UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

"LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL Y CONSTITUCIONAL"

Tesis de grado previa a la obtención del Título de Abogado.

AUTOR:

Demecio Ángel Molina Mosquera

DIRECTOR:

Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller.

Loja – Ecuador

2014

CERTIFICACION

Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO. MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que he dirigido y orientado el proceso de desarrollo del trabajo de Tesis de Abogado, presentada por el postulante Demecio Ángel Molina Mosquera, con el título: **"LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL Y CONSTITUCIONAL"**, y una vez que se han cumplido con todas las observaciones y sugerencias realizadas de mi parte autorizo la presentación del mencionado estudio para la sustentación y defensa de Ley.

Loja, Febrero del 2014

Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Demecio Ángel Molina Mosquera, 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: Demecio Ángel Molina Mosquera.

Firma:

Cédula: 080174257-8

Fecha: marzo del 2014

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

Yo, DEMECIO ANGEL MOLINA MOSQUERA, **DECLARO** ser autor (a) de la Tesis titulada: **"LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL Y CONSTITUCIONAL"**, 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 21 días del mes de marzo del dos mil catorce, firma el autor.

FIRMA:.....
AUTOR: Demecio Ángel Molina Mosquera,
CÉDULA: 080174257-8
DIRECCIÓN: Barrio Propicia N.-4 de la ciudad de Esmeraldas
CORREO ELECTRÓNICO: angeldemeciomolina@hotmail.com
TELÉFONO: **CÉLULAR**: 0989200044

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller.

TRIBUNAL DE GRADO:

PRESIDENTE: Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.

VOCAL: Dr. Mg. Sc. Marcelo Armando Costa Cevallos

VOCAL: Dra. Mg. Sc. Paz Piedad Rengel Maldonado

DEDICATORIA

A mi Madre, por su ejemplo de entrega y sacrificio, en la consecución de las metas propuestas por mí, por su amor y su respaldo desinteresado en cada una de las etapas de mi existencia.

A mi Hermana, compañera incondicional frente a las adversidades y en los triunfos, por todos los momentos compartidos, a pesar de no estar cerca a nosotros.

A mis hijas Mary Mishell y Gia Valentina y a mis sobrinas Carolina y Faisury Avilés Molina. Pero aquí no acaba todo, esto recién empieza.

A las personas que luchan por la defensa de los derechos humanos como distinción del esfuerzo que realizan por defender al más débil.

Demecio Ángel Molina Mosquera.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi sentimiento de imperecedera gratitud a los docentes, autoridades y administrativos de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja.

A los Maestros, que en calidad de Coordinadores de Módulo, me impartieron sus conocimientos y experiencias sobre cada una de las áreas del saber jurídico.

Mención especial de mi gratitud merece el Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller, quien asumió la responsabilidad de dirigir y orientar el proceso de desarrollo del presente trabajo investigativo, demostrando siempre una dedicación académica especial y excelentes cualidades de ser humano y de hombre de Derecho.

A todas las personas que de una u otra forma contribuyeron para que este trabajo investigativo llegue a feliz término.

El Autor

Demecio Ángel Molina Mosquera

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA.

CERTIFICACION

AUTORIA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.2. Abstract

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. La prisión Preventiva

4.1.2. Definición de la prisión preventiva en Ecuador

4.1.3. El sistema procesal penal inquisitivo

4.1.4. Características generales de un sistema inquisitivo

4.1.5. El sistema procesal penal acusatorio

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Casos en los que se puede aplicar la prisión preventiva

4.2.2. Descubrimiento y judicialización; dos momentos distintos de la actividad probatoria

4.2.3. Oficialización de evidencia mínima

4.2.4. Estándares diferenciados de certeza

4.2.5. La Ilustración y un sistema garantista

4.2.6. Derechos de los procesados

4.2.7. El Procedimiento Abreviado

4.2.8. Acuerdos de Reparación

4.2.9. El Sistema Procesal Penal ecuatoriano hasta el Código de 2001

4.2.9.1. La prisión preventiva deviene verdadera sanción, Aun de inocentes

4.2.9.2. El papel del fiscal: Un fiscal de papel

4.2.10. La Prisión Preventiva como forma de mejorar la calidad de la justicia Ecuatoriana

4.2.11. La Responsabilidad del Estado en los casos de Prisión Ilegal

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Análisis de la Constitución de la República del Ecuador, en lo referente a la Aplicación de la Prisión Preventiva desde el Punto Constitucional

4.3.2. Análisis del Código de Procedimiento Penal del Ecuador, en lo referente a la Aplicación de la Prisión Preventiva desde el Punto de Vista Penal

4.3.3. El Código De Procedimiento Penal De 2000

4.3.4. La Prisión Preventiva vista desde la Constitución

4.3.5. La Prisión Preventiva vista desde el Código de Procedimiento Penal

4.3.6. Caracteres De La Prisión Preventiva según el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal

4.3.6.1 Suspensión condicional del procedimiento

4.3.7 Convenios y Tratados Internacionales

4.3.8. En el marco legal ecuatoriano

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Detención Preventiva

4.4.2. España la Ley de Enjuiciamiento Criminal

4.4.3. Comparación con Colombia

4.4.4. Perú

4.4.5. Bolivia

4.4.6. Argentina

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la Aplicación de la Encuesta

6.2. Resultados de la entrevista

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 Reforma Legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

"**LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL Y CONSTITUCIONAL.**"

2. RESUMEN

En el presente trabajo, se observará primero como ha evolucionado el sistema procesal penal ecuatoriano, para de esta manera entender la aplicación de la prisión preventiva desde el punto de vista penal y constitucional.

Para ir facilitando el estudio de la presente Tesis, se ha considerado pertinente en la Literatura vista desde un punto doctrinario y filosófico del derecho.

En el Ecuador la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional tal como lo tipifica el Art. 77 numeral 1 de la norma suprema del Estado; sin embargo, los jueces y juezas en su aplicación la consideran en su uso una práctica como la de cualquier norma inquisitiva. Esa es una de las conclusiones a las que se he llegado al estudio en el caso del país; los jueces no aplican las medidas sustitutivas o cautelares alternativas a la privación de la libertad. Entre las causas que anota el estudio se hallan la dependencia política que obliga a los jueces a descartar su uso, el temor de ellos a denuncias ante el Consejo de la Judicatura o la Fiscalía por la libertad del acusado y las sanciones consiguientes, una cultura pública contraria a aceptar la prisión preventiva como excepcional, y la falta de conocimientos especializados de los jueces sobre la procedencia de la medida.

El Art. 82 ibídem, expresa: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Es necesario precisar, que el abuso de la prisión preventiva en el Ecuador es un fenómeno de largo tiempo que se repite en otros países que no han hecho un estudio verdaderamente social sobre la realidad del porque muchos individuos concurren a ciertos delitos y con una legislación que más bien ayude a prevenir en la sistematización de los mismos, dando a entender a analistas jurídicos y constitucionalistas del mundo que en el Ecuador se camina en la dirección opuesta. Sin embargo, existe la aplicación de medidas sustitutivas o alternativas a ella, la prisión preventiva.

En el presente trabajo investigativo, habrá encuestas, entrevistas, conclusiones y recomendaciones como los lineamientos de mayor interés del presente trabajo, por tal motivo se establece en la presente tesis una investigación minuciosa y una adecuada propuesta de reforma jurídica.

2.1. ABSTRACT.

In this paper, we first observed as it has evolved the Ecuadorian criminal justice system, thus to understand the application of preventive detention from the penalty spot, and constitutionally.

To go facilitating the study of this thesis, it has been considered appropriate in the Literature view from a doctrinal and philosophical point of law.

In Ecuador pretrial detention is a precautionary measure as exceptional typified Article 77 paragraph 1 of the supreme law of the state, but the judges consider its application in practical use such as any inquisitive standard. That's one of the conclusions that I have come to study for the country, the judges do not apply the alternative protective measures or alternatives to deprivation of liberty. Among the causes that scores political dependence study requiring judges to preclude their use , the fear of them to complain to the Judicial Council or the attorney for the defendant's release and related penalties , a public culture are contrary to accept detention as exceptional, and the lack of expertise of the judges on the merits of the measure.

Section 82 ibid, states: "The right to legal certainty is based on respect for the Constitution and the existence of previous public legal rules, clear, and applied by the competent authorities."

It should be noted, that the abuse of preventive detention in Ecuador is a long-term phenomenon that is repeated in other countries that have not done a study on the truly social reality because many individuals attend certain crimes and legislation rather help prevent the systematization of the same, implying a constitutional and legal analysts in the world Ecuador is walking in the opposite direction. However, there is the application of alternative measures or alternatives to it, remand.

In this research work, there will be surveys, interviews, conclusions and recommendations as guidelines most relevant to this work, for this reason it is set in the present thesis a thorough investigation and a suitable proposal for legal reform.

3. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva en nuestro país siempre ha generado un intenso debate por varios factores, como por violentar los derechos humanos por ejemplo, especialmente el principio universal de inocencia, así como el tiempo de duración que dura la prisión preventiva; violando todo principio de nuestra Constitución y el Código de Procedimiento Penal. Por tal razón se ha investigado en el presente trabajo ésta problemática de manera exhaustiva, teniendo como respuesta que la realidad socio cultural de nuestro país exige que se aplique la prisión preventiva dentro de procesos penales como una forma de presión, a fin de asegurar la presencia del procesado en el proceso, como la de asegurar el cumplimiento de una posible pena; ya que si no se la impondría, en muchos casos lastimosamente las personas procesadas no comparecerían al proceso, tal como sucede porque los administradores de justicia no aplican otras medidas como la prohibición de salida del país y la enajenación de bienes como por ejemplo; es así que el Presidente Constitucional de la República, vía Referéndum, consultó a los ciudadanos y ciudadanas del Ecuador, sobre dos posibles reformas constitucionales referentes a la prisión preventiva, en la que se plantea la no caducidad de la prisión preventiva en el caso de que la misma sea provocada por el procesado; como también, en qué casos procedería la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares de carácter personal.

