

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

TÍTULO

“PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE
PRESENTACIÓN PERIÓDICA ANTE EL JUEZ, COMO MEDIDA
SUSTITUTIVA DE LA PRISION PREVENTIVA”

AUTOR

Francisco Díaz Enríquez

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutierrez

LOJA-ECUADOR

2013

CERTIFICACION

Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutierrez

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO MODALIDAD DE ESTUDIOS A
DISTANCIA DE LA U.N.L.

CERTIFICA:

Haber revisado en forma prolija y rigurosa la tesis titulada: “**PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA OBLIGACION DE PRESENTACION PERIODICA ANTE EL JUEZ, COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PRISION PREVENTIVA**”, de autoría de Francisco Díaz Enríquez. Trabajo que reúne los requisitos legales y académicos por lo cual autorizo su presentación.

Loja, diciembre del 2013



Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutierrez

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Francisco Díaz Enríquez, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

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

AUTOR: Francisco Díaz Enríquez

FIRMA:



CÉDULA: 1706770599

FECHA: Loja, Diciembre del 2013

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

Yo, Francisco Díaz Enríquez declaro ser autor de la Tesis titulada: “**PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN PERIÓDICA ANTE EL JUEZ, COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PRISION PREVENTIVA**” Como requisito para optar al Grado de: **ABOGADO**, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 03 días del mes de Diciembre del dos mil trece,

FIRMA:

AUTOR: Francisco Díaz Enríquez

CÉDULA: 1706770599

DIRECCIÓN: Autopista Rumiñahui casa 29

CORREO ELECTRÓNICO:

TELÉFONO: 22320141

CÉLULAR: 0997784368

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Ricardo Andrade Ureña

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Mario Alfonzo Guerrero González (Presidente)

Dra. Mg. Mario Sánchez Armijos (Vocal)

Dra. Mg. Guido González Fárez (Vocal)

DEDICATORIA

Este trabajo va dedicado a mi familia por su apoyo y comprensión incondicional entregado a quienes hemos puesto dedicación para elaborar esta propuesta académica que ha demandado tiempo y recursos económicos encaminados a nuestro interés, para alcanzar una profesión digna y maravilloso como es la de ser abogado de la república.

A la Universidad Nacional de Loja, que significa para mí, el permanente esfuerzo de nuestro peregrinaje por sus filas, puliendo cual metal precioso el pensamiento prospectivo del buen vivir social y conciencia ciudadana puesto al servicio de los más caros intereses de la patria.

FRANCISCO DIAZ ENRIQUEZ

AGRADECIMIENTO

Como persona creyente quisiera agradecer a Dios, por haberme acompañado durante estos seis años de estudio, permitiéndome a esta parte importante de mi carrera. En esta última etapa aborde la parte del derecho.

Presento un profundo, ostensible y singular agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, Instituto desde donde afirmo mi sueño de llegar a ser profesional convencido, porque esta ha sabido poner a nuestro alcance un cúmulo de conocimientos, con creatividad y talento, contribuyendo así en mi perfeccionamiento.

A mi familia que me dio aliento para seguir adelante en esta nada fácil, tarea de estudiar a distancia.

Al Doctor Ricardo Andrade, catedrático universitario que sin interés más allá de la amistad de un docente y su don profesional, ha contribuido en la construcción de este trabajo de tesis.

FRANCISCO DIAZ ENRIQUEZ

ESQUEMA DE CONTENIDOS

CERTIFICACION

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ESQUEMA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
- 2.1. ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISION DE LITERATURA
- 4.1. MARCO CONCEPTUAL
- 4.1.1. El Derecho Procesal Penal.-
- 4.1.2. Los delitos.
- 4.1.3. Responsabilidad Penal.
- 4.1.4. Medidas Cautelares.
- 4.1.5. Debido Proceso.
- 4.1.6. Seguridad Jurídica.
- 4.2. MARCO DOCTRINARIO
- 4.2.1. Análisis acerca de los delitos.
- 4.2.2. La responsabilidad.
- 4.2.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad.-
- 4.2.2.2. Clases de responsabilidad
- 4.2.2.2.1. La responsabilidad subjetiva:
- 4.2.2.2.2. Responsabilidad objetiva.
- 4.2.2.3. La responsabilidad penal.
- 4.2.2.4. Imputabilidad de la responsabilidad.
- 4.2.2.5. Grados de responsabilidad penal.
- 4.2.3. Los Sistemas Procesales.
- 4.2.4. El Procedimiento Penal Vigente en el Ecuador.
- 4.2.5. Evolución histórica de la pena privativa de libertad.
- 4.3. MARCO JURIDICO

- 4.3.1. Normas constitucionales que permitirían establecer responsabilidad penal en las personas.-
 - 4.3.2. Análisis del Capítulo II Título III Libro I del Código Penal.
 - 4.3.3. Etapas del proceso penal.
 - 4.3.4. Aplicabilidad de las medidas cautelares según la normativa penal y procesal penal.
 - 4.3.5. Análisis del Código de Procedimiento Penal
 - 4.3.5.1. Circunstancias objetivas y subjetivas al dictar prisión preventiva:
 - 4.3.5.2. Motivación para dictar la prisión preventiva
 - 4.3.5.3. Procedimiento y efectos de la prisión preventiva.
 - 4.3.6. Medidas sustitutivas a la prisión preventiva.
 - 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.
 - 5. METODOLOGIA
 - 5.1. METODOS
 - 5.2. TECNICAS
 - 6. RESULTADOS
 - 6.1. ANALISIS DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA
 - 6.2. Resultados de las entrevistas aplicadas.
 - 6.3. Estudio de casos
 - 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS
 - 7.1.1. OBJETIVO GENERAL.
 - 7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-
 - 7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS
 - 7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL
 - 8. CONCLUSIONES
 - 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA
 - 10. BIBLIOGRAFÍA
 - 11. ANEXOS
- PROYECTO DE TESIS
- INDICE

1. TÍTULO

**“PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE
PRESENTACIÓN PERIÓDICA ANTE EL JUEZ, COMO MEDIDA
SUSTITUTIVA DE LA PRISION PREVENTIVA”**

2. RESUMEN

La presente Tesis denominada “Problemas en la aplicación de la obligación de presentación periódica ante el Juez, como medida sustitutiva de la prisión preventiva”, tiene como objeto establecer, si la prisión preventiva, realmente cumple con su rol, esto es ser una medida cautelar, o si por el contrario, ha existido o existe excesos en su aplicación, llegando a determinar por lo tanto, que la prisión preventiva no debe constituir la regla general como expresamente se determina ya que se trataría de un acto arbitrario e injusto el privar la libertad en forma desproporcionada respecto de la pena que correspondería al delito del imputado a quienes cuya responsabilidad no ha sido todavía probada, esto sería una anticipación de la pena totalmente contraria a los principios elementales del Estado Constitucional y de los Derechos Humanos.

La elaboración de la presente tesis es un tema de actualidad, cuyo análisis es de trascendencia social y requiere modificación del contexto normativo, especialmente de las disposiciones que sobre competencia de Jueces y Tribunales Penales, Prisión Preventiva y Medidas Alternativas a ella contiene el Código de Procedimiento Penal en vigencia, así como el Código Orgánico de la Función Judicial.

Es indispensable desentrañar las razones jurídicas incluida la presión mediática y social por las que, sin discriminación, algunos Jueces de Garantías penales continúan disponiendo indiscriminadamente la prisión preventiva, privando a los procesados del derecho a defenderse en libertad y convirtiendo a las medidas sustitutivas de la prisión preventiva en meras posibilidades escritas y no aplicadas, el tema es de absoluta trascendencia ya que evidencia la carencia de norma procesal para un tema específico,

que está determinando inseguridad jurídica, y pretende generar una propuesta concreta de solución.

Su estudio nos permite introducirnos en la temática desarrollada sobre el tema “Problemas en la aplicación de la obligación de presentación ante el juez, como medida sustitutiva de la prisión preventiva” con los problemas que se desarrollan en su entorno para sustentar con realidades, la hipótesis y los objetivos que se desean alcanzar a la finalización del presente esfuerzo académico.

Como parte de la revisión de literatura, en lo que respecta al Marco Conceptual, Marco Doctrinario, Marco Jurídico y Derecho Comparado, se ha tomado a consideración conceptos doctrinarios que pasando por la historia sus orígenes, evolución y erudición, guardan una amplia relación jurídica con el tema, constituyéndose la legislación comparada, en uno de los principales sustentos jurídicos para las conclusiones, recomendaciones y propuesta del trabajo. Para ello se ha tomado de referencia a autores nacionales de libros en jurisprudencia, Códigos, Derecho Comparado, así como, de grandes jurisconsultos extranjeros que nos dan la pauta para presentar una propuesta objetiva.

Los Resultados, del trabajo provienen de la investigación de campo y reflejan una realidad que deberá ser considerada desde los puntos de vista éticos, morales y legales.

Las preguntas planteadas en la encuesta, se derivan de las variables planteadas en los objetivos, la hipótesis y los problemas, en estas se sintetizan el pensamiento o sentir de

los actores consultados, con la realidad actual de la actitud de las personas frente a la normativa legal.

En las Conclusiones, daremos a conocer un resumen real de todo el trabajo con los resultados obtenidos de la tabulación de las preguntas planteadas en la encuesta y los conocimientos adquiridos de los marcos conceptuales y teóricos.

El producto del trabajo será puesto a consideración para el bien de los actores y de la sociedad que exigen cambios urgentes y una clara aplicación de la llamada Justicia Social.

Al final planteamos una propuesta jurídica de reforma a la norma vigente que la consideramos viable y que está encaminada a dar una solución a la problemática jurídica planteada, instruyendo a los operadores de justicia sobre la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, no se cumplirá dicho objetivo y se habrá cambiado todo para que nada cambie.

2.1. ABSTRACT

This is entitled "Problems in the application of the requirement of regular reporting to the judge, as an alternative to preventive detention", is to establish whether there and, really fills its role, it is to be a precautionary measure as, on the contrary, there has been excessive or their application, reaching determine there for that preventive detention should not be the general rule and as expressly determines that it would be an arbitrary and unjust to deprive the freedom disproportionately on sentence that correspond to the charged offense to those whose responsibility has not yet been proven, this would be an anticipation of the penalty completely contrary to the elementary principles of the Constitutional and Human Rights.

The preparation of this thesis is a current issue, whose analysis is of social importance and requires modification of the regulatory context, especially the competition provisions of Judges and Criminal Courts, Pretrial Detention and alternatives to it contains the Code of Procedure criminal force and the Organic Code of the Judiciary.

It is essential to unravel the legal reasons including social media pressure and why, without discrimination, some Judges of Criminal indiscriminately continue providing preventive detention, depriving the accused of the right to defend free do mand turning to alternatives to prison written preventive more possibilities and not applied, the issue is of absolute significance as evidence of the lack of procedural rule for a specific subject, which is determining legal uncertainty, and aims to create a concrete solution.

Their study allows us to introduce the subject matter developed on "Problems in the application of the obligation to submit to the judge, as an alternative to preventive

detention" with problems that develop in your environment to support with facts, the hypothesis and objectives to be achieved at the end of this academic endeavor.

As part of the review of literature, in regard to the Framework, doctrinal framework, Legal Framework and Comparative Law, is taken to consideration doctrinal concepts that history through its origins, evolution and learning, have a broad legal relationship with the subject, becoming comparable legislation in a major legal underpinnings for the conclusions, recommendations and proposed work. This reference has been made to national authors of books on jurisprudence, Codes, Comparative Law, and, of large foreign jurists gives us the guidelines for submitting a proposal objectively. The results of the study come from field research and reflect a reality that must be considered from the viewpoints ethical, moral and legal.

The questions posed in the survey, are derived from the variables proposed in the objectives, assumptions and problems, these are summarized in the thought or feeling of the stake holders consulted, with the current reality of the attitude of people from law legal. In the conclusions, we will present a summary of all the actual work with the results of the tabulation of the questions in the survey and knowledge of conceptual and theoretical frameworks.

The work product will be submitted for consideration for the good of the players and society changes requiring urgent and clear application of the so-called Social Justice. At the end we propose a legal proposal to reform the existing standard that we consider viable and aims to provide a solution to the legal issues raised, instructing judicial officers on the implementation of alternatives to detention, not meet this objective and will have changed everything so that nothing changes.

3. INTRODUCCIÓN

Las denominadas medidas alternativas a la prisión preventiva fueron incorporadas en la Legislación Ecuatoriana, para evitar la imposición arbitraria de la prisión preventiva y para permitir que las personas puedan defenderse en libertad. Entre dichas medidas figura “La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare” (Art. 160 numeral 10 del Código de Procedimiento Penal).

Por otro lado, la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva sigue siendo mínima y por el contrario, la prisión preventiva constituye la regla y no la excepción, contrariando lo previsto en la constitución de la república, con grave perjuicio a la presunción de inocencia de los procesados.

El presente trabajo de investigación titulado **“PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA OBLIGACION DE PRESENTACION PERIODICA ANTE EL JUEZ, COMO MEDIDA SUSTITUTIVA A LA PRISION PREVENTIVA”**, tiene como objetivo, contribuir de alguna manera al conocimiento de los instrumentos jurídicos que amparan y protegen los derechos de los ciudadanos, ya que el cumplimiento de estos derechos permitirá la construcción de una mejor administración de justicia.

Para el desarrollo de mi investigación he tomado como referente los sustentos esenciales, como son los fundamentos teóricos de carácter conceptual, doctrinario y legal expuestos por las diferentes personalidades y tratadistas; así como los resultados de la investigación de campo realizada a través de entrevistas y encuestas a los profesionales del derecho.

La presente tesis en su primera parte consta de un marco conceptual que se refiere al problema planteado y definiciones de derecho y justicia ordinaria, jurisdicción y competencias.

En segundo lugar está el marco jurídico, en el cual se describe los principios que rigen a la administración de justicia, en el Capítulo Cuarto Sección Primera-Principios de la Administración de Justicia de la Constitución y un breve análisis de la legislación comparada sobre la prisión preventiva en Uruguay y Paraguay...

En la siguiente parte está el marco doctrinario, el mismo que contiene antecedentes de la justicia, objeto de la misma, características de la administración de justicia y el procedimiento de juzgamiento.

En la presentación de resultados, describo el problema desde el punto de vista objetivo y apegado con el trabajo práctico; me refiero al análisis y presentación de los datos obtenidos mediante las encuestas y las entrevistas, como también expongo el estudio de los casos reales.

En la parte de la discusión se centra en la verificación del objetivo general y objetivos específicos como también la fundamentación jurídica para el proyecto de reforma. Finalmente, las conclusiones y recomendaciones a las que he llegado a través de la presente investigación. Y concluyó con la presentación del proyecto de Reforma Legal.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. El Derecho Procesal Penal.-

El derecho procesal penal es una parte del derecho muy importante que guarda relación con la aplicación del proceso penal, su conceptualización es muy importante tomando en consideración que dentro de este macro concepto, se incluye todo lo relacionado con el proceso penal que analizo más adelante.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su obra Manual de Derecho Penal, cita a varios doctrinarios quienes emiten su conceptualización respecto del Derecho Penal; así señala:

“FLORIAN, toma como base de su definición, el concepto del proceso, para decir que el Derecho Procesal Penal “es el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, o sea en los actos particulares que lo integran”..., al definir el proceso penal dice que “es el conjunto de las actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley observando ciertos requisitos, proveen juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto.

MANZINI, dice que es aquel conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y

regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el derecho penal sustantivo.

ALDO PRIETO MORALES, dice que “es el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder del Estado, que ordenan el proceso, sea en su conjunto sea en los actos particulares que lo integran, y que tiene por finalidad aplicar el derecho material para restablecer la legalidad quebrantada”.¹

Analizando las definiciones constantes en líneas anteriores, bien se puede señalar que el estado es quien emite todas las normas del derecho procesal; mismas que sirven para mantener en orden y disciplina en su conjunto al Estado y a los particulares que conformamos ese estado; bien vale decir que estas normas sirven para ejercer control social; y, más concretamente un control social de carácter punitivo.

Para el ejercicio de este control social, es necesario contar con un procedimiento adecuado, que nos permita ejecutarlo; para ello se encuentra previsto el proceso penal como un grupo organizado de actividades judiciales desarrollado precisamente por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales.

4.1.2. Los delitos.

“El delito es definido como una acción típica, antijurídica, imputable, culpable, sometida a una sanción penal, y a veces a condiciones objetivas de punibilidad.”²

¹ VACA ANDRADE Ricardo, “Manual del Derecho Procesal Penal” 1ra. Edición. Corporación de Estudios publicaciones. Ecuador. Año 2001 Pág. 2-4

² <http://es.wikipedia.org/wiki/Delito>

“El delito es toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.”³

Dando una conceptualización más sencilla, es la forma de cometer o perpetrar un hecho que la ley considera como ilícito por lo que lo castiga con la imposición de una pena, sea privativa de libertad o pecuniaria conforme el delito ejecutado. Los tres elementos esenciales que presenta el tipo penal del delito son: la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad.

El delito es una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

En este orden de ideas, es que se desarrolla el tema denominado “EL DELITO”, desde el punto de vista del Derecho Penal, analizándose la definición de éste y la ubicación del delito dentro de él.

En la antigüedad, para establecer la responsabilidad penal, sólo se tomaba en cuenta el daño ocasionado, pero ciertos autores se han empeñado obstinadamente en formular aquel concepto en los términos siguientes:

“El delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo; finalmente el delito es la negación del derecho objetivo”⁴.

La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal o, para ser

³ <http://www.juicios.cl/dic300/DELITO.htm>

⁴ PEREZ VASQUEZ, Carlos.- Derecho Penal Sexual, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1996, pág. 27.

más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito, que para los efectos de este estudio no revisten mayor relevancia, por el momento.

“Dado que el hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desarrollar sus facultades naturales, teniendo como única limitante, a esa libertad, su propia naturaleza; pero, en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el respeto a la libertad de otros hombres; de aquí deriva la necesidad de normas o reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad y desarrollo”⁵.

La teoría y existencia de este principio constituye el DERECHO, en su acepción más extensa. Por tanto, el derecho como un conjunto de normas de observancia obligatoria para todos los miembros de la sociedad, que han sido establecidas por el Estado de acuerdo a procedimientos previamente establecidos, permiten la convivencia de todos los miembros de la sociedad entre sí, de las instituciones del Estado y la interrelación de éstas y la sociedad.

⁵ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

Desde luego, la manifestación del derecho, en su aspecto práctico y real, es por medio o a través de la ley. Ella y a los intereses de la sociedad, para una correcta y legal convivencia entre los miembros de la sociedad y su relación con las instituciones del Estado, que la misma ley denomina delito.

4.1.3. Responsabilidad Penal.

Existe una regla de carácter general, que rige desde la época de los antiguos romanos, que determina que no se debe ocasionar daño a los demás; esta regla del modo más justo posible la vida en común de los hombres; aquel que la quebranta tiene la obligación de resarcir. La responsabilidad es un concepto bastante amplio, que guarda relación con el asumir las consecuencias de todos aquellos actos que realizamos en forma consciente e intencionada.

En términos generales, la responsabilidad

“es la virtud o disposición habitual de asumir las consecuencias de las propias decisiones, respondiendo de ellas ante alguien. Responsabilidad es la capacidad de dar respuesta de los propios actos”⁶.

La responsabilidad, es el compromiso de actuar con eficacia, eficiencia y en forma oportuna, ante los requerimientos de quien requiere de sus servicios. Muchas son las derivaciones de la responsabilidad y la clasificación más amplia constituye aquella que determina dos grandes grupos como son la responsabilidad civil; y, la responsabilidad penal.

⁶ <http://www.ideasrapidas.org/responsabilidad.htm>

La responsabilidad civil; más amplia y de mayor dificultad; corresponde en líneas generales a aquella responsabilidad que se puede derivar de responsabilidad contractual; y, una responsabilidad extracontractual. Generalmente conlleva como resultado el resarcimiento de daño y perjuicios.

La responsabilidad penal por su parte; como su mismo nombre determina, nos lleva a concebir el hecho de haber cometido una falta, sea esta un delito o una contravención; y por su cometimiento debemos pagar las consecuencias con una pena.

Al respecto de la responsabilidad penal el Doctor Ricardo Vaca Andrade en su documento denominado “La responsabilidad penal”, escribe:

“... al analizar el significado jurídico de lo que significa la expresión responsabilidad penal quedó claro que con ella se alude el deber social y legal que incumbe al individuo de dar cuenta de lo hecho y de sufrir las consecuencias jurídicas. Es responsable el que acusa de la ejecución de un hecho punible, debe responder por él, ante la sociedad perjudicada. Quien realiza algún comportamiento determinado, en tanto el sujeto que vive en una sociedad regida por normas y procedimientos, debe responder por ello, y asumir todas las consecuencias que se deriven de su accionar dañino o peligroso”⁷.

Como podemos observar de la lectura del texto que inmediatamente antecede, podemos comprender que la responsabilidad penal, no se deriva sino en el pago de las consecuencias que acarrea la comisión de un acto al cual la ley ha tipificado como

⁷ http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3527:la-responsabilidad-penal&catid=52:procedimiento-penal&Itemid=420

infracción; surgiendo aquí un nuevo concepto al que se ha denominado IMPUTABILIDAD. Ante el cometimiento de un delito o de una contravención, debe sancionarse de acuerdo a lo previsto en la legislación penal para el efecto a quien lo cometió.

La responsabilidad penal es la imputabilidad jurídica de un hecho jurídico causada por la culpabilidad (dolosa o no) de la persona o por el simple acaecimiento del hecho desligado de la culpabilidad (responsabilidad objetiva); que supone el nacimiento de obligaciones para el imputado, y el nacimiento de derechos para el sujeto que se encuentre en posición de reclamarlas. En el ámbito penal, la responsabilidad parte de este mismo supuesto, aunque la evolución histórica de la disciplina ha excluido la existencia de responsabilidad penal objetiva (se requiere culpabilidad) y se ha distanciado de las consecuencias antes descritas, limitándose a una sanción cuyos fines no son indemnizatorios, sino preventivos.

Ahora bien, teniendo claro la regla general de responsabilidad penal; debemos considerar que como en toda regla en esta también existen excepciones.

El autor anteriormente señalado expresa:

“Todos, excepto los locos y los menores de edad, somos imputables; es decir, debemos responder por nuestros actos, y consecuentemente por los hechos punibles que hemos ejecutado. Para ello se instaura un proceso penal que debe conducirse de acuerdo con las disposiciones legales”⁸.

⁸ Ob. Cit. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3527:la-responsabilidad-penal&catid=52:procedimiento-penal&Itemid=420

Entonces, tenemos claro que la responsabilidad penal, no es otra cosa que la consecuencia que se debe asumir por un acto ilícito cometido. Lo cual deriva en la imputabilidad de la persona que cometió dicho acto ilícito; y, por este concepto de imputabilidad, debe recibir una sanción, previo el desarrollo del correspondiente proceso penal. La única excepción que se presenta ante esta cadena legal de responsabilidad penal, es que quien cometió el ilícito no se encuentre en la capacidad suficiente para asumir las consecuencias por el acto cometido.

La imputabilidad surge de la existencia de una decisión de autoridad que atribuye tal condición por la transgresión de un deber ser (obligación o prohibición), o bien por otras razones justificadas en la conveniencia social de que una determinada persona no culpable sea responsable objetivamente.

En este aspecto, aunque se trate de materia civil; es necesario que recordemos que el Código Civil establece como regla general en cuanto a la Capacidad; que todas las personas somos capaces, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

Entonces en atención a esta norma, todos quienes cometen un acto ilícito actuando con capacidad, conciencia y voluntad, son responsables penalmente; y, si su capacidad mental no le permitía comprender la dimensión ilegal del acto que cometía, esta incapacidad debe ser declarada a fin de que no se imprima una sanción al responsable.

Sólo en el caso de los menores, tenemos claro que son inimputables por el mismo mandato de la ley y por tanto no responden penalmente por sus actos. En este caso, se

aplican las ya conocidas medidas de socioeducativas al tenor de lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia.

En este sentido y analizado el concepto de responsabilidad penal, no queda sino expresar que este concepto es la base fundamental en la que radica gran parte del sistema penal; puesto que ya en un proceso determinando quien es responsable de un acto, y en qué grado actuó; es que se aplica la sanción que corresponda; lo cual constituirá un tema importante de análisis respecto del tema propuesto.

4.1.4. Medidas Cautelares.

Las Medidas cautelares pueden considerarse como actos judiciales emitidos por autoridad competente con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación o la exigibilidad de un derecho.

El Abogado Jorge Sper, en su obra El Proceso Penal en sus manos, define la palabra “cautelar” como la acción de prevenir, precaver y señala que :

“El acto de precautelar es un hecho o acción dirigida a precaver o prevenir un peligro o un mal o cualquier evento que lesione un bien jurídico”⁹.

Para el Doctor Jorge Zavala Baquerizo

“las medidas cautelares que integran la actividad coercitiva del proceso penal, tienden al cumplimiento de los fines procesales mediante el aseguramiento, la aprehensión, la conservación y la custodia de la persona, de los bienes del sujeto

⁹ ESPER, Jorge Abg. El Proceso Penal en sus manos Sper & Sper, Guayaquil Ecuador, página 102

pasivo del proceso, y de las cosas que tengan relación con el objeto del proceso. Las medidas de carácter cautelar coercitivo no constituyen una pena, son medidas específicamente preventivas, cuya finalidad es evitar que el proceso se paralice con grave desmedro para realización del Derecho”¹⁰.

Del análisis de estas dos definiciones se puede establecer plenamente que una medida cautelar en definitiva es una orden emitida por un juez que obliga al cautelado a cumplir con la disposición judicial impartida en el caso de las medidas personales; o a salvaguardar el bien a efectos de asegurar el cumplimiento de una obligación en el caso de las medidas cautelares de carácter real. En cualquiera de los dos casos, las medidas cautelares cumplen con un fin de cumplimiento de los fines procesales.

En nuestra legislación penal, las medidas cautelares se encuentran previstas en el Título I, libro Tercero del Código de Procedimiento Penal; y guardan relación con la fuerza coercitiva del sistema penal; asegurando como lo señala la legislación en mención, la inmediación del acusado o del imputado con el proceso para asegurar el cumplimiento de la pena, además busca que se declare el derecho del ofendido al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto o el hecho delictivo, y las costas procesales que se deriven de la sentencia condenatoria firme.

Según Fenech:

“Son actos o medidas cautelares las que consisten en una imposición del Juez o Tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una

¹⁰ ZAVALA BAQUERIZO Jorge Dr. El Proceso Penal Ecuatoriano, Tomo III, Edino Jurídico, Quito, página 156.

persona... y que tiene por fin asegurar la prueba o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la consecución del fin del proceso penal”.¹¹

De la misma manera, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas de 8 de mayo de 1979, proclamo en el art. 1, que las medidas cautelares personales “son todo procedimiento o medio que tienden a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en contra de la seguridad de las personas.”¹²

De lo anteriormente señalado, se desprende que las medidas cautelares de carácter personal son resoluciones (actos procesales provenientes de un Juez de Garantías Penales) que dictan dentro de un proceso penal, para ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras del imputado/procesado; y/o, para evitar la realización de actos o actividades que impidan la comparecencia del procesado al proceso penal, (fuga) ; todo lo cual se realiza de forma provisional hasta tanto se decida el asunto. Para ello se ejerce una injerencia o intervención legal en el derecho a la libertad personal del cual se goza por mandato constitucional.

El Dr. Efraín Torres Chaves, dice:

“Cautela es precaución, previsión, recelo, prevención y calculo, entre otros sinónimos castellanos. En el Derecho común, dicese de las medidas o reglas para

¹¹ FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal, Tomos I y II, Edi. Labor, Barcelona, 1952

¹² CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE EJECUCION DE MEDIDAS PREVENTIVAS , 8 de mayo de 1979, Art. 1

prevenir la consecución de determinado fin o precaverlo que pudiera dificultarlo.»¹³

La tendencia actual es que la prisión preventiva debe ser reducida al mínimo y, en su lugar, reemplazarla por otros sistemas que permitan que se cumplan las mismas finalidades, que esta persigue, para nuestro estudio hablaremos de la siguiente:

La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantías Penales o ante la autoridad que este designare.- Esta medida cautelar es otro mecanismo legal limitante de la libertad personal.

Consiste en la presentación del procesado ante el Juez de Garantías Penales o ante una autoridad que este le designe.

La presentación se caracteriza por ser periódica, la cual puede variar según las circunstancias, podrá ser diaria, semanal, quincenal, mensual o cualquier otra se establezca, siempre que el tiempo de presentación tenga por objeto cumplir con evitar el peligro de fuga ya que si esta se produce el proceso se paraliza. Las medidas sustitutivas o medidas alternativas, son medios jurídicos procesales, de los que dispone el, órgano jurisdiccional para aplicar el principio de excepcionalidad en el proceso penal, limitando todo tipo de medida coercitiva que restrinja la libertad del sindicado, haciendo patente, los derechos y garantías constitucionales del imputado.

