de Deportes del Gobierno del Presidente Rafael Correa, el señor Raúl Carrión, como podemos ver en el siguiente referente.

“Aunque la legislación vigente solo permite aplicar la prisión domiciliaria para las personas de más de 60 años, el juez **Hernán Ulloa Parada** dictó esa medida en favor del ex ministro de Deporte, **Raúl Carrión**, acusado de lavado de activos y de peculado, pese a que este tiene 49 años de edad.

Según la norma legal, contenida en las reformas al Código Penal, el arresto domiciliario (con supervisión o vigilancia policial) puede ser sustituido por el juez cuando existan nuevos hechos o evidencias que lo justifiquen y que desvanezcan los que motivaron la privación de la libertad.

Todo esto puede darse, según la misma norma, siempre y cuando no se trate de delitos contra la administración pública. La prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de 60 años de edad, o una embarazada o parturienta.

Según **Edwin Blum**, abogado de Carrión, el nuevo Código de Procedimiento Penal permite la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, dentro de lo cual está previsto el arresto domiciliario, sin límite de edad³⁹.

El ex ministro de Deporte Raúl Carrión, fue procesado por su participación en delitos como lavado de activos y peculado, al momento del proceso tenía una edad de 49 años; sin embargo se benefició de la medida de arresto domiciliario, que fue dictada como sustitutiva a la prisión preventiva, por el Juez de Garantías Penales, que conocía del proceso.

En este caso, pese a encontrarse ya en vigencia las reformas al Código de Procedimiento Penal, el delito por el cual se sustanciaba el correspondiente proceso y la edad del procesado, excluían la posibilidad de aplicar el arresto domiciliario, sin embargo el Juez de Garantías Penales, se pronunció por

³⁹ <http://www.eluniverso.com/2009/05/07/1/1355/5D4063737AC94E76869E1D91BD839FDF.html>

esta medida atendiendo al principio de supremacía constitucional, ya que la Constitución de la República del Ecuador establece la aplicación de medidas alternativa a la prisión preventiva, quedando ésta en un plano estrictamente excepcional, el que obliga a dictarla cuando no existe otra medida procesal para garantizar la comparecencia del procesado.

Las referencias anteriores las he considerado sólo para ilustrar que el arresto domiciliario si tiene aplicación en la práctica procesal penal ecuatoriana, sin embargo no estoy de acuerdo en que se haga un uso excesivo de esta medida para beneficiar a personas, que no están comprendidas dentro de los grupos señalados en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, y es ésta situación la que considero que debe ser reformada a objeto de garantizar derechos fundamentales del procesado como la integridad personal y la vida, que se ponen en riesgo al internarle mientras dure el proceso en un Centro de Rehabilitación Social, donde está expuesto a incontables e inimaginables peligros.

Hay que recordar que estamos hablando del sujeto pasivo del proceso penal, es decir de la persona cuya participación en el cometimiento de un delito está siendo investigada y analizada judicialmente, por lo tanto no existe la declaración de responsabilidad por la cual debe pagar la persona responsable de un delito, existe apenas una presunción la cual puede ser desvanecida, en cuyo evento sería injusto mantener detenida a una persona perteneciente a los grupos vulnerables considerados como beneficiarios de la sustitución preventiva por el arresto domiciliario.

4.3. MARCO JURÍDICO.

Concluido el análisis de los aspectos conceptuales y doctrinarios acerca de las categorías relacionadas con la problemática investigada, es tiempo de insertarse en el análisis de las disposiciones jurídicas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, internacional y comparado, que tienen relación con la sustitución de la prisión preventiva, como medida cautelar aplicable al procesado.

4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Dentro del régimen establecido en la Constitución de la República del Ecuador, las disposiciones que tiene relación con el problema objeto de estudio son las que se citan y analizan en los siguientes párrafos.

Respecto a las medidas de protección destinados a brindar una atención preferente a las personas adultas mayores, que permita garantizar la vigencia de sus derechos, el Art. 38, numeral 7, establece lo siguiente:

“7. Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de la libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario”⁴⁰.

⁴⁰ CÓNSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 32.

La norma constitucional es absolutamente clara en el sentido de establecer la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, norma que favorece a todas las personas adultas mayores.

Es preciso notar el hecho de que la norma constitucional no admite excepción alguna, en consideración al delito por el cual se proceda a la persona adulta mayor.

Además en el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución de la República, se establece la excepcionalidad de la prisión preventiva, y la posibilidad de recurrir a medidas cautelares que la reemplacen, el precepto en cuestión, dice lo siguiente:

“1. 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 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”⁴¹.

La norma anterior fija algunas formalidades que deben cumplirse respecto a la privación de la libertad, en el sentido de que la misma será procedente solo con escrita, proveniente del juez que tenga competencia para el efecto, y que la decrete en los casos y con las formalidades prescritas en la ley.

⁴¹ CÓNSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 33.

Es muy clara la constitución al determinar que la privación de la libertad se constituirá en una medida excepcional, por lo tanto se aplicará como último recurso, es decir sólo en los casos en que no se pueda garantizar de manera efectiva, la comparecencia del procesado, mediante la aplicación de otra medida cautelar.

Finalmente la norma constitucional determina claramente, que la jueza o juez de garantías penales siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

Es la facultad anterior, la que se pone en ejercicio cuando el Juez de Garantías Penales, resuelve dictar medidas cautelares alternativas, que no implican la restricción de la libertad personal de procesado en un centro de rehabilitación social, como es el caso justamente de la medida del arresto domiciliario.

Los preceptos constitucionales antes enunciados ratifican que desde el punto de vista constitucional, es aceptada la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, y que la Constitución de la República del Ecuador, no contempla restricciones para que se cumpla tal sustitución considerando para ello la naturaleza de la infracción que ha sido cometida por el procesado, como si sucede, en el caso del Código de Procedimiento Penal, conforme se verificará en el análisis que se desarrolla más adelante.

4.3.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

La norma del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano que tiene una relación directa con el tema investigado, es la establecida en el Art. 171, que dice lo siguiente:

“Art. 171.- Revisión.- El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:”⁴².

La disposición anterior, otorga al Juez de Garantías Penales, una potestad discrecional, que contempla dos posibilidades, una es que pueda sustituir una medida cautelar dispuesta con anterioridad, y la otra es que pueda derogarla o dictarla, sin importar para ello que anteriormente la haya negado.

“a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen;”⁴³

Para que proceda a aplicar cualquiera de las hipótesis jurídicas anteriores, deberán cumplirse requisitos como que aparezcan nuevos hechos que justifiquen la decisión.

Esta causa se verificará cuando el Juez de Garantías Penales, dictó la prisión preventiva, y en el proceso surgen hechos que conducen a desvirtuar

⁴² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

⁴³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

las presunciones de responsabilidad del procesado, por lo que se dispone que esta medida sea sustituida con cualquiera de las otras medidas cautelares personales establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

“b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad”⁴⁴.

Otra de las circunstancias por las cuales o que se puede sustituir la prisión preventiva, es que se logre nuevas evidencias, que verifiquen hechos antes no justificados, o en su defecto sirvan para desvanecer los que motivaron la privación de la libertad, también se daría esta causa de sustitución cuando los hechos en que basó el Juez de Garantías Penales su decisión de dictar prisión preventiva se desvaneces, siendo innecesario mantener la privación de libertad del procesado.

“Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de delitos sexuales, de odio, de los sancionados con pena de reclusión o cuando no exista reincidencia, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en la que la persona procesada tenga una discapacidad mayor al cincuenta por ciento certificada por el CONADIS, padezca de enfermedad catastrófica, sea mayor de sesenta años de edad, o sea una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen”⁴⁵.

⁴⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

⁴⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

La disposición legal anterior, permite determinar que cuando la persona no se encuentre siendo procesada por los delitos señalados en este inciso, y se encuentre en alguna de las circunstancias de vulnerabilidad enunciadas en el precepto legal, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario.

Como podemos observar en este caso la sustitución, en favor de la mujer, se limita a los casos en que ésta esté embarazada y hasta noventa días después del parto, plazo que se extenderá si el niño nace con alguna enfermedad que requiera el cuidado de la madre.

Esta norma desde mi punto de vista resulta limitada y debería extenderse el período de permanencia de la madre hasta que el niño cumpla cinco años de edad que es un período de vida en que es indispensable la presencia de la madre.

“Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio”⁴⁶.

Este principio guarda concordancia con las características del derecho penal actual, que es menos intervencionista en cuanto a los derechos y libertades de las personas sometidas al proceso penal, esto significa que en la decisión sobre una medida cautelar de carácter personal, el Juez de Garantías

⁴⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

Penales está obligado a adoptar aquella que menos intervención signifique y que sirva para garantizar los derechos del procesado.

“Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar”⁴⁷.

Una vez cumplido el plazo otorgado al Fiscal para el cierre de la investigación, al desarrollarse la audiencia para revisar medida cautelar, si no ofrece una explicación satisfactoria, autorizará al juez de garantías penales para derogar o sustituir la medida cautelar impuesta con anterioridad.

“Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto”⁴⁸.

Cuando no sea posible la sustitución de la prisión preventiva, a las mujeres embarazadas, estas deberán cumplir la medida cautelar, en lugares que se hayan adecuado para el efecto; esta situación no se cumple en la realidad procesal penal ecuatoriana, pues cuando no se dicta la sustitución de la prisión preventiva, las mujeres embarazadas son recluidas en los centros de

⁴⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

⁴⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

rehabilitación social, sin recibir un tratamiento especial en razón de su condición.

“El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Policía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica”⁴⁹.

Aplicado el arresto domiciliario el control del cumplimiento de esta medida estará a cargo del Juez de Garantías Penales competente, quien verificará que la misma se cumpla, a través de la acción de la Policía Judicial, o por cualquier otro medio a su alcance. Quien cumpla arresto domiciliario no será necesariamente sometido a vigilancia policial permanente; esta podrá cumplirse de forma periódica.

“Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución”⁵⁰.

Cuando la medida sustitutiva de la prisión preventiva, sea incumplida por el Juez de Garantías Penales, este la dejará sin efecto y ordenará la prisión preventiva en contra del procesado, siendo improcedente que se vuelva a disponer una nueva sustitución. Esto quiere decir que si se incumplió el arresto domiciliario y la persona abandonó el lugar destinado para que esta

⁴⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

⁵⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

medida se cumpla, dará lugar para que el titular del proceso penal pueda dejar sin efecto dicha medida y ordenar que se aplique la prisión preventiva del procesado.

“El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar”⁵¹.

El funcionario a quien se le designe el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al Juez de Garantías Penales, si esta se ha producido o no, el incumplimiento será sancionado con la imposición de la responsabilidad administrativa, civil o penal, a que hubiere lugar.

Por ejemplo, si se ordena que el procesado se presente periódicamente ante el Fiscal, y se incumple esta obligación, debe informarse inmediatamente al Juez de Garantías Penales dicho incumplimiento para que proceda a ordenar la prisión preventiva.

“La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales”⁵².

⁵¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

⁵² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 34.

Cuando se decreta como medida cautelar la prohibición de salir del país, se notificará a la Dirección Nacional y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones de ley.

Esta norma se entiende porque es esta entidad la encargada de vigilar y controlar los movimientos migratorios que se realizan a través de los diferentes lugares de entrada y salida hacia el extranjero.

Como podemos observar el Código de Procedimiento Penal en acatamiento de lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador, establece la posibilidad de que se sustituya la prisión preventiva, entre otras medidas, por el arresto domiciliario.

No comparto las excepciones que se hace, al declarar improcedente la sustitución de la prisión preventiva en delitos contra la administración pública, sexuales, de odio, que provoque la muerte de la víctima, sancionados con reclusión, o en los casos de reincidencia del procesado, pues la naturaleza de la sustitución es la de proteger a las personas vulnerables, sin que se deba considerar para ello la naturaleza o la gravedad del delito cometido.