La prisión preventiva que llega a convertirse en una forma de pena anticipada aunque no sea esa su finalidad, no debe ser manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, pues es una forma preponderante de coerción penal que produce como principales efectos los desintegradores de la personalidad, como la despersonalización, prisonización, etiquetamiento, equidad, etc., que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva.

Los límites racionales para el encierro preventivo pueden encontrarse en planteamientos como: 1. Su excepcionalidad, de manera que la libertad se siga respetando como principio. 2. Su fundamento únicamente en la probabilidad de autoría y participación o riesgo de fuga o de entorpecimiento en la búsqueda de la verdad. 3. Evitar que la prisión preventiva produzca un mayor daño que la amenaza de la pena por respeto al principio de proporcionalidad. 4. La subsidiaridad, vale decir que se evite en lo posible el encarcelamiento. 5. Su limitación temporal, de manera que enervados los indicios que permitieron fundar una presunción de responsabilidad se disponga de inmediato a su revisión y la cancelación de la medida de aseguramiento preventivo.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. La prisión Preventiva

La Prisión Preventiva, es una medida cautelar privativa de la libertad de personas que han violentado el bien jurídico tutelado por el Estado. En el Ecuador se comete un sinnúmero de atropellos al no respetar está figura jurídica, cuando la misma es aplicada en forma por demás desproporcional, en muchas veces encarcelando a inocentes pudiendo aplicar los operadores de justicia medidas de sustitución de la prisión preventiva, ya que el principio universal de inocencia al no ser reconocido por los servidores judiciales vulneran todo este principio y garantía a un juicio justo, por este motivo es menester hacer un estudio de conceptos inclusive de la aplicación de Medidas Cautelares Personales, Características de la Prisión Preventiva, Delito Flagrante, Caducidad, Revocación, Sustitución, Suspensión de la Prisión Preventiva.

"En principio, la prisión preventiva es antecedente de la prisión misma como pena. Antes de ser pena, la prisión se utilizaba sólo como "sala de espera" de la pena que se iba a imponer y que era de naturaleza casi siempre extintiva, lo que variaba era la forma de ejecución. Así, la prisión preventiva estaba acompañada de trabajos forzados o era reclusión en calabozos insalubres y enloquecedores. La prisión fue

siempre una situación de alto peligro, incremento del desamparo, y con ello un estado previo a la extinción física."[1]

En los Juzgados de Garantías Penales del Ecuador, son pocos los Jueces que analizan la posibilidad de emplear la Prisión Preventiva hacia las personas aprehendidas o investigadas por un delito sin previa indagación, otorgando así medidas alternativas a la Sustitución de la Prisión Preventiva, en sentido crítico, y de aporte a la normativa procesal penal estableciendo las ventajas y desventajas de estas figuras jurídicas que deben ser aplicadas por ser normas jurídicas dentro del proceso penal en beneficio de los imputados que no deben ser vulnerados por ser derechos constitucionales y legales dentro de una carta magna pro reo, tomando en cuenta que la actual Constitución es garantista. La Sustitución de la Prisión Preventiva es bien discutido en la actualidad por muchos sectores incluidos Asambleístas, que ben una forma violatoria a los principios de las libertades civiles de todo ciudadano en el presente y actual procedimiento penal acusatorio oral.

4.1.2. Definición de la prisión preventiva en Ecuador

"De acuerdo al diccionario enciclopédico jurídico Espasa Calve la prisión preventiva o provisional es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás

[1] Zavala Baquerizo Jorge. "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL" TOMO I. Pag.454 Guayaquil-Ecuador

medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal.”[2]

Cuando se dicta la prisión preventiva o conocida también en otros países como prisión provisional, el imputado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión, durante la investigación hasta la celebración del juicio. No en todos los casos es tomado en cuenta el arraigo social de la persona acusada de un delito, muchas de las veces juegan intereses económicos entre los Jueces y Fiscales, el primero así sea que el Fiscal pida la Prisión Preventiva el Juez la niega, y el segundo así sea que no pida la Prisión Preventiva el Juez la otorga a pedido del afectado, demostrando así que la justicia como un sistema en el Ecuador es un total negociado, muchas de las veces inventándose delitos para las imputaciones de las personas acusadas, como la mala imputación o mala calificación de los mismos, es decir los delitos que no van de acorde a lo que establece el Código Penal.

4.1.3 El sistema procesal penal inquisitivo (Juez - Investigador)

“El Juez en materia penal aparece como una necesidad de la potestad estatal para penar. Al tener que juzgar, el Juez necesita llenarse de razones y, ante todo, conocer la verdad. Nace el sistema inquisitivo. No se conoce otra manera de hacer las cosas: el Juez tiene que investigar para hallar la esquiva verdad.”[3]

---

[2] Diccionario Enciclopédico Abreviado de la Editorial ESPASA-CALPE S.A.
[3] www.gabrielbernat.es/espana/inquisicion/ie/proc/proc.html

Puesto un caso en sus manos, el juez busca averiguar la verdad de los hechos y recurre a lo que tiene a mano. De todos esos medios, el que mejor parece ayudarle a formar su convicción es el testimonio de las personas que dispongan de cualquier tipo de información sobre la verdad de los hechos.

La observación de huellas o vestigios está confiada al principio a lo que se puede percibir con los sentidos. No hay manera de magnificar o ampliar la percepción sensorial ni medios para analizar los componentes de las sustancias o fluidos.

Pero sean cuales fueren los testimonios recibidos por el juez y la credibilidad de los testigos, queda todavía un inconveniente para que el juez pueda formarse un juicio definitivo: el acusado ha estado negando toda responsabilidad en los hechos que se le atribuyen e incluso ha presentado testigos que declaran en forma contraria a los que lo incriminan.

Es entonces, necesario que el juez logre extraer, arrancar si es necesario, la verdad que yace en el fuero íntimo del acusado, la razón; que la fiscalía no aporta con suficientes elementos de convicción para coadyuvar al esclarecimiento de un delito, que satisfaga la conciencia de la sociedad.

El método del juez que investigaba tuvo su expresión más acabada en el sistema de juzgamiento adoptado por la Inquisición. La Inquisición, que aparece como producto histórico de un hecho de poder, representa una forma de averiguación de la verdad en materia penal que extendió su influencia ampliamente.

Con anterioridad, formulada una denuncia y las denuncias podían motivarse en el miedo, en la envidia, en la venganza, en donde los individuos eran sometidos a los medios más variados y refinados de apremio para confesar. La confesión se torna en la reina de las pruebas.

Es de preguntarse en muchos casos, ¿si con cuánta tranquilidad de conciencia puede un juez o tribunal sentenciar si el acusado ha admitido por sí mismo su culpabilidad? y no importaba si el acusado había admitido su culpabilidad con el único objeto de acabar con los sufrimientos del tormento.

El juez que investigaba abrazaba desde un comienzo una determinada convicción sobre la culpabilidad o inocencia del acusado y en adelante no puedo sino tratar de convencerse a sí mismo de que esa hipótesis inicial es verdadera. Carece de total independencia el sistema de justicia actual, en donde incluso las presiones políticas pueden llevar a un inocente a pagar una condena sobre un delito que jamás cometió.

Podría ocurrir entonces que en el transcurso del proceso la hipótesis inicial cambie, pero siempre será un cambio en la mente del juzgador, una predisposición anterior a su sentencia. ***"Es famoso el comentario de Radbruch sobre el síndrome del juez-investigador: Quien tiene a un juez por acusador, necesita a Dios como abogado."***[4]

---

[4] Radbruch, G. (1980), Arbitrariedad Legal y derecho Supralegal. En El Hombre en el Derecho. Buenos Aíres: Editorial Depalma.

4.1.4. Características generales de un sistema inquisitivo

"No hay sistemas puros ni acabados, pero la evolución experimentada por el sistema procesal penal inquisitivo, paulatinamente ha ido derivando a uno de carácter mixto, cuyas características se pueden resumir así:

a) Las funciones de investigación y juzgamiento están concentradas en la función jurisdiccional. En las versiones mixtas del sistema, aparece la facultad de investigación del Ministerio Público, pero con un carácter auxiliar al poder investigatorio del juez.

b) No existe distinción ni separación entre la recolección de los medios de prueba y su judicialización. Durante toda la fase de investigación se realiza una gran actividad probatoria: recolección de medios de prueba y actuación de pruebas.

c) No existen o aparecen muy debilitados los principios de concentración, inmediación, contradicción en la producción de la prueba, debido sobre todo al carácter escrito del procedimiento y a la confusión entre recolección y judicialización de evidencias.

d) La apreciación de la prueba se hace mediante sistemas de tarifas probatorias. Este sistema suele aparecer combinado con el de apreciación judicial con base en la sana crítica.

e) La investigación está a cargo del juez. En las variantes mixtas, al término de la investigación el Juez pide al fiscal su opinión, pero no está obligado a seguirla.

f) La investigación es pública. Para garantizar la inmediación del investigado, a quien se ha notificado con el inicio de la investigación, se recurre al abuso de la prisión preventiva. Se invierte la presunción de inocencia: se detiene para investigar, en lugar de investigar para detener.

g) El sistema es fundamentalmente escrito. Tiende a ser muy extendido en el tiempo y a producir acumulación de casos". [5]

La presunción de inocencia es vulnerada por parte de los operadores de justicia en el Ecuador, la simple sospecha convierte a cualquier ciudadano en un criminal, más en la etapa investigativa los Agentes Fiscales en su mayoría no consideran ni toman en cuenta en el momento de dictaminar y resolver en esta etapa las pruebas de descargo que el procesado aporte para demostrar su inocencia, violando así la misma seguridad jurídica que consagra la Constitución de la República e instrumentos internacionales sobre los derechos humanos.