¹³TORRES CHAVES, Efraín, Comentarios del Código Penal del Ecuador y Práctica Penal, Volumen II, Universidad Particular de Loja, 1997, pág. 227

Las medidas sustitutivas son alternativas que ofrece el Código Procesal penal a la prisión preventiva, en aquellos casos en los que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el sindicado.

Es una forma de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, para que los imputados de ilícitos penales no estén en prisión antes de que se les dicten sentencia condenatoria o absolutoria instruido en su contra.

Por lo tanto las medidas sustitutivas constituye una excepción a la prisión preventiva, y para el sindicado un beneficio, por su puesto este beneficio estaría sujeto a una serie de condiciones que el Código Procesal determina, así como prohibiciones que el sindicado debe cumplir.

4.1.5. Debido Proceso.

El debido proceso, “due process of law”, como se denomina en Estados Unidos de Norteamérica, es el pilar fundamental del sistema jurídico en un Estado. Nació como resultado de la lucha permanente entre el ciudadano y el Estado. Está formado por un conjunto de normas jurídicas que garantizan el equilibrio entre el Estado y sus ciudadanos, pues su fin primordial es hacer respetar los derechos fundamentales y evitar la arbitrariedad.

Cabe señalar que el debido proceso se caracteriza por el respeto de la norma y de la aplicación estricta de la Constitución que tiene supremacía en todo sistema jurídico y, por tanto, nadie puede sustraerse de él.

Es importante destacar que, en acatamiento al debido proceso, todo funcionario público está obligado a respetar el principio de legalidad o reserva de ley, mediante el cual se ha de entender que la única fuente de derecho nace de la ley y, por tanto, el ciudadano tiene derecho a exigir del Estado que se respete este precepto constitucional.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales y administrativas es un derecho que tiene el ciudadano para conocer las razones de una determinada decisión, en respeto del debido proceso y la necesidad de precautelar el control de la actividad jurisdiccional, así, la falta de motivación afecta al derecho de impugnación que tiene todo ciudadano que ha sido afectado en sus intereses por una resolución judicial, pues no conoce cuáles fueron los motivos que llevaron al juez o autoridad competente a dictar una determinada resolución, por lo que es de exigencia legal y constitucional que toda resolución sea fundamentada y de esta forma darle las herramientas para que el sujeto procesal afectado por la misma pueda recurrir ante el superior.

En nuestro sistema constitucional, el debido proceso está contemplado en el capítulo 8° relativo a los derechos de protección, concretamente en el Art. 76 de la Carta Magna y de manera específica para los procesos penales en el Art. 77 ibídem, creando un cúmulo de garantías, calificadas de “básicas” y que tienen por objeto asegurar la vigencia del debido proceso, desarrolladas en la legislación secundaria, en especial en el Código de Procedimiento Penal. Al respecto, el profesor Alfonso Zambrano Pasquel manifiesta:

“Admitimos que el principio del debido proceso es un principio general del derecho y por tanto fuente de derecho procesal y del derecho sustantivo o

material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, y vinculante al legislador y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria”¹⁴.

Es evidente que el debido proceso es el resultado de una actividad jurisdiccional desarrollada bajo el amparo de la Constitución de la República, de las leyes y de los pactos internacionales, cuyo fin primordial es hacer respetar los derechos fundamentales.

Por consiguiente, el debido proceso es la manifestación del derecho constitucional aplicado, sirve de referencia tanto para el legislador que es quien dicta las leyes, mismas que deben tener en cuenta los hechos fácticos que ocurren en el acontecer nacional, así como por parte del juez que es el aplicador de la norma y quien debe buscar la verdad procesal por medio del sistema de pruebas que le otorga el legislador para el caso concreto que le toca juzgar, es decir, buscando no solo la verdad formal sino también la verdad real que son presupuestos de un juicio justo e imparcial.

Sobre el debido proceso, Fernando Velásquez V., citado por Hugo Hernández Bernal Vallejo y Sandra Milena Hernández Rodríguez, en su obra *El debido proceso disciplinario*, discurre:

“En sentido amplio, el debido proceso es el conjunto no sólo de procedimientos, legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea fundamentalmente válida, sino también para que se constituya en garantía del

¹⁴ Alfonso Zambrano Pasquel, *Proceso penal y garantías constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005, p.48.

orden, de la justicia, de la seguridad en cuanto no se lesionan de manera indebida la seguridad propuesta como intangible para el ciudadano en el Estado democrático. En sentido restringido, la doctrina define el debido proceso como todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia; que le aseguren la libertad y la seguridad jurídica, la nacionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. Desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el principio madre o generatriz del cual dimanen todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal, incluso el del juez natural que suele regularse a su lado”¹⁵.

En efecto, el instituto del debido proceso está contemplado en todas las legislaciones, lo que ha permitido consagrar este principio como pilar fundamental de la tesis que forma el derecho procesal universal. Particularizada así la figura del debido proceso, se convierte en un derecho fundamental constitucional en beneficio de las partes dentro de la relación procesal.

Alberto Suárez Sánchez, en su obra *El debido proceso penal*, dice:

“el debido proceso consiste en que nadie puede ser juzgado sino de conformidad con la ritualidad previamente establecida, para que se cumpla aquel axioma de

¹⁵ Alfonso Zambrano Pasquel, *Proceso penal y garantías constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005

que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio con la plenitud de las formalidades legales”¹⁶.

Por su lado, Couture, citado por el Dr. Luis Cueva Carrión, define al debido proceso de la siguiente forma:

“Garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos”.¹⁷

Prosiguiendo con el tema, el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel señala:

“Entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho”¹⁸

En este corolario, el maestro Jorge Zavala Baquerizo manifiesta:

“Hablar del debido proceso penal es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se

¹⁶ Alfonso Zambrano Pasquel, Proceso penal y garantías constitucionales, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005

¹⁷ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

¹⁸ Alfonso Zambrano Pasquel, Proceso penal y garantías constitucionales, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005

refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente, entra en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir, teniendo en cuenta no solo la fase judicial-penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente”¹⁹

De lo expuesto se puede manifestar que el debido proceso es el conjunto de derechos propios de las personas, de carácter sustantivo y procesal, reconocidos por la Carta Política, que procura la igualdad de las partes, la tutela judicial efectiva y un juicio justo y sin dilaciones, en suma, el respeto de las garantías fundamentales y a obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso transparente.

4.1.6. Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se basa en la «certeza del derecho », tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.

La palabra seguridad proviene de la palabra latina securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de secura) que significa estar seguros de algo y libres de cuidados. El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, no sólo establece (o debe establecer) las disposiciones legales a

¹⁹ Alfonso Zambrano Pasquel, Proceso penal y garantías constitucionales, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005

seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder político, jurídico y legislativo.

“La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la «certeza del derecho» que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados”²⁰.

El artículo 82 de la Constitución de la República señala “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”²¹

El artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial dice

“PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas”²²

²⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Seguridad_jur%C3%ADdica

²¹ BLANCO, DIAZ, Heskia & Rojas, (2004), Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Políticas Públicas. Colección de Investigaciones Jurídicas, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, No. 6

²² AREVALO RIVAS, Pedro Pablo, Salidas Alternativas de Resolución de Conflictos. Mecanismo de Solución para la descarga procesal judicial. www.articulosya.com

Eduardo García de Enterría, en su análisis sobre la seguridad jurídica busca el origen del Derecho en su expresión a través de leyes y lo sitúa en la Europa del siglo XVIII, refiere como manifestación de este hecho el texto del Art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que se señala que las limitaciones de libertad de los hombres están dadas por el ejercicio de ella en tanto no afecte a otros, y deben estar establecidas únicamente por la Ley, con lo cual –señala- se entierra resueltamente el *quod principi placuit legis habit vigorem* (lo que al príncipe place tiene fuerza de ley).

No obstante que seguimos estando bajo el imperio de las leyes en los regímenes de ascendencia francesa, según el tratadista en mención dos factores afectan la privilegiada situación de la ley:

- El Constitucionalismo: que otorga a la norma que consagra los grandes valores, el carácter de suprema y la ubica en un plano de jerarquía respecto de la Ley y demás normas imperantes; pasando al decir del tratadista a ser un acto jurídico ordenado, no solo ordenador.
- La explosión normativa: de la *sage lenteur* – sabia lentitud- de Hauriou se arriba a la legislación motorizada de Carl Schmitt (1946) o a la legislación incontinente de Ortega (1953), en la que surge un *maremágnum* de leyes, y reglamentos provenientes de diversos órganos con facultades reguladoras, para García de Enterría un mundo de leyes desbocado, que busca resolver lo concreto.

El derecho en general es contingente y mutable; carácter que se agudiza mientras más evolucionadas, amplias y globalizadas son las relaciones humanas, en estas condiciones señala García de Enterría, que por sobre la envoltura formal de la norma priman los

valores sustanciales, que se expresan en principios generales del derecho y agrega al desorden extremo de las normas solo un esqueleto firme de principios puede permitir su orientación, se encuentra entonces que a la clásica concepción de la seguridad jurídica que es la formal, se va imponiendo una nueva que trae el constitucionalismo y que entraña la presencia del aspecto axiológico.

Para Jorge Millas, citado por el tratadista chileno Agustín Squella,

“la seguridad jurídica es una dimensión ontológica del derecho, debido a que solo el derecho, como previsión normativa y coactiva, puede brindar ese saber y esa confianza que son constitutivos de la seguridad jurídica, de modo que el derecho es condición necesaria de la seguridad, aunque también es condición suficiente de la misma”²³.

Esta visión considera que la seguridad jurídica existe siempre que exista el derecho sea éste justo o no, las tesis contrarias la vinculan con los valores y con el Estado de Derecho. Radbruch, encuentra: “Antinomias entre el principio de justicia y seguridad jurídica porque ata la seguridad jurídica a cualquier derecho, llegando a decidirse al profundizar en sus disquisiciones, en que si se impusiera otro valor a la seguridad jurídica reinaría el anarquismo. Y señala la seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto”²⁴

²³ AREVALO RIVAS, Pedro Pablo, Salidas Alternativas de Resolución de Conflictos. Mecanismo de Solución para la descarga procesal judicial. www.articulosya.com

²⁴ IBIDEM

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Análisis acerca de los delitos.

La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley, el delito, en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma ley por los hombres, obedece a muchos y muy diversos factores, los que se mencionan más adelante; sin embargo, por lo pronto, se adelanta que esos factores tienen origen en la propia naturaleza del hombre y la convivencia estrecha a la que, hoy en día, se ve sometido.

Pues, el hombre siempre pretenderá tener un mayor número de satisfactores que otros, incluso más de los que necesita, por el sólo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición admirada y envidiada por algunos de sus miembros, aun cuando no las puede conseguir de manera honesta y legal

En este sentido, es que el delito es una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación- social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

Desde el punto de vista jurídico, Ecuador se presenta en la actualidad ante una profundización del estado constitucional de; ahora bien, siempre que la política legislativa, demás políticas públicas y la práctica del Derecho se encaucen en tal dirección, la Constitución debe significar una importante evolución en el desarrollo del Estado constitucional contemporáneo, entendido como Estado destinado a garantizar la protección y vigencia de los derechos humanos, conforme a los principios de

progresividad, indivisibilidad, interdependencia e irrenunciabilidad, expresamente regulados en la Constitución de la República de Ecuador.

De esta forma, democracia, Estado constitucional y garantía de los derechos humanos, de víctimas y victimarios, se constituyen en cristales de un único cuerpo prismático.

De esta forma, el Derecho Penal y su legislación dependiente deben sujetarse al modelo de Derecho Penal propio de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, lo cual supone la adscripción a los principios ya la contribución del Derecho Penal contemporáneo de signo garante.

De allí también deriva la responsabilidad que tiene la justicia penal de ofrecer una tutela judicial efectiva íntimamente constreñida a los términos de las garantías penales " de aquellos derechos y bienes jurídicos penalmente protegidos contra ataques violentos, significativos y relevante.

“El horizonte de reflexión ética de nuestro tiempo está enmarcado por los derechos humanos, por lo que el baremo de un texto normativo está dado por su congruencia con las declaraciones, convenios y acuerdos suscritos por la República en materia de reconocimiento, proclamación y garantía de los derechos inherentes a la persona humana, todos ellos constitucionalizados”²⁵.

Pertenece Ecuador a la familia de los pueblos del mundo que reconocen en la dignidad de la persona humana un valor esencial, que debe servir de basamento a la creación,

²⁵ Joaquín Escriche.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.- Tomo Tercero.- Fondo de Cultura ecuatoriano.- 1986

interpretación y aplicación del orden jurídico positivo. Valor ético que, cual estrella polar, debe guiar el quehacer de legisladores, administradores y jueces.

Ambos preceptos son principios fundamentales de derecho, derivados de la ficción necesaria de que la Ley es universalmente conocida desde su promulgación. Verificada la publicidad, queda satisfecha la necesidad social que impone tal solemnidad, puesto que el ciudadano queda; si no enterado de la ley, al menos habilitado para conocerla.

La carencia de conocimiento no puede mermar la obligatoriedad de la Ley. La autoridad pública pone las leyes al alcance de los ciudadanos, quienes pueden enterarse de ellas por sí mismos o por medio de terceros. Es, realmente necesario que el ciudadano conozca las leyes; pero sabemos que es materialmente imposible que todos los habitantes puedan conocer con la prontitud del caso las leyes que se dicten.

En la antigüedad, para establecer la responsabilidad penal, sólo se tomaba en cuenta el daño ocasionado, Pero ciertos autores se han empeñado tercamente en formular aquel concepto en los términos siguientes: “El delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo”: finalmente “el delito es la negación del derecho objetivo”.

El sujeto activo del delito será toda persona que, en términos generales, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de ése, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito, no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por un

accidente. Sin embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal.

En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona, en sus derechos o en sus bienes. La persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado. Los delitos de lesión o daño y de peligro. Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus Instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza. Según los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública (denuncia) o de acción privada (querrela). De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito (lato sensu) y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales. Como lo venimos de

constatar, las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico de la infracción acción típica, ilícita y culpable.

Conforme a lo que hoy plantea la Teoría Dogmática, el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además, sea punible. Sus elementos son, entonces, la tipicidad (la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal), la antijuricidad (la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico) y la culpabilidad (el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico) esencialmente.

Francesco Carrara, al referirse a Delito, manifiesta:

“Es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”²⁶.

Ahora bien, delito, infracción, ofensa, crimen, acto delictivo, todas son palabras empleadas por los cultivadores de la ciencia penal como sinónimas; pero ninguna de ellas satisface el deseo del que quiera encontrar en la palabra la definición de la cosa; todas son indiferentes para quien se contenta con encontrar en la palabra el signo de la idea.

El delito entonces, es la falta a la normativa con una conducta impropia, que deja que desear, por ser dañosa o dolosa.- Es un comportamiento fuera de las buenas costumbres.

²⁶ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

Jiménez de Asúa por su parte considera:

“que el delito, desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídico y culpable”²⁷

Para José Ingenieros que es considerado como uno de los creadores de la criminología, principalmente por haber sistematizado esta nueva ciencia, determinando su contenido, su objeto y su método, delito es:

“una transgresión de las limitaciones impuestas por la sociedad al individuo impuestas por la sociedad en la lucha por la existencia”²⁸

Frank Exner define al delito en un sentido estricto (biológico-criminal)

“como los hechos contrarios al bien común a los que corresponde una idéntica actitud contraria a ese bien”²⁹

Estos son apenas una mínima parte de los conceptos que sobre el delito ha enunciado grandes penalistas, de los que se puede concluir que:

El concepto delito constituye esencialmente una valoración jurídica. Fuera de ésta no puede existir; el concepto delito no puede circunscribirse a una cuestión exclusiva y unilateral de técnica jurídica; el concepto delito tiene que ser integral, esto es abarcar el dualismo valoración jurídica-contenido real.

²⁷ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

²⁸ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

²⁹ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

La concepción del delito, ha tenido en el tiempo diferentes conceptos, como pensadores han existido, quienes han hecho apreciaciones de carácter personal en relación al accionar humano y respecto de la sociedad, siempre relativa a su época; es decir, ha variado los pensamientos, conforme la sociedad, su valoración, ha ido evolucionando; y así encontramos:

La valoración jurídica ha sido diferente en cada siglo, de ahí el castigo a las brujas, (Inquisición) que eran quemadas en las hogueras. Fue propia del siglo XIX. Quizá un error, pero en todo caso ese era el pensamiento de aquella época, posiblemente se castigó a una simple loca, con creencias ficticias o distorsiones mentales producto de la ignorancia o desvarios.

Así, para Jiménez de Azua, la valoración jurídica no descansaba en los reproches de los elementos subjetivos, tan solo se contemplaba el resultado dañoso producido.

El acto externo, separa los pensamientos. Tratando de explicar que el delito tiene su origen en la naturaleza humana, o en la naturaleza de la sociedad civil, que requiere frenar los deseos.

La existencia de pensadores y tratadistas de la materia, ha permitido el desarrollo del derecho acorde con la sociedad: así, Rafael Garófalo, citado por Jiménez de Azua explica que:

“el Delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y propiedad) según

la medida en que se encuentran las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo o la sociedad”³⁰.

Induciéndonos la idea de que el hecho delictivo, no siempre será malo desde la óptica de la sociedad, si ésta, permite o mira con piedad. Ejemplo. El crimen de dar muerte al padre (Parricidio) por razones de enfermedad y evitar el sufrimiento etc. tratando de justificar el hecho criminal. Dándonos un punto de vista quizá excusable, para aquel tiempo, pero diferente hoy.

No es la especie (el delito común), por ello, no profundizaremos en todos los pensadores; pero, ensayaremos por lo menos, el delito con las siguientes características:

El delito para ser considerado como tal debe reunir ciertos elementos, a saber:

- a. ACTO.- Conducta humana primer elemento y sustento material del delito.
- b. TIPICO.- Conducta humana que tiene que estar expresamente escrita en la ley.
- c. ANTIJURIDICO.- Conducta contraria al derecho.-Lesiona un bien jurídico.
- d. CULPABLE.- Punto de vista subjetivo imputable, actor; responsable.

Para nuestro análisis, nos encargaremos solo a esta última parte.- Culpable acto humano castigado y responsable.

³⁰ GARCIA Valencia Jesús Ignacio, El Proceso Penal Acusatorio, Gustavo Ibáñez Ltda. 2005 Bogotá Colombia Pág. 49

Ahora bien, el delito de tránsito, es un acontecimiento, inesperado, no deseado, no meditado, generalmente de consecuencias desagradables, en las personas y/o cosas.

BATAGLINI señala:

“La culpabilidad debe entenderse como la relación psíquica entre el agente, que sea reconocido válido destinatario de la norma de conducta y el hecho concreto puesto en existencia”³¹.

MENDOZA TROCONIS;

“Culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”³²

Y finalmente VON LISZT expresa:

“La relación subjetiva entre el hecho y su autor solo puede ser psicológica; el acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable”³³.

Estas definiciones necesariamente determinan solas o en conjunto lo referente a la responsabilidad.

La palabra responsabilidad proviene del latín responder. Equivalente ha obligado; obligación.

Existe una regla de carácter general, que rige desde la época de los antiguos romanos, que determina que no se debe ocasionar daño a los demás; esta regla del modo más

³¹ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

³² ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

³³ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

justo posible la vida en común de los hombres; aquel que la quebranta tiene la obligación de resarcir. La responsabilidad es un concepto bastante amplio, que guarda relación con el asumir las consecuencias de todos aquellos actos que realizamos en forma consciente e intencionada.

4.2.2. La responsabilidad.

4.2.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad.-

Como mencionamos anteriormente, la responsabilidad es el deber de asumir las consecuencias por los actos realizados por una persona.

“La responsabilidad no sólo tiene relación con las consecuencias de nuestros actos, sino que también está asociada a los principios, a aquellos antecedentes a partir de los cuales el hombre toma las motivaciones para ejercer la libre voluntad y actúa.”³⁴

De este modo, es comprensible que la responsabilidad esté en juego cuando una persona comienza a realizar ciertas actividades sin tener motivos reales para hacerlo, aún en el caso de que dicha acción traiga resultados positivos o favorables.

La responsabilidad de las personas es de suma importancia, ya que se trata de uno de los valores que permiten mantener en orden la vida en comunidad, demostrando con el esto el compromiso con las propias decisiones y con las consecuencias que éstas pueden generarle tanto a la persona en sí como a quienes lo rodean.

³⁴ <http://www.misrespuestas.com/que-es-la-responsabilidad.html>

Las personas responsables se diferencian de aquellas que no lo son en que las primeras siempre toman en cuenta la intención de lo que están haciendo y no cuestionan ni son limitadas por aquellas reglas que se les imponen como básicas para cumplir sus objetivos.

Por otra parte, una persona que carece de responsabilidad será aquella a excusas para justificar aquello que no realizó, además de no mostrar un serio compromiso ante determinados asuntos hasta asegurarse de que las cosas están bien encaminadas. Es por esto que la responsabilidad, además de comportarse como uno de los valores humanos por excelencia, es tan considerada, por ejemplo, a la hora de buscar un empleo, ya que contratar a un sujeto que no es capaz de asumir las consecuencias de sus actos y que no sea capaz de cumplir o comprometerse no asegura en ningún caso el cumplimiento más básico de sus tareas.

Especialistas del derecho al ensayar sobre la responsabilidad, abordan sus estudios definiendo lo que se entiende por la noción responder, Jorge Bustamante Alcina dice que: “significa dar cada uno cuenta de sus actos”³⁵.

Alessandri dice que: “en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor”³⁶.

³⁵ Mazeaud, Henri et al., Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969, p.12.

³⁶ Ver ob. Cit. Pág. 31

En este sentido un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra.

El tema da lugar a encontrarnos con una gran división de la responsabilidad, la moral y la jurídica.

Responsabilidad moral que se presenta al momento de violar o infringir las normas morales y cuyo resultado no se exterioriza, es un asunto del fuero interno del individuo, que no genera consecuencias de índole jurídico por no afectar a la vida en sociedad, ni dañar concretamente el patrimonio de otra persona.

La responsabilidad moral suscita un mero problema de conciencia, y como las acciones y omisiones que la generan no causan daño a la persona o propiedad del otro, ni perturban el orden social, quedan fuera del dominio del derecho que solo regula actos humanos que se exteriorizan.

En cambio, estamos frente a la responsabilidad jurídica cuando a causa de una acción u omisión se genera un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos son contrarios al orden social.

La responsabilidad jurídica conceptualizada por Alessandri, se define como:

“la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contraria al orden social”³⁷.

La responsabilidad a su turno se clasifica en dos grandes grupos la penal y civil. Se está frente a un caso de responsabilidad penal cuando el individuo ha violado o transgredido un derecho que se encuentra amparado específicamente en una norma penal, otros tratadistas dicen que este tipo de responsabilidad se manifiesta cuando el resultado dañino afecta a la sociedad en general.

4.2.2.2. Clases de responsabilidad

Nuestra legislación reconoce dos tipos de responsabilidad. La responsabilidad civil; y, la responsabilidad penal; y sus subdivisiones; sin embargo la doctrina establece una subclasificación más general: como son la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.

4.2.2.2.1. La responsabilidad subjetiva:

El Código Napoleón, al igual que el nuestro y que la casi totalidad de los Códigos vigentes, inclusive los dictados los últimos años, consagran la teoría – que podríamos llamar clásica - de la responsabilidad a base de la culpa o la responsabilidad subjetiva que supone necesariamente la culpabilidad o intencionalidad de

La culpa aquiliana, dice Jossierand:

³⁷ VALLS LLORET, José Domingo.- LA RESPONSABILIDAD CIVILPOR NEGLIGENCIA MEDICA Y SU ACREDITACION PROCESAL, Edit. UAB, Barcelona, Pág. 2

“Es una especie de pecado jurídico; quien no lo ha cometido no es responsable, ésta existe sino en la medida que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo. Por ende, será necesario analizar la conducta del sujeto. Por eso se llama subjetiva”.³⁸

La teoría subjetiva de la responsabilidad, sustenta el fundamento de la responsabilidad en la conducta del autor del daño, esto es, que para precisar que si nos encontramos frente de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es imprescindible que ese daño sea causa y devenga del actuar doloso o culposo del autor del daño.

“Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basada en la teoría subjetivista o clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos:

- 1.- El daño;
- 2.- El actuar doloso o culposo del autor; y, culposo generador del daño.

Se señalan como conductas generadoras de la culpa o causas de la culpa, sea por acción u omisión, las siguientes:

- a.- Negligencia: La falta de cuidado se debe a una omisión. Es la forma pasiva de la culpa, al omitirse lo que estaba aconsejado para evitar el daño.

³⁸ <http://www.monografias.com/trabajos66/culpa-in-contrahendo/culpa-in-contrahendo2.shtml>

b.- Imprudencia: La falta de cuidado se debe a una acción arriesgada.

En este caso, la culpa se origina de forma activa, ya que se ejecuta un acto sin adoptar las precauciones necesarias.

c.- Impericia: La falta de cuidado y de diligencia se debe a la ausencia de conocimientos, experiencia o habilidad en el ejercicio de una determinada actividad. Esta cara de la culpa, se encuentra relacionada con la mala praxis profesional.

d.- Inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo.”³⁹

El sistema ecuatoriano en materia de responsabilidad extracontractual aparece dominado por la idea de la culpa del agente productor del daño, sin embargo la aparición de nuevas técnicas ha multiplicado la producción o posibilidades de producción de daños, haciendo casi imposible la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa, en esa esfera de aplicación.

4.2.2.2.2. Responsabilidad objetiva.

Todo lo contrario a lo que sucede con la teoría clásica de la culpa, los conceptuales de la teoría objetiva, vicaria, refleja, substituta, teoría del riesgo, teoría del riesgo creado, teoría del riesgo provecho, teoría del riesgo industrial, teoría del riesgo profesional, del riesgo de la propiedad, etc., como se la conoce, afirman que el fundamento de la

³⁹ VALLS LLORET, José Domingo.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MEDICA Y SU ACREDITACION PROCESAL, Edit. UAB, Barcelona, Pág. 17

responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo.

Fue el proceso de industrialización mundial, el que gatilló la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad de indemnizar los daños.

Numerosas víctimas, especialmente obreros, sufrían accidentes con ocasión del trabajo, quedando privadas de toda reparación. Esta situación injusta debía cesar, considerando además que tales accidentes aumentaban y que no era posible ver con indiferencia que por un accidente cuya procedencia a veces era desconocida, el trabajador quedase sin reparación alguna y sumido en la indigencia.

“En Francia el sistema de concebir así la responsabilidad fue generada genialmente por Pothier, sin embargo fue una sentencia de la Corte de casación de Francia de 1896 la que ejerció mayor influencia en la formulación de la teoría. Se declaró que el propietario de un remolcador era responsable de la muerte de un mecánico ocasionada por la explosión de la caldera, aun cuando la explosión se hubiera debido a un defecto de construcción, formulándose que esta responsabilidad no cesaba ni aunque el propietario del remolcador probare la culpa del constructor de la máquina o el carácter oculto del defecto.”⁴⁰

Como se aprecia, una de las clases de responsabilidad vicaria, es la del empresario, se trata pues, de una presunción de culpa, que solo puede ser desarticulada por prueba en

⁴⁰ Ob. Cit. 19

contrario (presunción iuris tantum) en un sistema intermedio entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo.

En cuanto a la responsabilidad penal; es necesario hacer un acápite aparte, a fin de poder estudiar esta institución.

4.2.2.3. La responsabilidad penal.

La responsabilidad es un concepto bastante amplio, que guarda relación con el asumir las consecuencias de todos aquellos actos que realizamos en forma consciente e intencionada. Se trata de uno de los valores humanos más importantes, el que nace a partir de la capacidad humana para poder optar entre diferentes opciones y actuar, haciendo uso de la libre voluntad, de la cual resulta la necesidad que asumir todas aquellas consecuencias que de estos actos se deriven.

“Es un Principio clásico proclamado es que el hombre como ser libre e inteligente es dueño absoluto de sus actos, todos los que realiza son resultado de su propia determinación; que para medir la malicia o bondad de un acto, su beneficio o perjuicio, la oportunidad o inoportunidad, el mismo hombre posee una conducta y medida reguladoras y es su propio juez”⁴¹.

Lo dicho supone una general e igual capacidad intelectual, unas mismas facultades, unas mismas circunstancias de vida en todas sus facetas, económica y cultural, sobre todo; un

⁴¹ Mora Navarro, Fanny Verónica. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos», tesina de licenciatura previa a la obtención del título de abogado de los tribunales de justicia, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, 2002, Pág. 32

mismo estado de salud y la misma herencia genética. Como esto no existe cada hombre representa una propia individualidad, es lo que se llama la personalidad.

Por responsabilidad penal podemos entender, la culpa que recibimos por un acto ilícito cometido. Y esta responsabilidad lleva una simple lógica.