Además las excepciones establecidas en el Código de Procedimiento Penal, contradicen y se oponen a las normas establecidas en la Constitución de la

República del Ecuador, en el sentido de que la prisión preventiva se aplicará excepcionalmente y que en su lugar se aplicarán medidas sustitutivas.

Hay que tener en cuenta que por la condición que atraviesan las personas a quienes se mencionada como beneficiarias de la sustitución, esto es las personas con discapacidad, los enfermos catastróficos, las personas mayores de sesenta años, y las mujeres embarazadas, es muy difícil que se produzca la evasión de estas personas, por lo cual no está en peligro el cumplimiento de las finalidades del proceso penal.

Un aspecto que es indispensable desde mi punto de vista para una adecuada regulación de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, es el hecho de que se considere la posibilidad de que esta sustitución se aplique en beneficio de la madre de las niñas, o niños menores de cinco años, o de personas con discapacidad que se encuentren bajo absoluto cuidado de la mujer procesada.

Además es indispensable que se señale en el Código de Procedimiento Penal, que la medida sustitutiva del arresto domiciliario estará vigente dentro de los plazos constitucional y legalmente previstos para la vigencia de la prisión preventiva, pues si va más allá de ello la medida sustitutiva sería inconstitucional.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

En un trabajo de investigación jurídica, no se puede dejar pasar por alto el análisis acerca de la forma en que la problemática investigada, es regulada en los ordenamientos jurídicos de otros países, para cumplir este cometido se ha recurrido a la revisión de los siguientes cuerpos legales.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE EL PERÚ:

En la legislación procesal penal peruana, habla de una especie de sustitución de la prisión preventiva del imputado, por la detención domiciliaria, para ello establece el siguiente artículo:

“ARTÍCULO 290º Detención domiciliaria.- 1. Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:

- a) Es mayor de 65 años de edad;
- b) Adolece de una enfermedad grave o incurable;
- c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
- d) Es una madre gestante.

2. En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.

3. La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución - pública o privada- o de tercera persona designada para tal efecto. Cuando sea necesario, se impondrá límites o prohibiciones a la

facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que habitan con él o que lo asisten.

El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.

4. El plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva.

5. Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el Juez –previo informe pericial- dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado⁵³.

De acuerdo con la disposición anterior, en la sustanciación del proceso penal, desarrollado de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal del Perú, se aplicará detención domiciliaria, aun cuando proceda prisión preventiva, en los casos en que el imputado sea una persona mayor de sesenta y cinco años, adolezca de una enfermedad grave o incurable, sufra incapacidad física permanente, que afecte su capacidad para movilizarse, sea una madre gestante.

Como podemos observar los presupuestos de procedencia de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, que prevé la legislación procesal peruana, son muy similares a los establecidos en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, sin embargo una diferencia sustancial es el hecho de que de acuerdo con aquella, la sustitución será procedente en todos los casos en que la persona imputada, cumpla una de las

⁵³ www.justiciaviva.org.pe/nuevos/cpp-dec957.pdf, 15-09-11

características que se señalan en la norma, sin establecer para ello excepción o discriminación alguna, considerando la infracción que se le imputa.

Los demás numerales del artículo 290 del Código Procesal Penal Peruano, hacen referencia a las condiciones que se deben cumplir para aplicar la detención domiciliaria, como por ejemplo: que la medida sea suficiente para evitar la fuga del imputado; que se cumpla en el domicilio del imputado o en el designado por el Juez, con custodia de autoridad o de una persona asignada para el efecto; el plazo de duración es el mismo establecido para la prisión preventiva; si desaparecen los motivos que justificaron la detención domiciliaria, se dispondrá la aplicación de la prisión preventiva del imputado.

LEGISLACIÓN PENAL ARGENTINA:

En Argentina, se ha legislado también acerca de la sustitución de la prisión preventiva, por prisión domiciliaria, sobre este tema el Código Procesal Penal, dice lo siguiente:

“Art. 314. Prisión domiciliaria. El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio”⁵⁴.

⁵⁴ http://www.csjn.gov.ar/cmfcod_procesal_penal.html, 15-09-11

De acuerdo con el artículo anterior en el proceso penal desarrollado en Argentina, es factible también aplicar la prisión domiciliaria, a las personas a las cuales pueda aplicárseles de acuerdo con las normas del Código Penal, el cumplimiento de una pena de prisión que será cumplida en su domicilio.

Es indispensable remitirse al Código Penal argentino, que respecto de las personas a las cuales puede aplicarse detención domiciliaria, textualmente dice:

“ARTICULO 10.- Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo⁵⁵.

⁵⁵ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>, 15-09-11

En el caso de la legislación procesal penal colombiana, se establece una potestad discrecional del Juez, dejándole a su criterio, disponer que la reclusión o prisión se cumplan en detención domiciliaria, siempre y cuando la persona procesada reúna características como las siguientes:

- Padecer una enfermedad cuya privación de la libertad, le impide tratarse su dolencia.
- Encontrarse afectado por una enfermedad incurable en período terminal.
- Tener discapacidad, y que la privación de su libertad en un centro carcelario, sea inadecuada e implique un trato indigno, inhumano o cruel.
- Que se trate de una persona mayor de setenta años.
- En caso de mujeres embarazadas.
- Que la persona procesada sea madre de un niño menor de cinco años o una persona con discapacidad.

Cuando la persona procesada reúna cualquiera de las características anteriores podrá acogerse a la detención domiciliaria como una medida sustitutiva a la prisión preventiva. Como podemos observar la legislación argentina, es más amplia que la ecuatoriana en el sentido de contemplar más circunstancias, que motivan dicha sustitución.

Es importante anotar además, como un elemento indispensable, el hecho de que en la legislación argentina, no se aplican limitaciones basadas en la infracción que se le imputa a la persona procesada, por lo tanto siempre que cumpla o esté dentro de las circunstancias anotadas de beneficiará de la sustitución, sin considerar el delito del que se le acusa.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA.

Se recurre finalmente al análisis del Código de Procedimiento Penal de Colombia, el cual también hace referencia a la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, en los siguientes términos:

“Art. 314.- Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos.

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición.
2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.
3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento.
4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad previo dictamen de médicos oficiales.

El juez determinará si el imputado o acusado debe permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años o que sufriendo incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5.

En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido, y, adicionalmente podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez⁵⁶.

De acuerdo con el artículo anterior, puede sustituirse la detención preventiva en un establecimiento carcelario, por la del lugar de residencia de la persona procesada cuando se cumplan condiciones como las siguientes:

- Cuando a criterio del juez sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia como medida de aseguramiento.
- La persona imputada o acusada sea mayor de sesenta y cinco años de edad, siempre que su personalidad y la naturaleza del delito permitan su reclusión en el lugar de residencia.

⁵⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004.html, 15-09-11

- Cuando a la mujer imputada o acusada le falten dos meses o menos para el parto, y durante los seis meses siguientes a la fecha del nacimiento.
- Si la persona imputada o acusada se encuentra en estado grave por enfermedad. En este caso será potestad del juez determinar si debe permanecer en su lugar de residencia, o en una casa de salud.
- Si la imputada o acusada es madre o cabeza de familia de un hijo menor de doce años o con discapacidad mental permanente siempre que esta persona haya estado bajo su cuidado. Este beneficio puede aplicarse incluso al padre que haga estas veces en caso de ausencia de la madre.

Para que se aplique la sustitución en la forma antes mencionada, el imputado o acusado beneficiario, debe suscribir un documento, expresando su compromiso a cumplir con la medida, y a permanecer en el lugar indicado por el Juez, además de comparecer ante esta autoridad cuando sea requerido.

La legislación colombiana, es también más amplia que la ecuatoriana, al considerar las causas por las cuales una persona puede beneficiarse de la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria, puesto que contempla supuestos que no están incorporados actualmente en el Código de Procedimiento Penal del Ecuador.

Se puede advertir además, que en el caso de la legislación colombiana, no se establecen limitaciones ni restricciones, en el sentido de excluir del beneficio de sustitución a personas imputadas o acusada, de una determinada clase de delitos.

Los elementos presentados hasta ahora sirven para justificar que en la legislación comparada la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, se cumple en todos los casos en que la persona procesada está afectada por una de las circunstancias representaría mayor situación de riesgo y vulnerabilidad, al ser internadas en un centro de rehabilitación social.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Para poder realizar el presente trabajo investigativo fue necesario el empleo de algunos recursos de orden metodológico los cuales se describen a continuación.

5.1. MÉTODOS.

En el proceso de elaboración de la Tesis, se emplearon los siguientes métodos:

MÉTODO CIENTÍFICO: Se aplicó durante todo el desarrollo de la tesis puesto que el mismo se basa en los objetivos que fueron planteados en el respectivo proyecto de investigación, por lo que el proceso investigativo se orienta a realizar el correspondiente proceso de verificación de los mismos sobre la base de la información obtenida.

MÉTODO INDUCTIVO DEDUCTIVO: Que fue empleado con la finalidad de identificar las manifestaciones particulares de la problemática en la realidad procesal penal ecuatoriana, y enfocar de una forma general lo relacionado con la sustitución de la medida cautelar personal de la prisión preventiva por arresto domiciliario.

MÉTODO ANALÍTICO SINTÉTICO: Se empleó este método para analizar las opiniones conceptuales y doctrinarias así como las normas jurídicas que tienen relación con el problema de investigación, y sintetizar un criterio personal en calidad de autora del presente estudio. De igual forma este método se empleó para analizar la información obtenida en el proceso investigativo de campo y sintetizar los datos obtenidos.

MÉTODO BIBLIOGRÁFICO: Se empleó para la recolección de los referentes bibliográficos elaborados por autores nacionales e internacionales que han escrito acerca de la problemática investigada, los cuales constan especialmente en la revisión de literatura que se presenta en este trabajo.

MÉTODO COMPARADO: Se utilizó para realizar el estudio de la legislación comparada, es decir de los referentes jurídicos que acerca del problema investigado se encuentran recopilados en la normativa de otros países.

MÉTODO ESTADÍSTICO: Se empleó para analizar los pronunciamientos de las personas encuestadas y entrevistadas, para sintetizar esos criterios y dar un aporte personal sobre ellos, a través de la utilización de cuadros y gráficos estadísticos y de la interpretación y análisis de los mismos.

5.2. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS.

En la parte teórica de la investigación se aplica la técnica de la consulta bibliográfica para recopilar toda la información que se ha elaborado por parte de los autores y tratadistas que han escrito sobre la temática investigada.

Para la obtención de información objetiva sobre la existencia real del problema en la sociedad ecuatoriana, acudí al empleo de las técnicas de la encuesta y la entrevista, la primera que se planteó a un número de treinta profesionales del derecho; y la entrevista formulada a cinco profesionales que en razón de su ejercicio tienen cabal conocimiento acerca de la problemática de investigación, para ello se privilegió a personas que tienen conocimiento acerca del tema también a las que se han formado específicamente en el ámbito del derecho procesal penal.. Todas las personas encuestadas y entrevistadas realizan su actividad profesional en el Distrito Judicial de la Provincia de El Oro.

6. RESULTADOS

Para lograr obtener una información fáctica acerca de cómo se evidencia la problemática estudiada en este trabajo investigativo, en la práctica jurídica ecuatoriana, dando cumplimiento a lo previsto en el diseño metodológico, del proyecto presentado y aprobado por las instancias correspondientes de la Carrera de Derecho, se realizó la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista, de acuerdo al siguiente detalle.

6.1. APLICACIÓN DE LA ENCUESTA.

Una vez determinada la utilización de la técnica de la encuesta, se procedió a elaborar un formulario, el cual contiene cinco preguntas, todas ellas con cuestionamientos que guardan una relación directa con el objeto de estudio.