4.1.5. El sistema Procesal Penal Acusatorio

"Mientras los desarrollos de los sistemas procesales penales antes reseñados tienen lugar en la Europa Continental con eco en los países iberoamericanos, en el mundo anglosajón tiene lugar un proceso de creación jurídica en donde se va gestando un sistema procesal penal

[5] www.gabrielbernat.es/espana/inquisicion/ie/proc/proc.html

en donde a más de garantizarse los derechos de la víctima y del imputado, se asegura una mayor eficacia de las tareas de investigación y juzgamiento. En este sistema las funciones de investigación se separan de las de juzgamiento. El fiscal investiga y acusa, mientras el aparato judicial se aboca a dos funciones: garantizar los derechos constitucionales durante la investigación y juzgar sobre la existencia o no de la infracción y la culpabilidad del acusado en el momento del juicio. Se presentan luego algunas características del sistema acusatorio."[6]

En el sistema acusatorio actual todas las evidencias se judicializan durante el juicio, esto es mediante un determinado procedimiento dentro del cual se incorporan como pruebas para demostrar las tesis de la acusación y de la defensa y luego son valoradas por el juez de garantías penales para formar su convicción con todos estos elementos, en donde el juez a su juicio emitirá su criterio, sobre los puntos de las pruebas discutidos en derecho, más allá de la duda razonable.

[6]http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=61&Itemid=27

4.2. MARCO DOCTRINARIO

Nociones de la evolución del sistema penal ecuatoriano, que mantiene la Prisión Preventiva como medida cautelar de carácter personal.

"Para poder entender de mejor manera el rol de la prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal en nuestro sistema penal ecuatoriano, necesariamente tenemos que remontarnos a la evolución que ha tenido precisamente nuestro sistema penal."[7]

Así podemos y apreciar en la polémica por un juicio y cárcel de inocentes, ver que la historia de la humanidad tiende a repetirse a sí misma. En los comienzos, la reparación del hecho injusto estuvo por largo tiempo en manos privadas; se imponía entonces el más fuerte o el más poderoso en muchos casos adinerado, quien tenía más probabilidad de salir victorioso en una confrontación o en una ordalía jurídica. La reparación provenía de la acción del agraviante, no de una decisión de la autoridad del Estado, con el aparecimiento del absolutismo real al poder absoluto del monarca que invade el ámbito de las personas, el control de sus conductas y aun de sus pensamientos. Poco a poco el Estado expropia a la víctima su derecho a reclamar la sanción o la reparación, su capacidad para buscar la solución de los conflictos y el resarcimiento de los daños ocasionados por una acción injusta.

[7] Código de Procedimiento Penal

El poder punitivo estatal es remodelado por la Ilustración, lo que se busca es delimitarlo a través de principios basados en el respeto de la persona del ciudadano. Las teorías que buscan justificar la aplicación de la pena, contribuyen a la discusión sobre la eficacia de éstas y su aplicación.

El movimiento oscilante de la historia nos coloca ahora en un momento en que los doctrinarios cuestionan la eficacia de la pena, no previene la comisión de delitos; no rehabilita ni resocializa ni reinserta al penado; no repara el orden jurídico; no protege a los buenos de la acción de los malos.

Se cuestiona también el poder punitivo del Estado, el ejercicio del poder es selectivo, caen en prisión los más desamparados; si bien se cometen delitos en todos los estratos sociales, las cárceles no reflejan la pirámide social; las condiciones de los establecimientos carcelarios, especialmente en los países pobres o en desarrollo como Ecuador, son una llaga que avergüenza la dignidad humana.

4.2.1. Casos en los que se puede aplicar la prisión preventiva

"La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional; sin embargo, se ha reforzado en la práctica su uso como la norma. Esa es una de las conclusiones a las que llega el estudio en el caso del país; los jueces no aplican las medidas sustitutivas o cautelares alternativas a la privación de la libertad. ¿Qué lleva a esa práctica común? Entre las causas que anota el estudio se hallan la dependencia

política que obliga a los jueces a descartar su uso, el temor de ellos a denuncias ante el Consejo de la Judicatura o la Fiscalía por la libertad del acusado y las sanciones consiguientes, una cultura pública contraria a aceptar la prisión preventiva como excepcional, y la falta de conocimientos especializados de los jueces sobre la procedencia de la medida."[8]

El abuso de la prisión preventiva en el Ecuador y en otros países es un fenómeno de larga data. Sin embargo, antes que avanzar en la aplicación de medidas sustitutivas o alternativas a ella, en el Ecuador se camina en la dirección opuesta.

4.2.2. Descubrimiento y judicialización; dos momentos distintos de la actividad probatoria

"Como es conocido, en todo sistema penal se recogen y se judicializan medios de prueba. Se produce una actividad destinada al descubrimiento de medios de prueba, los cuales tienen que ser ingresados al proceso, aceptados dentro de éste y sometidos a juzgamiento. En el sistema acusatorio hay una distinción clara entre los dos momentos. Hay un momento para la recolección de las pruebas y otro para judicialización, en otras palabras, se recogen medios de prueba para judicializarlos después. Esto diferencia el sistema acusatorio de nuestro sistema mixto anteriormente vigente, en el cual

[8] SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Volumen I, Grijley, 200, Pág. 114.

las pruebas se judicializaban, se ingresaban al proceso a medida que se investigaba."[9]

4.2.3. Oficialización de evidencia mínima

La evidencia recogida durante la etapa de investigación, tiene por objeto encontrar medios de prueba o indicios que denominaremos genéricamente evidencias para demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado. Al final de la investigación, se oficializa una evidencia mínima, esto nos quiere decir que concluida la investigación, durante la audiencia preliminar se analiza una cantidad limitada de evidencias, las suficientes para demostrar que hay suficientes méritos para llamar a juicio al imputado. La decisión de acusar al imputado y por tanto de llamarlo a juicio puede ser tomada por un juez de garantías penales, quien observara si hay mérito o no para acusar e ir a juicio.

4.2.4. Estándares diferenciados de certeza

La decisión sobre acusar o no, se toma sobre la base de lo que el sistema acusatorio denomina *causa probable*, que no es otra cosa que la preponderancia de evidencias a favor o en contra de la decisión de acusar. En otras palabras podría decirse que hay causa probable cuando del conjunto de las evidencias disponibles se desprende que es *más probable*

[9] http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_001.htm

que sí -en lugar de que no- que la infracción se ha cometido; o que es más probable que sí en lugar de que no que el imputado es el presunto responsable.

4.2.5. La Ilustración y un sistema garantista

"La Ilustración, que irrumpe contra el despotismo real, trae nuevos conceptos en materia de Justicia Penal. Frente a la indefensión del acusado, se levantan las salvaguardas para su defensa. Se reconocen los derechos del acusado, se va graduando su rol dentro del proceso, se distingue el imputado o sindicado del acusado."[10]

Poco a poco va apareciendo la noción del debido proceso. Se reconoce el derecho del imputado o acusado a contar siempre con un defensor en todo momento del proceso. Junto con ello se desarrollan principios básicos de protección en el ámbito del derecho sustantivo penal, como el de que no hay delito ni pena sin ley penal previa, la irretroactividad de la ley penal; su ultra actividad en los casos que benefician al reo; la garantía de que nadie puede ser procesado más de una vez por la misma causa; el principio *in dubio pro reo*, etc.

La creación penal de la Ilustración incluye cambios en la institucionalidad de los órganos encargados de la aplicación del poder punitivo del Estado. Los fiscales dejan de estar al servicio del poder absoluto del rey. Surge el

[10] BOVINO, Alberto – Procedimiento Abreviado y Juicio por Jurado.

Ministerio Público como una institución destinada a tutelar los derechos de la sociedad como un todo dentro del proceso penal.

En referencia al papel de la fiscalía: ***"Sus funciones no aparecen al principio totalmente claras ni es clara su ubicación dentro del esquema institucional público, pero su aparición significa la intervención de una figura distinta de la del juez y del investigado, que, ejerciendo una variedad de funciones dentro del sistema penal, está en capacidad de dotar al proceso de un mayor grado de imparcialidad."***[11]

Hay quienes ven en esto una disputa entre la sociedad y el Estado, la primera tratando de recuperar el poder de zanjar los conflictos ocasionados por el injusto y abogan por pasar cada vez más materia penal al terreno de la composición entre los particulares. Hay también quienes sostienen la necesidad de trabajar por morigerar o francamente detener o reducir el ejercicio del poder punitivo del Estado.