El ordenamiento jurídico en uso del control social, ha establecido un sistema jurídico penal, por el cual se determinan en primer lugar todos los actos considerados como ilícitos, sean estos delitos o contravenciones; y, conjuntamente establece una sanción por el cometimiento de los actos ilícitos tipificados.

Ante el cometimiento de uno de estos ilícitos por parte de una persona capaz, el resultado obvio es el recibir una sanción.

Entre el cometimiento y la sanción es que encontramos la responsabilidad penal; puesto que previo a la sanción necesariamente se debe comprobar tanto la existencia del delito como la culpabilidad del procesado en el cometimiento de dicho acto ilícito; y finalmente se impone una sanción.

Entonces la responsabilidad penal, nos lleva al acto mismo de pagar por un hecho cometido, siempre que este hecho se encuentre tipificado como un acto ilícito.

Para establecer la responsabilidad como mencionamos anteriormente, tenemos que partir del principio de que la normalidad mental es la regla general y la anormalidad la excepción. La normalidad es la conformidad generalmente tenida a las reglas sociales,

morales y jurídicas; la anormalidad es lo contrario. Las diversas formas de anormalidad son estudiadas en este trabajo.

Partiendo del supuesto de la normalidad la ley penal consigna reglas sobre la responsabilidad ante hechos penales que se consuman sea por acción o por omisión.

Así la ley ecuatoriana determina:

“Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”⁴²

La voluntad es la capacidad de dirigir la conducta personal entre dos alternativas; es capacidad de equilibrio ante los estímulos y de hacer frente a las diversas circunstancias de la vida; de preferir el interés principal frente al secundario se opone a lo mecánico o automático, al acto reflejo o al impulsivo. La voluntad implica escogimiento a base de razón, previsión, cautela y por fin decisión.

El Art. 33 establece una presunción necesaria hasta cierto punto:

“Repútanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo.”⁴³

Es decir que existe en el agente del delito conciencia y voluntad al realizar el acto.

⁴² CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, CÓDIGO PENAL, Art. 32

⁴³ Ob. Cit. Art. 33

Esta presunción se desvanece: a) Mediante prueba que demuestre lo contrario, esto es que el autor de la infracción estuvo privado de la razón y por lo mismo de la conciencia, b) Que de las circunstancias que aparezcan del proceso se desprenda esa misma falta de razón y conciencia.

El Art. 36 hace relación al engaño en cuanto al hecho que ha conducido a una persona al delito:

“Cuando la acción u omisión que la ley ha previsto como infracción, es en cuanto al hecho y no al derecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada responderá quien le determinó a cometerlo.”⁴⁴

Se engaña a una persona falseando a la verdad, con la mentira, con el ardid o el embuste, pero tal engaño debe ser suficiente para mover la voluntad del agente al delito, por tanto debe ser suficientemente fuerte, creíble el ardid. El engaño como forma de anular la conciencia debe ser tal que la obnuble o tal forma que tornen inhábiles todos los frenos de la conciencia individual y social.

4.2.2.4. Imputabilidad de la responsabilidad.

Hablamos de imputabilidad cuando nos referimos a la posibilidad de determinar la culpa de un acto ilícito en una determinada persona; es decir en breves términos podríamos definir a la imputabilidad como la capacidad de culpabilidad.

⁴⁴ Ob. Cit. Art. 36

“La culpabilidad en el aspecto material consiste en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde a las exigencias del ordenamiento jurídico”⁴⁵

En este sentido debemos tener claro la relación entre los diferentes elementos que en suma conforman la responsabilidad.

Relacionamos ahora la voluntad y capacidad de actuar, la culpabilidad determinada en un proceso; y, finalmente la capacidad de ser imputados como responsables del acto ilícito cometido.

Entonces la imputabilidad en el ámbito penal es la capacidad de actuar culpablemente. Esa capacidad se reconoce, en principio, a todo hombre por el hecho de que es un ser inteligente y libre, o sea dotado de inteligencia y libertad (legalmente capaz).

Nuestra legislación penal establece en el Capítulo I, Título III, lo referente a la Imputabilidad y responsabilidad; pero no establece una diferencia cierta entre los dos términos.

Sin embargo, determina algunos casos de inimputabilidad; así, el Art. 34 del Código Penal determina:

“No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer.

⁴⁵ CEREZO, José.- Curso de Derecho penal Español III; Editorial UNED, 2003; Pág. 27

Si el acto ha sido cometido por un alienado mental, el juez que conozca de la causa decretará su internamiento en un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del ministerio público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado”⁴⁶.

La norma legal establece entonces la inimputabilidad del enfermo mental, lo cual nos lleva al concepto de capacidad, ya tratado anteriormente, en donde recordamos que los enfermos mentales son incapaces absolutos.

Posteriormente el Art. 39 del mencionado cuerpo legal, señala:

“Cuando un sordomudo cometiere un delito, no será reprimido si constare plenamente que ha obrado sin conciencia y voluntad...”⁴⁷

En la misma área de incapacidad; la norma que antecede, determina la inimputabilidad del sordomudo, pero establece siempre que se determine que no a obrado en forma consciente; lo cual se debe comprobar en el proceso que corresponda, partiendo de la suposición de que el Art. 1463 del Código Civil, establece que los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito son también incapaces absolutos.

Finalmente el Art. 40 del Código penal, determina:

⁴⁶ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Penal; Año 2011, Art. 34

⁴⁷ Ob. Cit. Art. 39

“Las personas que no hayan cumplido dieciocho años de edad estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia”.⁴⁸

Se determina con esta norma la inimputabilidad expresa de cualquier persona que no haya cumplido los dieciocho años, edad legal de la mayoría de edad en nuestro país; por tanto en el cometimiento de cualquier acto delictivo un menor de edad, no puede ser imputado en ningún grado de responsabilidad penal.

4.2.2.5. Grados de responsabilidad penal.

La culpabilidad constituye el aspecto subjetivo del delito: es un nexo psicológico que se da entre el autor y el hecho.

La culpabilidad es una realidad psíquica existente en el individuo. El dolo y la culpa son las formas en las que se puede manifestar la culpabilidad. La culpabilidad se agota en el dolo o en la culpa: dolo y culpa son la culpabilidad misma, son grados de la culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos por ella. Si, por el contrario, el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma, faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a un autor y, por tanto, no podrá ser sancionado con una pena.

⁴⁸ Ob. Cit. Art. 40

“Los elementos de la culpabilidad son los siguientes:

1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.).
2. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuirse a título de culpabilidad.
3. La exigibilidad de un comportamiento distinto. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto, fuera de los límites de la exigibilidad faltará”⁴⁹

Nuestra legislación establece como grados de responsabilidad a la figura jurídica bajo la cual se participó en el cometimiento de un acto ilícito; por tanto, los grados de participación según nuestro Código Penal se consideran en el grado de autor, cómplice y encubridor.

4.2.3. Los Sistemas Procesales.

Es de singular importancia conocer la trascendencia histórica que han tenido alrededor del mundo los sistemas procesales penales, tanto sus orígenes como su evolución, su

⁴⁹ INSTITUTO DE LA JUDICATURA DE BOLIVIA PROGRAMA DE CAPACITACIÓN Y ACTUALIZACIÓN PERMANENTE.- LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA TEORÍA DEL DELITO; Pág. 11

influencia y aplicación en las legislaciones que han acogido a uno u otro sistema.

Se reconoce por muchos tratadistas la existencia de tres importantes sistemas procesales: el inquisitivo, el acusatorio oral y el mixto. Según la concepción de otros autores como es el caso del Dr. Walter Guerrero Vivanco, quien a su criterio distingue: “cuatro sistemas procesales, que son el sistema acusatorio oral privado de antigüedad, el sistema inquisitivo escrito de la época medieval, el sistema mixto liberal..., y el sistema acusatorio oral público moderno de corte anglosajón⁵⁰”.

En el siguiente estudio me regiré por la corriente de los tres sistemas procesales de mayor importancia.

Respecto al sistema inquisitivo, éste tuvo enorme presencia y vigencia en la edad media, estuvo armonizado en su aplicación por el carácter legal y formal de valoración de la prueba y la confesión. Este sistema halla fundamento en el sistema procesal inquisitivo, la pesquisa, la escritura, la reserva o secretismo en el sumario, la ausencia de intermediación y desconcentración.

El sistema inquisitivo a lo largo de su historia ha tenido las siguientes características singulares:

- Su jurisdicción, que la ejercen jueces permanentes,
- La doble instancia a la que se arriba por medio de recursos;
- La posibilidad del juez de promover de oficio la acción;

⁵⁰ GERRERO VIVANCO Walter, “Los Sistemas Procesales Penales. Nuevo Código de Procedimiento Penal.” 2da Edición Pudeleco Editorial S.A. Marzo 2002. Ecuador. Pág.21

- La dirección del proceso a cargo del juez;
- La limitación del derecho de defensa del acusado;
- El carácter escrito, secreto y no contradictorio;
- El sistema de pruebas legales para su valoración;
- La instancia de resolución ; y
- La aplicación de prisión preventiva.

En nuestro país el sistema inquisitivo predominaba en el Código de Procedimiento Penal cuya vigencia regía desde el 10 de junio de 1983, hasta el 13 de junio del 2001, prescribiendo fundamentalmente que el juez debe instruir el sumario y sustanciar la etapa intermedia, todo este procedimiento llevado a cabo en su totalidad por escrito, e iniciando de oficio. De manera general se considera al sistema inquisitivo opuesto al sistema Acusatorio, por cuanto, el primero, en su tramitación y sentencia no prescinde de acusación pública o privada, puesto que el juzgador tiene plena atribución de acusar o decidir la absolución o condena.

En contraposición al sistema inquisitivo, sobresale el sistema Acusatorio Oral, que en sus remotos inicios era exclusivamente privado. Es probable que los cimientos de este sistema se hallen en el Código de Manú, para unos autores; mientras que con mayor certeza otros creen que este sistema nace en la antigua Atenas, extendiéndose luego a Roma hasta cubrir toda Europa. Fue mediante la invasión bárbara, que llegó el Derecho Germano a Roma, con características de marcada diferencia respecto del evolucionado proceso romano, de allí que este último sufriera profundos cambios en su forma inicial.

El derecho Romano se mantuvo en la península Ibérica; luego recibió la influencia del

derecho Germánico Canónico; se funcionó con la Lex Visigotorum y compilación de la Siete Partidas, el Fuero Juzgo, la Nueva y la Novísima Recopilación, hasta llegar a las colonias Americanas. La intervención del Ministerio Público, dentro del proceso penal, cuya función es netamente acusadora y, por ende, pilar fundamental del sistema acusatorio, tiene su nacimiento en la legislación francesa.

En este sistema, desde su inicio, se parte de la oralidad en todos sus actos de tramitación, la igualdad entre los intervinientes, asegura la imparcialidad del juez garantizando la continuidad en el proceso, la defensa inviolable y la apreciación del juez en cuanto a la prueba. Pasada la instrucción, y de hallar justificadamente méritos para acusar, llevará a juicio público al imputado, sugiriendo, necesariamente, la oralidad para esta etapa procesal.

Por su parte, en el proceso acusatorio de tipo anglosajón, el Ministerio Público tiene la función exclusiva de investigar y, de ser el caso, acusar, pero sin gozar de facultad jurisdiccional. Realiza la debida sustentación pública y oral ante el juez sobre los cargos que se le imputan al procesado. El juez o tribunal determinará por su parte la responsabilidad penal.

En relación al sistema Acusatorio Oral, enseña Carrara: “Presenta en un máximo grado la garantía de la libertad civil para los acusados, pero deja en grave peligro la tutela del derecho de los coasociados”⁵¹

Finalmente, el Sistema Procesal Penal Mixto, de carácter ecléctico, aparece luego de la

⁵¹ REINOSO HERMIDA Ariosto “El juicio acusatorio oral en el Nuevo código de procedimiento penal ecuatoriano” Corte Suprema de Justicia Quito. Año 2001. Pág, 51.

Revolución Francesa, dando fin al sistema inquisitivo puro. Se lo puede ubicar dentro del Código de Instrucción Criminal de 1808, o conocido también como Código Napoleónico. La primera parte del proceso mixto persiste en ser inquisitiva, con sus características de previa, permanentemente escrita, reservada y no contradictoria. Pero en su segunda etapa toma vigor la oralidad, el carácter público y contradictorio, propios del sistema oral.

Resaltándose así que este sistema recoge importantes elementos y características que son propios del sistema inquisitivo y del sistema Acusatorio Oral, con lo cual busca armonizar estas dos grandes tendencias.

Al respecto, Francisco Carrara opina que “el juicio penal mixto, es un término medio entre el proceso meramente acusatorio e inquisitivo...”⁵²

4.2.4. El Procedimiento Penal Vigente en el Ecuador.

Con relación al sistema procesal, presenta la máxima expresión de defensa a los intereses y derechos civiles al proclamar las garantías del debido proceso, expresando con exactitud las normas a seguir para su aplicación.

Esta consagración constitucional obliga intrínsecamente, a adoptar un cambio fundamental en las normas procesales generales, y como es de suponerse apunta también esta transformación, a la Ley Adjetiva Penal, o como es lo mismo al Código de Procedimiento Penal, con lo cual se deduce claramente que los procesos judiciales

⁵² REINOSO HERMIDA Ariosto “El juicio acusatorio oral en el nuevo código penal ecuatoriano” ob. Cit pág 55.

deben adoptar, para su tramitación, el sistema oral, tomando en cuenta sus principios dispositivo, de contradicción e inmediación con los que se pretende dar mayor agilidad al proceso.

El sistema oral al que se refiere la disposición Constitucional citada, obliga al cambio de la estructura procesal penal, específicamente; es decir, del sistema procesal inquisitivo que se mantenía en el Código de Procedimiento Penal desde el 13 de junio de 1983 hasta el 13 de julio del 2001, fecha en la cual entra en vigencia total el nuevo Código de Procedimiento Penal, siguiendo la tendencia del sistema acusatorio oral, luego de su publicación en el R.O. Nro. 360 del 13 de enero del 2000.

Es entonces que el Ministerio Público debe intervenir en la primera etapa del proceso denominada Etapa de Instrucción Fiscal, en la cual los agentes fiscales tienen la tarea de dirigir y promover la investigación de las circunstancias que rodean al hecho para determinar si este constituye delito, en tal virtud proceder a identificar a los presuntos responsables de este acto punible, y consecuentemente acusar de haber fundamento suficiente para ello, ante los jueces y tribunales penales.

Esta acusación, impulsa o no, al desarrollo del proceso penal, de allí la trascendencia de la acusación fiscal, por lo mismo, quienes cumplen con esta delicada función de acusar, llevan en sus hombros una sagrada responsabilidad, en virtud de que si no existe acusación, en efecto, no habrá juicio penal, está entonces en manos de los fiscales posibilitar que la justicia cumpla con su anhelada misión.

Es entonces que la ley procesal penal en nuestro país introduce en su estructura el

sistema acusatorio oral el mismo que se fundamenta en los siguientes principios esenciales:

1. El principio de Oralidad, que busca consagrar los propósitos fundamentales del debido proceso, para llegar a la certeza que existe o no delito, busca dar mayor agilidad y celeridad al proceso por medio del debate público. Es por tanto el principio de oralidad cosustancial con el principio de publicidad;

2. El principio de contradicción permite a las partes intervinientes confrontar sus argumentos sostenidos en las pruebas de cargo de parte del acusador, y de descargo de parte del acusado, esto le permitirá al juzgador obtener la debida convicción sobre el hecho, para luego dar el fallo respectivo;

3. Con respecto a la inmediación, parte de la apreciación y valorización judicial de las pruebas y de escuchar a los sujetos procesales sobre cada una de sus ponencias, todo esto representa el contacto directo que tiene el juez con las partes involucradas en el proceso y de todos aquellos con sus pruebas y sus sostenimientos.;

4. La Concentración, o también llamada continuidad del proceso, es la consecuencia de la oralidad e inmediación. El juez en su memoria tiene presente las fundamentaciones que presentaron las partes en sus intervenciones, así como la confrontación de pruebas desarrolladas en la audiencia del juicio, esto lleva al convencimiento exacto del asunto litigado, para que luego el juez dictamine, en base a su criterio, la sentencia que corresponda. Con ello se lograría la ininterrupción del proceso.

5. En cuanto a la Publicidad, este principio permite a la colectividad en general presenciar el enjuiciamiento, tener una convicción general, y a la vez, controlarlo y

verificar la transparencia y normal desenvolvimiento con respecto al juicio y con respecto a los funcionarios de justicia. Esto da al ciudadano y a la Función Judicial un contacto directo entre sí.

El tratadista Ricardo Vaca Andrade, sostiene que:

“El sistema procesal diseñado con miras a obtener agilidad y eficiencia, que no es enteramente contradictorio, como tampoco es absolutamente acusatorio oral, presenta algunas innovaciones que merecen aplauso y reconocimiento. Desafortunadamente, se desarrolla un Código de Procedimiento Penal que acusa graves defectos, contradicciones y vacíos. Las equivocaciones no son de simple numeración de artículo o atribuibles a una copia inexacta, despreocupada en todo caso, de disposiciones que ya constan en el Código de Procedimiento Penal vigente desde 1983. Son errores de fondo... En definitiva, el nuevo sistema procesal es nuevo, pero el Código de Procedimiento Penal que lo regula es deficiente.”⁵³

De su parte el Dr. Reinoso Hermida sostiene que:

“Hace falta, por supuesto un trabajo serio y sistemático, ajeno a presiones coyunturales, para dotar al país de una legislación procesal penal adecuada a su realidad social y cultura...Si es que realmente se pretende modernizar la legislación procesal penal, lo honesto y procedente, es presentar un nuevo proyecto revisando y retocando cada institución, cada precepto normativo,

⁵³ VACA ANDRADE Ricardo. “Manual de Derecho Procesal Penal” Ob. Cit Pág 86

manteniendo en su contexto, total coherencia y técnica jurídica...Lo importante es que el legislador ha logrado seguir los modelos o paradigmas de los códigos modernos europeos y latinoamericanos introduciendo modificaciones sustanciales, a fin de simplificar la estructura del Código en lo que concierne a la substanciación de los procesos que incluyen la presentación y contradicción de las pruebas, mediante el sistema oral facilitando su manejo, convirtiéndolo en un instrumento dúctil para la administración de justicia, sujeta a las garantías constitucionales del debido proceso y velando el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad, concentración, contradicción”⁵⁴

En tanto que el Dr. Efraín Torres Chávez manifiesta:

“...cierto escepticismo en la aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal, en nuestro País. Conozco de cerca la estructura piramidal de la policía, absoluta y definitivamente jerarquizada en sus propios mandos, lo cual le hace impermeable a las órdenes y dirección de un civil como es el Fiscal”⁵⁵

Por su parte el eminente tratadista Jorge Zavala Baquerizo opina que:

“Los mandatos constitucionales sobre el “debido proceso” se convierten en membretes retóricos cuando son manipulados por un funcionario extraño a la función judicial que surge parcializado desde la iniciación del proceso. Y cualquiera que sea la opinión de los promulgadores del Código de Procedimiento

⁵⁴ REINOSO HERMIDA Ariosto “El juicio acusatorio oral en el Nuevo código de procedimiento penal ecuatoriano” Ob. Cit. Pág. 42.

⁵⁵ TORREZ CHAVEZ Efraín. “Breves Comentarios de Código de Procedimiento Penal Con Practica Penal” Tomo II, 1ra. Edición. Corporación de estudios y Publicaciones. Año 2001. Ecuador Pág. 6

Penal impugnado , el fiscal de acuerdo a dicho Código, es un juez de la primera etapa del proceso penal, que ha reemplazado en dichas funciones al titular del órgano jurisdiccional penal, que es el juez de lo penal, quien en el citado Código queda reducido a una figura casi innecesaria,..., se le resta la independencia para poder, en un momento procesal dado, dictar el auto de apertura al juicio, si es que su opinión está en desacuerdo con la del Fiscal..⁵⁶

Del análisis de los criterios de los autores citados cabe hacer las siguientes reflexiones:

- Nuestra legislación requiere, en el ámbito procesal penal, de una ley Adjetiva acorde a su naturaleza y realidad;
- El actual procedimiento penal no cumple con la sustanciación que debe llevarla a efecto mediante el sistema oral, en consecuencia no se aplica la oralidad a todas las etapas del proceso penal, por cuanto, la sustanciación, de acuerdo al sistema procesal acusatorio oral, se realiza desde su inicio hasta su conclusión, contraviniendo así con las normas constitucionales que mandan a adoptar el sistema oral para los procesos judiciales;
- El procedimiento penal alcanza un cierto grado de modernización por la introducción del sistema oral y sus principios, además de las normas que garantizan el debido proceso, pero requiere la revisión de ciertas disposiciones que no permiten la verdadera aplicación tanto del sistema oral como de las garantías del debido

⁵⁶ ZAVALA BAQUERIZO Jorge. "Inconstitucionalidad del Nuevo Código de Procedimiento Penal. Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Año 2001. Pág. 29

proceso, además de esto se debería dar al nuevo procedimiento penal mayor coherencia legal jurídica y técnica procesal.

- La organización de la Política Nacional y sus entes, está regida y sometida al estricto mando de la autoridad superior, esto entorpece sustancial y gravemente el desarrollo de la investigación procesal y procesal penal que deben realizar los agentes fiscales;
- El fiscal es un funcionario que no es parte de la Función Judicial, su labor dentro del Procedimiento Penal es parcializada, lo que atenta con las garantías constitucionales del debido proceso; y,
- Al juez de lo Penal se le ha restado su independencia para dictar auto de apertura a juicio cuando su opinión este en desacuerdo con la del fiscal.

4.2.5. Evolución histórica de la pena privativa de libertad.

Como sabemos sustanciado un proceso penal, se persigue una sanción para el culpable, sanción que en esencia y dada la gravedad de las afectaciones que produce el hecho ilícito en la sociedad debe ser como consecuencia lógica la privación de la libertad del culpable.

La cárcel, como centro de aislamiento obligatorio para extinguir una pena concreta -la privativa de libertad-, resulta una institución moderna. Si bien la sociedad romana conoció el ergastulum, estos lugares no se hallaban destinados al cumplimiento de una determinada pena.

La consolidación de los regímenes autoritarios, que tuvo lugar en la sociedad feudal, ejerció particular influencia en el terreno de la penalidad. Se instituyó un complejo sistema de castigos que afectaban al enjuiciado en sus bienes (las penas pecuniarias), en su integridad física y en su vida (las penas corporales y la de muerte), y en su honor (las penas infamantes), las cuales aprovechaban en su ejecución todas las formas imaginables de la crueldad sobradamente conocidas.

“La cárcel nace como pena en sentido propio en el seno de las corporaciones monásticas de la Alta Edad Media, recibiendo después el favor de la Iglesia Católica con las Decretales de Inocencio III y de Bonifacio VIII, a causa de su específica adecuación a las funciones penitenciales y correccionales”.⁵⁷

Hasta finales del siglo XVI su función era la de custodiar a los detenidos hasta el juicio, por lo que la pena privativa de libertad no se trataba de una verdadera pena, no tenía el carácter punitivo que la caracteriza hoy en día.

“Su carácter era únicamente procesal, y el Derecho Penal, en su lugar, prefería recurrir a la pena de muerte y a las penas corporales. Bajo la influencia del Derecho canónico, comenzaron a ensayarse algunos modelos correccionales y a concebirse determinados tipos de penas, para los pequeños delitos, para los delincuentes menores y para los individuos sin trabajo, vagabundos o mendigos. De todos estos ensayos merecen destacarse, por su proyección posterior, el centro de Bridewel (1552) construido en Londres como House of Correction, la Rasphuis holandesa (1595) y la Casa Hospital y Asilo de Corrección construida

⁵⁷ Ferrajoli, L., “Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal”, Trotta, Madrid, 1997, p.391.

en Sevilla, también en el siglo XVI. Hubo que esperar a la aparición de una utilidad económica para que la pena de prisión iniciara su nuevo camino histórico.⁵⁸

Montavani considera que su origen es más simplista, y estima el autor italiano que:

“La pena detentiva surge del mismo paso de la cárcel procesal a la cárcel como pena. Porque en aquella época en que se tendía a la eliminación, o al menos reducción, de la pena de muerte y de las penas corporales, el que la cárcel consiguiera acumular efectos punitivos y neutralizantes respecto al reo, de terror respecto a potenciales desviados, de seguridad ante la colectividad, y de reducción de los encarcelados, marcó un indiscutible debilitamiento del instinto vengativo colectivo que, sea cual sea la medida, siempre acompaña a toda pena.⁵⁹

La cárcel como pena nace junto con la sociedad capitalista, y ésta ha condicionado la existencia de aquella a lo largo de la historia. La prisión, por consiguiente – y esto es lo que queremos poner de manifiesto-, posee una estrecha relación interna con los fenómenos económicos-sociales y políticos –generalmente materializado en las necesidades de dominación-, que al mismo tiempo explican sus debilidades y contradicciones intrínsecas. Pensar, por tanto, que la cárcel surge bajo el impulso de un acto humanitario, y con el anhelo de fomentar la reforma del delincuente –tal y es caer ciertamente en la ingenuidad y hacer un análisis excesivamente simplista.

⁵⁸ Mir Puig, Santiago., “Manual de Derecho Penal. Parte General”; PPU, Barcelona; p.701.

⁵⁹ Mantovani, Ferrando., “Il problema della criminalità”; Cedam, Padova, 1984; p.487.

El encierro, como pretendemos demostrar no es más que un producto histórico. No tiene un origen de sanción penal sino económico-social, y, precisamente por ello, es susceptible tanto de ser explicado como superado, en tanto forma de control social, planteando para un futuro, su sustitución definitiva por alternativas apropiadas. Del proceso que ha sufrido hasta llegar a su configuración y percepción actuales, y prescindiendo de lejanos precedentes anteriores a la Edad Media, caben diferenciarse, en todo caso, tres grandes etapas:

I. Del siglo XVI a la segunda mitad del siglo XVIII. La cárcel como instrumento regulador del mercado de trabajo.⁶⁰

El paso de la cárcel de custodia a la cárcel de cumplimiento viene, en gran medida, de la mano de los cambios sociales y económicos, y la utilización de la fuerza de trabajo de los encarcelados –con modalidades, incluso, más atroces aflictivamente que la propia pena de muerte.

En los siglos XV y XVI, con la llegada del mercantilismo⁶¹ y de la superación del modelos feudalista, una gran parte de la población campesina se queda en la miseria a causa de la guerras –entre otras muchas razones-, atraída por la actividad económica, sobre todo el comercio, desarrollado en las ciudades, emigra hacia ellas en busca del trabajo que paulatinamente iban creando los nuevos medios de producción. Miles de estos campesinos llegan convertidos en mendigos, vagabundos y bandidos, si bien la

⁶⁰ Sanz Mulas, Nieves. “Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana”, Editorial Colex, Madrid, 2000; p.180.

⁶¹ “Las sanciones subsidiarias”; Ponencia presentada en Seminario Internacional sobre implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil; 24 y 25 de Febrero de 2005, Ciudad de La Habana, Cuba.

gran mayoría forman una gran masa de desocupados que la naciente manufactura no podía absorber a la velocidad que imponían las circunstancias.⁶² Los azotes, el destierro y la ejecución fueron los principales “remedios” político-sociales adoptados para acabar con este problema, pero evidentemente, en algún sitio debían estar y eran demasiados para ser ahorcados, y “más a sabiendas de que su miseria era mayor que su mala voluntad”- escribe García Valdés-.⁶³

Las cosas comienzan, no obstante, a cambiar en la segunda mitad del siglo XVII y la primera del siglo XVIII. La mano de obra se hace necesaria y el escaso crecimiento demográfico en esa época –incluso su detención y fuerte disminución a causa de las guerras religiosas y los propios disturbios internos- no ayuda demasiado.⁶⁴ Ante tal situación se exige la intervención del Estado, a efectos de que garantice las altísimas ganancias que había reportado la conocida como “Revolución de Precios” del siglo XV, y se vuelve la mirada hacia la cárcel, que en tales circunstancias aparece como la “fábrica” ideal de la mano de obra barata, y al mismo tiempo la mejor escuela para que los marginados aprendieran a trabajar con arreglo a las nuevas técnicas. Este es el principal motivo por el que en algunos países europeos como Inglaterra y Holanda surgen las llamadas “Casas de Trabajo”, cuyo objeto es recluir y hacer trabajar para el Estado a toda clase de marginados- dígame vagos, prostitutas, delincuentes, viudas, ancianos, entre otros-, ya sea por mandato judicial o por uno administrativo. La pena de

⁶² Melossi-Pavarini, “Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)”, Nueva Criminología, Siglo Veintiuno editores, S.A., México, 1980, pp.30 y ss.

⁶³ García Valdés, C., “El nacimiento de la pena privativa de libertad”; CPC No.1, 1977, p.37.