Elaborado el formato de encuesta, se eligió una muestra al azar de treinta profesionales del derecho, que realizan su actividad profesional en el Distrito Judicial de El Oro, determinada la población a investigar, se aplicó el cuestionario de manera directa acudiendo para ello a cada uno de los lugares de trabajo de los encuestados, este proceso investigativo arrojó los resultados que de forma ordenada de acuerdo al orden de las preguntas se presentan a continuación.

PRIMERA PREGUNTA: ¿De acuerdo con la Constitución de la República y el Código de Procedimiento Penal, el Juez de Garantías Penales, puede aplicar el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva?

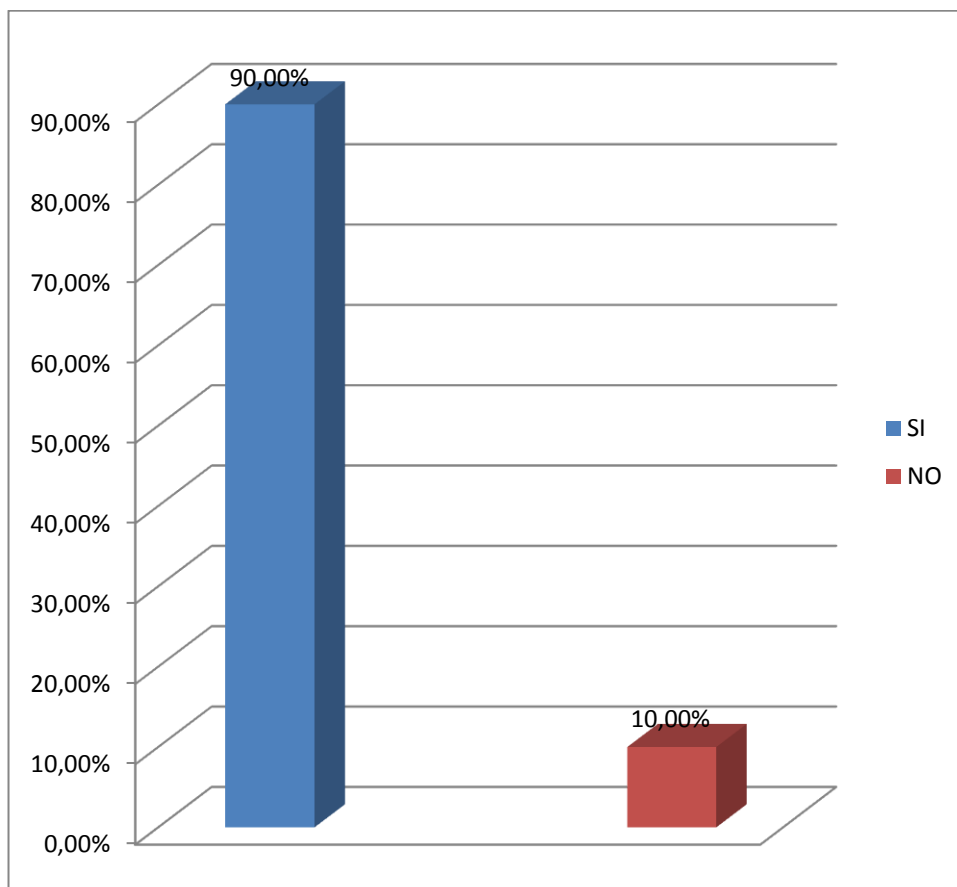
CUADRO Nº 1

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 27 | 90.00% |
| NO | 3 | 10.00% |
| TOTAL | 30 | 100.00% |

FUENTE: Aplicación de encuestas a abogados en libre ejercicio en el Distrito Judicial de El Oro

ELABORACIÓN: María Esther Ochoa Oyola

REPRESENTACIÓN GRÁFICA Nº 1



INTERPRETACIÓN:

Veintisiete encuestados que corresponden al 90% de la población investigada, contestan positivamente la interrogante, es decir que de acuerdo con ellos, tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en el Código de Procedimiento Penal, se contempla la posibilidad de que el Juez de Garantías Penales pueda sustituir la prisión preventiva por arresto domiciliario.

Por su parte existen tres encuestados, quienes corresponden al 10% de la población investigada, los que contestan negativamente la interrogante, y preguntados sobre la razón por la que adoptan esta disposición supieron manifestar los siguientes criterios.

ANÁLISIS:

La información que se obtiene en esta pregunta permite establecer que la gran mayoría de las personas investigadas están de acuerdo, en que la Constitución de la República del Ecuador y el Código de Procedimiento Penal, permiten aplicar como medida sustitutiva a la prisión preventiva el arresto domiciliario, estos encuestados señalan algunas razones que especialmente hacen referencia a la normativa de orden constitucional y procesal penal que tiene relación con este tema y que confirma la posibilidad de que opere dicha sustitución y que el arresto domiciliario sea aplicable en los casos establecidos en dichas normas.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Considera usted que en la práctica procesal penal ecuatoriana, se aplica adecuadamente el arresto domiciliario, como medida sustitutiva de la prisión preventiva?

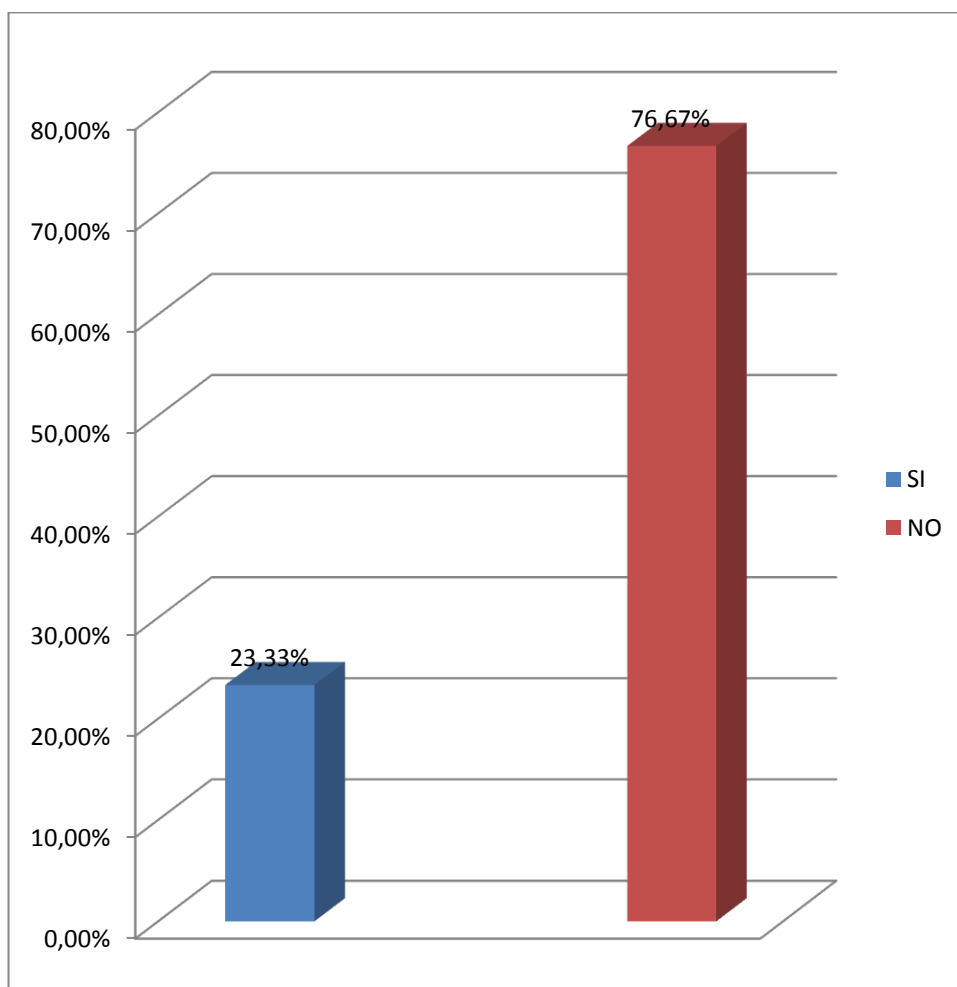
CUADRO Nº 2

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 7 | 23.33% |
| NO | 23 | 76.67% |
| TOTAL | 30 | 100.00% |

FUENTE: Aplicación de encuestas a abogados en libre ejercicio en el Distrito Judicial de El Oro

ELABORACIÓN: María Esther Ochoa Oyola

REPRESENTACIÓN GRÁFICA Nº 2



INTERPRETACIÓN:

Siete profesionales del derecho que representan el 23.33% contestan positivamente la interrogante, es decir ellos consideran que en la práctica procesal ecuatoriana si se aplica adecuadamente el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva por arresto domiciliario.

Existe por otro lado el pronunciamiento de veintitrés profesionales del derecho que corresponden al 76.67% de la población investigada, quienes consideran que en la práctica procesal penal ecuatoriana, no se aplica adecuadamente el arresto domiciliario como medida alternativa a la prisión preventiva.

ANÁLISIS:

Existe de parte de los encuestados un pronunciamiento mayoritariamente negativo, es decir que los criterios se orientan en el sentido de que el arresto domiciliario no se aplica adecuadamente en la práctica procesal penal ecuatoriana, como una medida sustitutiva de la prisión preventiva, entre los argumentos que señalan quienes así piensan están por ejemplo: que la aplicación es arbitraria; que las juezas y jueces de garantías penales no aplican esta medida sustitutiva; que el arresto domiciliario no se aplica a pretexto de alegar la existencia de inseguridad en cuanto a la comparecencia del procesado para con el proceso.

TERCERA PREGUNTA: ¿Los presupuestos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, por los que no procede aplicar el arresto domiciliario como medida sustitutiva a la prisión preventiva son discriminatorios y contradicen las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador?

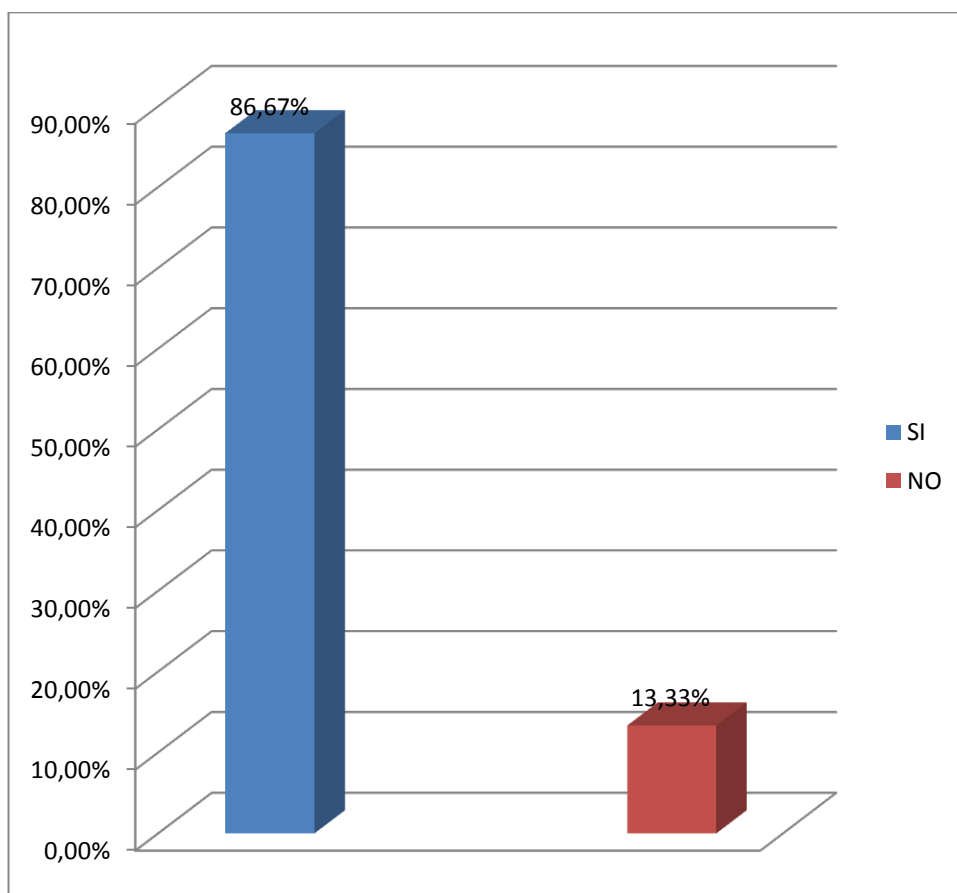
CUADRO N° 3

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 26 | 86.67% |
| NO | 4 | 13.33% |
| TOTAL | 30 | 100.00% |

FUENTE: Aplicación de encuestas a abogados en libre ejercicio en el Distrito Judicial de El Oro

ELABORACIÓN: María Esther Ochoa Oyola

REPRESENTACIÓN GRÁFICA N° 3



INTERPRETACIÓN:

Veinticuatro encuestados que corresponden al 80% de la población investigada consideran que los presupuestos contemplados en el Código de Procedimiento Penal, por los que no puede aplicarse el arresto domiciliario en sustitución de la prisión preventiva, son discriminatorios y contradicen las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador.