"Sea como fuere, es necesario reconocer que el poder punitivo estatal se ejerce en un ámbito extremadamente sensible pues su ejercicio es capaz de infligir daño a veces irreparable a la persona, a sus bienes, su libertad o aun su vida. De ahí que junto con la preocupación por la más sana delimitación del poder de punición, la sociedad humana ha venido buscando establecer sistemas procesales penales capaces de lograr al

[11] Ferrajoli Luigui, Diritto e ragione, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trota S.A., Pág. 550, Madrid, 1995.

mismo tiempo la mayor eficacia en la averiguación de la verdad y el mayor respeto de los derechos de las personas.”[12]

4.2.6. Derechos de los procesados

Frente a la prisión preventiva el procesado o los procesados, tienen muy pocos derechos frente a los actores de la justicia, llámense Agentes de Policía, Fiscal o Juez y digo esto porque aún el principio de presunción de inocencia que debería ser el que obligue a los Jueces a no dictar una prisión preventiva desde el inicio del proceso penal, es violado muchas veces por presiones políticas, por presiones de la Fiscalía, por negligencia e impericia del Juez o porque sencillamente el delito es demasiado grave y el mismo ha causado una alarma social gravísima que hace necesario dejar a un lado el principio de inocencia para pasar a proteger los derechos de la víctima y asegurar al final del proceso una pena.

Pero considerando el delito hay ciertos derechos que los procesados pueden acogerse para evitar una pena o para atenuar la misma, así tenemos:

4.2.7. El Procedimiento Abreviado

Ahora bien, las posibilidades de negociación con la Fiscalía previstas en nuestro rito penal, también constituyen, aunque se afirme lo contrario, un

[12] Ferrajoli Luigui, Diritto e ragione, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trota S.A., Pág. 550, Madrid, 1995.

mecanismo coercitivo: el procesado para conseguir una pena reducida debe admitir "el hecho fáctico que se le atribuye" si quiere acogerse al procedimiento abreviado. A cambio de esta conducta del procesado es que se puede acordar con el fiscal "la pena que propondrán al tribunal de garantías penales.". A este respecto vale la pena anotar la definición de procedimiento abreviado dada por el Consejo Consultivo de la Función Judicial, quien manifiesta en su Política No. 001 denominada "Aplicación de salidas alternativas al conflicto penal", que ***"El procedimiento abreviado es una alternativa al juicio penal ordinario, el cual supone un acuerdo entre el procesado y el fiscal, en virtud de que el primero admite el hecho fáctico que se le atribuye y consiente en someterse a este procedimiento y, el segundo, solicita la imposición de una pena conforme a lo dispuesto en los artículo 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal".***[13]

Cuando el procesado crea pertinente en someterse en ese procedimiento, se deja en claro, por una parte; la presunción de inocencia como garantía constitucional no ha sido lo suficientemente eficaz puesto que cuando se acuerda una culpabilidad existe una gran contradicción entre el código de procedimiento penal y la constitución, pero en el Ecuador los representantes del estado no tienen la capacidad, el tiempo o el interés de ratificar o no el estado de inocencia que ostenta toda persona; y por otra parte la coerción que del Estado ha sido lo suficientemente grave como para incidir

[13] Código de Procedimiento Penal

negativamente en la voluntad del procesado, que en todo o muchos de los casos termina siendo inocente.

Bruzzone a este respecto indica que: ***"para compensar lo coactivo de la situación del procesado se debe cumplir con varios requisitos: a.- El procesado debe gozar de libertad; b.- El procesado debe tener autodeterminación; c.- El procesado debe tener un abogado defensor capaz de llevar adelante su defensa; c.- La conformidad debe ser efectuada en un lugar adecuado luego de la explicación realizada por su defensor del alcance y los todos los efectos de la "confesión".*** [14]

Esta definición trae consigo varios elementos que debe ser revisados aunque sea de forme breve, cuando se menciona que el procedimiento abreviado es una "alternativa al juicio penal ordinario", sin embargo estamos dejando de lado el resguardo constitucional de un proceso adjudicatario de culpabilidad y adoptamos, en cambio, el proceso consensual de culpabilidad, es decir una forma de tortura por parte de agentes del estado. Dicho en otros términos, es más fácil que la culpabilidad del procesado sea conseguida por su "admisión" o mejor dicho por su confesión, que dicha culpabilidad sea declarada en el juicio correspondiente, contradiciendo un principio constitucional que nadie puede declararse culpable sin previo juicio justo, y esto se lo consigue a través de la negociación de la pena a través de la petición del fiscal. Desde otra perspectiva el término "alternativa" da la idea

[14] BOVINO, Alberto – Procedimiento Abreviado y Juicio por Jurado.

de que uno puede escoger libremente entre varias opciones, no obstante aquello la forma como se encuentra configurado el procedimiento abreviado, desde el punto de vista material, impide que se pueda hablar de esa alternativa; la posibilidad de negociar la pena es en verdad una oferta realizada por el estado como sucede en la justicia anglosajona de forma coercitiva que le permite “ahorrar” los costes económicos del proceso penal a costa de los derechos y garantías del procesado.

4.2.8. Acuerdos de Reparación

Excepto en los delitos en los que no cabe conversión (que tienen sanción de reclusión), el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y sin más trámite, se remitirá al juez de garantías penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos sancionados con prisión y que no haya causado una grave alarma social y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria. ***“El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa. En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo solo procederá***

cuando el juez de garantías penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo. La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria y; si no se cumpliere, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal."[15]

4.2.9. El Sistema Procesal Penal Ecuatoriano hasta el Código de 2001

El sistema procesal penal de nuestro país tuvo sus raíces en la Europa continental y se caracterizó por un predominio de rasgos inquisitivos, no obstante los cambios que le fueron concediendo un carácter mixto.

Un sistema que no favorecía la investigación ni protegía los derechos constitucionales.

"***En general, cuando un caso ingresaba al sistema procesal penal, el juez daba inicio a la investigación mediante la expedición del auto cabeza de proceso, acto que daba inicio también al proceso. La noticia de que se iniciaba la investigación tenía que ser puesta en conocimiento del fiscal, del ofendido, del defensor de oficio, y también del presunto responsable.***

El presunto responsable recibía, junto con la notificación de que se había iniciado un sumario "en su contra" la información completa

[15] BOVINO, Alberto – Procedimiento Abreviado y Juicio por Jurado.

acerca de las medidas de investigación que el juez había dispuesto: el nombre de los testigos a quienes se llamaría a declarar, las pericias que se había ordenado realizar, los reconocimientos de lugares, objetos, etc. que se debían practicar, etc.

Simultáneamente, el inicio de la investigación y del proceso, quedaba abierto al público y a la acción de los medios. Si la notificación no les llegaba por la vía procesal, los responsables de los hechos se podían enterar por ese medio de lo ocurrido y de si algunos de los cómplices o coautores habían sido o no privados de la libertad.

Si el presunto responsable era inocente de los hechos que se le imputaban, el hecho de que se hiciera pública una acusación en su contra y de que se haya dictado un auto cabeza de proceso "en su contra", lo exponía desde ya a la repulsa y hasta a la condena pública. Suman miles los casos de ciudadanos honestos que fueron sometidos a esta especie de "linchamiento moral" como muchos dieron en llamarlo.

Si el presunto responsable, había cometido efectivamente los hechos que se le imputaban, la noticia de que se había iniciado una investigación "en su contra" le habilitaba para obrar tempranamente en la obstrucción de la acción investigadora del juez. En efecto, podía intimidar o neutralizar a los posibles testigos, ocultar destruir o dañar evidencias o medios de prueba, ocultar o poner a buen recaudo los bienes y dineros mal habidos, y por supuesto, ponerse él mismo a

buen recaudo. No es raro que el consejo más común del abogado a su cliente fuera: "Escóndase hasta que prescriba la causa".

Los hechos recientes relacionados con los ilícitos bancarios que le costaron al país un valor equivalente a su reserva monetaria y lesionaron en sus intereses económicos a decenas de miles de ecuatorianos algunos de los cuales perdieron también la vida, mostraron la asimetría intrínseca del sistema que favorecía la impunidad. A la verdadera legión de ex funcionarios públicos y de figuras políticas que han poblado el exilio luego de enterarse de que había un auto cabeza de proceso en su contra, se fueron sumando caballeros de la banca que tuvieron suficiente oportunidad para ocultar o forjar documentos, destruir o dañar archivos electrónicos, poner ingentes sumas de dinero a buen recaudo y amenazar e intimidar a funcionarios de la administración de justicia."[16]

En nuestra legislación debería respetarse la parte dogmática del Código Penal que establece que todos los delitos sancionados con prisión y en los delitos sancionados con reclusión de hasta cinco años, excepto en los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad; el fiscal, con el acuerdo del procesado, podrá solicitar al juez de garantías penales la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el procesado admita su participación, cumpliendo así con la excepcionalidad de la prisión preventiva consagrada en el artículo 77 numeral 1 de la constitución de la república.

[16] BOVINO, Alberto – Procedimiento Abreviado y Juicio por Jurado.

4.2.9.1. La prisión preventiva deviene verdadera sanción, aun de inocentes

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

La investigación durante el sumario, estaba a cargo del juez, el juez no había recibido ninguna formación diferente de la de cualquier profesional del derecho y no solo que no había sido instruido en sus tareas jurisdiccionales sino que no se había preparado en manera alguna para su función como investigador. Quedaba la posibilidad de que la averiguación de la verdad se confiara a la Policía, llamada a disponer de los recursos humanos y los medios necesarios para ello. Pero no era así: el papel de la Policía se limitaba a la formulación del parte policial y en ciertos casos a una indagación policial por un período máximo de –técnicamente- cinco días y de cuarenta y ocho horas si había un detenido. Los datos del parte y de la indagación policial servían para ilustrar al juez y él podía servirse o no de ellos, analizándolos según la sana crítica.