⁶⁴ Mir Puig, S., “Manual de Derecho Penal. Parte General; p.701.

prisión se sitúa, por tanto, en una posición intermedia entre la simple multa y el leve castigo corporal, la deportación y la pena de muerte.⁶⁵

Son estos unos tiempos fuertemente influenciados por el Protestantismo y el Calvinismo, y su concepción del mundo basada en la ética del trabajo.⁶⁶El trabajo se considera conveniente para los ociosos y los perezosos, y por ello se escogía el método más difícil y fatigoso de llevarlo a cabo. No obstante, si bien el fin predicado con ellas era el de doblegar la resistencia de tales personas a la fuerza de trabajo, la verdad es que –como advierte Melossi y Pavarini- responden más bien a una “exigencia relacionada con el desarrollo general de la sociedad capitalista que a la genialidad individual de algún reformador.⁶⁷No es por ello extraño que se haya llegado incluso, a afirmar que, en sus orígenes, la cárcel ciertamente contribuyó a regular el mercado laboral.⁶⁸

Que la cárcel se convirtió en una especie de mecanismo regulador de la oferta de mano de obra disponible según fueran las necesidades del sistema productivo. Filosofía en todo caso congruente con el sistema liberal, en cuanto que el tiempo es valor de cambio, y en base a ello la privación de libertad –también mensurable- repara y compensa el daño causado por el delincuente.⁶⁹

Las cosas cambian, sin embargo, con la superación del mercantilismo, el establecimiento del liberalismo económico y la entrada en escena del maquinismo

⁶⁵ Melossi-Pavarini., “Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI -XIX); Nueva criminología, Siglo Veintiuno editores, S.A; México, 1980; p.34.

⁶⁶ Rico Lara, M., “La prisión: ¿estigma o rehabilitación?”, CPC, No. 25, 1985, p.79.

⁶⁷ Melossi-Pavarini; Ob. Cit.; p.35.

⁶⁸ Berdugo Gómez de la Torre, I., “Lecciones de Derecho Penal”; Editorial Praxis; Barcelona, 1996; p.292.

⁶⁹ Rico Lara, M.; “La prisión: ¿estigma o rehabilitación?”; p.82.

industrial en la segunda mitad del siglo XVIII. Son factores, todos ellos, que convierten al trabajo carcelario en no rentable para los empresarios, y la pena de prisión en lo que ahora es: la sanción más importante de todos los sistemas punitivos, y cuya finalidad primordial es la privación de libertad en sí misma.⁷⁰

II. Segunda mitad del siglo XVIII y siglo XIX. La prisión como pena regida por la ideología iluminista disciplinante.

El aumento excepcional que de mano de obra ofertada advino con la Revolución Industrial, hace que se critique fuertemente el trabajo carcelario por considerarlo dañino para las posibilidades de empleo de los trabajadores libres desocupados-, lo que conduce a su práctica desaparición. Ocurriendo esto, a las prisiones no les queda sino ocupar un papel puramente intimidativo. La pena de prisión se convierte en una pena inútil económicamente, y es aceptada por lo general como un mal inevitable.⁷¹ Aparece como pena en sí misma, con núcleo y esencia en la propia privativa de libertad, y progresivamente va sustituyendo a la pena de muerte y las penas corporales, porque, en comparación, aparece como un método sancionatorio más “humano” y eficaz.⁷²

En el Siglo de las Luces se produce la sustitución de la idea de Casa de Trabajo por la de Centro de Detención, que a través de la privativa de libertad misma lleva aparejada la búsqueda de la transformación técnica de los individuos, su corrección. Se asiste a una nueva estrategia de dominio sobre las personas en el concepto de disciplina, donde

⁷⁰ Sanz Mulas, Nieves; “Alternativas a la pena privativa de libertad. Ob. cit., p.182.

⁷¹ Bustos Ramírez, J.; “Control Social y sistema penal”; PPU, Barcelona; p.461.

⁷² Sanz Mulas, Nieves; “Alternativas a la pena privativa de libertad, ob.cit., p.182.

la modalidad de encierro predominante es el panóptico,⁷³ o de control y vigilancia constantes del recluso.⁷⁴ El castigo tiende, pues, a ocupar la posición más oculta del proceso penal y se basa en la más estricta disciplina.⁷⁵ Y es que, como nos dice con razón Foucault, “las luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas”.⁷⁶ “La afinación de la técnica jurídica, y la aceptación cada vez más compleja de los derechos civiles fundamentales en materia penal, se acompaña con el reforzamiento y el endurecimiento de la represión” -resume Feuerbach.⁷⁷ Nos encontramos -de acuerdo con Melossi-Pavarini⁷⁸ ante una fase intermedia en que a la vocación productivista y resocializante se comienza a sobreponer el fin intimidatorio y de puro control.

El castigo ya no busca recaer sobre el cuerpo y pasa a hacerlo sobre el alma del condenado. “A la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones”.⁷⁹

El suplicio de los cuerpos y la tortura dejan paso a los castigos moderados, silenciosos y refinados, ejecutados en la penumbra de los claustros. “Los castigos son menos inmediatamente físicos, se da una cierta discreción en el arte de hacer sufrir, un juego

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ Foucault, M.; “Vigilar y Castigar”; Siglo Veintiuno editores, S.A.; Madrid, 1992; pp.203 y ss.

⁷⁵ Cesano, José Daniel; Codirector de la Revista “Ley, Razón y Justicia “Universidad y Cárcel”, Mayo 2002.

⁷⁶ Foucault, M.; *Ob. Cit.* p.225

⁷⁷ Melossi-Pavarini; “Cárcel y Fabrica”; p.86.

⁷⁸ *Ibid.*; p. 64.

⁷⁹ Foucault, M; “Vigilar y Castigar”; Siglo Veintiuno Editores, S.A., Madrid, 1992; p.24.

de dolores más sutiles, más silenciosos, y despojados de un fasto visible” – escribe al respecto, Foucault.⁸⁰

Las ideas iluministas, no obstante, si bien no cambiaron el estado de las prisiones- que no solo heredan los vestigios de crueldad de las épocas anteriores sino que empeoraron de forma alarmante⁸¹, consiguieron logros ni mucho menos desdeñables: nace una corriente humanista entre la sociedad y los gobiernos, la ejecución de la pena se normativiza con las consiguientes dosis de garantías jurídicas para los reclusos y se dan modificaciones sustanciales con la implantación del sistema progresivo⁸², se extiende el internamiento celular- partiendo de los dos grandes prototipos desarrollados en Norteamérica: el Filadélfico y el Auburniano⁸³; y, lo que es más importante, se restringen paulatinamente los castigos corporales y los instrumentos de terror tales como el uso de grilletes, esposas y cadenas.⁸⁴

La pena de prisión en este momento, por tanto, ya reúne tres de las características definitorias que aún mantiene. Se concibe en sí misma como pena; su imposición le corresponde a los tribunales adheridos al principio de igualdad; y comienza a preocupar el modo en que se ejecuta, bien para humanizarlo o bien atendiendo a otros fines –como por ejemplo, a contribuir en los procesos económicos que ocurren

⁸⁰ *Ibidem.*; p.24.

⁸¹ Sanz Mulas, Nieves; “Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana”, p.183.

⁸² De Lamo Rubio, Jaime.; “Penas y medidas de seguridad en el Nuevo Código”; Bosch, Barcelona, 1997, p.68.

⁸³ Tamarit Sumalla, Josep María.; Curso de Derecho Penitenciario; Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996, Cedecs, Editorial S.L., Barcelona, 1996, p.31.

⁸⁴ Mapelli Caffarena- Terradillos Basoco; “Las consecuencias jurídicas del delito”; p.76.

en el mercado de trabajo.⁸⁵ Es por ello que finalmente somos del criterio que el Iluminismo proporcionó la base ideológica de toda la reforma penitenciaria desarrollada, fundamentalmente en Europa, durante el siglo XVIII. La labor que realizaron Howard, Beccaria, Filangieri o Bentham, dentro y fuera de sus países, contribuyó eficazmente a la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad en la ejecución de la pena privativa de libertad. Se entendió entonces que más eficaz que la pena severa era la pena cierta, pronta y proporcionada al delito.

Si bien los aspectos crueles de la prisión no desaparecieron total y definitivamente, el pensamiento ilustrado consiguió tres importantes logros en relación con la pena de prisión: primero, se originó una cierta corriente humanista entre la opinión pública; segundo, se reglamentó la ejecución de la pena, propiciándose, de este modo, las garantías jurídicas de los penados; y tercero, se introdujeron algunos cambios sustanciales, tales como la aplicación del sistema progresivo, la restricción de los castigos corporales y el empleo de símbolos de terror como los grilletes y las cadenas.⁸⁶

Es el triunfo de la institución penitenciaria que, iniciada en Norteamérica a finales del siglo XVII –y concretamente en Pennsylvania, como invento de los cuáqueros-, se extiende posteriormente al resto del mundo, y que sin demasiadas transformaciones llega hasta nuestros días.⁸⁷

⁸⁵ Cruz Castro, Fernando; “El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios”; RIDP # 1; pp.42 y ss.

⁸⁶ Quirós Pírez, Renén; “Las sanciones subsidiarias”; en Ponencia presentada en Seminario Internacional sobre Implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil; Febrero de 2005, Ciudad de La Habana, Cuba.

⁸⁷ Morris, N.; “El futuro de las prisiones”; Siglo Veintiuno editores; Madrid, 1978; p.21.

La “maqueta” de institución carcelaria concebida por los iluministas está dominada por un principio de clasificación cuyas bases son rígidamente objetivas, para de este modo asegurar la actuación de la ley e impedir, al mismo tiempo, cualquier forma ejecutiva desigual; pero ésta no es, sin embargo, su única función. Con ese modelo estructural también se busca evitar el contagio criminal de los sujetos peligrosos, objetivo por el cual comienzan a aflorar tipologías clasificatorias basadas en la personalidad del condenado y su comportamiento en el ambiente carcelario. Esta es –advierte Padovani- la primera muestra clara que, de desconfianza, hay de la prisión respecto a su capacidad de alcanzar, por sí misma, los objetivos preventivos que, supuestamente, estaba llamada a cumplir.

Se comprueba, en pocas palabras, que para incidir sobre el individuo no basta con insertarlo en una estructura planificada, sino que es necesario valorar sus características y tomar los elementos más cualificadores de su personalidad para que la cárcel pueda penetrar en él. Es necesario incidir sobre el sujeto en concreto.⁸⁸

Esta idea de reformar al delincuente mediante la privación de libertad se extiende a partir del siglo XIX coincidiendo con los movimientos humanizadores y pedagógicos de la vida en prisión. Son corrientes que, como la de Dorado Montero o la Escuela de Von Liszt, propugnan la prevención especial; la corrección del delincuente. Se abandonan, en definitiva, los fines retributivos –como fundamento de la pena pero no en

⁸⁸ Padovani, T.; “L’ utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica”; Milano, 1981, p.31.

sus exigencias de proporcionalidad- para dejar paso a los preventivos. Ha llegado la hora de corregir o reeducar al condenado.⁸⁹

III. Finales del siglo XIX y siglo XX. La incesante búsqueda de la resocialización.

A lo largo de los siglos XIX y XX la labor predominante, por tanto, es de continua búsqueda de modelos penitenciarios dinámicos capaces de satisfacer las metas resocializadoras. La custodia o retención del reo no dejan paso, en estos momentos, a diversos esquemas carcelarios, destacando los que, al resaltar entre los fines de la pena el de la corrección del delincuente, sitúan como piedra angular la idea del tratamiento. El sistema penitenciario inicia una evolución hacia la subjetividad.⁹⁰ Hacia la individualización de las penas conforme a las características singulares del individuo concreto. Sin embargo, la evolución hacia tal objetivo no es lineal y progresiva, sino más bien fluctuante y contradictoria, reflejo claro de la lucha de filosofías penales entre el humanitarismo y el positivismo científico.

Mientras al humanitarismo se le debe la moderna concepción de la prisión, con el sentido y las características definitorias precursadas al respecto por nombres de la talla de Beccaria –con su percepción de la pena como forma no de expiación del delito cometido, sino como modo de impedir la causación de nuevos daños retrotrayendo de tal comisión también a los demás ciudadanos; Howard y Bentham – padres de toda pretensión reformadora que trate de incorporar la idea de humanidad a las prisiones-; a la perspectiva criminológica positivista, su preocupación en cuestiones de método y

⁸⁹ Sanz Mulas, Nieves; Alternativas a la pena privativa de libertad. Ob. cit., p.185.

⁹⁰ Mapelli Caffarena- Terradillos Basoco; “Las consecuencias jurídicas del delito”; pp.81- 82.

técnica, que en reducir el empleo de la prisión y la gravedad del régimen carcelario, siendo el aparato de legitimación apropiado para que a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y gran parte del XX, se asistiera a un importante fortalecimiento de la cárcel como pena⁹¹. Parece contradictorio pero en esencia no lo es tanto. La explicación es bastante lógica.⁹²

En la prisión se podían concretar, mejor que con cualquier otra persona, tanto los planteamientos retributivos –en sus ansias proporcionalistas- como de prevención especial dominantes en esos momentos en el pensamiento penal. De una parte, la posibilidad de división y cuantificación de esta pena permitía aplicar una cantidad de mal igual al provocado con el delito, cosa que satisfacía a los más retribucionistas. De otro lado, la cárcel, como si de un hospital se tratase, permitía disponer completamente del sujeto a la hora de aplicarle el tratamiento pertinente en aras al planteamiento preventivo- especial, lo que satisfacía enormemente a los correccionalistas.⁹³ En tal contexto es lógico que las penas privativas de libertad se impongan como el más importante y significativo instrumento sancionatorio. Una concepción de la prisión que, desafortunadamente llega al día de hoy.⁹⁴

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. Normas constitucionales que permitirían establecer responsabilidad penal en las personas.-

⁹¹ Quirós Pirez, Renén; “Las sanciones subsidiarias”; en Ponencia presentada en Seminario Internacional sobre Implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil; 24 y 25 de Febrero de 2005, Ciudad de La Habana, Cuba.

⁹² Sanz Mulas, Nieves; Alternativas a la pena privativa de libertad. Ob. cit, p.185.

⁹³ Bustos Ramírez, J.; “Control Social y sistema penal”; p.459.

⁹⁴ Sanz Mulas, Nieves; Alternativas a la pena privativa de libertad. Ob. cit., p.186.

La naturaleza normativa de la Constitución significa que debe ser aplicada por los poderes públicos encargados de la aplicación del derecho, tal carácter normativo de la Constitución, es la necesidad de interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a ella, los órganos aplicadores deben optar por aquellas que consideren más cercanas a los principios y valores constitucionales es decir más cercana a las de garantía de los derechos fundamentales.

“La Constitución es norma jurídica que se manifiesta en el desarrollo, equivale a una integración del Estado de derecho, es decir, a la sujeción a la ley por parte de todos los poderes, incluido el Legislativo, que se subordina también al derecho y a la Constitución, ya no sólo en las formas y procedimientos de formación de las leyes, sino también de sus contenidos.”⁹⁵

La sujeción a la ley ante todo, a la Constitución de hecho, transforma al Juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos.

Las garantías que están determinadas en la constitución generalmente significan conceptualmente que están previstas para proteger a los derechos cuando estos son vulnerados, por tanto sirven para poner freno a la arbitrariedad y la ilegalidad, ahora se debe mirar y aplicar que su existencia debe suponer que tienen además la característica de ser directamente aplicables por tanto además son de característica procesal. Bajo

⁹⁵ Ferrajoli, Luigi. El papel de la función en el Estado de Derecho. Estado de Derecho, derechos fundamentales y proceso penal. Cuestiones Problemáticas. En la Prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales. Jurista editores E.I.R.L. Lima. Marzo del 2007. Págs. 16 y 17.

estos presupuestos la actual Constitución utiliza la expresión derechos fundamentales que piden una identificación que deslinde su ámbito de aplicación y alcance.

La sola vigencia de la Constitución obliga a tenerla como el máximo instrumento jurídico de una nación, es la normativa primigenia, de la cual se deriva y en la cual se sostiene el ordenamiento jurídico como estructura jerárquicamente escalonada, en consecuencia, el orden jurídico debe estar de acuerdo con la Constitución y no debe transgredirla.

Una Constitución no puede ser apropiadamente leída, coherentemente interpretada y lúcidamente aplicada si el operador jurídico no dispone para ello de una teoría constitucional moldeada, y al mismo tiempo profundamente anclada a esa norma fundamental.

Solo una teoría constitucional logrará superar las contradicciones internas, los vacíos y las oscuridades que acusa una Constitución. Con una teoría constitucional clara de los derechos constitucionales es garantía de que estos tengan una identidad confiable, un alcance preciso, un ámbito de aplicación seguro y puedan ser efectivamente tutelados, instrumento que permitirá igualmente dirimir los conflictos de los intereses de las personas y sus deberes constitucionales, entre los derechos individuales o las colisiones de los derechos entre sí.

En la Constitución, los derechos fundamentales, como bien jurídico protegido, encabezan la lista de los derechos, lo que evidencia el más alto nivel de los valores vinculados a los intereses colectivos y al bien común.

“Los diversos pueblos y civilizaciones fueron estableciendo estos atributos humanos esenciales y básicos – vale decir derechos – para hacer posible una vida digna, justa y libre, estos derechos llamados fundamentales han sido clasificados en tres grupos siguiendo el criterio cronológico e histórico en cuanto a su aparición y reconocimiento por lo que se habla de generación de derechos, a la primera corresponden los derechos más antiguos y corresponden los derechos civiles o individuales y los políticos, en la segunda generación están los derechos económicos, sociales y culturales; y, en la tercera generación los más recientes, el derecho al desarrollo económico y el derecho al medio ambiente sano”⁹⁶.

Los derechos de primera generación fueron los primeros en aparecer y ser reconocidos, típicamente individuales, otorgados a la persona, tienen como principio el de garantizar la vida, la libertad, la igualdad ante la ley, la seguridad, la libre circulación, reunión, asociación, la propiedad privada entre otros.

En los derechos civiles y políticos – de primera generación – la protección y garantía que debe dar el Estado se resume en no violarlos, en no lesionarlos mediante su acción u omisión. Para ello se señalan los límites de la acción estatal. Es decir se establece un estado pasivo, cuya obligación es la de abstenerse.

Tales derechos no sólo son derechos subjetivos, sino elementos consustanciales y básicos de la naturaleza misma del hombre y, éstos dentro del ordenamiento jurídico como hemos mencionado, pero derechos que serían simples expresiones formales si no

⁹⁶ Chiriboga Zambrano, Galo. – Salgado Pesantez, Hernán. Derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. ILDIS. Primera Edición 1.995. Pág. 17.

tuviesen vigencia efectiva en la realidad, es decir si no logran una realización plena o si ante la violación de los mismos no existiese mecanismos adecuados para tutelarlos y protegerlos.

La regla de oro, es que todo daño sea material o moral requiere ser reparado, entonces el mecanismo protector idóneo, constituirá el proceso, medio de composición o prevención de conflictos por medio del cual, las partes en disputa someten su pretensión o sus intereses contrapuestos a decisión de un tercero – el Juez- que representa al órgano jurisdiccional. De este modo el derecho debe reaccionar ante un daño jurídico que no se pueda justificar, aun cuando provenga de una conducta que es lícita o tiene apariencia de legítima, impidiéndola, evitándola o poniéndole fin.

La consecuencia del perjuicio a desmedro de los derechos de categoría constitucional, la jerarquía constitucional nacida de la necesidad de evitar pérdidas, destrucciones, deterioros, abusos, provienen justamente del espíritu garantista de la norma constitucional, que impone límites naturales a la acción de todos los seres humanos, y consecuentemente es su espíritu, el de tutelar esos derechos subjetivos.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, contempla el derecho a la tutela judicial efectiva que se relaciona estrechamente con el tema de las garantías esenciales, así el desarrollo alcanzado por el proceso justo – también llamado due process of law o debido proceso - ha dado lugar a que se cuente con dos manifestaciones, la sustancial y la procesal, sin perjuicio de que, además, sea utilizado como un instrumento para canalizar la aplicación de los derechos recogidos en el Bills of Rights debido proceso sustantivo o sustancial - exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas,

actos administrativos o resoluciones judiciales, sean justos, razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez.

La manifestación procesal del proceso justo - llamada debido proceso formal, adjetivo o procesal - pone de manifiesto que se trata de un derecho complejo de carácter procesal, pues está conformado por un conjunto de derechos esenciales que metodológicamente pueden agruparse en aquellos que garantizan el derecho al proceso y los que aseguran el derecho en el proceso.

Definimos al proceso justo o debido proceso como aquel derecho fundamental a la justicia a través del proceso y también del procedimiento; es decir, como el derecho de todo sujeto de derecho a un proceso o procedimiento en donde su inicio, desarrollo y conclusión, así como las decisiones que en ellos se emitan, sean justos.

Se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales - como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros - que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier otra norma.

4.3.2. Análisis del Capítulo II Título III Libro I del Código Penal.

Desde una perspectiva político criminal orientada a la función del Derecho penal, puede sostenerse que el propósito de proteger bienes jurídicos a través del Derecho penal se

vería mejor logrado de establecerse un sistema legal de imputación directa a la persona natural. Esto, por consideraciones de orden cuantitativo y cualitativo provocando la generación de daños materiales y daños inmateriales.

Nuestra legislación penal establece en el Capítulo I, Título III, lo referente a la Imputabilidad y responsabilidad; pero no establece una diferencia cierta entre los dos términos.

Sin embargo, determina algunos casos de inimputabilidad; así, el Art. 34 del Código Penal determina:

“No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer.

Si el acto ha sido cometido por un alienado mental, el juez que conozca de la causa decretará su internamiento en un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del ministerio público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado”⁹⁷.

La norma legal establece entonces la inimputabilidad del enfermo mental, lo cual nos lleva al concepto de capacidad, ya tratado anteriormente, en donde recordamos que los enfermos mentales son incapaces absolutos.

⁹⁷ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Penal; Año 2011, Art. 34

Posteriormente el Art. 39 del mencionado cuerpo legal, señala:

“Cuando un sordomudo cometiere un delito, no será reprimido si constare plenamente que ha obrado sin conciencia y voluntad...”⁹⁸

En la misma área de incapacidad; la norma que antecede, determina la inimputabilidad del sordomudo, pero establece siempre que se determine que no a obrado en forma consciente; lo cual se debe comprobar en el proceso que corresponda, partiendo de la suposición de que el Art. 1463 del Código Civil, establece que los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito son también incapaces absolutos.

Finalmente el Art. 40 del Código penal, determina:

“Las personas que no hayan cumplido dieciocho años de edad estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia”.⁹⁹

Se determina con esta norma la inimputabilidad expresa de cualquier persona que no haya cumplido los dieciocho años, edad legal de la mayoría de edad en nuestro país; por tanto en el cometimiento de cualquier acto delictivo un menor de edad, no puede ser imputado en ningún grado de responsabilidad penal.

El Art. 70 del Código de Procedimiento Penal; norma legal por la cual es establece una denominación respecto de los sujetos del proceso penal; y los derechos establecidos para ellos, determina:

⁹⁸ Ob. Cit. Art. 39

⁹⁹ Ob. Cit. Art. 40

“Art. 70.- Denominación y derechos.- Se denomina imputado la persona a quien el Fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor; y, acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o en contra de la cual se ha presentado una querrela.

El imputado y el acusado tienen los derechos y garantías previstos en la

Constitución y demás leyes del país, desde la etapa preprocesal hasta la finalización del proceso”¹⁰⁰.

De esta norma podemos entender, que en todo proceso penal en cuanto a una parte de los sujetos que intervienen en calidad de procesados, encontramos dos categorías perfectamente diferenciadas; a saber: imputado y acusado.

En este sentido, el procesado o contra quien se sustancia un proceso penal, toma el nombre de imputado, en el momento que el representante del Ministerio Fiscal, carga su participación en un acto punible; sea que esta participación se dé en cualquiera de los grados determinados en el Art. 41 del Código Penal es decir en calidad de autor, cómplice o encubridor.

Y, el procesado pasa a denominarse acusado, cuando por establecidos los presupuestos determinados en la ley, en cuanto a la materialidad de la infracción y la participación de un determinado sujeto en dicho acto ilícito; en contra del procesado se dicte auto de llamamiento a juicio en el ; esto como queda claro tratándose de los delitos de acción pública; y, determina finalmente que en los procesos que se sustancian a través de

¹⁰⁰ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de Procedimiento Penal, Art. 70.

acción privada; la persona contra la que se ha presentado querrela también se denomina acusado.

Debemos entonces tener en consideración que la diferencia entre acusado e imputado es fundamental; así:

“En términos estrictamente jurídicos no hay acusados en la fase de instrucción, sino sólo en la fase intermedia o de preparación del juicio y en la última fase, que es la del juicio oral. Asimismo, en estas fases posteriores no sería correcto hablar ya de imputados o procesados, que sólo corresponden a la fase de instrucción”¹⁰¹.

Como se determinó anteriormente, dependiendo de la fase del proceso penal, corresponde la utilización de los términos acusado e imputado; tomando en consideración que una persona es acusada únicamente en el momento en que se haya determinado el objeto de la acusación en el procedimiento abreviado o en el procedimiento común.

En otro sentido, llama enormemente mi atención, el hecho de que en esta norma legal se establezca sueltamente que acusado e imputado se denomine a la persona; nuestra legislación procesal penal, siguiendo la misma línea del código sustantivo penal, no hace una diferenciación entre qué tipo de persona puede incluirse en esta clasificación.

Personalmente considero que, al decir persona en términos generales, se estaría abarcando a todos los tipos reconocidos en nuestra legislación; sin embargo en virtud de

¹⁰¹ <http://www.lne.es/espana/2011/05/01/diferencias-imputado-procesado-acusado/1068242.html>

que en materia penal se prohíbe la interpretación extensiva; en la práctica únicamente se acusa y se imputa a personas naturales.

En esta parte es donde estoy convencida debe realizarse una reforma, incluyendo en esta norma legal del Art. 70 del Código Penal, a las personas jurídicas.

4.3.3. Etapas del proceso penal.

El sistema oral constituye el mejor medio para practicar la prueba, ya que permite al juzgador descubrir si las partes mienten o no luego del interrogatorio; además garantiza los principios de inmediación, economía y celeridad procesal.

Las diligencias de la Fiscalía, son generalmente de libre acceso al público, salvo las investigativas autorizadas por el Juez, como la detención, allanamiento e intervención de comunicaciones, como líneas de teléfono, internet, etc. Dicha excepción, se establece con la finalidad de no prevenir al sospechoso.

Las audiencias por lo general son públicas y es derecho del acusado y del ofendido, estar presentes, excepto en las de formulación de cargos, donde se dicte instrucción fiscal y del juicio, en las cuales bastará la presencia de sus abogados y el juez para que se lleve a cabo la audiencia. La presencia de sus abogados garantizará el derecho a la defensa.

El abandono o desistimiento de la parte afectada o el abandono de la acusación o el arreglo extrajudicial entre las partes, no produce la extinción penal, salvo en los delitos

en que sólo hubieren daños materiales o lesiones que ocasionen incapacidad física de hasta 90 días.

La acción penal tiene como antecedentes:

- a) Parte policial.
- b) Denuncia.
- c) Acusación particular.

Indagación previa.- Para el tratadista Terán, en su obra del año 2001, “Comprende los actos investigativos que se deben realizar una vez que se conozca la existencia de un hecho punible. Constituye el momento en que se inicia la custodia de los objetos e instrumentos del delito, así como las diligencias tendientes a identificar a sus partícipes, pues a través de la misma se pretende adelantar:

- a) Si el hecho se ha producido.
- b) Si está previsto como punible en la ley penal.
- c) La procedencia de la acción penal.
- d) La determinación de las circunstancias en que se produjo, así como la identificación de sus partícipes”¹⁰².

¹⁰² ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

Considero que la indagación previa es la antesala del proceso penal, en la que la Fiscalía busca determinar la existencia del delito y la responsabilidad del sospechoso, a través de la recepción de pruebas materiales, testimoniales y documentales; inclusive identificar las circunstancias en que se produjo el hecho punible para poder iniciar el proceso penal.

De la indagación previa se puede deducir que posee las siguientes características:

- 1.-Establece si es necesario continuar con la investigación o no;
- 2.- Constituye una pieza esencial o básica para la etapa de instrucción o del juicio;
- 3.- Es integral;
- 4.- La información que se obtenga en ella es reservada pero el abogado defensor puede conocerla al momento en que el sospechoso va a rendir su versión.

Esta fase comienza con el conocimiento del delito de tránsito por el Fiscal a través del parte policial, denuncia o acusación particular.

Conforme lo determina la Ley de Tránsito, la indagación previa no puede extenderse más de 30 días, en delitos sancionados con prisión y de 45 días en los sancionados con reclusión, contados desde la fecha en que el Fiscal tuvo conocimiento del hecho.

Si durante estos plazos, el Fiscal no encontrare méritos para deducir imputación ni para establecer la existencia del delito, el Juez deberá archivar el caso.

Dentro de esta fase, el personal de la Policía Judicial, , deberán constituir la cadena de custodia para investigaciones sobre el infractor, las huellas, vestigios encontrados en el lugar del accidente y elaborar el parte de accidente de tránsito y remitirlo a las autoridades competentes.