Por su parte cuatro encuestados que representan el 13.33% de la población investigada contestan negativamente la interrogante, es decir que de acuerdo con ellos, no existe una contradicción entre los presupuestos señalados en el Código de Procedimiento Penal, para que tenga lugar la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, y las normas que al respecto están previstas en la Constitución de la República.

ANÁLISIS:

Los criterios de quienes participaron de la encuesta son mayoritarios en el sentido de que los presupuestos por los cuales se exceptiona la aplicación de la sustitución preventiva por el arresto domiciliario, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, contradicen expresa disposiciones que en ese sentido están establecidas en la Constitución de la República del Ecuador. Entre los justificativos de esta respuesta anotan criterios como: se incumplen las normas de la excepcionalidad de la prisión preventiva; se afecta el tratamiento preferente a las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria.

CUARTA PREGUNTA: ¿Cree usted que debería quedar insubsistente el arresto domiciliario y aplicarse la prisión preventiva en el caso que desaparezcan los motivos que determinaron la sustitución de esta medida cautelar personal?

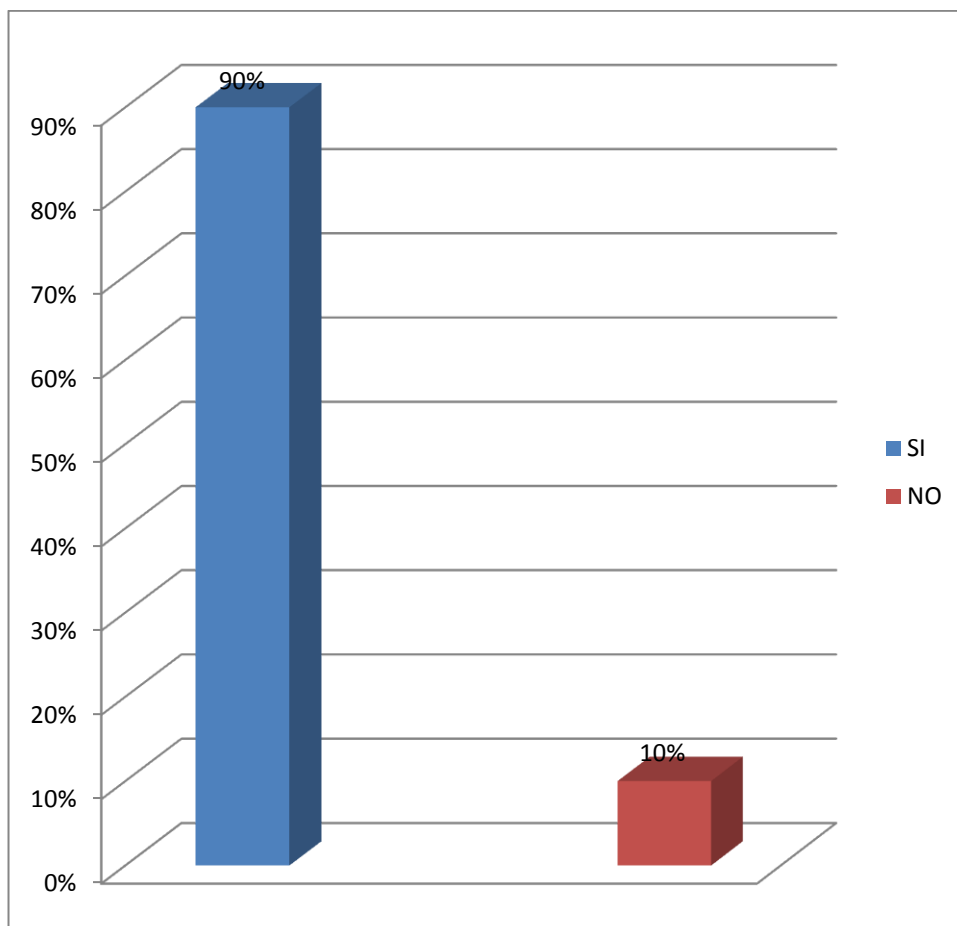
CUADRO N° 4

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 27 | 90.00% |
| NO | 3 | 10.00% |
| TOTAL | 20 | 100.00% |

FUENTE: Aplicación de encuestas a abogados en libre ejercicio en el Distrito Judicial de El Oro

ELABORACIÓN: María Esther Ochoa Oyola

REPRESENTACIÓN GRÁFICA N° 4



INTERPRETACIÓN.

De acuerdo con veintisiete encuestados que corresponden al 90% de la población investigada sería pertinente que en caso de que desaparezcan las circunstancias que motivaron la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, esta medida debe quedar insubsistente, y privarse de la libertad a la persona.

Mientras tanto, tres encuestados que representan el 10% de la población que participó de la encuesta, no consideran pertinente que el arresto domiciliario quede sin efecto cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su aplicación en sustitución de la prisión preventiva.

ANÁLISIS:

Es evidente la existencia de un criterio mayoritario de los encuestados que están de acuerdo con que el arresto domiciliario como medida sustitutiva de la prisión preventiva quede sin efecto cuando desaparezcan las circunstancias especiales que motivaron su aplicación. Argumentan su respuesta estos encuestados en el hecho de que es la circunstancia que afecta al procesado la que da lugar a la aplicación de la medida sustitutiva del arresto domiciliario, por lo que desapareciendo esta causa es necesario recurrir a la aplicación de la prisión preventiva con la finalidad de garantizar la comparecencia del procesado y su intermediación con el proceso.

QUINTA PREGUNTA: ¿Debería realizarse una reforma al Código de Procedimiento Penal, incorporando nuevos elementos para la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, como el caso de que la procesada sea madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad que se encuentre a su cargo?

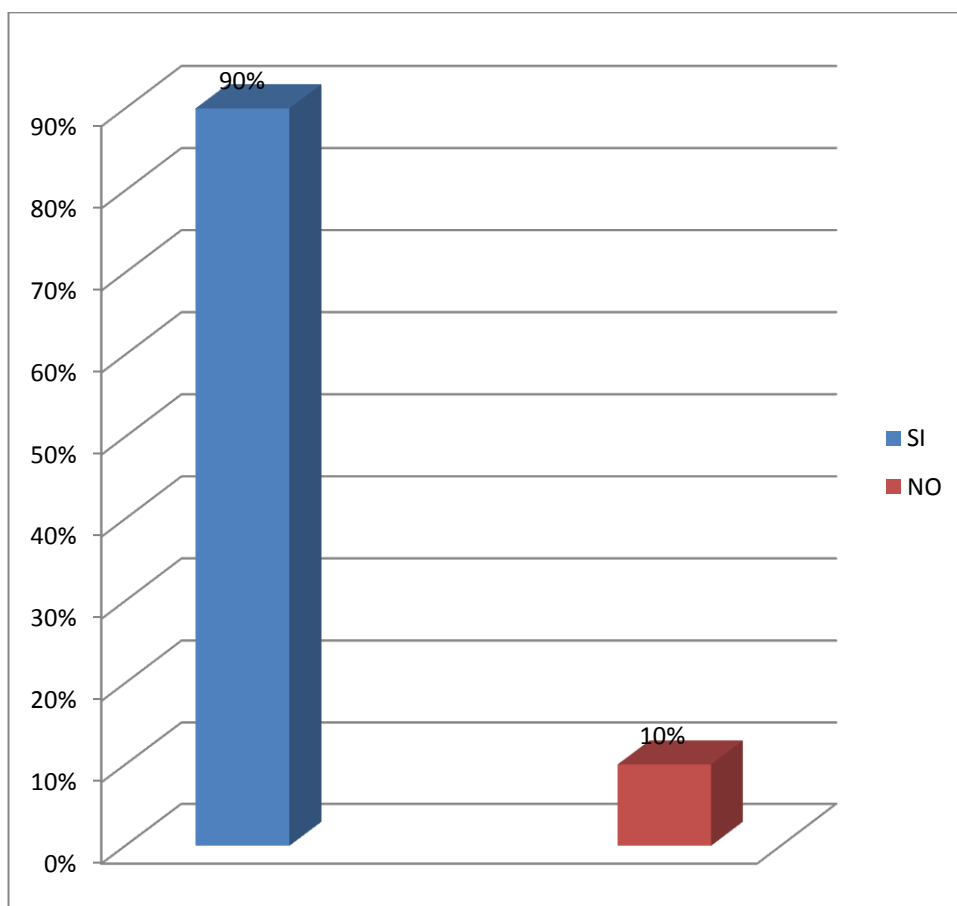
CUADRO N° 5

| INDICADOR | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-----------|------------|------------|
| SI | 27 | 90.00% |
| NO | 3 | 10.00% |
| TOTAL | 20 | 100.00% |

FUENTE: Aplicación de encuestas a abogados en libre ejercicio en el Distrito Judicial de El Oro

ELABORACIÓN: María Esther Ochoa Oyola

REPRESENTACIÓN GRÁFICA N° 5



INTEPRETACIÓN:

Veintisiete encuestados que corresponden al 90% de la población investigada están de acuerdo con se incluyan nuevos presupuestos por los que sea procedente la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario y específicamente el caso de que la persona procesada sea madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo. .

Existen en cambio tres encuestados, quienes representan el 10% de la población, que contestan negativamente la interrogante planteada, es decir que no están de acuerdo con que se instrumente una reforma respecto a los presupuestos de sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario.

ANÁLISIS:

Los resultados que se han reportado y analizado en esta pregunta sirven para confirmar que el criterio de los profesionales del derecho que participaron en la encuesta, es de que es pertinente la incorporación de nuevos presupuestos respecto a la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, cuando la procesada sea madre de un niño menor de cinco años, o esté a cargo de una persona con discapacidad. El criterio en el que se sustenta esta respuesta se basa fundamentalmente en la necesidad de proteger a los menores y a las personas con discapacidad que

se encuentran a cargo de la mujer que tiene la condición de procesada. Con esta opinión las personas encuestadas avalan la incorporación de reformas procesales en el sentido mencionado en la interrogante.

6.2. APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA.

Dando cumplimiento a lo previsto en el proyecto de investigación, se procedió a la aplicación de la técnica de la entrevista, que permitió conocer la opinión que personas involucradas con el derecho procesal penal tienen acerca del problema objeto de estudio, los criterios que se obtuvieron son los que se presentan a continuación.

PRIMERA ENTREVISTA REALIZADA AL SEÑOR JUEZ TERCERO DE GARANTÍAS PENALES DE EL ORO

- 1. ¿En el proceso penal ecuatoriano, se aplica adecuadamente el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva?***

Particularmente en la judicatura a mi cargo, se aplica la sustitución de la prisión preventiva en todos los casos en que es procedente de acuerdo con las normas de la Constitución de la República y el Código de Procedimiento Penal.