4.2.9.2. El papel del fiscal: Un fiscal de papel

El papel del fiscal era extremadamente limitado, como el sistema contenía fuertes incentivos para considerar a la admisión de culpabilidad del indiciado como una prueba definitiva en su contra, se alentaron procedimientos de investigación basados en el apremio físico y psicológico, que llegó a incluir torturas atroces. De ahí que, a más de que el fiscal se limitaba a recibir la notificación de que se había iniciado el sumario tenía la función de presenciar los interrogatorios que se practicaban en la Policía Judicial y suscribir el acta de la diligencia, como una medida para evitar el uso de procedimientos de apremio contra la voluntad del "investigado". Fuera de eso, era muy rara una intervención del fiscal durante la investigación.

Así, la investigación se reducía al acopio de una cantidad inmanejable de materiales escritos, normalmente a impulso de las partes interesadas el ofendido y el presunto responsable que solicitaban al juez la práctica de una amplia gama de diligencias, algunas totalmente impertinentes y hasta insólitas. Como el sistema no pedía que las partes formularan una teoría del caso, una hipótesis que debían demostrar, no había manera de apreciar la pertinencia o impertinencia de los medios de prueba solicitados.

4.2.10. La Prisión Preventiva como forma de mejorar la calidad de la justicia Ecuatoriana

La idea de que la aplicación de la prisión preventiva sería el principal problema del hacinamiento carcelario en el país es un tema que sostienen algunos juristas. Sin embargo, las medidas sustitutivas promueven un mayor equilibrio en el sistema judicial. “La prisión preventiva, de acuerdo a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debería ser excepcional”. Así mismo las penas en el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP) aún no promulgado, no son compatibles con un Estado constitucional de derecho, porque la intervención estatal en la libertad de los ciudadanos debe ser siempre excepcional.

Actualmente en nuestra legislación encontramos dentro de la reforma al Código Penal y Código de Procedimiento Penal el arresto domiciliario, la prohibición de salida del país, la presentación continua, entre otras medidas. Es de anunciar que en el Ecuador existe un abuso de la prisión preventiva, eso es evidente, y demostramos eso cuando vemos que más del 80% de las personas que están privadas de su libertad, que han sido detenidas y se les ha girado prisión preventiva, han salido libres mediante sobreseimiento, mediante caducidad, mediante revocatoria, mediante cualquier otra solución judicial que no sea sentencia condenatoria. No pasa del 15% de las personas que están con prisión preventiva que reciben sentencia condenatoria, esto demuestra que no hay una calidad de la prisión preventiva.

En otros países de Latinoamérica hay buenos resultados en la aplicación de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, la prisión preventiva está

siendo utilizada en el país sin cumplir con todos los requisitos legales, porque existe la costumbre de aplicar esta medida por toda conducta que se presuma delictiva y eso no es así. No es apropiada la prisión preventiva para los delitos menores, como el robo de un celular o algo similar. Hay que castigar este delito, pero no precisamente encerrando al delincuente, porque la cárcel debe ser para los delitos graves, el crimen organizado y el narcotráfico, los delitos menores no se logran eliminar a través de la cárcel y por el contrario, lo que se consigue es profundizar el delito, “porque un señor que va a la cárcel por el robo de un celular, sale a asaltar bancos y a cometer delitos más graves.

4.2.11. La Responsabilidad del Estado en los casos de Prisión Ilegal

Más de dos décadas después de iniciadas las reformas penales en América Latina, es bien conocido que las transformaciones hacia sistemas acusatorios se proponían garantizar de mejor manera los derechos de víctimas e imputados, incorporando estándares internacionales y nuevos desarrollos de las ciencias criminales, tarea no siempre implementada con éxito. En este devenir, la prisión preventiva ha ocupado un significativo lugar en los debates como indicador del adecuado o inadecuado funcionamiento de proceso penal.

En muchos países de la región (américa del sur) puede observarse un cotidiano cuestionamiento desde los medios de comunicación hacia el

funcionamiento del sistema judicial, instalando nociones como las de “la puerta giratoria” o el “garantismo” como sinónimo de impunidad o, al menos, de falta de voluntad en la aplicación oportuna de la ley. Estas exigencias de seguridad ciudadana provenientes de diversos sectores, generan coyunturas que propician el endurecimiento de los regímenes de la prisión preventiva, las que se evidencian con las contrarreformas especificas al régimen de medidas cautelares que se han multiplicado en los códigos de procedimiento penal en los últimos años.

Si bien, en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, los jueces se erigen en garantes de los derechos de las personas y en contralores de los poderes públicos, contribuyendo a asegurar una respuesta estatal idónea frente al delito, esta responsabilidad es presentada como si consistiera en el combate del delito, tarea que corresponde a otros brazos del Estado. A esta circunstancia se suman, la endémica sujeción de los órganos judiciales a poderes políticos y fácticos y una escasa capacidad de los sistemas de justicia penal para comunicar sus decisiones y el fundamento de las mismas fuera del ámbito judicial. “***La prisión preventiva que llega a convertirse en una forma de pena anticipada aunque no sea esa su finalidad, no debe ser manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, pues es una forma preponderante de coerción penal que produce como principales efectos los desintegradores de la personalidad, como la despersonalización, prisonización, etiquetamiento, etc., que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatización***

cuando se trata de la prisión preventiva. Siendo así que no se da el cumplimiento y la aplicación adecuada de las Medidas Sustitutivas o Alternativas a la Prisión Preventiva, con sujeción a la Constitución de la República del Ecuador, al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, garantizando de esta manera, el respeto a los derechos que le asisten a las personas, involucradas en esta problemática. Se efectiviza la garantía constitucional, al respecto, cuando en materia penal, se someten irrestrictamente a normativa vigente y al sistema oral público, esperando de esta manera que se garantice y se tenga una administración de justicia más ágil, oportuna y transparente, violentando disposiciones constitucionales que nos amparan a nosotros las personas, vemos que no se han respetado las normas del Debido Proceso, el derecho a la defensa y a una justicia igualitaria.”[17]

[17] MAIER, Julio – la privación de la libertad durante el Procedimiento Penal

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. Análisis de la Constitución de la República del Ecuador, en lo referente a la Aplicación de la Prisión Preventiva desde el Punto Constitucional.

La excepcionalidad de la prisión preventiva se encuentra vigente con la nueva ***"Constitución de la República del Ecuador en el Art. 77 numeral 1"***[18], guarda relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en atención a lo dispuesto en el Art. 424 inciso 2º, de la Ley Fundamental, está regulada por el Art. 159, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal. En el capítulo primero ha orientado la investigación a la libertad personal como derecho fundamental, y su relación con otros derechos; la limitación de la libertad personal y los derechos de los privados de la libertad, en base a la Constitución, la Ley y pronunciamientos doctrinarios. En el capítulo segundo lo dedico al análisis de las medidas privativas de libertad ambulatoria, como son: la detención y la prisión preventiva, la presunción de inocencia, la responsabilidad del Estado frente a estas medidas, el plazo razonable, concluyendo con la audiencia de formulación de cargos, acudiendo a estudios de autores que tratan sobre la materia. En el capítulo tercero se ha investigado la excepcionalidad de la prisión preventiva, con sus características especiales,

[18] Constitución Política del Ecuador

su revocatoria, y análisis de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el capítulo cuarto analizo las medidas alternativas a la prisión preventiva, como el arresto domiciliario, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez y la prohibición de salida del país, finalizo realizando conclusiones y recomendaciones sobre el tema investigado, que a mi juicio son pertinentes.

4.3.2. Análisis del Código de Procedimiento Penal del Ecuador, en lo referente a la Aplicación de la Prisión Preventiva desde el Punto de Vista Penal

El art. 167 del Código de Procedimiento Penal, reformado el 24 de marzo del 2009, incorpora dos requisitos como presupuestos de procedencia para legitimar la utilización de la prisión preventiva como recurso de última o de extrema ratio, que tienen sus cimientos en los fundamentos de política criminal mencionados en el art. 77 numeral 1, pues dice la norma procesal penal: Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; Si el juez asume el riesgo de que no comparezcan al proceso (por ej. En caso de narcotraficantes, violadores, asesinos, sicarios, etc.), beneficiando al detenido con un sustitutivo en virtud del artículo 232 numeral 3, que significa ponerlo en libertad, el juez tiene que responder si no comparece a la audiencia del juicio el presunto delincuente. Si ya está llamado a juicio lo más lógico y racional es que se oculte o se dé a la fuga.

"El sistema penal debe reaccionar no frente a los delitos de bagatela o de menor cuantía, sino frente a los casos más graves. Ese sí es un uso racional del Derecho, y allí no caben por razones de política criminal aplicar criterios de excarcelación a pretexto de defender un sistema de garantías constitucionales. Es cierto que existe el principio pro ciudadano o pro homine (art. 427 de la Constitución vigente)."[19]

El artículo 427 de la Constitución de la Republica en mención, dispone que proceda a la interpretación que más se ajuste a esta en relación a que solo el constituyente tiene la duda razonable sobre la interpretación de los derechos consagrados en la Carta Magna. Es decir que de acuerdo a los principios generales de interpretación la aplicación y la excepcionalidad de la Prisión Preventiva debe ser acatada sin ninguna otra interpretación por el juez de garantías penales, aplicando la sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario, cuando el procesado sea una persona con discapacidad mayor al cincuenta, padezca de alguna enfermedad catastrófica, sea mayor de sesenta años de edad, o se trate de una mujer embarazada o parturienta; y establece la verdadera excepción aquellos procesos en los que se persiga un delito contra la administración pública, delito sexual, delito de odio, delito sancionado con reclusión, o que el procesado sea reincidente. Es verdad que las excepciones antes planteadas, contradicen la norma constitucional de que la prisión preventiva

[19] Constitución de la República del Ecuador

podrá ser sustituida por medidas alternativas, y además de ello contravienen el principio de atención prioritaria y preferente que en todos los órdenes deben recibir las personas con discapacidad, los enfermos catastróficos y las mujeres embarazadas, además de existir esa contradicción con los postulados constitucionales, no es admisible la excepción que se hace por cuanto la sustitución tiene como finalidad, preservar la integridad personal de personas que se encuentran en las circunstancias ya mencionadas, la que estaría a buen recaudo, si se dispone el arresto domiciliario.