La cadena de custodia es una garantía procesal que asegura que el elemento que pretende hacerse valer como prueba en el juicio, sea efectivamente aquel que fue recaudado o practicado y que su integridad no ha sido sustituida o alterada a lo largo del proceso penal. De los indicios probatorios encontrados en el lugar del accidente depende la iniciación del juicio.

En los delitos en que no existan antecedentes para iniciar indagación previa, el Fiscal puede archivar el caso pero notificando al afectando, quien si no estuviere de acuerdo, se hará conocer a un superior y la resolución que éste dicte será definitiva. Caso contrario se entregará el caso a un nuevo Fiscal.

Si antes de que se cierre el plazo de la indagación previa, aparecen nuevos indicios que permitan reactivar la investigación de la causa, se continuará con el trámite, caso contrario se dictará archivo definitivo.

La indagación previa concluye con la Audiencia de Formulación de Cargos o el archivo provisional o definitivo de la causa.

Instrucción fiscal.- El jurista Albán, en el año 2003 concluye que “Es una etapa procesal informal que permite acopiar las evidencias o elementos de convicción que

servirán de sustento al dictamen acusatorio para promover el juicio o si no se ha encontrado mérito en contra del imputado emitir dictamen exculpatorio”¹⁰³.

La instrucción fiscal es la etapa con la que inicia el verdadero proceso penal de tránsito, aquí el Fiscal ya tiene indicios más claros de que se ha cometido un delito y sobre el supuesto responsable, pero aún falta mucho por descubrir y si considerare necesario puede solicitar al juez que ordene medidas cautelares personales o reales en contra del imputado o sus bienes. En esta etapa, el Fiscal interviene derechos fundamentales del imputado.

En el Código de Procedimiento Penal, se establece que se dará inicio a la instrucción fiscal, previa formulación de imputación y resolución de inicio de la instrucción fiscal, emitida en la Audiencia de Formulación de Cargos. Para Terán en el año 2001, es “La resolución de la instrucción fiscal constituye la iniciación del proceso penal y su existencia depende del convencimiento que tenga el fiscal sobre la posible comisión de una conducta típica.”¹⁰⁴

Esta imputación, se sobreentiende que debe hacerse al nuevo imputado dentro de una Audiencia de Formulación de Cargos.

Durante este tiempo, más corto que el del proceso penal común, el Fiscal recepta las versiones sin juramento del procesado, del ofendido, de los testigos, peritos, puede pedir que se dicte la prisión preventiva y otras medidas cautelares tanto personales o reales si

¹⁰³ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

¹⁰⁴ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

fuere necesario en contra del imputado, inclusive éste puede presentar los elementos de descargo para su defensa, etc., es decir se practican además, las diligencias tendientes a demostrar que el imputado es el responsable del accidente y que el delito existe.

En caso de delito flagrante, por lo general, existe aprehensión de personas involucradas y se convoca dentro de 24 horas a la Audiencia de Formulación de Cargos, dónde se deduce la imputación, se dicta prisión preventiva o se libera al detenido. El plazo de duración de esta etapa es más corto porque ya se cuenta con indicios probatorios más certeros sobre el delito y los responsables.

En la resolución de instrucción fiscal se ordenará el reconocimiento pericial, el Fiscal pedirá que se dicte una medida cautelar para efectuar la diligencia. La medida cautelar que puede ordenar el juez es la prisión preventiva.

Al concluir la instrucción fiscal, se convoca a una audiencia para que el Fiscal emita su dictamen acusatorio o absolutorio.

Dictamen fiscal.- Es el criterio o juicio de valor que emite el Fiscal sobre la participación del sospechoso en el delito.

El dictamen del Fiscal puede ser de dos clases: acusatorio o absolutorio. Si el Fiscal se abstiene de acusar, no hay proceso y no se podrá iniciar el juicio, pero este hecho podría modificarse si se consulta al Ministro Fiscal Distrital y este revoca el dictamen del inferior, entonces el Juez designará otro.

Si el dictamen absolutorio fuere revocado, el Fiscal Superior sustentará la acusación en una nueva audiencia oral, sino el Juez dictará auto de sobreseimiento y dispondrá el archivo de la causa.

En caso de haber dictamen acusatorio, el juez convocará a la Audiencia de Juzgamiento.

Etapa de juicio.- Aguirre en su obra La nueva estructura penal ecuatoriana del año 2005, destaca que la etapa de juicio “Es el momento más propiamente del juicio para evacuar pruebas, alegaciones, etc., tendientes a comprobar conforme a derecho, la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, para luego concluir con sentencia condenatoria o absolutoria.”¹⁰⁵

Esta etapa es preparada en base a la acusación y predomina la oralidad.

Las pruebas que se pueden pedir que se practiquen en la audiencia son de cargo y de descargo, por ejemplo: declaraciones de testigos, informes de peritos, actas de diligencia practicadas como la de la autopsia, reconocimiento médico legal, etc., documentos que prueben la buena conducta del acusado, etc.

Audiencia de Juzgamiento.- Es la fase más importante del proceso, en la cual, de manera oral, el fiscal sustenta su petición, la defensa hace lo propio con sus aspiraciones procesales y el juez decide como árbitro o fiel de la balanza entre acusación y defensa, con base en los elementos probatorios presentados y controvertidos en la audiencia por las partes. Es el escenario donde el fiscal trata de demostrar la culpabilidad del acusado

¹⁰⁵ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

mientras que el acusado con su abogado defensor, su inocencia, a través de las pruebas, argumentos jurídicos y los conainterrogatorios de la parte contraria a los testigos de la otra y el juez como parte imparcial adopta el fallo a favor del que tiene la razón.

Sentencia.- La sentencia es el fallo del juez que decide la suerte del acusado y las aspiraciones del ofendido, una vez que se han agotado dos etapas básicas: la conciliación y la prueba. Este veredicto lo dicta el juzgador luego de haber analizado las pruebas presentadas por ambas partes y las teorías del caso expuestas. Una vez que concluya la audiencia pública oral de juzgamiento, el Tribunal dictará sentencia aplicando las normas del Código de Procedimiento Penal. Si la sentencia fuere condenatoria se sancionará también al infractor con la obligación de pagar los daños y perjuicios, en el monto que se fijará en la misma sentencia.

Etapas de impugnación.- Para el tratadista Terán, en el año 2001 “Constituye el camino para obtener la certeza de una declaración jurisdiccional como garantía real y efectiva mediante la cual se persigue enmendar una resolución judicial”¹⁰⁶

Los medios legales para enmendar o dejar una resolución judicial se llaman recursos, los mismos que para que surtan efecto jurídico deben ser propuestos oportunamente con motivo de la tramitación y siguiendo el procedimiento para cada caso.

Al igual que en el proceso penal común, los recursos aplicables son: apelación, nulidad, revisión y casación.

¹⁰⁶ ZAVALA Baquerizo, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editorial EDINO, 2004.

4.3.4. Aplicabilidad de las medidas cautelares según la normativa penal y procesal penal.

Las medidas cautelares como se mencionó anteriormente son aquellas que van encaminadas a prever una posible acción de evadir la justicia por parte del imputado o acusado, o también para asegurar que este pague los daños, perjuicios y costas procesales que hubiesen generado por el delito cuando este llegue a ser comprobado a través del debido proceso.

Para el Dr. Ricardo Vaca Andrade,

“En lo principal se declara que la aplicación de tales medidas es restrictiva, vale decir, en cuanto sean estrictamente necesarias para los fines que se persigue con ellas”.¹⁰⁷

El Dr. Efraín Torres Chaves, dice:

“Cautela es precaución, previsión, recelo, prevención y cálculo, entre otros sinónimos castellanos. En el Derecho común, dicese de las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaverlo que pudiera dificultarlo”.¹⁰⁸

¹⁰⁷VACA ANDRADE, Ricardo, comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, No. 5, Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2da, Cuenca-Ecuador, año 2000, pag. 52

¹⁰⁸TORRES CHAVES, Efraín, Breves comentarios al Código de Procedimiento Penal del Ecuador y Práctica Penal, Volumen II, Universidad Particular de Loja, 1997, pag. 227.

Ahora bien, la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal cuya principal finalidad es asegurar la inmediación del procesado en todas las diligencias judiciales y asegurar una sanción.

Es un acto proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que procede cuando se cumple determinados presupuestos expresamente señalados por la ley, y que tiene por objeto privar de la libertad a una persona, de manera provisional hasta tanto subsistan los presupuestos que la hicieron procedente o se cumplan con determinadas exigencias legales tendientes a suspender los efectos de la instrucción.

El Dr. Jorge Zabala Baquerizo al respecto señala:

“un acto proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que procede cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente señalados por la ley, y que tiene por objeto privar de la libertad a una persona, de manera provisional hasta tanto subsistan los presupuestos que la hicieron procedente o se cumplan con determinadas exigencias legales tendientes a suspender los efectos de la instrucción”.¹⁰⁹

Para el Dr. Walter Guerrero Vivanco,

¹⁰⁹ZABALA BAQUERIZO, Jorge. El Debido Proceso, Editorial Edino, Tomo III, Guayaquil-Ecuador, 2002, pag. 220.

“es aquella que puede ordenar el juez de instrucción, de policía, de derecho, en los enjuiciamientos por delitos perseguibles de oficio, cuando se encuentra reunidos los requisitos del Art. 177 del Código de Procedimiento Penal”.¹¹⁰

Si empezamos por la Norma Constitucional el Capítulo Sexto, Derechos de libertad de la Constitución en su art. 66 numeral 14 manifiesta

“el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia como a entrar y salir libremente del país, la prohibición de la misma solo podrá ser ordenada por juez competente...”.

Además el Art. 75 del mismo cuerpo legal, dice:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por ley,”

En la misma Constitución en su art. 76

“se asegura el derecho al debido proceso” numeral 7 “literales, a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”; “c) Ser escuchado en momento oportuno y en igualdad de condiciones”; “g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección, o por defensora o defensor público;...”

¹¹⁰ GUERRERO VIVANCO, Walter. Los Sistemas Procesales Penales, Editoria Pudeleco, Segunda Edición, Quito-Ecuador, 2002, pag. 334.

En el mismo Art. 76 el literal 1, señala”

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en las normas no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundan y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos.”

En el numeral 6 del mismo Art. 76 dice:

“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

El numeral 1 del Art.77;

“La privación de la libertad no será regla general y se aplicara para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso,..”.

Las medidas no privativas de libertad se aplicaran de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la Ley.

“La jueza o juez aplicara las medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicaran de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”

Además

“toda persona, en el momento de la detención, tiene derecho, a conocer en forma clara y en lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad del juez o autoridad que la ordeno, la de quienes la ejecutan y de las personas responsables del respectivo interrogatorio”, estos últimos tienen la obligación de informarle,”...de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de un abogado o de un defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique .”

“Si la persona detenida fuera extranjera quien lleve a cabo la detención informara inmediatamente al representante consular de su país.”

Otros de los derechos consiste, en que no puede ser incomunicado ni un solo segundo (Art. 77, numeral 6), además del derecho a la defensa (Art. 77, numeral 7); que incluye, ser informado, de la forma previa o detallada, en su lengua propia o en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento; además acogerse al silencio, a no declarar en contra de si mismo sobre asuntos que le pueden ocasionar responsabilidad penal, ni contra su cónyuge, o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Quien incumpla con las disposiciones mencionadas en el párrafo anterior será sancionado penal y administrativamente por la detención arbitraria, lo que también acarrea consecuencias de orden civil, tal como la acción de responsabilidad civil extracontractual del Estado ecuatoriano por detención arbitraria o de responsabilidad personal en contra del juez y o fiscal.

En la Constitución Art. 77, numeral 9, dice

“Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedara sin efecto.”

4.3.5. Análisis del Código de Procedimiento Penal

El Art. 167 del Código de Procedimiento Penal¹¹¹ reformado, señala los requisitos legales para ordenar la medida cautelar personal de la prisión preventiva e indica:”

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

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

¹¹¹CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualización agosto 2012,

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

5.- Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”.

Es obligación del juez de garantías penales, al dictar una medida cautelar personal, observar los requisitos mencionados en el Art. 167.

4.3.5.1. Circunstancias objetivas y subjetivas al dictar prisión preventiva:

1.- Circunstancias objetivas; es decir, la gravedad del hecho punible y las expresiones concretas de su comisión; y,

2.- Circunstancias subjetivas; o sea, el modus operandi y el comportamiento del procesado desde el inicio de la investigación.

Varios autores concuerdan que para dictar el juez una orden de prisión preventiva, es necesario tener en cuenta dos presupuestos básicos, que se denominan *Fonus Boni Juris* y *Periculum In Mora*, y haciendo un análisis jurídico de estas dos instituciones; es decir, la existencia de buen derecho y el peligro que puede ocasionar la demora del proceso penal, desde su indagación previa hasta que en la etapa del juicio el tribunal de garantías penales dicte la respectiva sentencia en la que declara la culpabilidad del procesado.

Fonus Boni Juris o apariencia de buenos derechos: Implica un juicio de valor por parte del juez sobre la probabilidad de que el procesado sea responsable penalmente,

tomando como base la existencia de un hecho, las características o notas que lo hacen jurídico, la estimación de que la persona ha sido autora o cómplice de ese hecho ilícito; o sea que la motivación de este presupuesto consiste en el razonamiento de la imputación como medio para llegar a establecer la probabilidad de la responsabilidad del proceso.

Periculum In Mora: Es el riesgo de que el retardo en el proceso pueda neutralizar la acción de la justicia, ante la posible fuga del procesado o la obstaculización por su parte de la búsqueda de la verdad, de tal modo que este presupuesto se refiere al peligro de fuga del procesado o de que este obstaculice la investigación; en consecuencia, este principio en la doctrina se lo entiende como el peligro de la demora que viene representado por la posibilidad de fuga que frustraría el proceso y en oportunidad la presumible pena a imponer”.

Es al Fiscal a quien le corresponde llevar ante el juez ciertas circunstancias para que este pueda establecer si una persona se va a fugar, o no. De estas circunstancias el juez podrá tener elementos de juicio para dictar o no la prisión preventiva.

El Art. 168 del Código de Procedimiento Penal, contiene los **requisitos formales** de la prisión preventiva:

“El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado por la jueza o juez de garantías penales competente a petición de la fiscal o el fiscal y debe contener:

- 1.- Los datos personales del procesado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;

2.- Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva;

3.- La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior; y,

4.- La cita de las disposiciones legales aplicables;”

El juez no está obligado a dictar el auto de prisión preventiva, solicitada por fiscal, tiene la facultad de hacerlo o no. Dentro de las reformas al Código de Procedimiento Penal, se estableció que la prisión preventiva a de solicitarse en audiencia oral, pública y contradictoria.

Queda de esta forma estipulada que son varios los requisitos constitucionales y legales, que el juez debe tener en cuenta para dictar un auto de prisión preventiva, tomando en consideración la obligación de estar apegado a los requisitos formales y sustanciales, con base a los elementos que le proporciona el Fiscal al solicitar la prisión preventiva.

4.3.5.2. Motivación para dictar la prisión preventiva

Art. 76, literal 1, de la Constitución señala: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en las normas no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundan y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentran debidamente motivados se consideraran nulos.”

El Código de Procedimiento Penal, Art. 168 dice: “El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado por el juez de garantías penales, a petición del Fiscal y debe contener:

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

Art...-La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazara la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.

4.3.5.3. Procedimiento y efectos de la prisión preventiva.

El Art. innumerado del Código de Procedimiento Penal, después del Art. 160, determina el procedimiento a seguir para dictar orden de prisión preventiva, así:

Art...- Audiencia para la medida cautelar de prisión preventiva.- Desde el inicio de la instrucción, la medida cautelar de prisión preventiva deberá ser resuelta en audiencia oral, publica y contradictoria, salvo las excepciones previstas en este Código.

Al efecto, el juez de garantías penales convocara a los sujetos procesales en el término de hasta cinco días a audiencia. La parte que pretenda valerse de un elemento de convicción tendrá la carga de su presentación en la diligencia, la cual, sin embargo, no podrá suspenderse por falta de tal elemento.

El juez de garantías penales decidirá en la misma audiencia exclusivamente sobre lo solicitado, lo debatido y aquello que resulte directa y procesalmente relacionado.

La comunicación de la resolución, que en todo caso será oral, bastara como notificación a los sujetos procesales. Toda convocatoria a audiencia llevara la prevención que de no asistir el defensor público, designado por el juez de garantías penales en la misma providencia que tenga tal convocatoria.

Se redactara un extracto de la audiencia, la cual contendrá la identidad de los participantes, los puntos propuestos y debatidos y lo resuelto por el juez de garantías penales. El acta será suscrita por el secretario.”

“El primer efecto radica en que ser humano, se encuentra privado de su libertad y el Juez de garantías penales no sabe, no conoce, si el fiscal investigo o no en forma debida, y por tal si existe o no sustento legal para solicitar o para dictar dicha privación de libertad, por esto el representante de la Fiscalía General, al solicitar dicha medida cautelar debe motivar esta petición; y, y esto también es obligación del juez de garantías penales al dictarla.”

Este primer efecto al que hace referencia el Dr. García Falconi tiene que ver con la tan mencionada motivación y que en el orden en cómo se produce; es decir, primero solicita

el Fiscal de forma motivada al juez de garantías penales, ya que este no sabe si los argumentos en los que se base el fiscal son producto de una correcta investigación, o no, luego le corresponde al juez el análisis de la motivación del Fiscal, para en base a esto realizarse una concepción razonada y razonable para dictar la prisión preventiva.

“Para dictar una privación de libertad, se deben tener en cuenta los principios y requisitos constitucionales y legales que he señalado en la presente tesis; pues de lo contrario se produce el segundo efecto que es la responsabilidad objetiva del Estado ecuatoriano por inadecuada administración de justicia, a título imputable de detención arbitraria; y, la responsabilidad subjetiva personal de los jueces, fiscales y defensores públicos.”

El Estado da a los jueces potestad de administra justicia, por esto es que es responsable por la inadecuada administración de la misma, cuando en la atribución de sus funciones las juezas y jueces no respetan la normativa constitucional y legal vigente.

“En el Código de Procedimiento Penal: “Caducidad de la prisión preventiva.- La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión....el plazo para que opere la caducidad se contara a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. Si se excedieren esos plazos la orden de prisión quedara sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.”

Lo señalado en los artículos anteriores guarda relación entre ellos ya que, manifiesta los plazos en que caduca dicha prisión preventiva, la fecha desde la cual se cuenta, y la forma como se lo tramita.

La caducidad no es una garantía constitucional a favor de los delincuentes; sino que, es una garantía que tiende a sancionar al juez negligente que no cumple con el debido proceso y al Estado ecuatoriano que permite la caducidad, sin considerar a la libertad personal, como un derecho primogénito que tiene el ser humano.

4.3.6. Medidas sustitutivas a la prisión preventiva.

El Código de Procedimiento penal en relación, dice: “Sustitución.- Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por el delito, el juez o el tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

- 1.- El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga;
- 2.- La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que designe; y, la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal.

Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto.

En estos casos también procede la caducidad prevista en el Art. 169 de este Código.”

El Código de Procedimiento Penal reformado da al juez otras medidas alternativas que consta en el Art. 160, siendo estas “las siguientes:

- 1.- La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2.- La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3.- La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien este designare;
- 4.- La prohibición de ausentarse del país;
- 5.- Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6.- Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7.- Ordenar la prohibición de que el procesado, por si mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8.- reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultanea dl procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;

9.- Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el Art. 107 regla sexta del Código civil, y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;

10.- La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que este designare;

11.- El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial,

12.- La detención.

13.- La prisión preventiva

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

Los derechos de los pueblos en el campo de la justicia están contemplados en normas magnas de otros países debido a que así lo ordena los instrumentos internacionales. Y de ahí que en los aspectos de jurisdicción y aplicabilidad de las propias autoridades, en muchos países haya coincidencias. Veamos en Uruguay y Paraguay.

En **Uruguay** lo referente a medidas alternativas lo encontramos en la Ley No 17.726, Prisión Preventiva, en donde se establecen medidas alternativas; siendo el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental de Uruguay, quienes reunidos en Asamblea General, decretaron:

“Artículo 1o.- No podrá disponerse la prisión preventiva del procesado cuando se imputen falta o delitos sancionados con pena de multa, suspensión o inhabilitación.

“Artículo 2º.- El juez podrá no decretar la prisión preventiva de procesados primarios cuando “prima facie” entienda que no ha de recaer pena de penitenciaria. En ese caso podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas reguladas en el siguiente artículo, siempre que el procesado así lo consienta. La sustitución de la prisión preventiva no se decretara cuando la gravedad del hecho o el daño causado por el delito así lo ameriten. En todos los casos se requerirá la opinión del Ministerio Público, que a tales efectos, además de las condiciones del imputado y su causa, tendrá en cuenta el no aumentar los riesgos de la población.

Toda medida alternativa deberá ser tomada respetando en su más amplia acepción los principios inherentes a la dignidad humana.

Artículo 30.- Son medidas sustitutivas a la prisión preventiva:

- a) Presentación periódica ante el Juzgado o Seccional Policial.
- b) Prohibición de conducir vehículos por un plazo de hasta dos años, cuando se hubiese cometido un delito culposo, en ocasión del tránsito vehicular, contra la vida, la integridad física o se hubiera provocado daño importante en la propiedad a criterio del Juez. Se procederá al retiro de la libreta de conducir y se efectuara la comunicación correspondiente a las Intendencias y sus Juntas Locales.
- c) Restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito.
- d) Interdicción: la prohibición de concurrir a determinados lugares, comercios o domicilios, incluido el propio; o la obligación de permanecer dentro de determinados límites territoriales.
- e) Atención médica o psicológica de apoyo o rehabilitación: la obligación de someterse a determinado tratamiento por un plazo máximo de seis meses, si el tratamiento fuese ambulatorio y de dos meses si requiriese internación.
- f) Prestación de servicios comunitarios: la obligación de cumplir las tareas que se le asignen, teniendo en cuenta la aptitud o idoneidad organismos públicos o en organizadores no gubernamentales, cuyos fines sean de evidente interés o utilidad social. Estas medidas no podrán sobrepasar las dos horas diarias o las doce semanales.
- g) Arresto domiciliario: la obligación de permanecer en su domicilio, sin salir de sus límites, por un plazo máximo de tres meses o de permanecer en él dentro de determinados días u horas por un plazo máximo de seis meses.

h) Arresto en horas de descanso: la obligación de permanecer los días laborables durante las horas de descanso bajo arresto por un plazo máximo de seis meses. El arresto deberá cumplirse en el Hogar del Liberado a cargo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, o donde el Juez lo indique.

i) Arresto de fin de semana o de descanso semanal: la obligación de permanecer un día y medio continuo bajo arresto que coincidirá con el lapso de descanso semanal del procesado, que se cumplirá en un Comisaria Seccional, por un plazo máximo de seis meses.”

En **Paraguay** encontramos lo relativo a medidas sustitutivas en el Libro Cuarto, Medidas Cautelares; Título I, Normas Generales

Artículo 234. PRINCIPIOS GENERALES. Las únicas medidas cautelares en contra del imputado son las autorizadas por este código.

Las medidas cautelares sólo serán impuestas, excepcionalmente, siempre mediante resolución judicial fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.

Artículo 245. MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA PRISION PREVENTIVA. Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:

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

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

El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano reformado dispone las medidas alternativas en el Art. 160 siendo estas 267”las siguientes:

1. La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
2. La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;

3. La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
4. La prohibición de ausentarse del país;
5. Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
6. Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la con vivencia implica riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
7. Ordenar la prohibición de que el procesado, por si mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
8. Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultanea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
9. Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el Art.107 regla sexta del Código Civil, y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
10. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
11. El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;

12. La detención;

13. Prisión preventiva;

De lo que se ha podido ver en la legislación Uruguay se han contemplado otros tipos de medidas alternativas que en algunos casos se derivan de una ya existente, como es el caso de arresto en horas de descanso y fines de semana; además de prestar ayuda médica y psicológica, obligando al procesado a acudir a este tipo de rehabilitación; se toma en consideración la prestación de servicios comunitarios, importante también connotar que en Uruguay se dispone se quite la libreta de conducir y que no puedan manejar por un lapso de dos años.

En el caso de Paraguay, las medidas sustitutivas son muy parecidas a las dispuestas en la legislación Ecuatoriana, sin embargo nuestra legislación a adoptado siete medidas más las cuales están previniendo a los menores que vivan con un procesado, la salida del agresor de la vivienda, incluso que se lo aparte del trabajo si representa para las personas con las que comparte algún espacio físico algún tipo de riesgo en la integridad física o psicológica.

5. METODOLOGIA

5.1. METODOS

Para el desarrollo del trabajo utilice varios métodos, uno de los cuales es el método científico, que me permitió llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva. Los métodos deductivo e inductivo, que me permitieron conocer la realidad de la problemática de la prisión preventiva e investigar partiendo desde lo particular para luego establecer generalizaciones; y así mismo el método analítico-sintético que me permitió estudiar el problema enfocado desde un punto de vista social, jurídico y doctrinal, del cumplimiento o no de lo que manda la constitución y los instrumentos internacionales a favor de las medidas sustitutivas; y finalmente el método comparativo que me posibilitó comparar datos de la realidad de nuestro país con otros vecinos en la aplicación de las medidas sustitutivas.

La investigación de campo fue de tipo descriptivo, documental y bibliográfica. La planificación y organización contemplo las siguientes fases.

- 1) Recopilación de la información bibliográfica y selección de literatura jurídica que lo pude obtener de la Constitución de la República del Ecuador, del Código Orgánico de la Función Judicial, de los instrumentos internacionales, así como de otros textos relacionados al tema de la prisión preventiva utilizando la técnica del fichaje que me ayudo en la estructuración del marco teórico, jurídico y doctrinario.

- 2) El trabajo de campo lo realice mediante entrevistas aplicada a 30 profesionales del derecho de la ciudad de Quito, que me permitieron cumplir con la verificación de los objetivos y la hipótesis planteados en al presente investigación.
- 3) Procedí al procesamiento de datos, a partir de las encuestas y las interpretaciones de las entrevistas con los cuales fue posible la tabulación, y la elaboración de cuadros gráficos para la comprobación de los objetivos.
- 4) Luego del análisis de los resultados se redactó las conclusiones, recomendaciones y el planteamiento de un proyecto de reforma del artículo 160, numeral 10 del Código del Procedimiento Penal, encaminado a la solución del problema social y jurídico en la administración de justicia.

5.2. TECNICAS

Como técnicas de investigación para la recolección de la información doctrinaria y de conceptos utilice las fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas de transcripción, con las cuales se pudo recolectar la información necesaria para estructurar el marco conceptual y doctrinario.

El trabajo de campo se hizo mediante encuestas, entrevistas formales e informales aplicadas a diferentes profesionales en el campo del Derecho que conocen y practican el procedimiento de La justicia. Además dentro de la metodología de investigación se contó con los testimonios de los miembros de Juzgados de la provincia de Pichincha.

Estas técnicas me permitieron recabar los diferentes criterios sobre la práctica de la administración de justicia diferente y más equitativa.

He utilizado la información bibliográfica mediante un análisis crítico y doctrinario de las normas generales y fundamentales que moderan la actitud de las instituciones que administran justicia, que se encuentran inmersas alrededor del problema presentado como es “Problemas en la aplicación de la obligación de presentación periódica ante el juez, como medida sustitutiva a la prisión preventiva”

Así también se ha indagado sobre las tendencias internacionales referentes al tema de tesis, a fin de proyectar ideas que podrían ser incorporadas a nuestra legislación ecuatoriana.

Como soporte técnico del presente trabajo me apoye en la guía de investigación jurídica en la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad nacional de Loja y las metodologías de investigación existentes a nivel académico superior.

6. RESULTADOS

6.1. ANALISIS DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA

El trabajo de investigación lo realice en dos sectores de la población: a funcionarios y empleados de la Función Judicial; y a los abogados en el libre ejercicio profesional. Las encuestas fueron sistematizadas y analizadas, cuyos criterios han sido valiosos para verificar los objetivos que me propuse.

A continuación presento los resultados obtenidos en la aplicación de las encuestas y analizo los cuadros estadísticos y gráficos correspondientes.

Resultados de las Encuestas

Primera Pregunta.