- 2. ¿Considera usted que al señalarse en el Código de Procedimiento Penal algunos presupuestos en que no procede la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, se contradicen las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador?***

Yo pienso que los presupuestos no son contradictorios, más si lo son los casos de excepción previstos en el Código de Procedimiento Penal, puesto que el arresto domiciliario al igual que la prisión preventiva, garantiza la comparecencia del procesado, y no representa en cambio una grave afectación para la persona que puede resultar inocente del delito que se le imputa, y sin embargo sufrir perjuicios severos al ser internada en los Centros de Rehabilitación Social o de Detención Provisional.

3. *¿Cree usted que para que tenga cumplimiento la excepcionalidad de la prisión preventiva y la aplicación de medidas cautelares alternativas como el arresto domiciliario, es conveniente que sustitución a favor de personas con discapacidad, enfermos catastróficos, mayores de sesenta años, mujeres embarazadas, y parturientas, se aplique en todos los casos?*

Las personas a las que Usted se refiere en la pregunta, se han incorporado en la norma procesal penal como beneficiarios de la sustitución, en razón de que por su condición presentan cierta vulnerabilidad la cual aumentaría y les colocaría en evidente situación de riesgo, si se les interna en los Centros de Detención Provisional, hasta que se decida sobre su responsabilidad y culpabilidad en el delito que se investiga.

4. *¿El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano debe ser reformado en cuanto a los presupuestos de sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, y a la vigencia de esta medida mientras dura la circunstancia que la motiva?*

Es importante lo que usted menciona en la pregunta, pues en otras legislaciones el arresto domiciliario subsiste hasta que está vigente la circunstancia que motivó su aplicación en lugar de la prisión preventiva,

también se consideran otros casos como el que la persona procesada sea madre de personas con discapacidad o niños de muy tierna edad.

SEGUNDA ENTREVISTA REALIZADA A UN ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO EN LA CIUDAD DE ZARUMA

1. ***¿En el proceso penal ecuatoriano, se aplica adecuadamente el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva?***

Yo considero que se ha hecho un uso discriminado de este medio sustitutivo, el cual lamentablemente no beneficia sólo a las personas señaladas en el Código de Procedimiento Penal, la que en muchos casos son relegadas y sometidas a un régimen de prisión preventiva que aumenta su condición de riesgo y vulnerabilidad.

2. ***¿Considera usted que al señalarse en el Código de Procedimiento Penal algunos presupuestos en que no procede la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, se contradicen las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador?***

Hay una contradicción en cuanto se exceptúa la aplicación de la sustitución por arresto domiciliario en algunos delitos, sin considerar el hecho de que este beneficio se instituyó considerando la condición de las personas procesadas, que como mencioné al responder la pregunta son sometidas a una mayor situación de riesgo en el caso de que deban ser objeto de una orden de prisión preventiva.

3. ***¿Cree usted que para que tenga cumplimiento la excepcionalidad de la prisión preventiva y la aplicación de medidas cautelares***

alternativas como el arresto domiciliario, es conveniente que sustitución a favor de personas con discapacidad, enfermos catastróficos, mayores de sesenta años, mujeres embarazadas, y parturientas, se aplique en todos los casos?

Particularmente considero que la sustitución debería beneficiar a las personas que Usted menciona en su pregunta en todos los casos, de esta forma se evitaría que sean sometidas a una mayor situación de riesgo y vulnerabilidad, que es la que caracteriza a los Centros de Rehabilitación en donde se cumple la prisión preventiva.

4. *¿El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano debe ser reformado en cuanto a los presupuestos de sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, y a la vigencia de esta medida mientras dura la circunstancia que la motiva?*

Sería importante la reforma a la normativa que usted señala especialmente por cuanto no se consideran todos los presupuestos en que debería aplicarse la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, tanto para beneficio del procesado como para las personas que dependen de él, especialmente en el caso de que el sujeto pasivo del proceso sea una mujer.

TERCERA ENTREVISTA REALIZADA AL SEÑOR DEFENSOR PÚBLICO UNO DE EL ORO

1. *¿En el proceso penal ecuatoriano, se aplica adecuadamente el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva?*

Hay muchos casos en que se niega la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario habiendo suficiente mérito para ello, sin embargo hay

otras situaciones en las cuales en cambio se aplica la sustitución beneficiando a personas que no están en las circunstancias previstas en el Código de Procedimiento Penal, por lo cual no existe una aplicación adecuada del régimen de sustitución de la prisión preventiva.

2. *¿Considera usted que al señalarse en el Código de Procedimiento Penal algunos presupuestos en que no procede la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, se contradicen las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador?*

Los presupuestos son de que el procesado esté inmerso en cualquiera de los grupos señalados en la disposición pertinente, y que no se trate de las infracciones penales en los que expresamente se exceptúa la aplicación de este beneficio, sin embargo existe contradicción con las normas constitucionales y con principios fundamentales que deben observarse para la aplicación de las medidas cautelares.

3. *¿Cree usted que para que tenga cumplimiento la excepcionalidad de la prisión preventiva y la aplicación de medidas cautelares alternativas como el arresto domiciliario, es conveniente que sustitución a favor de personas con discapacidad, enfermos catastróficos, mayores de sesenta años, mujeres embarazadas, y parturientas, se aplique en todos los casos?*

Yo pienso que sí, pues hay que recordar que la prisión preventiva es una medida cautelar y no una sentencia, entonces bien puede ser reemplazada por el arresto domiciliario en todos los casos en que el procesado se una persona afectada por cualquiera de las circunstancias descritas en el Código de Procedimiento Penal, pues es inminente garantizar la integridad personal de estos individuos, ya que ello no afectaría la inmediación del procesado con el proceso.

4. ***¿El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano debe ser reformado en cuanto a los presupuestos de sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, y a la vigencia de esta medida mientras dura la circunstancia que la motiva?***

Mi opinión es que debe haber una reforma por cuanto la prisión preventiva es una medida que debe caracterizarse por su excepcionalidad, de allí que hay circunstancias en las que el Juez debe considerar detenidamente las condiciones del procesado a objeto de determinar si el mismo debe ser tratado a través del régimen de arresto domiciliario.

CUARTA ENTREVISTA REALIZADA AL SEÑOR FISCAL DE EL ORO

1. ***¿En el proceso penal ecuatoriano, se aplica adecuadamente el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva?***

La sustitución de la prisión preventiva está acorde con los postulados del neoconstitucionalismo vigente en el país por el cual el Estado es plenamente garantista de los derechos de las personas, en ese sentido cuando el Juez de Garantías Penales, considera procedente debe dictar la sustitución de la prisión preventiva por alguna de las medidas contempladas en el Código de Procedimiento Penal, entre ellas el arresto domiciliario.

2. ***¿Considera usted que al señalarse en el Código de Procedimiento Penal algunos presupuestos en que no procede la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, se contradicen las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador?***

Debo decir que en las legislaciones procesales de otros países no se admiten exclusiones como las establecidas en el Código de Procedimiento

Penal ecuatoriano, yo no estoy de acuerdo con los presupuestos establecidos ya que en efecto contradicen normas contempladas en la Constitución de la República.

- 3. *¿Cree usted que para que tenga cumplimiento la excepcionalidad de la prisión preventiva y la aplicación de medidas cautelares alternativas como el arresto domiciliario, es conveniente que sustitución a favor de personas con discapacidad, enfermos catastróficos, mayores de sesenta años, mujeres embarazadas, y parturientas, se aplique en todos los casos?***

Yo pienso que sí, puesto que este beneficio de sustitución se incorpora en razón de la condición del procesado, y en los casos mencionados no tendría objeción, puesto que son circunstancias en las cuales es remota la posibilidad de evasión del procesado.

- 4. *¿El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano debe ser reformado en cuanto a los presupuestos de sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, y a la vigencia de esta medida mientras dura la circunstancia que la motiva?***

La reforma es pertinente en tanto y cuanto se proteja adecuadamente los derechos de las personas que están en condiciones de vulnerabilidad y son sometidas a un proceso penal, especialmente en el caso de las mujeres que son madres y que por diferentes circunstancias de involucran en un proceso.

QUINTA ENTREVISTA REALIZADA AL SEÑOR JUEZ QUINTO DE GARANTÍAS PENALES DE EL ORO

- 1. *¿En el proceso penal ecuatoriano, se aplica adecuadamente el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva?***

Los jueces de garantías penales estamos obligados a aplicar literalmente las normas del Código de Procedimiento Pena, por lo tanto cuando se cumplen

los presupuestos legales establecidos para dictar la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario únicamente se emite la resolución judicial que corresponde.

2. *¿Considera usted que al señalarse en el Código de Procedimiento Penal algunos presupuestos en que no procede la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, se contradicen las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador?*

Yo diría que hay una especie de contradicción por cuanto se hacen excepciones tomando en consideración la infracción que se le imputa al procesado, lo cual no tiene un asidero jurídico, puesto que la prisión preventiva no termina con el estado de inocencia de la persona, entonces bien puede sustituirse la prisión preventiva también en los casos de los delitos en lo que actualmente se señalan como excepción.

3. *¿Cree usted que para que tenga cumplimiento la excepcionalidad de la prisión preventiva y la aplicación de medidas cautelares alternativas como el arresto domiciliario, es conveniente que sustitución a favor de personas con discapacidad, enfermos catastróficos, mayores de sesenta años, mujeres embarazadas, y parturientas, se aplique en todos los casos?*

Definitivamente las personas a las que Usted se refiere en la pregunta son seres humanos, que atraviesan una situación que les hace vulnerables, por lo tanto a objeto de protegerles frente a los riesgos que implica su internamiento, debería aplicarse en todos los casos la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario.

4. *¿El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano debe ser reformado en cuanto a los presupuestos de sustitución de la*

prisión preventiva por arresto domiciliario, y a la vigencia de esta medida mientras dura la circunstancia que la motiva?

Desde mi punto de vista estoy de acuerdo con que se haga la reforma pero que ésta esté orientada a limitar un poco el arresto domiciliario, para que el mismo tenga vigencia mientras subsiste el motivo por el que se aplicó como medida sustitutiva, ya que con esto se haría beneficiarias a las personas que en verdad están atravesando circunstancias que hacen más riesgoso su internamiento en los centros de detención provisional.

COMENTARIO GENERAL A LAS ENTREVISTAS.

Los comentarios que se pueden generar respecto a las opiniones manifestadas por los profesionales del derecho que participaron en calidad de entrevistados son los siguientes.

Las personas entrevistadas coinciden en el hecho de que en la práctica procesal penal ecuatoriana, no existe el cumplimiento adecuado del régimen establecido para la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, en el sentido de que cuando se cumplen los presupuestos legales exigidos para el efecto tal sustitución no se verifica, y en cambio sí es aplicada para beneficiar a algunos procesados que no están inmersos en las circunstancias y situaciones previstas en la norma.

Las personas entrevistadas admiten la existencia de contradicciones entre los presupuestos que se encuentran establecidos en el Código de

Procedimiento Penal, según los cuales no debe darse la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, y los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, respecto a la sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas, y otras normas constitucionales que son inobservadas, al momento de negarse la sustitución.

Al responder la tercera pregunta, son coincidentes los criterios de las personas entrevistadas, en el sentido de que la sustitución de la prisión preventiva a favor de personas que padecen de alguna discapacidad, de enfermedades catastróficas, de mayores de sesenta años o de mujeres embarazadas y parturientas, sean aplicables en todos los casos en que se dicte tal medida cautelar privativa de la libertad, esto es sin consideración al delito por el cual se desarrolla el respectivo procedimiento.

Finalmente es preciso relevar, que como resultado de la cuarta pregunta de la entrevista, se reportan opiniones concordantes de todos los entrevistados, en el sentido de que si es pertinente la reforma al Código de Procedimiento Penal, para que se replanteen los presupuestos de procedencia de la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario y la vigencia de esta medida en relación a la duración de la circunstancia que motivó su aplicación, una vez superada ésta se debe disponer el internamiento en el centro de detención provisional.