Dice un refrán anonimo: educa al niño para no castigar al hombre***;*** y eso sin duda alguna que a la larga en un proceso penal puede influir positivamente para las personas procesadas; debido a que de acuerdo a su estatus social, a su preparación académica, puede servir para que el Juez de la causa aplicando la sana crítica valore en alguna forma esa condición, para aplicar o no el cambio de la medida de prisión preventiva por una medida alternativa; porque no es lo mismo estar frente a un ciudadano que estudió hasta segundo curso y fue encontrado portando un arma de fuego, que estar frente a un Licenciado en Ciencias de la Educación que fue encontrado portando un arma de fuego, lógicamente que él segundo (Licenciado en Educación) va a tener por parte del Juez una mejor atención debido a su claro arraigo social a diferencia del primero.

"En consecuencia desde el Punto de Vista Penal la Prisión Preventiva, es una piedra angular fundamental para lograr imponer justicia en una

sociedad, porque de no existir esta herramienta las personas cometerían delitos y entrarían y saldrían de manera por demás fácil de la cárcel y sería un verdadero caos; lo que está mal es poner en un solo saco a todos los transgresores de la ley."[20]

4.3.3 El Código de Procedimiento Penal de 2000

"El nuevo Código de Procedimiento Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N. 360 del 13 de enero del 2000, propende a un cambio profundo del sistema procesal penal ecuatoriano, acorde a la exigencia constitucional del artículo 219 y la Disposición Transitoria Vigésimo Séptima. A pesar de que conserva algunos elementos de corte inquisitivo, el nuevo cuerpo legal establece un sistema de espíritu acusatorio, oral y público."[21]

Constituido por seis Libros, en el Libro Primero, trata de los Principios Fundamentales; en el Libro Segundo, de la Prueba; en el Libro Tercero, de las Medidas Cautelares; en el Libro Cuarto, de las Etapas del Proceso Penal; en el Libro Quinto, del Juzgamiento de las Contravenciones; y, en el Libro Sexto promulga varias Disposiciones Finales.

[20] Código de Procedimiento Penal
[21] Código de Procedimiento Penal, Suplemento de Registro Oficial N° 360 del 13 de Enero del 2000.

4.3.4. La Prisión Preventiva vista desde la Constitución

En nuestra Constitución de la República del Ecuador, vemos como se trata a la Prisión y así el Art. 77 numeral 1 del cuerpo de ley antes citado, cuando habla de las garantías básicas que se debe observar en todo proceso penal en el que se hallen personas que estén privadas de su libertad, expresa que: ***"La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva."***[22]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene claras disposiciones que prohíben todo encarcelamiento arbitrario o ilegal y establecen la aplicación del estándar del "plazo razonable" para la duración del encarcelamiento preventivo. Sobre esta plataforma existe jurisprudencia del derecho internacional que ha sido clara y reiterativa al establecer que la prisión preventiva sólo puede ser utilizada excepcionalmente y jamás como regla general. Su aplicación debe ser ponderada por el Juez en cada caso

[22] Constitución Política del Ecuador

concreto y su procedencia no puede ser presumida en indeterminado, por más que dicha presunción tenga origen en una ley como lo establece la Constitución de la Republica cuando esta se establece como garantista, con igualdad de derechos y respetuosa de garantías, seguridad jurídica y el acatamiento de los instrumentos internacionales sobre derecho humanos.

4.3.5. La Prisión Preventiva vista desde el Código de Procedimiento Penal

Nuestro Código de Procedimiento Penal en su Art. 167 al hablar de la Prisión Preventiva nos dice que: Cuando el Juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

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

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

3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

Y seguidamente el Art. 168 del mismo cuerpo de ley expresa que el auto de prisión preventiva sólo puede ser dictado por el juez competente, por propia decisión o a petición del Fiscal y debe contener:

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

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

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

4. La cita de las disposiciones legales aplicables.

Desde el punto de vista penal y sobre su dogmática, mientras el fiscal hace el trabajo de mirar si los diversos elementos del ilícito cuentan ya con las evidencias suficientes, la tarea del investigador es procurar los medios de prueba que hagan falta, no obstante en nuestro país el fiscal en la mayoría de los casos se vuelve un juzgador o juez, violentando el principio universal de inocencia de un apersona. Por otra parte, el fiscal asesora al investigador acerca de la legalidad de los medios que va a emplear para reunir evidencias y acerca de la pertinencia de reunir determinadas evidencias las mismas que muchas veces tienen vicios de legalidad y legitimidad, ya que el fiscal confunde muchas veces su papel de custodio de los bienes de la sociedad en cosas personales.

4.3.6. Caracteres De La Prisión Preventiva según el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal

"Desde la perspectiva constitucional y legal se contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el constituyente, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable. De ahí que, en nuestro ordenamiento jurídico existen múltiples controles judiciales materiales a las actuaciones de la autoridad y que se regula en el Habeas Corpus y la Acción de Protección cuando se vulnera o amenaza el derecho fundamental de la libertad personal, en este caso se busca que el juez defienda un componente del orden constitucional."[23]

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

[23] Código de Procedimiento Penal, Suplemento de Registro Oficial N° 360 del 13 de Enero del 2000.

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

Principios básicos de la prisión preventiva:

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

1.- Jurisdiccionalidad, al disponer que procederá por orden descrita de jueza o juez competente.

2.- Excepcionalidad, en cuanto la prisión preventiva sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley.

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

que La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva." [24]

Finalidades de la prisión preventiva:

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

Se ha establecido además, asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro, se atenderá conjuntamente la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado y el grado de peligrosidad del infractor.

· Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas relacionadas con el enjuiciamiento.

· Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y de la comunidad en general; y

· Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, actuando unilateralmente o concertado con otras personas de forma organizada.

[24] Constitución Política del Ecuador

4.3.6.1. Suspensión condicional del procedimiento

"En todos los delitos sancionados con prisión y en los delitos sancionados con reclusión de hasta cinco años, excepto en los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad; el fiscal, con el acuerdo del procesado, podrá solicitar al juez de garantías penales la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el procesado admita su participación. La suspensión se pedirá y resolverá en audiencia pública a la cual asistirán el fiscal, el defensor y el procesado. El ofendido podrá asistir a la audiencia y si quisiera manifestarse será escuchado por el juez de garantías penales. Al disponer la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantías penales establecerá una o más de las condiciones o medidas contempladas en el Código de Procedimiento Penal. Las condiciones impuestas no podrán exceder de dos años. Durante el plazo fijado por el juez de garantías penales se suspende el tiempo imputable a la prescripción de la acción penal y a los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente. Cumplidas las condiciones impuestas, el juez de garantías penales declarará la extinción de la acción penal. "Nota: Artículo agregado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009." [25]

[25] Código de Procedimiento Penal, Art. 167.

Las condiciones o medidas para la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento son las siguientes:

a) Residir o no en un lugar determinado:

b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;

c) Someterse a un tratamiento médico o psicológico;

d) Tener o ejercer un trabajo o profesión, oficio, empleo, o someterse a realizar trabajos comunitarios;

e) Asistir a programas educacionales o de capacitación;

f) Reparar los daños o pagar una determinada suma al ofendido a título de indemnización de perjuicios o garantizar debidamente su pago;

g) Fijar domicilio e informar a la Fiscalía de cualquier modificación del mismo;

h) Presentarse periódicamente ante la Fiscalía u otra autoridad designada por el juez de garantías penales, y en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas; e,

i) No tener instrucción fiscal por nuevo delito.

4.3.7. Convenios y Tratados Internacionales

"La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene claras disposiciones que, por una parte, prohíben todo encarcelamiento arbitrario o ilegal, y por otra, establecen la aplicación del estándar del "plazo razonable" para la duración del encarcelamiento preventivo. Sobre esta base, la jurisprudencia interamericana ha sido clara -y

reiterativa- al establecer que la prisión preventiva sólo puede ser utilizada excepcionalmente y jamás como regla general. Su aplicación debe ser ponderada por el Juez en cada caso concreto y su procedencia no puede ser presumida en abstracto, por más que dicha presunción tenga origen en una ley."[26]

También se ha establecido que en tanto los jueces están obligados a revisar los supuestos que ameritaron su imposición y que la prisión preventiva sólo puede funcionar como una medida cautelar, tendiente a prevenir la obstaculización de la justicia y a preservar la integridad de la prueba, estando vedada su utilización como pena anticipada. La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se aplica la medida. En un pronunciamiento reciente, el sistema interamericano ha sumado el requisito de que la duración de la prisión preventiva debe ser inversamente proporcional y nunca equivalente a la eventual pena.

En síntesis, la jurisprudencia interamericana asume que todos los delitos son excarcelables y que únicamente el juez es competente para resolver sobre la procedencia de su imposición así como sobre su mantenimiento, que no puede ser indefinido ni equiparable a la eventual pena a recaer. De lo contrario, la prisión preventiva se convierte en una pena anticipada,

[26]http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_el_uso_abusivo_de_la_prision_preventiva_en_las_americas.docx.pdf

vulnerando la presunción de inocencia. A esta violación cabe sumarle además la de la violación a la garantía del juicio previo, ya que la imposición del castigo estatal sólo puede ser la consecuencia final de una sentencia firme de condena pasada en autoridad de cosa juzgada.