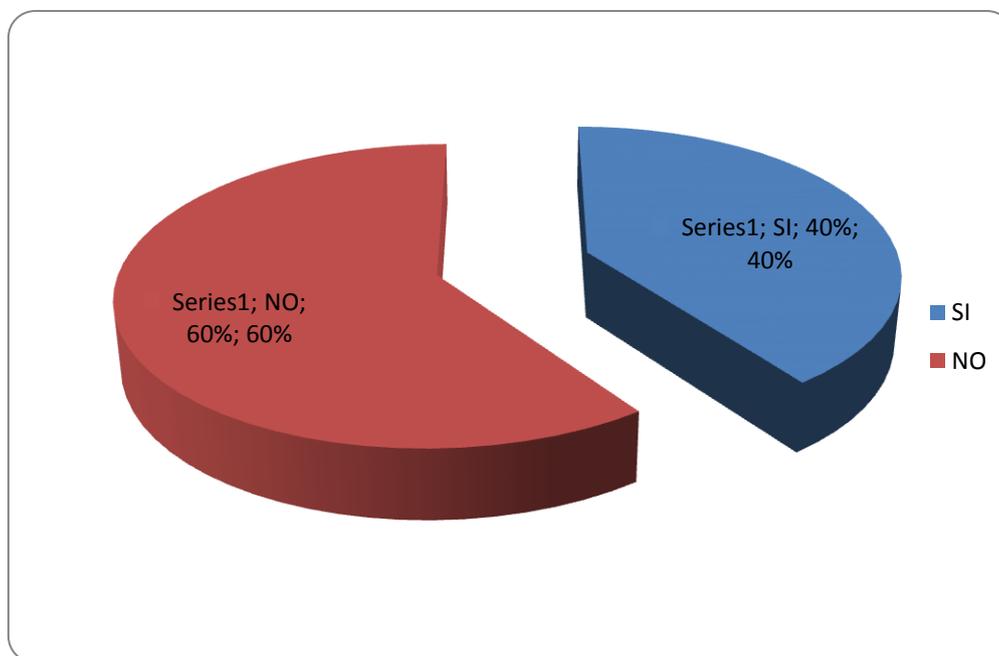
¿Considera usted que las medidas sustitutivas como excepción a la prisión preventiva, son medios jurídicos procesales efectivos para lograr que un hecho punible sea sancionado?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	40%
NO	18	60%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Díaz

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 1



Interpretación: Del total de la población encuestada, 18 personas que representan el 60% respondieron que consideran que las medidas sustitutivas como excepción a la prisión preventiva, no son medios jurídicos procesales efectivos para lograr que un hecho punible sea sancionado nuestra legislación penal; mientras que 12 personas que representan el 40%, respondieron que si son medios jurídicos procesales efectivos para lograr que un hecho punible sea sancionado.

Análisis: Con respecto a la respuesta obtenida en esta pregunta, coincido plenamente con la mayoría de los encuestados, en realidad en nuestra legislación se han previsto medidas sustitutivas a la prisión preventiva pero las mismas han resultado ineficientes ya que no aseguran en forma alguna la sanción a imponerse al responsable de un hecho delictivo sino más bien han coadyuvado a que se mantenga actos delictivos constantes y reincidentes.

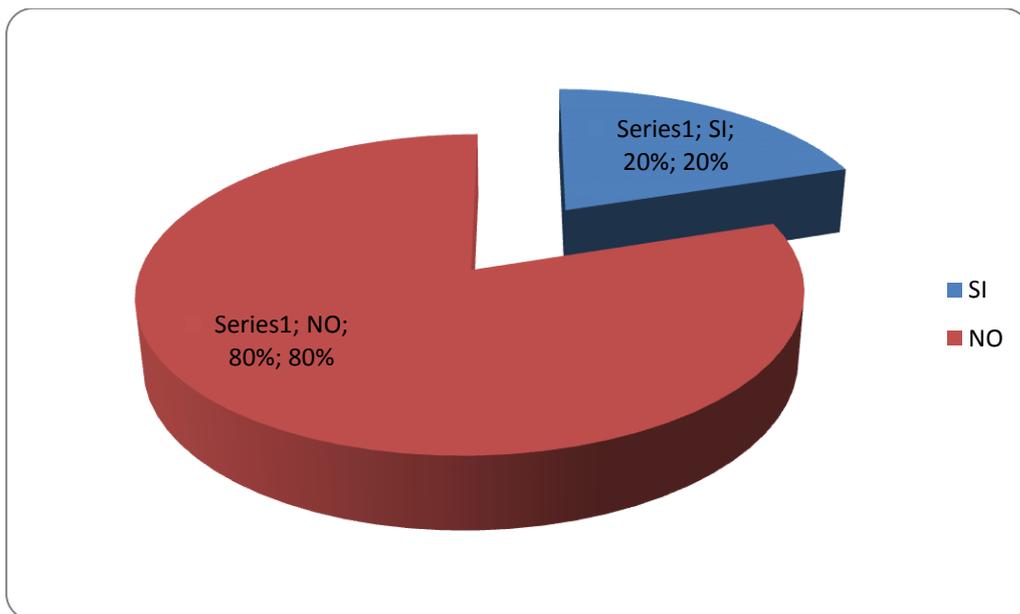
Segunda Pregunta.

¿Considera usted que mediante una medida sustitutiva se evita la fuga, entorpecimiento, obstaculización de la investigación de los imputados?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	20%
NO	24	80%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Díaz Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 2



Interpretación: Del total de encuestados encontramos que el 80% considera que mediante una medida sustitutiva no se evita la fuga, entorpecimiento, obstaculización de la investigación de los imputados; y, un 20% considera que es una medida objetiva que de todas maneras en nada incide en la proliferación de la fuga, entorpecimiento, obstaculización de la investigación de los imputados

Análisis: La sociedad no confía en la efectividad de la aplicación de medidas sustitutivas para subsanar un hecho punible, por lo tanto la Justicia debe mantener su probidad, imparcialidad y eficacia para que sea confiable la aplicación de los diferentes métodos de juzgamiento.

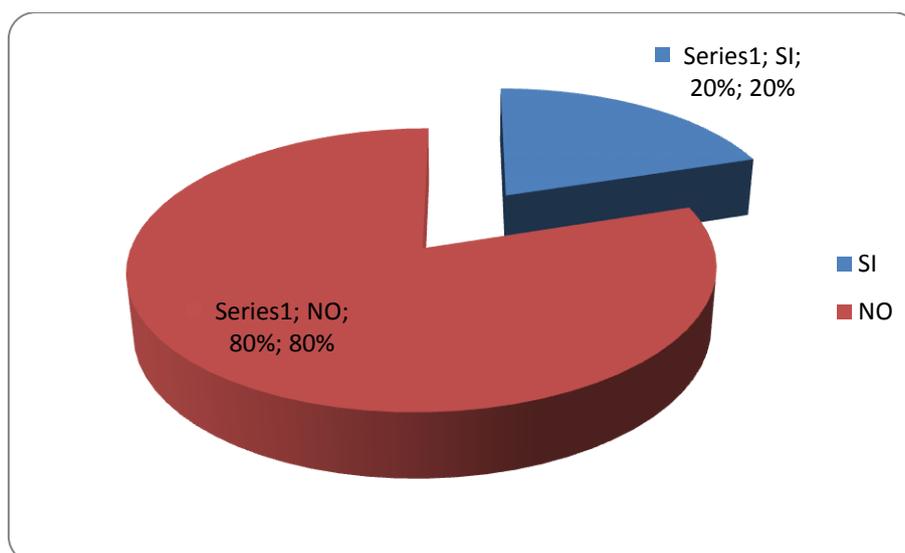
Tercera Pregunta.

¿Considera usted que todos los ciudadanos están en condiciones de solicitar cualquier medida sustitutiva como excepción a la prisión preventiva?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	20%
NO	24	80%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Díaz Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 3



Interpretación: Del total de encuestados encontramos que el 80% considera que mediante una medida sustitutiva no se evita la fuga, entorpecimiento, obstaculización de la investigación de los imputados; y, un 20% considera que es una medida objetiva que de todas maneras en nada incide en la proliferación de la fuga, entorpecimiento, obstaculización de la investigación de los imputados

Análisis: La sociedad no confía en la efectividad de la aplicación de medidas sustitutivas para subsanar un hecho punible, por lo tanto la Justicia debe mantener su probidad, imparcialidad y eficacia para que sea confiable la aplicación de los diferentes métodos de juzgamiento.

Cuarta Pregunta.

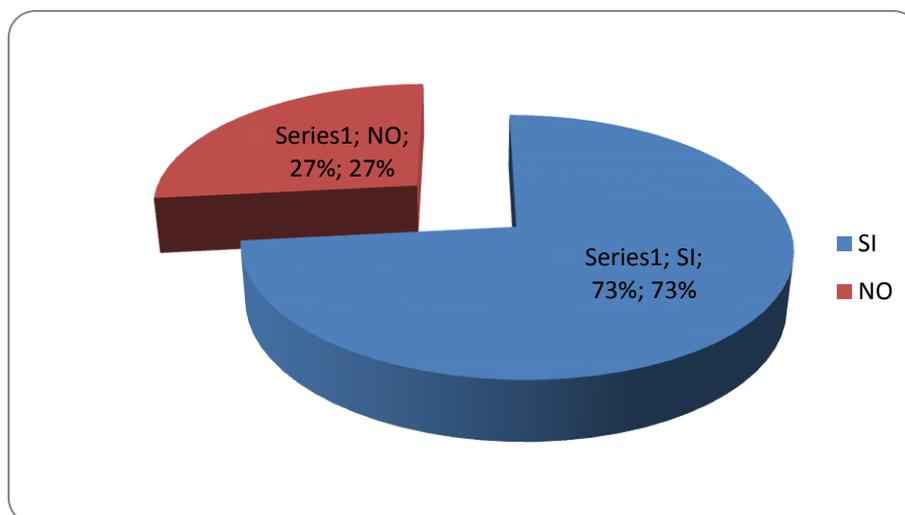
¿Considera usted que en el país existe un uso y abuso en la aplicación las medidas sustitutivas?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73,33%
NO	8	26,67%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Díaz

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 4



Interpretación: En esta pregunta, un 73.33% del total de encuestados, considera que si se debe considerar cambiar el ordenamiento jurídico de manera que sea posible imputar el cometimiento de un acto delictivo a una persona jurídica; y, un 26,67% considera que no hay necesidad de aquello.

Análisis: Con respecto a esta mi pregunta mi criterio se inclina por aquel emitido por la mayoría del total de encuestados; como se ha tratado en el contenido teórico y como se ha planteado en el proyecto de investigación; creo que es necesario que nuestro país renueve su ordenamiento jurídico en materia penal; la ciencia del derecho cambia constantemente y debe adecuarse a la nueva forma de vida; a nuevas corrientes filosóficas y doctrinarias; y, nuestro país no puede estar al margen de esta situación; por ello estimo que nuestro ordenamiento jurídico penal, debe considerar incluir en su texto normas legales que permitan imputar a una persona jurídica como tal, el cometimiento de un acto delictivo sea por acción como por omisión; y, que se establezca los grados en los que se puede imputar dicho cometimiento.

Quinta Pregunta:

¿Considera usted que existen obstáculos para la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva? Ejemplo la presión política?

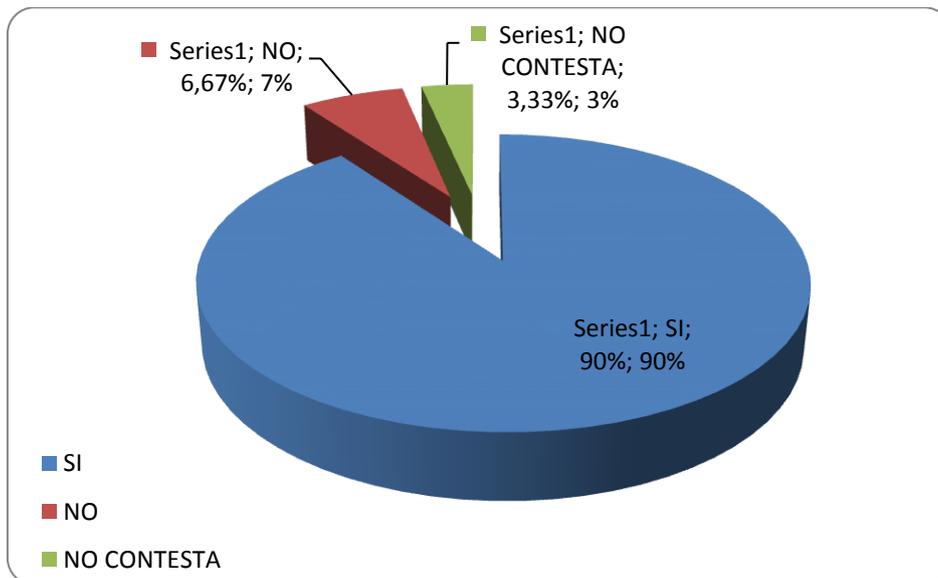
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	2	6,67%
NO CONTESTA	1	3,33%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Díaz

Fuente:

Población encuestada

GRAFICO NRO. 6



Interpretación: En esta pregunta, un 90% del total de encuestados, considera que si existen obstáculos que impiden la aplicación de la prisión preventiva; un 6,67% considera que no existen obstáculos sino que ahora están mas que nunca en vigencia los derechos constitucionales; y; un 3,33% no contesta a esta pregunta.

Análisis: Considero que si existen obstáculos, ya que la tendencia actual del derecho es evitar en lo posible la aplicación de la prisión preventiva, sin embargo a pesar de la vigencia de los derechos de libertad es necesario observar que la sociedad se ha subsumido en una especie de inseguridad jurídica que nos e ha podido palear con ninguna circunstancia por lo que es necesario que se aplique la prisión preventiva en forma efectiva

Sexta Pregunta.

¿Cuál sería su recomendación con respecto a este tema como reforma al Código de Procedimiento Penal?

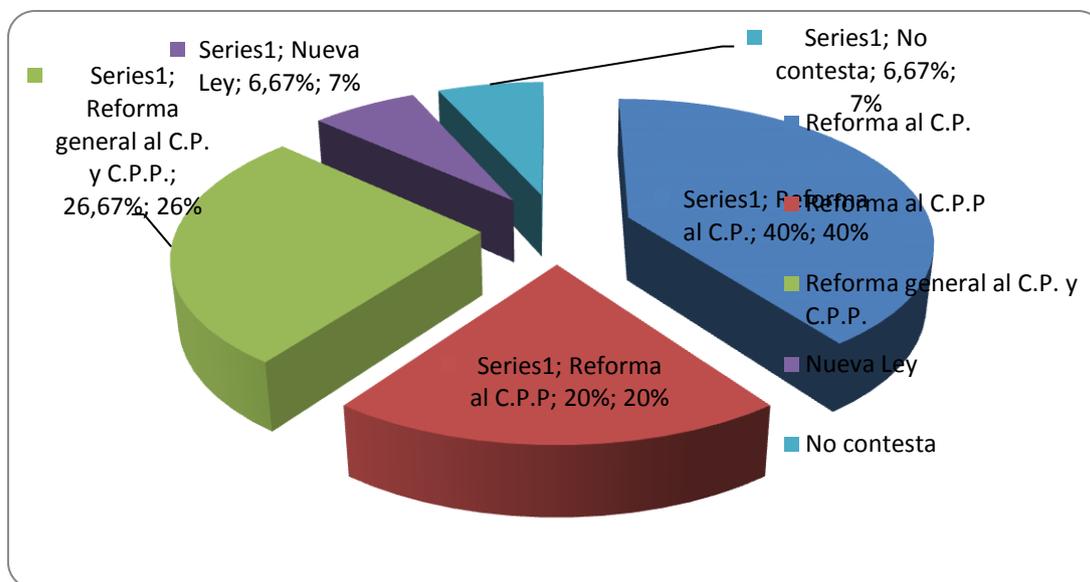
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Reforma al Código Penal	12	40%
Reforma al Código de Procedimiento Penal	6	20%
Reforma general al ordenamiento jurídico penal.	8	26,67%
Vigencia máxima de la prisión preventiva en todos los casos	2	6,67%
No contesta	2	6,67%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Díaz

Fuente:

Población encuestada

GRAFICO NRO. 7



Interpretación: Un 40 % de encuestados consideran que se debe reformar únicamente el Código Penal; mientras que un 20% considera que se debe reformar únicamente el Código de Procedimiento Penal; y; un 26,67% considera que la reforma al respecto debe ir dirigida tanto al Código Penal como al Código de Procedimiento Penal; existe también un 6,67% que considera que no se debe reformar ninguna de las leyes vigentes, sino más bien que debe emitirse una nueva ley. Finalmente un 6,67% no nos da ninguna respuesta a esta pregunta.

Interpretación: Esta pregunta iba dirigida a obtener el criterio de los encuestados sobre la mejor propuesta jurídica de reforma que se podría contestar; y, de los resultados obtenidos podemos observar que la mayoría de los encuestados consideran que solamente es necesario reformar el Código penal, lo cual fue la propuesta inicial de esta investigación, y que en la actualidad incluye un reforma al Código de Procedimiento penal, lo cual es considerado también en los encuestados como viable.

6.2. Resultados de las entrevistas aplicadas.

ENTREVISTA N°1

Fuente: Entrevista al Dr. Demetrio Santander Defensor Público Abogado por la Universidad San Francisco de Quito

1.- ¿Sabe usted que son las medidas sustitutivas?

Si son medidas que sustituyen a la prisión preventiva en delitos menores. Se deben presentar varios requisitos ante el juez encargado para poder acceder a este tipo de medidas.

2.- ¿Sabe usted que es la prisión preventiva?

Es una medida de carácter personal que previene que el imputado de un delito se fugue mientras es procesado por un delito.

3.- ¿Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, son instrumentos idóneos y eficaces para la comparecencia del imputado a juicio?

En base a las estadísticas, desconozco.

En base a experiencia personal, en el 99% de personas con medidas sustitutivas, estas si son eficaces. Idóneos? Nada que limite la libertad de una persona es un mecanismo idóneo, pero es lo único y mejor que hay en reemplazo de la prisión preventiva.

4.- ¿Una de las medidas sustitutivas es la presentación periódica ante el Juez, cree usted que esta medida es efectiva para reemplazar la prisión preventiva?

Experiencia personal, sí en el 99% de los casos.

ENTREVISTA N°2

Fuente: Dr. Esteban Molina Abogado en libre ejercicio y martillador público Estudió en la Universidad Central del Ecuador

1.- ¿Sabe usted que son las medidas sustitutivas?

Las medidas sustitutivas como comúnmente se las enuncia, se refieren a las medidas cautelares de carácter personal, determinadas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal y que son: las obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares, etc, en total son 13, ahora bien, en el caso que a un procesado se le haya dictado prisión preventiva, este puede solicitar al Juez de Garantías Penales, de conformidad con el Art. 170 la Revocatoria o suspensión de la prisión preventiva, en dicho Art. en su numeral 3 establece: **...Cuando la jueza o juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa....**

2.- ¿Sabe usted que es la prisión preventiva?

La prisión preventiva como queda dicho es una medida cautelar de carácter personal, la cual tiene por objeto garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, Arts. 159 y 160 CPP

3.- ¿Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, son instrumentos idóneos y eficaces para la comparecencia del imputado a juicio?

Considero que si son totalmente aplicables dichas medidas, como en cualquier país en el cual se respeten las garantías de las personas, la libertad es un bien jurídico al que debemos proteger, existen también medidas cautelares de carácter real que también se las puede aplicar, y la caución que también se puede aplicar según nuestro ordenamiento jurídico, pero en la práctica no se está cumpliendo el garantismo constitucional.

4.- ¿Una de las medidas sustitutivas es la presentación periódica ante el Juez, cree usted que esta medida es efectiva para reemplazar la prisión preventiva?

Claro que es efectiva, lo importante es que el juez analice su procedencia, estableciendo si el procesado tiene arraigos que le permitan acceder a esta medida sustitutiva.

ENTREVISTA N°3

Fuente: Entrevista a la Dra. Daniela Miño Abogada en libre ejercicio Estudió en la Universidad Internacional SEK

1.- ¿Sabe usted que son las medidas sustitutivas?

Son alternativas a la prisión preventiva.

2.- ¿Sabe usted que es la prisión preventiva?

Es la privación de libertad a una persona que se encuentra en un proceso judicial, con el fin de asegurar su comparecencia al proceso ya sea en su contra o no.

3.- ¿Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, son instrumentos idóneos y eficaces para la comparecencia del imputado a juicio?

No necesariamente, depende del contexto social del procesado, del motivo por el cual se procesa, etc.

4.- ¿Una de las medidas sustitutivas es la presentación periódica ante el Juez, cree usted que esta medida es efectiva para reemplazar la prisión preventiva?

Creo que puede ser efectiva en ciertos casos, y bajo un estricto control del aparato judicial.

Es positivo que la libertad representa la posibilidad de trabajar y asistir a terapia para el procesado, llevar una vida normal por decirlo así. Sin embargo, debemos analizar que tan fácil es para acudir al juzgado para quienes residen en áreas rurales del país, en contextos de pobreza, es muy probable que el procesado entienda que su libertad no significa que siga siendo procesado, porque culturalmente está acostumbrado a ser coercido para responder ante uno u otro límite legal, y especialmente a la justicia.

La presentación periódica al juez puede funcionar para quienes residen en ciudades y tienen medios efectivos para trasladarse desde su residencia hasta el juzgado, y también debería contemplarse lo contrario, es decir de el juez asistir a la residencia del imputado, para casos de personas discapacitadas.

ENTREVISTA N°4

Fuente: Dr. Edgar Molina Montalvo Doctor en Jurisprudencia Candidato a Vicepresidente de la República (1978) Concejal del Distrito Metropolitano de Quito (1982-1984) Diputado Nacional (1984-1988) Docente de la Universidad Central del Ecuador (1971-2002)

1.- ¿Sabe usted que son las medidas sustitutivas?

Las medidas sustitutivas son precauciones que dicta el juez para asegurarse la presencia del sindicado o imputado en el juicio, sustituyendo la prisión preventiva.

2.- ¿Sabe usted que es la prisión preventiva?

La prisión preventiva es la orden de privación de libertad que dictamina el juez cuando, de los indicios o evidencias, se desprende la responsabilidad del sindicado y tiene por objeto asegurar su presencia en el proceso penal.

3.- ¿Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, son instrumentos idóneos y eficaces para la comparecencia del imputado a juicio?

Puede ser y no ser. De ahí que la evaluación del juez respecto de las circunstancias y actores que rodean al proceso es categórica.

4.- ¿Una de las medidas sustitutivas es la presentación periódica ante el Juez, cree usted que esta medida es efectiva para reemplazar la prisión preventiva?

Si, puede ser en tanto en cuanto el juez haya acertado en la presunción de buena fe del sindicado.

ENTREVISTA N°5

Fuente: Dr. Pablo Játiva Asesor Jurídico del Concejo Metropolitano de Quito Estudió en la Universidad de las Américas

1.- ¿Sabe usted que son las medidas sustitutivas?

Por su puesto, son cauciones que la jurisdicción esta facultada a tomar con el fin de garantizar la presencia de los imputados en sus procesos, sin necesidad de la prisión preventiva, cuando las circunstancias permitan presumir la buena fe del imputado.

2.- ¿Sabe usted que es la prisión preventiva?

La prisión preventiva es la medida cautelar más excepcional y, sobre todo, la de mayor fuerza porque, previo a la existencia de sentencia ejecutoriada que declare la culpabilidad del imputado y determine su condena, lo priva de la libertad ya sea por el peligro que éste constituye para la sociedad o los bienes jurídicamente protegidos por el derecho, o porque se pretende evitar que éste huya con la finalidad de librarse de la responsabilidad penal que posiblemente se declarará en su contra durante el proceso.

3.- ¿Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, son instrumentos idóneos y eficaces para la comparecencia del imputado a juicio?

Sí, siempre y cuando exista un control y un seguimiento real sobre el cumplimiento continuo de las medidas sustitutivas. No puede limitarse a una boleta, las medidas deben ser cumplidas y la autoridad debe asegurarse.

4.- ¿Una de las medidas sustitutivas es la presentación periódica ante el Juez, cree usted que esta medida es efectiva para reemplazar la prisión preventiva?

Sí. Lo que garantiza que el procesado cumpla con la presentación ante el juez es que el se encuentra informado sobre las consecuencias de no cumplir con esta medida, su abogado defensor o el defensor público le indican que si no cumple inmediatamente se

dicta prisión preventiva, por lo tanto el procesado no va a dejar de ser disciplinado en el cumplimiento de esta orden.

6.3. Estudio de casos

PRIMER CASO: JUZGADO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA

AÑO 2012

DELITO DE ACCION PÚBLICA: ROBO

ANTECEDENTES

La señora **xxxxx** en calidad de ofendida manifiesta: me iba a trabajar en el puente nueve y le vi al joven esperando en la parada y al irme al puente el señor me coge y me dijo que le dé el celular y si no te voy a puñalear me a pinto con el cuchillo y me dijo que le dé el dinero mi hija pudo correr y gritar a pedir ayuda, al ver que los vecinos venían el señor **xxxxxxxxxx** huyo.

Agente Aprehensor, **xxxxxxxxxxxxxxxx**, quien manifiesta momentos en que me encontraba por la autopista Rumiñahui los moradores me hacían señas en donde se encontraba algún altercado y me acerque con mi motocicleta donde se encontraba detenido el señor **xxxxxxxxxxxxxxxx** y me dieron un cuchillo que había lanzado el mencionado señor en ese momento la señora denunciante me manifestó que minutos antes intento sustraer sus pertenencias con el arma blanca procedí a esposarle al señor y solicite un patrullero.

Detenido xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx quien Dmanifiesta, primeramente le pido disculpas a la ofendida yo no fui a querer robar yo me cerque para que me regale un dólar pero yo cargaba el cuchillo y ella pensó que le quería robar, no he querido agredir ni nada, tengo mi hija de dos años yo no soy ladrón y me gusta ganarme mi dinero honradamente.

Señor Fiscal, Señor Juez, nos encontramos en un delito de acción pública habiendo escuchado los hechos ocurridos y al recabar suficientes elementos de convicción, doy inicio a la Etapa de Instrucción Fiscal en contra del ciudadano; xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por el delito tipificado en el Art. 550 y 552 del CP, y en atención a lo prescrito en el Art.217 del Código de Procedimiento Penal, consigno los siguientes datos

1. La descripción del hecho presuntamente punible: Lo manifesté en mi intervención y está debidamente relatado anteriormente.
2. Los datos personales del investigado: El nombre del procesado es xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx de 21 años de edad, de nacionalidad ecuatoriano, de ocupación comerciante, reside en monjas alama lojana, de instrucción secundaria.
3. Los elementos y resultados que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación: a.- El parte de aprehensión b.- Lo manifestado por el agente aprehensor; y, c.- Las evidencias constantes y detalladas en el parte, encontradas en el poder del detenido.

4. El delito presumiblemente cometido: Se halla tipificado y sancionado en los Artículos 550 y 552 esto es de tentativa de robo calificad, delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año.
5. Medida Cautelar: Por encontrarse reunidos, los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, y a fin de lograr la inmediatez en el juicio solicito la prisión preventiva del hoy detenido ya que existen suficientes indicios de responsabilidad en su contra, con el fin de que pueda comparecer a juicio.
6. El Fiscal a cargo de la instrucción : es el Dr. XXXXXX
7. La fecha de inicio de la Instrucción Fiscal: Es el día de hoy veinticinco de diciembre del 2012.
8. Tiempo de duración de la Instrucción Fiscal: Conforme lo dispone el Art. 161.1 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo de duración es de 30 días por tratarse de un delito flagrante.
9. Notificación: Señor Juez, solicito que se notifique con el inicio de la Instrucción Fiscal al procesado.
10. Resolución.- Luego de escuchar a los sujetos procesales que han intervenido en esta audiencia oral y publica de calificación de flagrancia se resuelve: Por encontrarse reunidos los requisitos establecidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y amparado en lo que establece el artículo 77 N° 1 de la Constitución de la Republica se ORDENA LA PRISON PREVENTIVA del procesado

XXXXXXXXXXXXX.- gírese la correspondiente Boleta de Constitucional de Encarcelamiento.

JUEZ DECIMO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA

ACTA DE SUSPENSION CONDICIONAL

Quito, a los dieciséis días del mes de marzo del año dos mil doce a las diez horas con treinta minutos, en la Secretaria del Juzgado Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha, con la presencia del señor XXXXXXXXX, Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha y el señor XXXXXXX secretario de esta judicatura, por otro lado comparece la señora Fiscal XXXXXXXXX, comparece el procesado XXXXXXXXX, con el Defensor Público señor XXXXXXX la Fiscal solicita se proceda a la audiencia de SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCEDIMEINTO (Art. 195 Constitución), toda vez que se a presentado un petitorio de suspensión condicional. JUEZ DICE: En virtud de lo dispuesto en los artículos 190 y 195 del Código de Procedimiento Penal, se acoge el pedido de Fiscalía y se procede a la audiencia-Acto seguido el DEFENSOR PUBLICO DEL PROCESADO DICE: De conformidad a lo establecido en el Art. 37.2 del Código de Procedimiento Penal, mi defendido ha admitido su participación en el presente caso y solicito a su Autoridad se digne acoger la petición de Fiscalía, en cuanto se refiere a las condiciones establecidas y que constan en el Art. 37.3 del mismo cuerpo de leyes, mi defendido está presto a cumplirlas.- RESOLUCION DEL JUEZ: tomando en cuenta lo dispuesto en los Art. 190 y 195 de la Constitución de la Republica, y por cuanto lo solicitado se encuentra enmarcado dentro de lo que establece el Art. 37.2 del Código de Procedimiento Penal, se acoge la petición de suspensión condicional del

procedimiento, bajo las condiciones establecidas por la Fiscalía, las mismas que se encuentran establecidas en el Art. 37.3 del Código de Procedimiento Pernal, esto es, las constantes establecidas en los siguientes literales h), **esto es presentarse periódicamente ante la Fiscalía u otra autoridad designada por el Juez de Garantías Penales**, y la condición establecida en el literal i) No tener instrucción fiscal por nuevo delito, para el efecto se revoca la prisión preventiva; y, por encontrarse detenido el procesado XXXXXX, se dispone su inmediata libertad, para el efecto gírese la Boleta Constitucional de Excarcelación,- Con lo que concluye la presente diligencia, firmando para constancia las partes con el señor Juez y secretario que certifica.