7. DISCUSIÓN

Dentro de la discusión de resultados, que se ejecuta en todo proceso investigativo, es pertinente desarrollar la verificación de objetivos y la contrastación de la hipótesis planteada, sin embargo debo puntualizar que por sugerencia del Docente de la Carrera de Derecho, designado para emitir el informe de pertinencia sobre el respectivo proyecto de investigación, en este trabajo se omitió el planteamiento de la hipótesis, por lo que en este apartado procederé únicamente a realizar la verificación de los objetivos que se plantearon.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Los objetivos planteados, para su verificación de acuerdo a los resultados obtenidos en el proceso investigativo, son los siguientes:

OBJETIVO GENERAL.

- ✓ ***Estudiar desde el punto de vista crítico las normas que sobre la sustitución de la prisión preventiva se encuentran establecidas en la legislación ecuatoriana.***

Este objetivo se cumple en la presente investigación porque se ha desarrollado un amplio estudio teórico, desde el punto de vista conceptual,

doctrinario y por supuesto jurídico acerca de la prisión preventiva, como una medida de constante aplicación en el proceso penal ecuatoriano.

De igual forma en el marco jurídico de la revisión de literatura, se ha analizado pormenorizadamente cada una de las normas legales que están establecidas en la Constitución de la República y en el Código de Procedimiento Penal, sobre la prisión preventiva, debiendo indicar que para mayor abundamiento se abordó el análisis de la legislación de otros países, concretando el estudio a las normas que hablan de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ ***Determinar que los presupuestos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, como excepción a la sustitución de la prisión preventiva, contradicen las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador.***

Este objetivo se verifica por el estudio a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal y de la Constitución de la República del Ecuador, en donde se establece que los presupuestos que determina el primero para que proceda la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, contravienen normas constitucionales reconocidas a todas las personas que tienen la calidad de sujeto pasivo del proceso penal, en la Constitución de la República del Ecuador.

Además los resultados obtenidos en la tercera pregunta de la encuesta y la segunda pregunta de la entrevista, permiten observar que la opinión de los profesionales del derecho que participaron en ellas, están de acuerdo con que los presupuestos señalados para la procedencia de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario en el Código de Procedimiento Penal, son contradictorios con algunas garantías establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, que determinan la excepcionalidad de la aplicación de la penas privativas de la libertad.

- ✓ ***Establecer la necesidad de que la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario a favor de personas con discapacidad, enfermos catastróficos, mayores de sesenta años, mujeres embarazadas y parturientas no debe admitir limitaciones.***

Sirve para confirmar este segundo objetivo específico la información obtenida en la tercera pregunta de la entrevista, en donde todos los entrevistados coinciden en la necesidad de que la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, se aplique en todos los casos y sin que se aplique discriminaciones ni limitaciones de ningún tipo.

Hay que recordar además que por sugerencia del Tribunal de Grado, se realizó un nuevo planteamiento en torno a este objetivo, considerando la posibilidad de que se incluyan otros elementos para la sustitución de la

prisión preventiva, como por ejemplo que sea sustituida por el arresto domiciliario cuando la procesada sea madre de un niño menor de cinco años, o de una persona con discapacidad que se encuentre a su completo cuidado.

Es decir que se establece en la investigación de campo desarrollada, que existe la necesidad de reformar el régimen jurídico de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, confirmando las falencias existentes en la legislación actual y la necesidad de que se incorporen correctivos que permitan actuar con justicia al momento de resolver dicha sustitución.

- ✓ ***Plantear una propuesta de reforma jurídica al Código de Procedimiento Penal, respecto a la sustitución de la prisión preventiva.***

Al haberse demostrado la deficiente regulación de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, se confirma la necesidad de que el Código de Procedimiento Penal, sea revisado y reformado.

En la quinta pregunta de la encuesta las personas que participaron en ella aceptan la necesidad de que se realice el planteamiento de una reforma, la cual está orientada de manera específica a la inclusión de nuevos elementos como por ejemplo que se beneficien de la sustitución todas las personas

procesadas, que sean madres de un niño menor de cinco años, o se encuentren al cuidado único de una persona con discapacidad que no pueda valerse por sí misma.

Además de ello se incorporó como elemento principal el determinar que el arresto domiciliario subsistirá hasta que se cumpla los plazos previstos en el Código de Procedimiento Penal, para la caducidad de la prisión preventiva.

8. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que he llegado en el presente trabajo investigativo, son las siguientes:

- ✓ En la Constitución de la República del Ecuador, se determina la excepcionalidad de la prisión preventiva, y se establece que ésta podrá ser sustituida por medidas alternativas, de acuerdo con lo previsto en la Ley.
- ✓ En el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano vigente, se establece en favor del procesado la posibilidad legal de que la medida cautelar personal de la prisión preventiva, sea sustituida por el arresto domiciliario.
- ✓ En la realidad procesal penal ecuatoriana no existe un cumplimiento adecuado de la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, pues ésta no se aplica a todos los casos previstos en la ley, y en otros casos beneficia a personas procesadas que no están comprendidas dentro de las circunstancias que permiten la sustitución.
- ✓ La sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, tiene que sujetarse a los presupuestos que para el efecto están previstos

en el Código de Procedimiento Penal, los cuales resultan contradictorios con las norma establecidas en la Constitución de la República del Ecuador para garantizar los derechos de las personas procesadas.

- ✓ Del análisis teórico y de los resultados de campo que se han obtenido y analizado, se establece la necesidad de que la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario se regule de mejor forma limitando el tiempo de duración de esta medida sustitutiva, a la circunstancia que motivó la misma, una vez superada ésta debe entrar a aplicarse la prisión preventiva.

- ✓ Como resultado de este trabajo, se concluye que es necesario y conveniente plantear una reforma al Código de Procedimiento Penal en el sentido de garantizar que la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, se aplique también en otros presupuestos como el hecho de que la procesada sea madre de un niño menor a cinco años o de una persona afectada por discapacidad que se encuentre bajo su cargo o cuidado.

9. RECOMENDACIONES

Las sugerencias o recomendaciones que puedo plantear en torno a la problemática investigada, son las siguientes:

- ✓ A la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, que en los actuales momentos en que se encuentra debatiendo una reforma penal estructural al ordenamiento jurídico ecuatoriano, se considere la necesidad de garantizar adecuadamente los derechos de las personas procesadas, y que para tal efecto se considere, analice y en lo posible se aplique la reforma que consta en la parte final de este trabajo.
- ✓ A los Jueces de Garantías Penales, en el sentido de que se cumpla con el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar, y en su lugar se dispongan sanciones alternativas, como es el caso del arresto domiciliario, especialmente en los casos en que la persona procesada esté afectada por circunstancias, que significarían un alto riesgo de vulnerabilidad, al ser internadas en los Centros de Detención Provisional.
- ✓ A los Fiscales, con la finalidad de que reflexionen sobre el régimen garantista de los derechos de las personas procesadas que está

vigente en el país, y la excepcionalidad de la prisión preventiva, a objeto de que contribuyan en la sustanciación del proceso a que se dicte las medidas que sean menos restrictivas, con la finalidad de que el proceso penal no se convierta en un medio de venganza, sino de realización de la justicia basada en el respeto de la condición humana de los procesados.

- ✓ A los Abogados en libre ejercicio, a objeto de que en procura de la defensa de los derechos de sus clientes, cuando deban actuar en un proceso penal, soliciten la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, especialmente cuando se trate de personas en situación de vulnerabilidad.

- ✓ Al Gobierno Nacional a objeto de que promueva la realización de certámenes en donde se discuta sobre la aplicación de las medidas alternativas de la prisión preventiva, con la participación de todos los sectores involucrados a objeto de buscar los mecanismos que permitan aplicar estas medidas en beneficio del respeto a los derechos humanos de las personas procesadas y de la consecución de un mejor cumplimiento de los fines del sistema penitenciario ecuatoriano.

- ✓ Al Ministerio del Interior y al Ministerio de Justicia, una sugerencia en el sentido de que coordinadamente se trabaje por la protección de las

personas procesadas afectadas por condiciones de vulnerabilidad como la que se han mencionado en este trabajo investigativo, para que en un acto de respeto a los derechos humanos, se arbitren las medidas necesarias para garantizar que reciban un tratamiento justo, en el caso de ser sometidas a un proceso penal.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

QUE, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 77 establece la excepcionalidad de la privación de la libertad, y determina que se aplicarán medidas alternativas a la prisión preventiva;

QUE, las personas con discapacidad, los enfermos catastróficos, las y los adultos mayores y las mujeres embarazadas, son un grupo de atención prioritaria, por así disponerlo la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 35;

QUE, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 171, establece algunos presupuestos por los cuales no es procedente la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, aunque la persona procesada esté inmersa en una de las circunstancias descritas en el considerando anterior;

QUE, los presupuestos establecidos como excepción para la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, se sustentan más en

razones morales que jurídicas, son discriminatorias y por lo tanto afectan normas establecidas en la Constitución de la República;

QUE, se debe limitar el tiempo de vigencia del arresto domiciliario como medida sustitutiva, a la duración de la circunstancia por la cual se ordenó esta sustitución;

QUE, es necesario efectivizar la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario en todos los casos que el procesado esté afectado por una condición de vulnerabilidad; y

QUE, es deber el Estado ecuatoriano garantizar el respeto y la vigencia de los derechos constitucionales de las personas;

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, resuelve expedir la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO

“Art. 1.- Agréguese luego del inciso cuarto del artículo 171, los incisos siguientes:

“La sustitución de la que habla el inciso anterior será aplicada en favor de la persona procesada que sea madre de una niña o niño menor de cinco años

de edad, o de una persona con discapacidad que se encuentre bajo su cargo o cuidado absoluto.

En caso de que desaparezcan las circunstancias establecidas en este artículo, por las que se aplica el arresto domiciliario como medida cautelar sustitutiva, el Juez de Garantías Penales, dispondrá de inmediato la prisión preventiva del procesado”.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA: Todas las normas legales que en su contenido se opongan a la presente Ley Reformatoria, quedan sin efecto.

DISPOSICIÓN FINAL: Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los días, del mes de, del año

f). Presidente

f). Secretario

10. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ ARANGO DE MUÑOZ, Virginia, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Varitec S.A., Ciudad de Panamá-Panamá, 2001.
- ✓ ARIZMENDI, José Rómulo, Los Derechos de las Personas con Discapacidad, Editorial Porrúa S.A., México-DF, 2009.
- ✓ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001.
- ✓ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2000.
- ✓ CASTILLO DEL VALLE, Alberto, Garantías Constitucionales en Material Penal, Editorial Oxford, México D.F., 2009.
- ✓ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.
- ✓ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.
- ✓ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México D.F., 2005.
- ✓ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL, Tomo 1, Editorial, Ediciones Castell, Madrid-España, 1985.

- ✓ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN, Editorial Diagonal Santillana, Tomo II, Madrid-España, 2001.
- ✓ Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2011. © 1993-2011 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
- ✓ FERRERIRA Miguel, La Construcción Social de la Discapacidad, Hábitos, Estereotipos y Exclusión Social, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Editorial Universidad Complutense, Madrid-España, 2008.
- ✓ FONTÁN BALESTRA Carlos, Delitos sexuales, Editorial Arayú, Nueva Edición, Buenos Aires-Argentina, 2003.
- ✓ GARCÍA FALCONÍ, José. El juicio por delito de peculado, Edit., Pudeleco, Quito, 1997.
- ✓ GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1998.
- ✓ GOMEZ, María Mercedes, Los Usos Jerárquicos y Excluyentes de la Violencia, Editorial Porrúa S.A., México, D.F., 2008.
- ✓ <http://es.thefreedictionary.com/sustituir>
- ✓ <http://es.wikipedia.org/wiki/Embarazo>
- ✓ <http://es.wikipedia.org/wiki/Parto>

- ✓ http://www.csjn.gov.ar/cmfcod_procesal_penal.html
- ✓ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/1500019999/16546/t>
- ✓ <http://www.misrespuestas.com/que-es-el-adulto-mayor.html>
- ✓ <http://www.msp.gob.ec/index.php/Programa-de-enfermedades-catastrales-datos-generales.html>
- ✓ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004.html
- ✓ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman. Manual de Derecho Administrativo, Edit., Facultad de Jurisprudencia, UNL, Loja, 1993.
- ✓ LARREA HOLGUÍN, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil de Ecuador, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2001.
- ✓ MACHUCA FUENTES Carlos, El Arresto Domiciliario como Medida Alternativa al a Prisión: El Caso Peruano, Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2009.
- ✓ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, Tomo III, De los Delitos en Particular, Edit., Edigraf, México, 1976.
- ✓ MOLINA ESCOBEDO, Edilberto, La Naturaleza Jurídica del Arresto Domiciliario, Editorial Porrúa, S.A., México D.F., 2001.