Dado que frecuentemente los tribunales locales acuden a la categoría de los delitos no excarcelables para justificar la imposición del encarcelamiento cautelar, cabe hacer una breve referencia a este tema.

"Calificada doctrina procesalista se ha manifestado en contra de admitir la legitimidad de esta categoría de delitos. En este sentido, Julio Maier sostiene que: "De la naturaleza excepcional del encarcelamiento preventivo emerge que él no puede ser regulado como obligatorio (…) es el caso de los delitos no excarcelables (…) Aquí es evidente la intención del legislador de imponer una 'pena' antes de la Sentencia y a pesar de ella, pues en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada".[27]

Aún más incisivamente, Alberto Bovino impugna la inexcarcelabilidad de ciertos delitos desde el principio de inocencia, denunciando además la intromisión del legislador en cuestiones de naturaleza jurisdiccional:

[27] MAIER, Julio – la privación de la libertad durante el Procedimiento Penal

"Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial. Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados 'delitos no excarcelables' resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la inexistencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de funciones exclusivamente judiciales (…) Frente a tal situación, es obligación del tribunal no aplicar esas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro [procesal] en el caso sometido a su decisión".[28]

En definitiva, la prisión preventiva no puede ser supuesta, ni siquiera por la ley, dado que ello implicaría desvirtuar la función jurisdiccional, que está llamada a cumplir un rol de ponderación entre los distintos derechos e intereses en juego (en especial, el derecho a la libertad personal y el interés en la efectividad de la persecución penal) antes de decidir si en el caso concreto procede imponer o mantener el encarcelamiento preventivo.

[28] BOVINO, Alberto – Procedimiento Abreviado y Juicio por Jurado.

4.3.8. En el marco legal ecuatoriano

"Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la iniciación del procedimiento penal no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna."[29] Pero desgraciadamente esta solución, por regla general, es utópica; el juicio oral requiere su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte, en muchas ocasiones, un excesivamente dilatado período de tiempo, durante el cual el imputado podría ocultarse a la actividad de la justicia, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para garantizar estos efectos o la futura y probable ejecución de la parte dispositiva de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares.

Todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etcétera). Por ello, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz.

[29] Ibídem

“Varias han sido los criterios para definir las medidas cautelares, entre ellos como aquel conjunto de actuaciones "encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte"[30]

Establecer los presupuestos de las medidas cautelares, es hacer referencia a aquellos elementos de presencia previa y necesaria para que las mismas procedan. Aun cuando no ha existido criterio generalizado en cuanto a cuáles exactamente son los presupuestos doctrinales de las medidas cautelares, sí es criterio unánime que los dos elementos de los que no se pueden prescindir para su imposición es el fumus boni iuris o apariencia y el el periculum in mora o daño jurídico.

Las medidas cautelares están, pues sometidas a la regla rebus sic stantibus. Tan sólo han de permanecer, en tanto subsistan los presupuestos que las han justificado.

Pero, determinadas medidas son, al propio tiempo, temporales, por cuanto el legislador ha querido establecer unos plazos máximos de duración. Tal es el caso de la detención o prisión provisional, cuya duración está condicionada a la observancia de plazos previos y determinados, cuya infracción ha de fundamentar el oportuno recurso de amparo.

[30] GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal – Editorial A.G.E.S.A.

"***Al respecto, Calamandrei ha aclarado, como lo anota Brice, la diferencia exacta entre lo provisorio y lo temporal: temporal es lo que no perdura y su término de duración es incierto, es un lapso finito, e incierto; lo provisorio también implica un lapso finito, pero es sabido de antemano cuánto va a durar. Por eso, es errado el vocablo temporalidad para significar lo provisorio."***[31]

Finalmente las medidas cautelares son homogéneas, aunque no idénticas, con las medidas ejecutivas a las que tienden a pre ordenar.

Debido a la circunstancia de que la medida cautelar está destinada a garantizar los futuros efectos de la sentencia, su naturaleza participa, en cierto modo, de las medidas ejecutivas.

[31] Ibídem.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Detención Preventiva

"***El Constitucionalismo Moderno se ha caracterizado por tener un objetivo fundamental: el reconocimiento y la protección de la vida y la libertad de los ciudadanos. Las constituciones que son verdaderamente tales, se caracterizan por establecer un sistema jurídico y político que garantiza la libertad de los ciudadanos.***"[32]

Texto original

4.4.2. ESPAÑA (LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL)

Fines:

La Constitución española en su artículo 17.4, que establece el mandato constitucional de que la Ley deberá establecer un plazo máximo. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 502 y siguientes. Caben resaltar el artículo 503 que establece unos requisitos mínimos para poder decretarse y el 505 que establece la duración máxima y así mismo:

"a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

[32] Constitución Política del Ecuador

c) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

d) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima."[33]

Requisitos

1.- Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

2.- Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.- Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de sus fines.

COMENTARIO

En el caso de la Legislación Española sobre cuándo debe aplicarse la Prisión Preventiva, se nota cierta similitud con nuestra legislación en la razón o causa por la cual deba aplicarse la misma, así como también existe cierta similitud en los requisitos que esta debe reunir para poder ser aplicada.

[33] http://www.derechoycambiosocial.com/revista006/pluralidad%20de%20delitos.htm

4.4.3. Colombia

Fines:

La detención preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano y los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, Ley 906 de 2.000 del Código de Procedimiento Penal y Ley 906 de 2004, consagra en su artículo 308 los requisitos para decretar una medida de aseguramiento restrictiva o no de la libertad, en razón de su necesidad y procedencia, los cuales hacen parte del conglomerado de normas públicas y de rango constitucional, en la medida en que el artículo 250 de la C.P, reformado por el artículo segundo del A.L 03 de 2002 los estatuye igualmente.

Estos es prácticamente los mismos y solo divergen en la protección a los bienes de la víctima, lo cual Colombia establece como protección a la comunidad y no tan concretamente a la víctima.

Requisitos:

"En este aspecto España presenta algunas diferencias con Colombia ya que aduce "motivos bastantes" como medios de prueba para incriminar a una persona, mientras que Colombia aclara que como mínimo deben presentarse dos indicios graves; además se diferencian en la cuantía de la pena para decretar dicha medida; En España el delito sancionado debe tener una pena cuyo máximo sea igual o

superior a dos años de prisión, mientras que en Colombia el mínimo de pena del delito es que sea o exceda de cuatro años.”[34]

COMENTARIO

En el caso de la Legislación Colombiana sobre cuándo debe aplicarse la Prisión Preventiva, en esta debe existir indicios graves para poder aplicar la misma, a diferencia de la legislación ecuatoriana que tan solo con un Parte Policial en los delitos flagrantes ya se otorga la Prisión Preventiva sin que existan los suficientes indicios muchas veces para dar inicio a la etapa de apertura de la Instrucción Fiscal.

4.4.4. PERU

Fines:

En Perú este conflicto se da en un contexto particular: en julio del año 2006 se inició un proceso de reforma procesal penal a través de la implementación de un nuevo Código Procesal Penal, aprobado en 2004 (en adelante, NCPP 2004). El mismo ha sido implementado a lo largo del país de manera progresiva y para junio de 2012 era aplicado ya en 21 distritos judiciales, quedando pendientes los distritos de Loreto, Ucayali, Lima y Callao.

Requisitos:

[34] ibidem

1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso y de la condición de autor o partícipe del imputado.

2. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad.

3. Que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia (mediante ocultamiento o fuga) o perturbar la búsqueda de pruebas (alterando o destruyendo las pruebas o intimidando al agraviado o testigo).”[35]

COMENTARIO

Básicamente en los requisitos son los mismos que la legislación Colombiana, la única diferencia que se ve es que en Colombia incluye las causales de ausencia de responsabilidad para que no proceda la medida de aseguramiento. La legislación Peruana, presenta un amplio margen de interpretación con respecto a los fines de la detención preventiva, a diferencia de Ecuador y Colombia que establece claramente cuáles son los fines que se deben llevar a cabo para implementar esta medida.

4.4.5. BOLIVIA

Fines:

La reforma procesal penal vigente en Bolivia desde hace más de 10 años, marca la transición del sistema inquisitivo y represivo al sistema acusatorio

[35] Ibídem

garantista, donde la figura de la detención preventiva fue planteada con carácter de excepcionalidad, cumpliendo únicamente el fin de asegurar la averiguación de la verdad e impedir que el imputado se fugue u obstaculice el proceso y la averiguación de la verdad. La Constitución Política del Estado boliviana reconoce y ampara el derecho a la libertad estableciendo que la misma sólo podrá ser restringida en los límites señalados por Ley y con el único fin de asegurar la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales. (Artículo 23, parágrafo i). Asimismo garantiza la presunción de inocencia el "in dubio pro reo" y el principio de legalidad en el proceso penal. (Artículo 116, I - II), y asegurar la comparecencia del procesado en las siguientes:

"***Peligro de fuga***

1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;

2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;

3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga; y,

4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que Indique su voluntad de no someterse al mismo.

Peligro de obstaculización para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta, especialmente, la concurrencia de indicios de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.

2. Influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos para beneficiarse.”[36]

Requisitos:

1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y,
2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.