JUEZ

SEGUNDO CASO: JUZGADO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA

AÑO 2012

DELITO DE ACCION PÚBLICA: TENTATIVA DE HOMICIDIO

ANTECEDENTES

Del parte de detención suscrito por Suboficial Segundo de Policía, quien manifiesta que la señora XXXXXXXX de nacionalidad colombiana quien voluntariamente manifestó que desde hace dos años atrás convive con el señor XXXXXXXX que en la noche del viernes salieron a bailar injiriendo licor en una discoteca, luego fueron a su departamento donde se produjo un discusión con su pareja siendo agredida físicamente

lo que le indujo a tomar un cuchillo y en defensa propia causarle heridas a su pareja, al darse cuenta de lo que había hecho lo llevo al hospital Eugenio Espejo donde el médico del centro de salud señalo que el señor XXXXX había sido intervenido quirúrgicamente por presentar cuatro heridas causadas por arma blanca lesionando el tórax, en el presente caso existe un delito flagrante así como elementos suficientes para dar inicio a la instrucción fiscal.

1. La descripción del hecho presuntamente punible: Lo manifesté en mi intervención y está debidamente relatado anteriormente.

2. Los datos personales del investigado: Son XXXXXXXX, de 29 años de edad, Colombiana, de ocupación quehaceres domésticos, documento nacional de identificación N° XXXXXXXX, domiciliada en los condominios XXXXX.

3. Los elementos y resultados que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación: El parte de detención de la procesada, examen médico legal realizado al ofendido XXXXXXXX, evidencia el cuchillo con mangó de madera color café, el delito presuntamente cometido es el de TENTATIVA DE HOMISIDIO, previsto en el Art. 449 en concordancia con el Art. 16 del Código Penal, en el presente caso se encontraron reunidos los presupuestos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, lo que se trata de un delito de acción penal pública, con una pena privativa superior a un año, por existir indicios suficientes de que la señora procesada sea participe en calidad de autora de este delito solicito la privación de la libertad, no se encuentra justificado su arraigo social, laboral y familiar, por las circunstancias

anotadas le solicito la prisión preventiva de la procesada. Por último se le concede la palabra a la procesada quien por sus propios derechos, o por intermedio de su abogada defensora dice. Amparado en el pacto de San José de Costa Rica, así como la Constitución solicito se le otorgué a mi defendida, una medida alternativa a la prisión preventiva RESOLUCION DE LAJUDICATURA .- Luego de escuchar a los sujetos procesales que han intervenido en esta audiencia oral y publica se resuelve la prohibición de salida del país de la procesada XXXXXXXX, Colombia, portadora de la cedula de ciudadana colombiana N°XXXXXX, para el efecto ofíciase al señor Director Nacional de Migración, así como la obligación de presentarse los días viernes década semana, en días hábiles y horas laborables, en la secretaria de la Judicatura que avoque conocimiento de la causa.

JUEZ DECIMO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA

FISCAL

DEFENSOR PÚBLICO

PROCESADO

OFENDIDA

AGENTE APREHENSOR

SECRETARIA

ACTA DE SUSPENSION CONDICIONAL

Quito, a los treinta días del mes de noviembre del año dos mil doce a las once horas con treinta minutos, en la Secretaria del Juzgado Décimo Tercero de Garantías Penales de

Pichincha, con la presencia de la señora XXXXXXXX, Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha y el señor XXXXXX secretario de esta judicatura, por otro lado comparece la señora Fiscal XXXXXXXX, por otro lado comparece la procesada XXXXXXXX, con el Defensor Público señor XXXXXX, la Fiscal solicita se proceda a la audiencia de SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCEDIMEINTO, toda vez que se a presentado un petitorio de suspensión condicional. JUEZ DICE: Por no contravenir a disposición legal alguna, y en aplicación a lo estatuido en al Art. 168 de la Constitución de la República, y, en virtud del principio de oportunidad y mínima intervención, se acepta el pedido de la señora Fiscal .Acto seguido se devuelve la palabra a la señora Fiscal, quien dice: mi defendida ha admitido su participación en el hecho investigado en cuanto se refiere a las condiciones que usted crea necesarias, así como el tiempo que considere necesario. RESOLUCION DEL JUEZ: Una vez escuchados los sujetos procesales en audiencia oral, publica y contradictoria, el Juez de Garantías Penales, considerando que el injusto penal, no contraviene disposición legal alguna, y por cumplidos los presupuestos legales acepta la petición de Suspensión Condicional del Procedimiento a favor de XXXXXXXX, por el tiempo de cuatro meses, cuyas condiciones son las siguientes contempladas en los literales h) e i) del tercer Artículo innumerado al Art. 37 del Código de Procedimiento Penal: 1. **Que se presente el primer día viernes década mes en esta judicatura durante cuatro meses; y, durante ese tiempo no tenga la procesada otra Instrucción Fiscal.**- Se dispone agregar al expediente una copia del pedido de suspensión Condicional presentada por la Sra. Fiscal en esta audiencia .- Con lo que concluye la presente diligencia.

JUEZ

TERCER CASO: JUZGADO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA

AÑO 2012

DELITO DE ACCION PÚBLICA: HURTO

ANTECEDENTES

Según el parte policial de fecha 07 de febrero del 2012 suscrito por el agente aprehensor XXXXXXXX, así como la denuncia presentada por el denunciante XXXXXXXX, el parte policial indica que se ha procedido a la detención de XXXXXXXX, en la avenida Ñaquito y Japón de esta ciudad Cantón Quito Provincia de Pichincha, el denunciante manifiesta que a fuera del produbanco dejo estacionada su moto y que minutos más tardes se percató que se llevan su moto marca Honda, y que gracias a la oportuna intervención de la policía se ha logrado detener al delincuente, al cual reconozco como la persona que se ha estado llevando la moto por lo que presente la denuncia correspondiente. Se concede la palabra a la defensora Publica Penal Dr. XXXXXX, quien manifiesta que no se ha cumplido con informar al consulado correspondiente tal como lo establece la Constitución La Fiscalía, manifiesta que habiéndose reunido los elementos de convicción suficientes, esta fiscalía da inicio a la Instrucción Fiscal en contra del señor XXXXXX, para cuya procedencia consigno los siguientes datos constantes en el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal:

1. La descripción del hecho presuntamente punible: Lo manifesté en mi intervención y está debidamente relatado anteriormente.

2. Los datos personales del investigado: El nombre del procesado es xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx de nacionalidad ecuatoriano, de 44 años de edad, ocupación comerciante, con cedula colombiana N° XXXX reside en la avenida 10 de agosto y janeiro de esta ciudad, de instrucción secundaria.

3. Los elementos y resultados que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación: a.- El parte de aprehensión b.- Lo manifestado por el agente aprehensor; y, c.- Las evidencias constantes y detalladas en el parte, encontradas en el poder del detenido.- La denuncia presentada por el denunciante, en esta audiencia.

4. El delito presumiblemente cometido: Se halla tipificado y sancionado en los Artículos 547 y 548 del Código Penal, delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año.

5. Medida Cautelar: Por encontrarse reunidos, los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, y a fin de lograr la inmediación en el juicio solicito la prisión preventiva del hoy detenido ya que existen suficientes indicios de responsabilidad en su contra, con el fin de que pueda comparecer a juicio, ya que es un delito de acción pública y que el procesado es autor o cómplice del delito.

6. El Fiscal a cargo de la instrucción: es el Dr. XXXXXX

7. La fecha de inicio de la Instrucción Fiscal: Es el día de hoy lunes siete de febrero del 2012.

8. Tiempo de duración de la Instrucción Fiscal: Conforme lo dispone el Art. 161.1 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo de duración es de 30 días por tratarse de un delito flagrante.

9. Notificación: Señor Juez, solicito que se notifique con el inicio de la Instrucción Fiscal al procesado.

10. Resolución.- Luego de escuchar a los sujetos procesales que han intervenido en esta audiencia oral y publica de calificación de flagrancia se resuelve: En base a la solicitud realizada por la Fiscalía, a lo manifestado por el señor agente de policía, en cuanto a las características de la detención en primer lugar se califica la flagrancia, tomando en cuenta las evidencias exhibidas se establece las presuntas existencia del delito tipificado en los Art. 547 y 548 del Código Penal. Por encontrarse reunidos los requisitos establecidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y amparado en lo que establece el artículo 77 N° 1 de la Constitución de la Republica se ORDENA LA PRISON PREVENTIVA del procesado XXXXXXXXXXXX.- gírese la correspondiente Boleta de Constitucional de Encarcelamiento.

JUEZ DECIMO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA

ACTA DE SUSPENSION CONDICIONAL

Quito, a los dieciséis días del mes de marzo del año dos mil doce a las diez horas con treinta minutos, en la Secretaria del Juzgado Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha, con la presencia del señor XXXXXXXXX, Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha y el señor XXXXXXXX secretario de esta judicatura, por otro lado comparece la señora Fiscal XXXXXXXXX, comparece el procesado XXXXXXXXX, con el Defensor Público señor XXXXXXXX la Fiscal solicita se proceda a la audiencia de SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO (Art. 195 Constitución), toda vez que se a presentado un petitorio de suspensión condicional. JUEZ DICE: En virtud de lo dispuesto en los artículos 190 y 195 del Código de Procedimiento Penal, se acoge el pedido de Fiscalía y se procede a la audiencia-Acto seguido el DEFENSOR PUBLICO DEL PROCESADO DICE: De conformidad a lo establecido en el Art. 37.2 del Código de Procedimiento Penal, mi defendido ha admitido su participación en el presente caso y solicito a su Autoridad se digne acoger la petición de Fiscalía, en cuanto se refiere a las condiciones establecidas y que constan en el Art. 37.3 del mismo cuerpo de leyes, mi defendido está presto a cumplirlas.- RESOLUCION DEL JUEZ: tomando en cuenta lo dispuesto en el Art. 37.2 del Código de Procedimiento Penal, se acoge la petición de suspensión condicional del procedimiento, bajo las condiciones establecidas por la Fiscalía, las mismas que se encuentran establecidas en el Art. 37.3 del Código de Procedimiento Pernal, esto es, las constantes establecidas en los siguientes literales h), **esto es presentarse ante el señor Fiscalía el segundo y último viernes de cada mes por el lapso de tres meses contados desde la presente fecha y durante los**

mismos tres meses no tener instrucción fiscal, para el efecto se revoca la prisión preventiva; y, por encontrarse detenido el procesado XXXXXX, se dispone su inmediata libertad, para el efecto gírese la Boleta Constitucional de Excarcelación,- Con lo que concluye la presente diligencia, firmando para constancia las partes con el señor Juez y secretario que certifica.

ANALISIS DE LOS TRES CASOS

Para el análisis de los tres casos quisiera empezar citando el Art. 76 numeral 2 de la Constitución que dice **“Se presume la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”**

Uno de los ámbitos en los que se producen mayores violaciones al derecho a la libertad personal, esta sin duda constituido por los denominados Juzgados de Fragancia o de Turno, en los cuales quienes son detenidos en acometimiento de delitos o inmediatamente después, son puestos bajo la protección de un juez de garantías o al menos así debería ser. La realidad sin duda es otra, pues a través de este mecanismo se ha procedido a legalizar una serie de detenciones arbitrarias y a transformarlas en prisiones preventivas supuestamente legítimas. Quien califica la flagrancia en papeles y formalmente es el juez ante el cual es llevado el detenido; fácticamente sin embargo es el policía aprehensor el que realiza tal calificación, pues este mediante su parte informa del supuesto cometimiento del delito y de la detención efectuada en supuesta flagrancia. Casi invariablemente esta “teoría del caso” policial es asumida sin beneficio de inventario por el fiscal y luego aceptada por el juez.

Lastimosamente los juzgados de turno o flagrancia, no son los únicos ámbitos en los cuales se violan derechos fundamentales, pues si analizamos los estándares dentro de los que nuestros jueces de garantías penales dictan prisiones preventivas, encontraremos que al menos en un setenta por ciento las misma vulneran las prohibiciones contempladas en los artículos 7.2 y 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En los tres casos citados anteriormente veo un problema que se encuentra vinculado directamente con las decisiones que toman los jueces ya que para algunos Jueces de Garantías Penales, ya sea por presión mediática, social o por simple desconocimiento, la prisión preventiva es una medida de común aplicación y no una medida de carácter excepcional.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.1.1. OBJETIVO GENERAL.

“Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario, a las medidas alternativas a la Prisión Preventiva, establecidas en el código de procedimiento penal”.

El objetivo general formulado al inicio de la investigación lo he verificado en forma íntegra al desarrollar el marco jurídico donde se ha estudiado jurídicamente las bases legales que sustentan la administración de la justicia penal, las cuales están consagradas en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66 de los Derechos de Libertad y Art. 167 Principios de la Administración de Justicia.

7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-

a) **“Establecer las consecuencias jurídicas y sociales de la no aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva y la discrecionalidad de esta última”.**

Mediante las entrevistas y encuestas aplicadas a profesionales de derecho, se puede determinar en la encuesta No. 5 que el 70% cree que existen obstáculos para aplicar medidas sustitutivas, estableciendo consecuencias jurídicas y sociales

b) **Determinar las falencias, vacíos y contradicciones de las que pueda adolecer el Código de Procedimiento Penal en lo que respecta a medidas alternativas a la prisión preventiva.**

En las entrevistas realizadas específicamente en la pregunta 3 donde se cuestiona la eficacia e idoneidad de las medidas sustitutivas, todos los entrevistados consideran que el Código de Procedimiento Penal si determina claramente la aplicación de la misma y es aplicable, pero necesita que se realice ciertas reformas para que se efectiva.

c) Concluir el trabajo investigativo con la presentación de un proyecto de reformas al Código de Procedimiento Penal y al Código Orgánico de la Función Judicial viable y plenamente fundamentado en lo que a la aplicación de la medida alternativa a la prisión preventiva de presentación periódica ante la autoridad se refiere.

Una vez confirmada la necesidad de que se proponga un proyecto de reforma para viabilizar de mejor manera la práctica de la administración de justicia de acuerdo a lo señalado en la carta magna, en un 90% de encuestados y entrevistados ha aportado que el Art. 160 numeral 10, es limitante para su aplicación y necesita ser reforzado mediante una reforma.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

“La falta de una disposición legal que faculte a los Tribunales Penales a disponer la prisión preventiva en casos de incumplimiento por parte de los acusados beneficiarios de la medida sustitutiva de la prisión preventiva denominada presentación periódica ante la autoridad, genera impunidad e imposibilidad de juzgamiento y de sanción, lo cual repercute en otros casos en imposición arbitraria de la prisión preventiva y falta de aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva”.

He podido verificar mediante las encuestas y entrevistas que existe diferentes criterios y concepciones de la aplicación de una medida sustitutiva como excepción a la prisión preventiva, se la considera como ineficaz para sancionar un hecho punible y a la vez necesaria para no ser arbitrarios y respetar las garantías de las personas, la libertad es un bien jurídico al que debemos proteger, además es positivo que la libertad representa la posibilidad de trabajar y llevar una vida normal, sin embargo el análisis de la medida de acudir al juzgado puede ser tomado a la ligera y no se cumpla por no tomarla como coercitiva y se la llegue a desobedecer, ante este hecho debe considerarse la exposición de las consecuencias que tiene el faltar a esta disposición.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

El amparo legal de la propuesta se encuentra en el Art.134 de la Constitución del Ecuador, Carta Magna que contiene los parámetros referenciales respecto a la iniciativa para presentar proyectos de ley.

Al respecto y en la parte pertinente, el numeral 1 del artículo en mención señala que están facultados para presentar proyectos de ley “las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional”

De igual forma, en el numeral 4 ibídem se acredita a la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y

Defensoría Pública para presentar proyectos de ley en las materias que les corresponda de acuerdo a sus atribuciones.

Y finalmente, en el numeral 5 del Art. 134 de la Carta Magna se faculta a “las ciudadanas y a los ciudadanos que estén en gocé de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos en cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.

Por todos los fundamentos expuestos puedo manifestar que existe un sólido amparo legal que me permite realizar la propuesta que he planteado.

8. CONCLUSIONES

Realizado el análisis de todo el contenido de mi trabajo investigativo, me permito hacer las siguientes conclusiones.

- Que las medidas sustitutivas son una excepción a la prisión preventiva, constituyen medios jurídicos procesales poco efectivos para lograr que un hecho punible sea sancionado.
- Que las medidas sustitutivas a la prisión preventiva han resultado ineficientes ya que no aseguran en forma alguna la sanción a imponerse al responsable de un hecho delictivo.
- Que con la aplicación de una medida sustitutiva no se evita la fuga, entorpecimiento, obstaculización de la investigación de los imputados
- Que actualmente la sociedad no confía en la efectividad de la aplicación de medidas sustitutivas para subsanar un hecho punible
- Que no todos los ciudadanos estamos en condiciones de solicitar cualquier medida sustitutiva como excepción a la prisión preventiva; para ello debe primar la falta de requisitos determinados en la ley para el efecto.

- Que en la actualidad si existen obstáculos para la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva; obstáculos que van dirigidos a una vigencia de los derechos de libertad pero que han dejado de tomar en cuenta la seguridad jurídica, individual que requiere la sociedad.

- Que la prisión preventiva se constituye en una medida excepcional, a la que hay que acudir como último recurso, de acuerdo con la norma que la regula y la doctrina jurisprudencial.

- Que es necesario introducir una reforma al Código de Procedimiento Penal, de manera tal que se permita la aplicación efectiva de la prisión preventiva en todos los casos que se cumplan los requisitos establecidos en el Art. 167 del mencionado cuerpo legal.

9. RECOMENDACIONES

- Que haya capacitación permanente tanto a jueces, fiscales como defensores, respecto de la excepcionalidad de la prisión preventiva en aplicación del garantismo penal y del derecho penal mínimo, como respuesta a la sociedad.
- Los fiscales, deben aplicar el Art. 65 del Código de Procedimiento Penal, especialmente en la objetividad de su investigación, para recabar los elementos de cargo y de descargo y tener verdaderos elementos de convicción que puedan sustentar la aplicación justa de la prisión preventiva.
- Los jueces, fiscales deben ponderar sus decisiones respecto de la aplicación de las garantías o principios constitucionales penales, a fin de evitar exceso en la aplicación de la prisión preventiva.
- La prisión preventiva es una medida excepcional, considerada una medida de último ratio, que debe practicarse en el ámbito del proceso penal. La inseguridad jurídica que se vive en nuestro país, permite que esta medida se frecuentemente recurrible, hecho que con la aplicación del nuevo modelo procesal debe convertirse en una medida excepcional y que obligara a los fiscales a solicitar cuando no haya otra medida cautelar alternativa y por su parte el Juez a dictarlo debidamente fundamentado y cumpliendo exhaustivamente con los requisitos establecidos en la constitución, Tratados Internacionales y la Ley Procesal penal.

- Es una medida de ultimo ratio, que solo debe aplicarse ante circunstancias plenamente justificadas, que deben conducirse con un estado de cosas que revelen graves indicios de criminalidad.
- Recordar que la prisión preventiva, no es instrumento principal o secundario para reducir o contener la criminalidad, sino que es el desarrollo social el que posibilitara la capacidad para resolver conflictos sociales.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que el Art. 77, numeral 11 de la Constitución de la Republica establece que: la jueza o juez aplicara las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contemplada en la ley;

Que, de conformidad con el inciso segundo del Art. 159 del Código de Procedimiento Penal, en todas las etapas desproceso las medidas privativas de libertad deben adoptarse siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Que, las medidas cautelares sustitutivas, son alternativas que ofrece el Código de Procedimiento Penal a la prisión preventiva, en aquellos casos en los que los fines de la misma pueden lograrse por otras vías menos gravosas para el sindicado.

Que, la aplicación de medidas sustitutivas persigue como objetivo fundamental evitar que los imputados por ilícitos penales, que no revistan peligrosidad, sean reducidos a prisión, permitiéndoles ejercer su defensa en libertad.

Que, la obligación representarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante autoridad que este designare, está prevista en el Art. 160 numeral 10 del Código de Procedimiento Penal.

Que la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que este designe, es una medida sustitutiva de la prisión preventiva, y excepcional a la misma, constituyéndose en un beneficio para el imputado y está sujeta a condiciones expresamente prevista en el Código de Procedimiento Penal.

Que, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que designe, como medida cautelar sustitutiva de la prisión preventiva, garantiza la inmediación del imputado con el proceso, evita que el procesado eluda la acción de la justicia cuando no es necesario privar al imputado de la libertad.

Que, conforme el artículo innumerado agregado a continuación del Art. 167 del Código Penal, tanto la prisión preventiva, cuanto las solicitudes de sustitución u ofrecimiento de caución, deben ser resueltas en audiencia pública, oral y contradictoria.

Que, conforme el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, corresponde al juez de garantías penales sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente.

Que, el beneficiario de la medida sustitutiva de presentación ante la autoridad debe cumplir estrictamente con las condiciones impuestas a dicha presentación.

Que, según el inciso octavo del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, el funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad,

tiene la obligación de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si esta sea producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.

Que, en la práctica se ha evidenciado que el cumplimiento de la medida sustitutiva de presentación ante la autoridad, no es verificada adecuadamente por los funcionarios responsables.

Que, la medida sustitutiva de presentación ante la autoridad en muchos casos ha sido incumplida ante el propio Juzgado de Garantías Penales, y que dicho incumplimiento no ha sido informado.

Que, los Juzgados de Garantías Penales han remitido a los Tribunales de Garantías Penales procesos con medidas sustitutivas incumplidas, sin que dicha situación haya sido advertida oportunamente, lo que ha ocasionado inconvenientes para tramitar las audiencias de juzgamiento.

Que, la dictación de medidas cautelares es competencia exclusiva de los Jueces de Garantías Penales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 37, numeral 2, 167, 168 y 171 del Código de Procedimiento Penal.

Que, en materia penal no cabe la interpretación extensiva, razón por la que los Tribunales Penales no pueden adoptar decisiones que garanticen la presencia de los incumplidos al proceso.

Que, es necesario formar el Código de Procedimiento Penal, facultando a los Tribunales Penales ordenar la prisión preventiva en la etapa del juicio, cuando sobre del proceso que se ha incumplido la medida sustitutiva a la prisión preventiva de presentación ante la autoridad y los procesados no se presenten a la audiencia de juzgamiento convocada.

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales expide la siguiente.

LEY REFORMATORIA LA CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Art.1.- En el artículo 28, a continuación del numeral1), agréguese el siguiente:

....Disponer la prisión preventiva del acusado para asegurar su comparecencia al juicio, cuando se evidencie en el proceso el incumplimiento de la medida sustitutiva de presentación ante la autoridad y la inasistencia del acusado a la audiencia convocada.

Artículo final.- La presente reforma al Código de Procedimiento Penal, entrara en vigencia luego de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

Dado, en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador a los 28 días del mes de febrero del dos mil trece.

10. BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario de Derecho Usual” .- Editorial Heliasta.- Octava Edición .- Buenos Aires-Argentina .- 1974, Tomos I,II,III y IV.

CARNELUTTI, Francesco, “Lecciones sobre el Proceso Penal”.- Ediciones Jurídicas Europa – América.- Buenos Aires- Argentina.- 1961.

CELI ORMAZA, Sandro, “La Garantía de la Libertad Personal”.- Tesis Doctoral.- PUCE 1988.

CORDOVA, Andrés F, “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano”.- Fondo de Cultura Ecuatoriano”.- Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho .- OFFSER ATLANTIDA.- Cuenca- Ecuador .- 1979.- Tomos 10, 11, 12, y 13.- Vol. I,II,III,IV.

D’ ALBORA, Francisco, “Curso de Derecho Procesal Penal”.- Editorial A, B, C.- Bogotá –Colombia.-1981.- 3ra. Edición.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”.- Editorial Víctor P. De Zavalia.- Buenos Aires Argentina 1974.

DICCIONARIO PLANETA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Planeta- Barcelona –España.- 1982.

ESPINOZA, Galo, “La más practica Enciclopedia Jurídica”.- Instituto de Informática Legal.- Imprenta del Colegio Don Bosco.- Quito-Ecuador.- 1987.

FENECH, Miguel, “Derecho Procesal Penal”.- Editorial LABOR.- Barcelona –España 1952.

FLORES, Guido Fabián, “Apuntes de Practica Penal”.- Universidad Central del ecuador, Escuela de Derecho.- 1995.

FLORIAN, Eugenio, “Elementos de Derecho Procesal Penal”.- Editorial TEMIS.- Bogotá-Colombia.- 1968.- Tomo único.

GUERRERO VIVANCO, Walter, “Derecho Procesal penal”.- Tomo II.- La Acción Penal.- Editorial Universitaria.- Quito 1978.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, “Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina “.- Buenos Aires 1986.

JIMENEZ ASENJO, Enrique, “Derecho Procesal Penal”.- Editorial Revista de derecho Privado.- Madrid –España.- 1945.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”.- Editorial Lozada.- Buenos Aires-Argentina.- 1976.- 3ra Edición.

JURADO, Romel y VARGAS, Edward, “Guía de Litigio constitucional”.- Publicación de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, con auspicio Fundación Konrad Adenauer.- Quito-Ecuador.- 2000.

LEDESMA, Julio, “El Proceso penal”.- Buenos Aires 1973.

LEVENNE, Ricardo, “Manual de derecho Procesal Penal”.- Tercera Edición.- Editorial Plus Ultra.- Buenos Aires- Argentina.- 1975.

LITZT, Franz Von, “Tratado de derecho Penal”.- Traducción por Jiménez de Asua.- Madrid –España.- 1917

LLORE MOSQUERA, Víctor, “Derecho procesal Penal Ecuatoriano”.- Fondo de Cultura Ecuatoriana.- Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho.- OFFSER ATLANTIDA.- Cuenca –Ecuador.- 1979.

MANZINI, Vincenzo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires –Argentina.- 1963.

ODERIGO, Mario, “Derecho Procesal Penal” .- Ediciones De Palma .- Buenos Aires-Argentina.- 1973.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel, “Lecciones de Derecho Practico Civil y penal”.- Editorial Universitaria.- Quito- Ecuador.- 1958.

PEREZ PALMA, Rafael, “Guía de Derecho Procesal Penal” .- primera Edición .- Cárdenas editor.- México 1975.

PODETTI, Ramiro J. “Tratado de las Medidas Cautelares”. Tomo IV. EDIAR Soc. Anon. Editores.- Buenos Aires- Argentina.- 1956.

REVISTA FORENSE, Órgano Académico de abogados de Quito 1991 .- Numero XVI.- Editorial Universitaria .- Perfil del plan bienal de desarrollo de la Corte Suprema de Justicia.- Dr. GUERRERO VIVANCO Walter.

RUBIANES, Carlos J. “Manual de derecho procesal penal”.- Ediciones De Palma .- Buenos Aires-Argentina .- 1973.

SPER.C, Jorge, “El Proceso penal en sus manos”.- Editorial Nueva Luz .- Guayaquil Ecuador.-1995.

TORRES CHAVEZ, Efraín, “Breves Comentarios al Código de procedimiento Penal”.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador.- 2001.

VACA ANDRADE, Ricardo, “Manual de derecho procesal penal”.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito- ecuador 2001.- Vol. 1.

VIERA, Luis Alberto, “Las Medidas de Garantía y el Embargo”.- Sección IIIXLIX.- Talleres Gráficos 33 S. A.- Montevideo. Uruguay.-1949.

VITERI OLVERA, Manuel, “Resoluciones de Casación y revisión en Materia Penal”.- Primera Edición.- Editora Soledad.- del mar S.A.- Madrid España 1995.

ZAMBRANO PASQUEL, .Alfonso, “Manual de Derecho penal”.- Editorial Escorpio.-
Guayaquil 1984.- Tomo único.

ZAVALA BAQUERIZO, “El Proceso Penal”.- Talleres Editograficos de editorial
NOMOS.- Bogotá –Colombia 1990.- Tomo I, II, III, IV.