- ✓ MORENO Juan Ismael, Faltas Disciplinarias, Delitos Contra la Administración Pública y Acoso Laboral, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2010.
- ✓ PÉREZ SÁENZ Juan, Sistema Procesal Penal y Penitenciario, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2008.
- ✓ SAN MARTÍN, Nelson, El Delito Sexual desde la Ginecología, Editorial McPearson, New York – Estados Unidos, 2004.
- ✓ SIMONIN, Carlos, Medicina Legal Judicial, Edit. Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1988.
- ✓ www.justiciaviva.org.pe/nuevos/cpp-dec957.pdf

11. ANEXOS

ANEXO No. 1

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN



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

**“REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A
LA PRISIÓN PREVENTIVA CONTENIDAS EN EL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
ECUATORIANO”**

PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA:

María Esther Ochoa Oyola

Loja – Ecuador
2011

1. TEMA:

“REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO”

2. PROBLEMÁTICA:

El artículo 171 del Código de Procedimiento Penal vigente, determina, que la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, procederá cuando el procesado sea una persona con discapacidad mayor al cincuenta por ciento, padezca de enfermedad catastrófica, o tenga más de sesenta años, o sea una mujer embarazada o parturienta. Sin embargo establece una excepción en el sentido de que la sustitución no procederá cuando se trate de delitos contra la administración pública, de aquellos que hayan causado la muerte de una o más personas, de delitos sexuales o de odio, de los sancionados con penas de reclusión, o cuando el procesado sea reincidente.

Es decir que en los delitos mencionados en el párrafo anterior, no es procedente la sustitución de la prisión preventiva, aún cuando las personas pertenezcan a los grupos vulnerables allí mencionados. Esta disposición de orden procesal, contradice de manera evidente las normas constitucionales que imponen a las juezas y jueces el deber de disponer medidas alternativas a la prisión preventiva, provocando la vulneración de

derechos como la presunción de inocencia, puesto que se puede acusar al procesado del cometimiento de uno de los delitos antes mencionados, sin que por esto tenga derecho a la sustitución de la prisión preventiva, aún cuando en lo posterior se demuestre su absoluta inocencia respecto al procedimiento que se le acusa.

Además, de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, la sustitución de la prisión preventiva, procede sin considerar la infracción por la cual se persigue al procesado, criterio con el que concuerdo puesto que no se puede afectar el derecho a que la medida cautelar privativa de la libertad, sea sustituida por otras que de igual forma aseguren la comparecencia del procesado, sin perjudicar su derecho a la libertad, especialmente cuando el procesado se encuentra en situaciones que deben ser consideradas de riesgo.

3. JUSTIFICACIÓN:

La realización del presente trabajo investigativo, se justifica desde diferentes puntos de vista entre los cuales es preciso destacar los siguientes:

EN LO SOCIAL: La investigación se justifica por cuanto la realidad procesal penal y penitenciaria ecuatoriana, permiten determinar que existe un uso indiscriminado de la prisión preventiva, como medida cautelar de orden personal, es decir que las Juezas y Jueces de Garantías Penales, hacen uso

de la misma sin considerar reflexivamente el cumplimiento de los requisitos legales para el efecto. Por lo tanto es necesario precautelar los derechos que tienen las personas con discapacidad, enfermas catastróficas, mayores de sesenta años de edad, mujeres embarazadas o parturientes, a que se considere la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por el arresto domiciliario, medida ésta que siendo eficientemente coordinada con los miembros de la Policía Nacional y con la Fiscalía, de igual forma asegura la inmediación del procesado con el proceso. La justificación social está en el hecho, de que a través de este trabajo se protegerá los derechos fundamentales que las personas antes mencionadas tienen en el caso de ser sometidas a un proceso penal.

EN LO JURÍDICO: Desde este punto de vista, la ejecución del trabajo se justifica en el hecho de que en su desarrollo se hará un análisis pormenorizado de las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Jurídicos, Declaraciones y Convenciones Internacionales suscritos por el Estado ecuatoriano que tienen relación con el problema investigado, y el Código de Procedimiento Penal.

Por lo tanto se presentará un trabajo investigativo, de mucho interés que podrá ser empleado como fuente de consulta tanto por estudiantes de la Carrera de Derecho como por profesionales que se encuentran ya en el libre ejercicio.

EN LO ACADÉMICO: Desde esta perspectiva la realización del trabajo se justifica por cuanto la temática escogida se enmarca tanto dentro del

Derecho Constitucional como del Derecho Procesal Penal. Además de las razones anteriores es importante señalar dentro de esta justificación que el tema escogido es absolutamente actual, por cuanto la prisión preventiva es un asunto sobre el cual se está discutiendo ampliamente en el Ecuador, y de igual forma es original ya que para su planteamiento se ha recurrido únicamente a la revisión de las leyes pertinentes.

4. OBJETIVOS:

Los objetivos que se van a verificar a través del desarrollo de esta investigación son los siguientes:

4.1. OBJETIVO GENERAL.

- ✓ Estudiar desde el punto de vista crítico las normas que sobre la sustitución de la prisión preventiva se encuentran establecidas en la legislación ecuatoriana.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ Determinar que los presupuestos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, como excepción a la sustitución de la prisión preventiva, contradicen las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador.
- ✓ Establecer la necesidad de que la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario a favor de personas con discapacidad,

enfermos catastróficos, mayores de sesenta años, mujeres embarazadas y parturientas no debe admitir limitaciones.

- ✓ Plantear una propuesta de reforma jurídica al Código de Procedimiento Penal, respecto a la sustitución de la prisión preventiva.

5. MARCO TEÓRICO:

La prisión preventiva, como medida cautelar de orden personal, afecta del derecho a la libertad de las personas por lo que es conveniente empezar analizando en que consiste esta garantía jurídica.

Respecto a la etimología de la palabra libertad, en el Diccionario Enciclopédico Castell, encontramos la siguiente referencia: “En su raíz etimológica, el vocablo latino libertas (al igual que el griego eleuthería), significaba simplemente la condición del hombre no sujeto a esclavitud”⁵⁷.

Es decir de acuerdo con su derivación etimológica más antigua la libertad es aquella cualidad del hombre no sometido a ser esclavo.

Hay muchas formas de apreciar a la libertad, que puede ser desde un punto de vista jurídico y natural; el Diccionario Jurídico Omeba la define en el sentido de la filosofía del espíritu, “dase el nombre de libertad al estado

⁵⁷ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL, Ediciones Castell, Madrid-España, 1999, Tomo 5, pág. 1273.

existencial del hombre en el cual este es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior, opónese así este concepto al de determinismo causal que en la medida en que implica forzosidad, es y constituye una limitación a la posibilidad de obrar”⁵⁸.

La existencia de la libertad es un hecho de experiencia inmediata y universal en la vida humana; un hecho que es a la vez un fundamento de la existencia interna como de la coexistencia social del hombre. Y si la coexistencia social implica la vigencia de uno o mas sistemas normativos, resulta que el hombre es libre en tanto posee una inteligencia capaz de comprender el sentido normativo de sus actos y una voluntad capaz de decidir la realización de estos.

La libertad es un bien inestimable, y el primero de todos los bienes, todas las criaturas la aman y desean naturalmente; pero más los hombres.

La importancia de la libertad es de tal magnitud que ésta ha sido garantizada como uno de los derechos fundamentales de los seres humanos, en todos los ordenamientos jurídicos del mundo. En el caso del Ecuador, la Constitución de la República, garantiza a la libertad como un derecho de las personas, cuando en su artículo 66, numeral 29 señala:

“Los derechos de libertad también incluyen:

⁵⁸ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina. Pág. 475

- a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.
- b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.
- c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.
- d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley⁵⁹.

De los referentes doctrinarios y jurídicos anteriores se puede establecer que la libertad es un derecho trascendental de las personas, cuyo ejercicio sólo puede ser limitado por existir en contra de su titular una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad, o en su defecto por haber recaído sobre él, en calidad de procesado, la medida cautelar personal de la prisión preventiva.

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

⁵⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 68.

Para decretar la prisión provisional será necesario que concurren los presupuestos previstos en la ley⁶⁰. De acuerdo con este concepto la prisión preventiva es una privación de libertad de la persona encausada en un proceso durante la tramitación de éste, el tiempo de prisión preventiva se enmarcará dentro de los plazos señalados en las normas pertinentes. De igual forma será necesario que la decisión judicial que dispone la prisión preventiva de la persona acusada se enmarque dentro de los presupuestos legales, que justifican la adopción de esta medida cautelar personal.

Sobre la prisión preventiva, en relación con el tema objeto de este trabajo, en la Constitución de la República del Ecuador, se encuentran establecidas las siguientes disposiciones:

El numeral 7 del artículo 38 de la Constitución de la República, establece que una de las medidas que deberá tomar el Estado ecuatoriano a favor de las personas adultas mayores, será la siguiente: “Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de la libertad. En todo caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirá su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario”⁶¹.

⁶⁰ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid-España, 2001, pág. 1170.

⁶¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 28.

De acuerdo con la parte final de la norma legal citada, en todos los casos en que se dicte prisión preventiva en contra de una persona adulta mayor, se deberá aplicar el arresto domiciliario.

Así mismo la Constitución de la República, establece en su artículo 77, numeral 11, como una de las garantías básicas para la privación de la libertad de las personas, la siguiente:

“La juez o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora, y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada”⁶².

De acuerdo con la norma anterior la Jueza o Juez de Garantías Penales, están obligados a la aplicación prioritaria de sanciones alternativas a la privación de la libertad, las cuales se aplicarán considerando, entre otras característica la personalidad de la persona infractora.

Por su parte el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, en vigencia, en el inciso según del artículo 171, respecto a la sustitución de la prisión preventiva dice lo siguiente: “Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas,

⁶² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 54

de delitos sexuales o de odio, de los sancionados con penas de reclusión y cuando exista reincidencia, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario, en los casos en que la persona procesada tenga una discapacidad mayor al cincuenta por ciento certificada por el CONADIS, padezca de enfermedad catastrófica, sea mayor de sesenta años de edad, o una mujer embarazada o parturienta y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran del cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen”⁶³.

De acuerdo con la disposición procesal citada, procede la sustitución de la prisión preventiva por la medida alternativa del arresto domiciliario, siempre que no se trate de delitos en contra de la administración pública, de aquellos en que haya resultado la muerte de una o más personas, de los sexuales o de odio, y de aquellos sancionados con reclusión, así como en los casos de que las personas sean reincidentes.

Quienes pueden beneficiarse de la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, son las personas que tengan una discapacidad mayor al cincuenta por ciento, las que padezcan enfermedades catastróficas, las mayores de sesenta años de edad, las mujeres embarazadas o parturientas.

Respecto a la norma procesal en referencia personalmente planteo algunos reparos. Primero en el sentido de las infracciones que se señala como excepción a la aplicación de la sustitución, es decir a los delitos contra la

⁶³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, pág. 52.

administración, las conductas que ocasionen la muerte de una persona, los delitos sexuales, de odio, los sancionados con reclusión mayor y la reincidencia. No creo que ésta excepción tenga razón de ser, pues la presunción de inocencia es un derecho universal, y el que se acuse al procesado por el cometimiento de estos ilícitos no significa que tengan responsabilidad en su cometimiento, de igual forma existe el derecho a la igualdad ante la ley por el cual todas las personas deben recibir el mismo tratamiento, cuando tienen la calidad de sujetos procesales.

Además, no hay razón para no sustituir la prisión preventiva en los delitos señalados, pues el arresto domiciliario, si es aplicado de manera responsable, garantiza también la inmediación del procesado y su comparecencia al proceso.

La sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, debe darse desde mi punto de vista en todos los casos en que la persona procesada, se enmarque dentro de los presupuestos establecidos en el artículo que comentamos es decir que: sea una persona con discapacidad, que padezca una enfermedad catastrófica, que sea mayor de sesenta años de edad, mujer embarazada o parturienta.

Digo lo anterior, porque considero que la personalidad de los procesados en esos casos, está afectada por circunstancias, que provocan que el internamiento que significa la privación preventiva constituya un altísimo riesgo para su integridad personal, e incluso para las de las demás personas

en el caso de que el procesado esté afectado por enfermedades catastróficas.

Hay que notar que las personas a las que se refiere el artículo en cuestión forman parte de los grupos vulnerables de la sociedad ecuatoriana, y por lo mismo deben ser protegidos de manera preferente también en el caso en que estén siendo procesados penalmente.

La sustitución de la prisión preventiva es un mecanismo para procurar el respeto a la integridad de las personas en situación de vulneración, por lo tanto el limitar su aplicación a ciertos delitos constituye un aspecto que contradice normas constitucionales y principios elementales de la aplicación de la justicia penal, por lo tanto el precepto procesal citado y comentado debería ser corregido de modo que la sustitución opere en todos los casos en que las personas procesadas estén afectadas por una de las condiciones de vulnerabilidad antes mencionadas, siendo éste justamente el propósito que pretendo cumplir en esta investigación.

6. METODOLOGÍA:

6.1. MÉTODOS:

En el proceso de investigación se aplicará el **método científico**, por lo que se parte del planteamiento de algunos objetivos, en el afán de orientar el camino a seguir para el desarrollo de la investigación sociojurídica propuesta, partiendo de ello se procederá al análisis de la de la

problemática, para luego verificar si se cumplen dichos objetivos, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

De igual manera se empleará el **método inductivo deductivo**, para estudiar el problema desde sus aspectos particulares, y a partir de allí poder llegar a concreciones generales sobre la relación del mismo con la legislación ecuatoriana y con la realidad que se vive en la sociedad ecuatoriana.

El **método bibliográfico**, será empleado para la recopilación de los referentes de orden doctrinario, a tal efecto se acudirá a citar y analizar las opiniones que han pronunciado los tratadistas del derecho procesal penal nacional e internacional, respecto a la temática analizada, para luego concretar las opiniones que como autora del trabajo, mantengo respecto de cada uno de los conceptos estudiados.

El **método comparativo**, se empleará para el análisis y revisión de las normas contenidas en las legislaciones de otros países, tratando con ello de elaborar un estudio sobre el derecho comparado, en relación con el tema de investigación.

Otro método que será utilizado en el desarrollo del trabajo es el **método analítico sintético**, que se empleará tanto en la construcción del discurso teórico de la investigación, para analizar y sintetizar las opiniones de los

diferentes tratadistas, como también para desarrollar el análisis y las síntesis de los criterios que se obtengan en la investigación de campo.

6.2. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS:

Se emplearán los procedimientos de observación, análisis y síntesis de acuerdo con las características de la investigación jurídica propuesta, además se utilizarán técnicas de acopio como el fichaje bibliográfico, y las técnicas de acopio empírico como la encuesta y la entrevista. La encuesta se aplicará a un número de veinte personas, y la entrevista a un número de cinco, en ambas se aplicará cuestionarios derivados de las hipótesis, este trabajo se realizará de manera directa recurriendo especialmente a personas conocedoras de la problemática.

Los resultados obtenidos de la investigación empírica serán presentados en tablas, y con representaciones gráficas. De estos datos se hará el correspondiente análisis con las deducciones necesarias que servirá para la verificación de los objetivos, así como para arribar a conclusiones y recomendaciones.

Finalmente se concretará la correspondiente propuesta jurídica de Reforma al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.

7. CRONOGRAMA DE TRABAJO:

| TIEMPO DE EJECUCIÓN | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---------------------|--|------|---|---|---|-------|---|---|---|-------|---|---|---|--------|---|---|---|
| AÑO: | | 2011 | | | | | | | | | | | | | | | |
| MESES: | | MAYO | | | | JUNIO | | | | JULIO | | | | AGOSTO | | | |
| SEMANAS: | | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 | 1 | 2 | 3 | 4 |
| ACTIVIDADES | Selección y definición del problema objeto de estudio | X | X | | | | | | | | | | | | | | |
| | Problematización | | | X | X | | | | | | | | | | | | |
| | Presentación del proyecto de investigación | | | | | X | | | | | | | | | | | |
| | Investigación bibliográfica | | | | | | X | X | | | | | | | | | |
| | Investigación empírica | | | | | | | | X | X | | | | | | | |
| | Organización de la investigación de campo y confrontación de objetivos a hipótesis | | | | | | | | | | | X | X | | | | |
| | Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta | | | | | | | | | | | | | X | | | |
| | Elaboración del Informe Final | | | | | | | | | | | | | | X | X | |
| | Sesión Reservada | | | | | | | | | | | | | | | | X |
| | Sustentación Pública | | | | | | | | | | | | | | | | X |

8. PRESUPUESTO:

La inversión económica que demanda la realización de este trabajo asciende a la suma de MIL QUINIENTOS DÓLARES AMERICANOS, conforme al siguiente detalle:

| RUBRO | COSTO APROX. |
|--|---------------------|
| | \$ |
| - Bibliografía (libros y revistas jurídicas) | 450.00 |
| - Material de oficina (computadora, calculadora) | 500.00 |
| - Material de Escritorio (papel, esferográficos, engrapadoras, perforadoras, etc.) | 50.00 |
| - Internet | 50.00 |
| - Imprevistos | 150.00 |
| - Movilización y hospedaje | 300.00 |
| TOTAL: | 1500.00 |

FINANCIAMIENTO

Los gastos que se detallan anteriormente serán financiados con recursos propios de la autora.

9. BIBLIOGRAFÍA:

1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.
2. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.
3. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid-España, 2001.
4. FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal, Editorial Labor, Barcelona-España, 1982.
5. GUERRERO VIVANCO WALTER, Derecho Procesal Penal, Edit. Pudeleco S.A., Quito-Ecuador, 1996.
6. GUERRERO VIVANCO, Walter, Los Sistemas Procesales Penales, Primera Edición, Edit. Pudeleco, Quito-Ecuador, 2001.
7. LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal I, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2000.
8. PIETRO CASTRO L., Derecho Procesal Penal, Edit. Tecnos S.A., Madrid-España, 1997.
9. RUBIANES, Carlos, Manual de derecho Procesal Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1981.

10. TORREZ, Chávez, Efraín, Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal, Edit. Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador, 1999.
11. VACA ANDRADE Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo 2, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010.
12. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, El Proceso Penal Ecuatoriano, Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil-Ecuador, 2001.
13. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Edino,Guayaquil-Ecuador, 2005.

.....
.....

4. ¿Cree usted que debería quedar insubsistente el arresto domiciliario y aplicarse la prisión preventiva en el caso de que desaparezcan los motivos que determinaron la sustitución de esta medida cautelar personal?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....

5. ¿Debería realizarse una reforma al Código de Procedimiento Penal, incorporando nuevos elementos para la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, como el caso de que la procesada sea madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad que se encuentre a su cargo?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO No. 3

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

ENTREVISTA A PROFESIONALES QUE CONOCEN DE LA TEMÁTICA INVESTIGADA

Señor Abogado:

Con la finalidad de obtener mi Título de Abogada, me encuentro desarrollando el trabajo investigativo, con el Título: **“REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO”**, por lo que acudo a Usted, con la finalidad de solicitarle que responda a las preguntas formuladas, la información que consigne es de mucha importancia, por lo que me anticipo en agradecer su gentil respuesta.

CUESTIONARIO:

1. ¿En el proceso penal ecuatoriano, se aplica adecuadamente el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva?
.....
.....
.....
.....
2. ¿Considera usted que al señalarse en el Código de Procedimiento Penal algunos presupuestos en que no procede la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, se contradicen las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador?
.....
.....
.....
.....
3. ¿Cree usted que para que tenga cumplimiento la excepcionalidad de la prisión preventiva y la aplicación de medidas cautelares alternativas como el arresto domiciliario, es conveniente que se aplique la sustitución a favor de personas con discapacidad, enfermos catastróficos, mayores de sesenta años, mujeres embarazadas y parturientas, se aplique en todos los casos?

.....
.....
.....
.....

- 4. ¿El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano debe ser reformado en cuanto a los presupuestos de sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, y a la vigencia de esta medida mientras dura la circunstancia que la motiva?

.....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

| | |
|---|--------------|
| Certificación | II |
| Autoría | III |
| Agradecimiento | IV |
| Dedicatoria | V |
| SUMARIO DE TESIS | VI |
| 1. TÍTULO | 1 |
| 2. RESUMEN | 2 |
| 2.1. ABSTRACT | 4 |
| 3. INTRODUCCIÓN | 6 |
| 4. REVISIÓN DE LITERATURA | 10 |
| 4.1. MARCO CONCEPTUAL | 10 |
| 4.1.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA | 10 |
| 4.1.2. EL ARRESTO DOMICILIARIO | 12 |
| 4.1.3. PERSONAS QUE PUEDEN ACOGERSE AL BENEFICIO DE SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR ARRESTO DOMICILIARIO | 15 |
| 4.1.3.1. Las Personas con Discapacidad | 16 |
| 4.1.3.2. Las Personas que Padecen Enfermedades Catastróficas . | 19 |
| 4.1.3.3. Las Personas Mayores de Sesenta Años | 22 |
| 4.1.3.4. La Mujer Embaraza o Parturienta | 26 |
| 4.1.4. DELITOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR EL ARRESTO DOMICILIARIO | 29 |

| | |
|---|------------|
| 4.1.4.1. Delitos contra la Administración Pública | 30 |
| 4.1.4.2. Delitos que causan la Muerte de la Persona | 40 |
| 4.1.4.3. Delitos Sexuales | 46 |
| 4.1.4.4. Delitos de Odio | 48 |
| 4.1.4.5. Delitos Sancionados con Reclusión | 50 |
| 4.1.4.6. Cuando exista Reincidencia del Procesado | 52 |
| 4.2. MARCO DOCTRINARIO | 54 |
| 4.2.1. LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA | 54 |
| 4.2.2. ANÁLISIS ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN EL ECUADOR | 57 |
| 4.3. MARCO JURÍDICO | 61 |
| 4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR | 61 |
| 4.3.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL | 64 |
| 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA | 72 |
| 5. MATERIALES Y MÉTODOS | 81 |
| 5.2. MÉTODOS | 81 |
| 5.3. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS | 82 |
| 6. RESULTADOS | 84 |
| 6.1. APLICACIÓN DE LA ENCUESTA | 84 |
| 6.2. APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA | 95 |
| 7. DISCUSIÓN | 105 |
| 7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS | 105 |
| 8. CONCLUSIONES | 110 |
| 9. RECOMENDACIONES | 112 |
| 9.1. PROPUESTA JURÍDICA | 115 |

| | |
|-------------------------------|------------|
| 10. BIBLIOGRAFÍA | 118 |
| 11. ANEXOS | 122 |
| ÍNDICE | 145 |