11. ANEXOS

PROYECTO DE TESIS

1.- TEMA

“PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA OBLIGACION DE PRESENTACION PERIODICA ANTE EL JUEZ, COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PRISION PREVENTIVA”

2.- PROBLEMÁTICA

La prisión preventiva entendida como la privación judicial y formal de la libertad de una persona, durante el tiempo que se estime conveniente a los fines de la justicia, tiene por objeto, asegurar la presencia del procesado durante la realización del proceso penal, y permitir que el Estado pueda hacer efectivo el derecho de penar, así lo establece el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

La aplicación de la institución de la prisión preventiva, fue distorsionada, por su excesiva discrecionalidad, lo que originó en un momento determinado el fenómeno de los presos sin sentencia, personas que permanecían por años privados de su libertad sin decisión judicial definitiva, lo que violaba el derecho del procesado a obtener en corto tiempo la resolución de su situación jurídica.

Las denominadas medidas alternativas a la prisión preventiva fueron incorporadas en la Legislación Ecuatoriana, para evitar la imposición arbitraria de la prisión preventiva y para permitir que las personas puedan defenderse en libertad. Entre dichas medidas figura “La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare” (Art. 160 numeral 10 del Código de Procedimiento Penal).

Solicitada por el fiscal que investiga el supuesto delito en audiencia de fragancia y formulación de cargo concedido por el Juez de Garantías Penales la obligación de presentación periódica, ante dicho Juez o ante la autoridad que éste designare, la presentación debe cumplirse necesariamente en la forma y condiciones previstas por el Juez, ya que de conformidad con el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, 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, sin que se pueda dictar una nueva medida de sustitución.

La incorporación de esta medida alternativa a la prisión preventiva representa un importante avance en materia adjetiva penal, no obstante en la práctica, se identifica el siguiente problema en su aplicación:

Los funcionarios designados para el control de la presentación periódica ante la autoridad, no informan al Juez el incumplimiento por parte del procesado, es decir su no presentación, dentro de las 48 horas conforme lo previsto en el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, haciendo caso omiso a las sanciones y responsabilidades hasta de

carácter penal que allí se prevén, lo que determina que una vez que el proceso haya avanzado a la etapa del juicio, se remitan a los Tribunales Penales procesos con medidas sustitutivas que no se han cumplido, ni se han controlado, ni en el propio juzgado de origen.

Como consecuencia de lo referido, se producen serias dificultades en la tramitación de la etapa del juicio, más concretamente la imposibilidad del juzgamiento, ya que a los Tribunales Penales, llegan procesos en los que consta dispuesta la presentación periódica ante el Juez de Garantías Penales y una vez señalado el día y hora para la realización de la audiencia, no comparecen los procesados ante el Tribunal, pese a que se efectúen varios señalamientos. Los Tribunales Penales no se encuentran facultados en este caso concretos para dictar la prisión preventiva de los procesados, lo que genera evasión de la justicia e impunidad.

La competencia nace de la Ley, y en materia penal no se puede hacer interpretación extensiva de las disposiciones legales. Al tenor de lo previsto en el Art. 27, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, los Jueces de Garantías Penales tienen competencia exclusiva y privativa para tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares, en concordancia con los Arts. 167 y 168 ibídem, el último de los citados consagra que: “El auto de prisión preventiva sólo puede ser dictado por la jueza o juez de garantías penales, a petición del Fiscal y debe contener....”

En ninguna de las disposiciones del vigente Código de Procedimiento Penal se menciona al Tribunal de Garantías Penales, razón por la que este cuerpo colegiado se encuentra cruzado de brazos en estos casos.

Algunos Abogados de la víctima o Fiscales han solicitado que en los casos de no presentación de acusados ante el Tribunal, que gozan de la medida sustitutiva de la prisión preventiva de presentación periódica ante la autoridad, se aplique el Art. 280 del Código de Procedimiento Penal, no obstante esta solicitud no es procedente ya que el referido artículo se refiere al caso en que el acusado estuviera en libertad bajo caución y no se presentare a la audiencia en la hora señalada, caso completamente distinto en el que el Tribunal está facultado para dictar auto suspendiendo la sustanciación de la causa hasta que se presente voluntariamente, o sea detenido y además, hará efectiva la caución.

Este problema ya ha sido evidenciado por parte de los operadores de justicia, ameritándose una necesaria reforma al Código de Procedimiento Penal, facultando a los Tribunales Penales para disponer la prisión preventiva cuando se incumpla la medida sustitutiva de presentación periódica ante la autoridad.

Los Tribunales Penales, para evitar la impunidad, en virtud del vacío legal evidenciado, optan por ampararse en el Art. 130 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial y disponen la detención 24 horas antes de la audiencia de juzgamiento, no obstante, algunos Abogados, conscientes del vacío legal existente plantean amparos de libertad, que no en pocas ocasiones han sido concedidos.

El problema específico referido anteriormente, se encuentra directamente vinculado con una problemática general identificada en la adopción de todas las medidas sustitutivas de la prisión preventiva ya que para algunos Jueces de Garantías Penales, ya sea por presión mediática, social o por simple desconocimiento, la prisión preventiva es una medida de común aplicación y no una medida de carácter excepcional, de ultima ratio, en tanto que otros, otorgan medidas sustitutivas de la prisión preventiva en forma indiscriminada, sin un verdadero análisis, sin contar con suficientes elementos y argumentos que justifiquen la sustitución de la prisión preventiva, en delitos reprimidos con reclusión y que han conmocionado al país por la crueldad con que han sido ejecutados: violación, asesinato, etc., es decir han otorgado medidas sustitutivas a personas consideradas peligrosas, que no poseen arraigo en el país y que por tanto han fugado o evadido la acción de la justicia.

Con estos antecedentes, considero que en base a la normativa legal vigente se ha ocasionado el siguiente problema:

LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL RELATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA Y A LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS DE AQUELLA, NO SON SUFICIENTES, EXISTE UN VACÍO LEGAL QUE IMPOSIBILITA A LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DISPONER LA PRISIÓN PREVENTIVA DE AQUELLOS ACUSADOS BENEFICIARIOS DE LA MEDIDA ALTERNATIVA A LA PRISIÓN PREVENTIVA DE PRESENTACIÓN PERIÓDICA ANTE EL JUEZ, QUE NO COMPARECEN A LA AUDIENCIA DEL JUICIO, LO QUE DETERMINA EN LA PRÁCTICA, IMPUNIDAD.

POR OTRO LADO, LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA SIGUE SIENDO MÍNIMA Y POR EL CONTRARIO, LA PRISIÓN PREVENTIVA CONSTITUYE LA REGLA Y NO LA EXCEPCIÓN, CONTRARIANDO LO PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, CON GRAVE PERJUICIO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DE LOS PROCESADOS.

3.- JUSTIFICACION.-

La ejecución del presente trabajo investigativo se justifica porque es un tema de actualidad, cuyo análisis es de trascendencia social y requiere modificación del contexto normativo, específicamente de las disposiciones que sobre competencia de Jueces y Tribunales Penales, prisión preventiva y medidas alternativas a ella contiene el Código de Procedimiento Penal en vigencia, así como el Código Orgánico de la Función Judicial.

El tema se justifica plenamente, ya que a mi juicio, el procedimiento penal y de modo particular la concepción y aplicación de las medidas alternativas de la prisión preventiva, revelan la fortaleza y el grado de civilización de los pueblos, siendo necesario este análisis en la sociedad ecuatoriana, ante los ojos de la cual la administración de justicia se encuentra desgastada, no obstante los esfuerzos realizados para recobrar la confianza en el sistema judicial.

El tema se justifica pues es necesario efectuar un análisis estadístico de la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva para determinar por muestreo el porcentaje en que son dispuestas.

Es indispensable desentrañar las razones jurídicas y psicosociales incluida la presión mediática y social por las que, sin discriminación, algunos Jueces de Garantías Penales continúan disponiendo indiscriminadamente la prisión preventiva, privando a los procesados del derecho a defenderse en libertad y convirtiendo a las medidas sustitutivas de la prisión preventiva en meras posibilidades escritas y no aplicadas.

El tema además no pierde vigencia, por el contrario debe ser analizado a fin de lograr un cambio de mentalidad tanto en los operadores de justicia, como en la sociedad toda que considera actualmente por ejemplo que la orden de arresto domiciliario o la presentación periódica ante la autoridad son sinónimos de impunidad, consideración que surge de la publicidad otorgada a casos en los que por vacío legal los beneficiarios de dichas medidas no han podido ser juzgados.

El problema planteado es de absoluta trascendencia ya que evidencia la carencia de norma procesal para un tema específico, que está determinando inseguridad jurídica, y pretende generar una propuesta concreta de solución.

El tema se sitúa entre los objetivos básicos pregonados por el actual régimen, para combatir la inseguridad ciudadana: la reestructuración de la justicia, la reforma a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y la designación de nuevos jueces. Si no se

instruye debidamente a los operadores de justicia sobre la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, no se cumplirá dicho objetivo y se habrá cambiado todo para que nada cambie.

Justificación Académica: Científica y académicamente se justifica la realización de la presente investigación por cuanto el tema planteado se encuentra contextualizado entre los objetos de transformación impulsado por el modelo académico de nuestra Universidad para el aprendizaje del alumno.

Justificación Jurídica: La investigación jurídica de la problemática se justifica porque se inscribe académicamente, en el Área del Derecho Procesal Penal, entendido como el conjunto de normas de carácter jurídico que disciplina el proceso penal, permite la realización eficaz del derecho penal y por tanto garantiza la paz y el respeto a los derechos del hombre. El perfeccionamiento del procedimiento penal, a través de la inclusión de disposiciones que por un lado garanticen el derecho a la defensa y por otro la sanción a los infractores, confluyen en el objetivo de eliminar ojalá para siempre la concepción del proceso penal como un vía crucis por el que el ciudadano ecuatoriano medio teme transitar, aún cuando tenga la certeza de su inocencia.

Justificación Social :Desde el punto de vista social, el trabajo investigativo se justifica porque se propone determinar las consecuencias o repercusiones sociales producidas por el vacío legal evidenciado, desde la vigencia de las reformas al Código de Procedimiento Penal que incorporaron la medida alternativa a la prisión preventiva de presentación periódica ante la autoridad, así como de modo general, las consecuencias

de la discrecional aplicación tanto de la prisión preventiva como de las medidas alternativas de aquella, a través de un análisis jurídico minucioso, de la aplicación de dichas medidas en las diversas etapas del proceso penal, que nos llevará a conclusiones críticas y valorativas.

Desde el punto de vista jurídico, la propuesta parte del análisis jurídico de las disposiciones vigentes, en base a la realidad fáctica basada en datos estadísticos, para aterrizar en una propuesta de reforma concreta al Código de Procedimiento Penal y al Código Orgánico de la Función Judicial.

El tema desde el punto de vista social, permitirá dar a conocer datos y estadísticas actualizadas sobre la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, que pueden constituir herramientas útiles para el control de la actividad de los operadores de justicia por parte del Consejo de la Judicatura, del mismo modo pondrá en evidencia el enorme perjuicio que la corrupción en la administración de justicia causa, ya que en no pocas ocasiones se ha dispuesto medidas alternativas en casos en los que era absolutamente predecible la evasión del procesado.

En cuanto a la factibilidad, el presente trabajo investigativo es absolutamente viable, pues cuento con fuentes bibliográficas, documentales y de campo para el análisis y discusión, así como con el apoyo logístico necesario y la orientación metodológica indispensable.

Desde el punto de vista social, la investigación propuesta se justifica porque permitirá contar con elementos de juicio orientados a generar en la sociedad una cultura de respeto irrestricto a la libertad de las personas, difundir de modo general el criterio de considerar a la prisión preventiva como última alternativa, cuya procedencia debe darse en casos excepcionales, y de confianza en la aplicación de medidas alternativas, desterrando el asocio de aquellas con impunidad.

4.- OBJETIVOS

4.1.- OBJETIVO GENERAL.- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario, a las medidas alternativas a la Prisión Preventiva, establecidas en el código de procedimiento penal.

4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-

c) Establecer las consecuencias jurídicas y sociales de la no aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva y la discrecionalidad de esta última.

d) Determinar las falencias, vacíos y contradicciones de las que pueda adolecer el Código de Procedimiento Penal en lo que respecta a medidas alternativas a la prisión preventiva.

e) Concluir el trabajo investigativo con la presentación de un proyecto de reformas al Código de Procedimiento Penal y al Código Orgánico de la Función Judicial

viable y plenamente fundamentado en lo que a la aplicación de la medida alternativa a la prisión preventiva de presentación periódica ante la autoridad se refiere.

4.3.- HIPOTESIS

La falta de una disposición legal que faculte a los Tribunales Penales a disponer la prisión preventiva en casos de incumplimiento por parte de los acusados beneficiarios de la medida sustitutiva de la prisión preventiva denominada presentación periódica ante la autoridad, genera impunidad e imposibilidad de juzgamiento y de sanción, lo cual repercute en otros casos en imposición arbitraria de la prisión preventiva y falta de aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva.

5.- MARCO TEORICO

El Código de Procedimiento Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 360, de 13 de Enero del 2000 y vigente a partir del 13 de Julio del 2002, caracterizado por la oralidad, contradictoriedad, concentración e inmediación procesales, se constituyó en el primer intento de dotar a la sociedad ecuatoriana de una administración de justicia eficiente, ágil y oportuna.

El sistema acusatorio, esencialmente oral, proporcionó una serie de ventajas procesales, no obstante, en la aplicación, a lo largo de los años de vigencia, se han identificado sobre todo en la práctica una serie de debilidades, defectos conceptuales, vacíos y falencias, uno de los cuales se constituirá en el eje central de la presente investigación y

que se refiere a la aplicación ante los Tribunales de Garantías Penales de la medida sustitutiva a la prisión preventiva de presentación periódica ante el Juzgador.

La prisión preventiva entendida como la privación judicial y formal de la libertad de una persona, durante el tiempo que se estime conveniente a los fines de la justicia, tiene por objeto asegurar la presencia del procesado durante la realización del proceso penal, y permitir que el Estado pueda hacer efectivo el derecho de penar.

La aplicación de la institución de la prisión preventiva fue distorsionada, por su excesiva discrecionalidad, lo que originó el fenómeno de los presos sin sentencia, personas que permanecían por años privados de su libertad sin decisión judicial definitiva, lo que violaba el derecho del procesado a obtener en corto tiempo la resolución de su situación jurídica.

Según el Dr. Manuel Viteri Olvera, las medidas cautelares “son mediadas de carácter excepcional, con limitaciones legales, que mediante un proceso se hacen efectivas, para el cumplimiento de los fines procesales y extraprocesales, y esto, por exigencias sociales jurídica-mente valoradas. Es decir, la Constitución de la República, consagra y garantiza valores fundamentales, pero que en un momento determinado, estos pueden ser vulnerados por una alarma. El Estado valiéndose de su aparato coercitivo, de su cuerpo de leyes, de disposiciones de normas de conducta, sanciona por medio de un proceso que debe cumplir necesariamente con su finalidad inmediata, cual es, la imposición de una pena y la declaratoria del derecho del ofendido al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, haciéndose menester ciertas medidas de

carácter cautelar, como por ejemplo la prisión preventiva, la misma que tiene prioritarias razones de ser, tales como poner al indiciado o al procesado a disposición del Juez, a objeto de que ayude al esclarecimiento de la verdad y asegurar el cumplimiento de la posible pena, de tal manera el proceso cumpla satisfactoriamente sus fines y asegure al ofendido y al estado las indemnizaciones a que hubiere lugar en derecho.”

Víctor Ilore Mosquera, manifiesta: “El aseguramiento de la persona del imputado y bienes necesarios para hacer efectivo el pago de las indemnizaciones civiles, la multa y las costas procesales ocasionadas al estado por el ejercicio de la pretensión punitiva, se verifica dentro de la etapa de instrucción sumarial, por medio de los actos cautelares.

Queda claro entonces que las medidas cautelares son aquellos mecanismos jurídicos ordenados por el juez y ejecutados por los funcionarios correspondientes, orientados a limitar la libertad individual de las personas por un lado, o la libre disponibilidad de sus bienes patrimoniales, con la finalidad de conseguir la realización plena del proceso penal, así como las debidas garantías de que el acusado cumplirá con el castigo correspondiente a la infracción cometida, y de que responderá por los daños y perjuicios ocasionados a terceros como efecto de la acción punitiva.

Las garantías constitucionales que protegen el derecho a la libertad o la propiedad, se ven limitadas por efecto de la misma Ley Máxima y de las leyes procesales penales, pues para garantizar el derechos de las demás personas, así como para preservar la vida en sociedad es necesaria la cabal realización y ejecución de las leyes penales, y en aras

de esta objetivo, por efecto de la misma ley, es posible la aplicación de medidas cautelares que afecten tanto a la libertad personal como a la propiedad.

Walter Guerrero Vivanco, manifiesta que de acuerdo con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal, con el propósito de asegurar la inmediación del acusado con el proceso y el pago de los daños y perjuicios derivados del acto delictivo y de las costas procesales correspondientes, los jueces pueden ordenar determinadas medidas cautelares personales y reales.

El Código de Procedimiento Penal, establece que las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;

- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6º del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención; y,
- 13) La prisión preventiva

Por otro lado el cuerpo legal citado prevé que las medidas cautelares de orden real son:

- 1) El secuestro;
- 2) La retención; y,
- 3) El embargo.
- 4) La prohibición de enajenar

Esta medida tiene como objeto específico el garantizar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el cometimiento del delito.

La medida cautelar de la prisión preventiva puede ser revocada o suspendida.

La prisión preventiva puede ser sustituida por otra medida preventiva alternativa, cuando el Juez lo considere conveniente.

Las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva fueron incorporadas en nuestra legislación a fin de otorgar seguridad jurídica al ciudadano, al viabilizar el respeto irrestricto al debido proceso, entendido como el conjunto de garantías que protegen al individuo cuando es sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia, y el derecho de aquel a defenderse en libertad.

Una de las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva es la obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare, la cual desde su institución ha sido muy empleada, no obstante, los problemas evidenciados en la tramitación de la etapa del juicio ha determinado que los Jueces Penales hasta tanto no existan normas específicas que aseguren la presencia del imputado a la audiencia de juzgamiento se estén absteniendo de ordenarla. La presentación ante la autoridad es una medida alternativa novedosa, que al tenor del Art. 27 del Código de Procedimiento Penal sólo puede ser dictada por los Jueces de Garantías Penales.

Según Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, p. 434 y 435, la competencia es “La capacidad para conocer una autoridad sobre una materia o asunto, atribución, incumbencia”, y para Ricardo Levenne, en su manual de Derecho Procesal Penal, p. 142 “La jurisdicción es un concepto genérico; la competencia es un concepto aplicado al caso concreto, pues no todos los Jueces pueden intervenir en cualquier litigio, sino tan solo en aquellos casos que la Ley lo permite.”, por último el Dr. Walter Guerrero, en el Derecho Procesal Penal, Tomo I, p. 134, considera que “La jurisdicción es un poder abstracto de administrar justicia, en tanto la competencia es un poder concreto la capacidad real de un Juez para avocar conocimiento de una causa determinada”.

La inobservancia de las reglas de competencia, así como de las disposiciones procedimentales previstas en la Constitución y en la Ley, acarrearán la nulidad del proceso.

Los Tribunales Penales que constituyen los órganos colegiados dotados de competencia para tramitar la etapa del juicio no poseen competencia para tramitar y resolver en audiencia, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares, facultad atribuida de modo excluyente a los Jueces de Garantías Penales, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal.

De modo general, salvo excepciones previstas en el Código, la presencia del acusado es indispensable para el juzgamiento, al no existir mecanismo legal para obligar al acusado a comparecer, su juzgamiento resulta imposible.

Si bien es el Tribunal Penal quien debe sustanciar y resolver la etapa del juicio, la Ley ha otorgado al Presidente del Tribunal atribuciones especialísimas, orientadas a preparar la audiencia del indicado tribunal, esto es desarrollar todos los actos preparatorios para que el proceso quede listo y el trámite adelantado para el juzgamiento en la audiencia oral, dictando para ello ciertas providencias que le permitan resolver situaciones concretas que pudieran presentarse a priori, como lo referente a excusas y recusaciones.

Siguiendo la distribución preclusiva de etapas procesales, la etapa del juicio constituye la tercera etapa o estadio procesal, inmediatamente posterior a la etapa intermedia cuando el proceso penal no se hubiere paralizado o concluido de manera anormal o irregular, se caracteriza por ser una etapa eminentemente acusatoria.

Las medidas cautelares tiene la finalidad esencial de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales correspondientes.

Por principio general, las medidas cautelares son de tipo restrictivo, es decir solamente pueden aplicarse con estricto apego a derecho, y en los casos en que sea indispensable su aplicación. Esto no siempre es observado y acatado por los juzgadores.

Además, nuestro Código de Procedimiento penal, es absolutamente terminante en el inciso tercero del Art. 159, en el sentido de establecer la prohibición expresa de dictar medidas cautelares que no se hallen expresamente reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico adjetivo penal.

Poe regla general, a excepción de la aprehensión por delito flagrante, las medidas cautelares personales y reales que constan el proceso penal, deben ser indispensablemente dictadas por el juez competente, con estricta observación de los requisitos y formalidades que expresamente señala la ley.

6.- METODOLOGIA

Para la elaboración del presente proyecto, aplicare los siguientes tipos de investigación: la investigación Institucional y la Investigación Social, dentro de las cuales aplicaré los siguientes métodos: inductivo que me permite, primero conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo particular hasta llegar a lo general, en algunos casos y deductivo que me permite que partiendo de lo general pueda arribar a lo particular y singular de la problemática, para así llegar a una investigación dentro de los enfoques cualitativo e interpretativo de critica a las normas jurídicas vigentes, en comparación a la legislación aplicada en otros países relacionada a la materia que me conlleva el proyecto de investigación, además nos valdremos de fuentes de información que me permitan conocer la situación actual de la aplicación de la medida sustitutiva a la prisión preventiva de presentación periódica ante el juzgador.

Dentro de las técnicas a utilizarse aplicare el uso del fichaje, fichas bibliográficas; e Investigación de campo a través de encuestas y entrevistas, con el propósito de verificar mediante interrogantes, las variables que presento en el problema, la hipótesis y los objetivos propuestos. Las preguntas estarán dirigidas a una población de 10 personas entre las que se encuentran Abogados, Funcionarios, Autoridades de la Función Judicial, entendidos en la materia y el común de los ciudadanos, de cuya tabulación pretendo definir la aplicabilidad de la propuesta buscando ser coherente con la realidad nacional, para proyectarme hacia cambios que deberían darse en la normativa vigente.

Examinaré también la información bibliográfica mediante un análisis crítico y doctrinario de las normas generales y fundamentales que moderan la actitud de las instituciones que se encuentran inmersas alrededor del problema presentado con la medida sustitutiva a la prisión preventiva de presentación periódica ante el juzgador.

Posteriormente indagaré sobre las tendencias mundiales referentes al tema de investigación, a fin de proyectar ideas que podrían ser incorporadas en nuestro Estado.

Como soporte técnico del presente trabajo me apoyaré en la guía para la elaboración de la investigación jurídica en la Modalidad de Estudios a Distancia y las metodologías de investigación existentes a nivel académico superior, entre otros.

En definitiva, la metodología empleada, debe estar acorde al problema que se está investigando para obtener los mejores resultados.

La información así lograda será debidamente sistematizada y ordenada que se expresa en el informe final el que contendrá la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados que serán expresado mediante cuadros estadísticos, culminare realizando la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada y para finalizar redactando las conclusiones, recomendaciones y elaborando el proyecto de reforma para la solución del problema.

7.- CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	AÑO 2012												AÑO 2013									
	OCT				NOV				DIC				ENE			FEB			MARZ			
Selección y formulación del problema	X	X	X	X																		
Indagación científica, marco referencial, justificación, hipótesis y objetivos					X	X																
Elaboración de proyecto						X	X	X	X													
Aprobación de proyecto									X	X												
Acopio de información bibliográfica													X	X								
Investigación de campo													X	X								
Presentación de resultados														X	X	X						
Verificación de objetivos e hipótesis																X	X					
Redacción del informe final																			X	X		
Sustentación de tesis																				X	X	

8.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Para el desarrollo de la presente investigación, es necesario contar con recursos económicos, materiales y humanos que permitan la ejecución de la misma. Para lo cual presento los recursos que requeriré:

8.1. Recursos y costos:

8.1.1. Recursos Humanos:

Directos de tesis: Por designar

Investigador: Francisco Díaz Enríquez

Población Investigada:

Abogados en libre ejercicio

Profesionales de la ciudad de Quito

Empleados del Función Judicial

8.1.2. Recursos Materiales

• Bibliografía especializada	\$200,00
• Material de escritorio	\$110,00
• Elaboración del primer informe	\$130,00
• Reproducción del informe final	\$250,00
• Imprevistos	\$100,00
TOTAL	\$790,00

El total de gastos asciende a la suma de NOVECIENTOS DOLARES, que serán financiados con recursos propios del postulante.

9.- BIBLIOGRAFIA

CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario de Derecho Usual”, Octava edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina. Año 1974, Tomos I, II, III y IV.

CARNUELUTTI, Francesco, “Lecciones sobre el Proceso Penal”, Ediciones Jurídicas Europa – América – Buenos Aires. Año 1961.

CELI ORMAZA, Sandro, “La Garantía de la Libertad Personal”.- Tesis doctoral.- PUCE 1988.

MARTINEZ BOTOS, Raúl, “Medidas Cautelares”, Segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Año 1994.

CÓDIGOS Y LEYES.- Constitución de la República.- Código Penal.- Código de Procedimiento Penal.- Código Orgánico de la Función Judicial

CÓRDOVA, Andrés F., “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano”. Fondo de Cultura Ecuatoriana. Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho. OFFSER ATLÁNTIDA.- Cuenca - Ecuador.- 1979. -Tomos 10, 11, 12 y 13.- Vol. I, II, III, IV.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, “Compendio de Derecho Procesal”.- Editorial A.B.C.- Bogotá – Colombia.- 1981.- 3ra. Edición.

DICCIONARIO PLANETA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial Planeta- Barcelona – España.- 1982.

ESPINOZA, Galo, “La más práctica Enciclopedia Jurídica”.- Instituto de Informática Legal.- Imprenta del Colegio Don Bosco.- Quito – Ecuador.- 1987.

FENECH, Miguel, “Derecho Procesal Penal”.- Editorial LABOR.- Barcelona - España 1.952.

TORRES CHAVEZ, Efraín, “Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador. Año 2001.

INDICE

CERTIFICACION.....	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	iv
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
ESQUEMA DE CONTENIDOS.....	vii
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT.....	5
3. INTRODUCCIÓN.....	7
4. REVISION DE LITERATURA.....	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	9
4.1.1. El Derecho Procesal Penal.-.....	9
4.1.2. Los delitos.....	10
4.1.3. Responsabilidad Penal.....	13
4.1.4. Medidas Cautelares.....	17
4.1.5. Debido Proceso.....	21
4.1.6. Seguridad Jurídica.....	26
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	30
4.2.1. Análisis acerca de los delitos.....	30
4.2.2. La responsabilidad.....	39
4.2.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad.-.....	39
4.2.2.2. Clases de responsabilidad.....	42
4.2.2.2.1. La responsabilidad subjetiva:.....	42
4.2.2.2.2. Responsabilidad objetiva.....	44
4.2.2.3. La responsabilidad penal.....	46
4.2.2.4. Imputabilidad de la responsabilidad.....	49
4.2.2.5. Grados de responsabilidad penal.....	52
4.2.3. Los Sistemas Procesales.....	53
4.2.4. El Procedimiento Penal Vigente en el Ecuador.....	57
4.2.5. Evolución histórica de la pena privativa de libertad.....	63
4.3. MARCO JURIDICO.....	75
4.3.1. Normas constitucionales que permitirían establecer responsabilidad penal en las personas.-... 75	75
4.3.2. Análisis del Capítulo II Titulo III Libro I del Código Penal.....	80

4.3.3.	Etapas del proceso penal.....	85
4.3.4.	Aplicabilidad de las medidas cautelares según la normativa penal y procesal penal.	93
4.3.5.	Análisis del Código de Procedimiento Penal.....	98
4.3.5.1.	Circunstancias objetivas y subjetivas al dictar prisión preventiva:.....	99
4.3.5.2.	Motivación para dictar la prisión preventiva	101
4.3.5.3.	Procedimiento y efectos de la prisión preventiva.	102
4.3.6.	Medidas sustitutivas a la prisión preventiva.	105
4.4.	LEGISLACIÓN COMPARADA.	108
5.	METODOLOGIA.....	114
5.1.	MÉTODOS.....	114
5.2.	TECNICAS	115
6.	RESULTADOS	117
6.1.	ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA	117
6.2.	Resultados de las entrevistas aplicadas.....	126
6.3.	Estudio de casos	132
7.	DISCUSIÓN.....	146
7.1.	VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS	146
7.1.1.	OBJETIVO GENERAL.	146
7.1.2.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-	146
7.2.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	147
7.3.	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL	148
8.	CONCLUSIONES.....	150
9.	RECOMENDACIONES	152
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	154
10.	BIBLIOGRAFÍA	158
11.	ANEXOS	162
	PROYECTO DE TESIS	162
	INDICE	186