COMENTARIO

Básicamente en los requisitos tienen cierta similitud con los de la legislación ecuatoriana, la única diferencia que en Bolivia se incluye que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país, como una causal para poder otorgar la prisión preventiva

4.4.6. ARGENTINA

Fines:

El artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal argentino previene que "todas las causas deben terminarse completamente dentro de los dos años; pero no se tomarán en cuenta las demoras resultantes de las

[36] Ibídem

peticiones de las partes, los procedimientos relacionados con oficios o cartas rogatorias, declaraciones de testigos o expertos u otros trámites necesarios cuya duración no dependa de la actividad del juzgado". El Gobierno argumenta que el término de dos años que estipulan los artículos 379.6 y 701 constituye la base para "un plazo razonable" que guarda relación con las garantías establecidas en el artículo 7.5 de la Convención. ***"Cuando el juez o tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena.***

Requisitos:

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

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

3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año."[37]

COMENTARIO

A diferencia de nuestra legislación, la aplicación de la prisión preventiva en Argentina, tiene un cierto acercamiento a los requisitos que se aplican para otorgar la misma, como la de cuando el juez o tribunal lo crea necesario

[37] Ibídem

para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

En su aspecto fundamental la presente investigación se rigió por la metodología científica de la investigación, pues como se advierte parto del planteamiento de una hipótesis en torno a cuya comprobación se construirá toda una base teórica y un amplio trabajo de campo. Así como también se plantean un objetivo general y tres específicos, que han sido verificados con el desarrollo del presente estudio.

Como métodos auxiliares utilicé el método inductivo, deductivo, descriptivo, analítico y sintético, que han sido de vital importancia en el análisis doctrinario y jurídico de los presupuestos teóricos que requiere el presente estudio, es decir, en lo que respecta al marco constitucional del Ecuador, así como también en el marco de nuestro Código de Procedimiento Penal y Código Penal, y de forma específica y pormenorizada con respecto a lo que concierne a la aplicación de la prisión preventiva desde el punto de vista penal y constitucional garantizada principalmente por nuestra constitución.

De igual forma, en el tratamiento de datos de la investigación de campo, fueron de mucha utilidad los procesos del análisis y la síntesis, además de la utilización de tablas porcentuales comparativas y de representaciones gráficas que me han permitido brindar una idea más coherente con respecto a los respectivos resultados obtenidos del proceso de aplicación de encuestas en la forma en que estuvo previsto en el correspondiente Proyecto de Investigación.

Como técnicas de investigación se utilizó la observación, el fichaje, la consulta bibliográfica y la encuesta.

Para reforzar adecuadamente el presente estudio, procedí, conforme estuvo previsto en el respectivo Proyecto de Investigación, a la aplicación de una encuesta a veinte personas de nuestro medio.

6. RESULTADOS

6.1. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA

Los resultados de las encuestas realizadas para el presente trabajo de investigación fueron tomadas de una población variada de personas conocedoras de la temática como lo Abogados en el libre ejercicio profesional y ciudadanos comunes de la ciudad de Esmeraldas, en un numero de veinte, quienes contestaron un cuestionario.

Los resultados alcanzados con la encuesta se presentan a continuación, siguiendo el orden de las preguntas del cuestionario.

Primera Pregunta

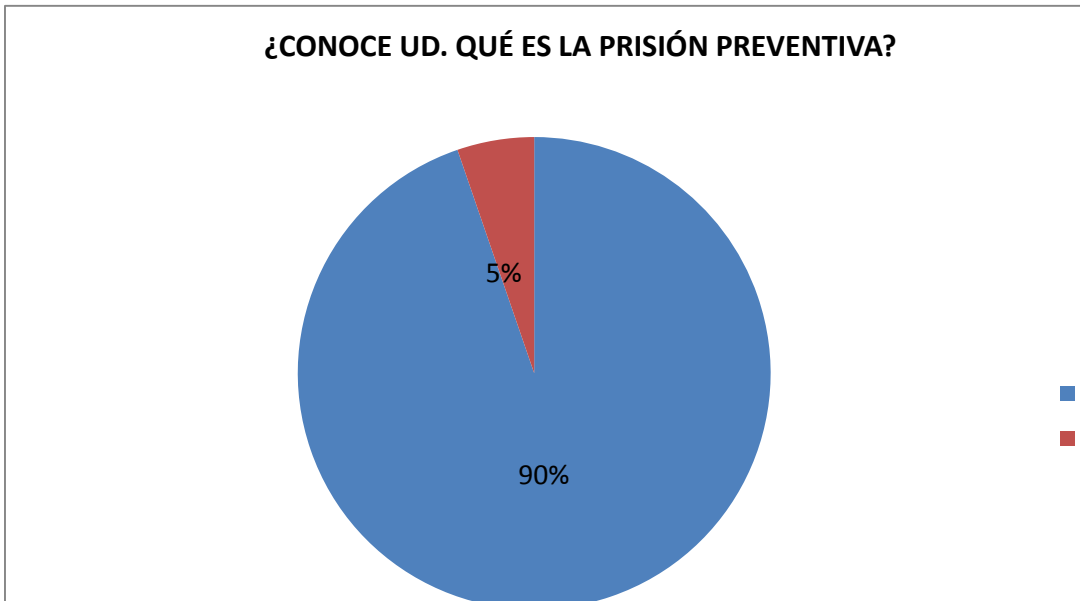
¿CONOCE UD. QUÉ ES LA PRISIÓN PREVENTIVA?

Cuadro No.1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**19**	90%
NO	1	5%
TOTAL	**20**	**100%**

FUENTE: 20 Profesionales del Derecho de la Ciudad de Esmeraldas, mayores de 18 años.
AUTOR: Demecio Ángel Molina Mosquera

Grafico No.1



Interpretación:

En la primera pregunta, de veinte encuestados, la totalidad de las personas encuestadas Profesionales de Derecho de la ciudad de Esmeraldas diecinueve (19) contestaron que **SI** conocen sobre que es la Prisión Preventiva en el Ecuador, lo que equivale al 95% de los mismos. Y uno respondió que no conoce que es la Prisión Preventiva lo que equivale al 5% de los mismos.

Análisis:

En la pregunta uno podemos ver que si hay conocimiento de parte de una gran mayoría de los encuestados sobre que es la Prisión Preventiva en el Ecuador; antes me asombra sobremanera haber descubierto que uno de los Profesionales encuestados no haya conocido lo que es la Prisión Preventiva, lo que sin duda alguna explica por qué en la actualidad existe en nuestro

medio intervención de la Universidad más grande de Esmeraldas, debido a la poca o nula preparación académica de varios de sus profesionales.

Segunda Pregunta

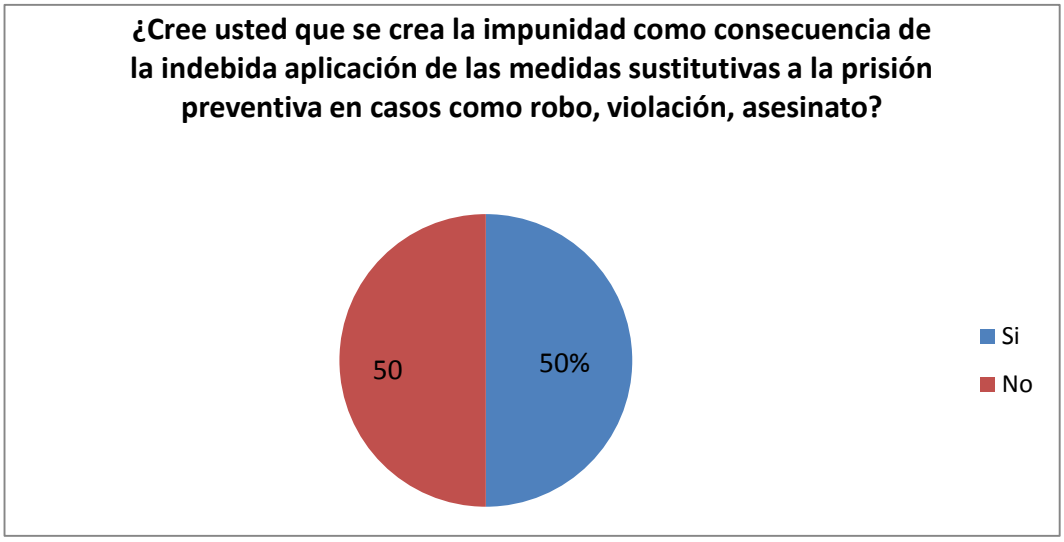
¿Cree usted que se crea la impunidad como consecuencia de la indebida aplicación de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva en casos como robo, violación, asesinato?

Cuadro No.2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**10**	50%
NO	**10**	50%
TOTAL	**20**	**100%**

FUENTE: 20 profesionales del Derecho de la Ciudad de Esmeraldas.
AUTOR: Demecio Ángel Molina Mosquera

GRAFICO No. 2



Interpretación:

En la segunda pregunta, de veinte encuestados, 20 de los profesionales del Derecho contestaron que **SI** se pueden dar estos casos ya que el otorgar medidas sustitutivas no garantiza a que el imputado en caso de ser llamado a juicio vaya a comparecer al mismo, lo que equivale al 100% de los mismos. Es decir que para los encuestados la sustitución de medidas cautelares ha sido un detonante para la impunidad en nuestro país.

Análisis:

La práctica procesal penal en el Ecuador, ha demostrado que se abusa en la aplicación de la prisión preventiva, sin considerar que es una medida cautelar personal de carácter excepcional, que debe ser dictada con sujeción a las normas Constitucionales y Procesal Penales; pero así mismo se abusa aún más de la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva por las otras medidas cautelares de carácter personal que estipula el Artículo 160 del Código Procesal Penal.

Tercera Pregunta

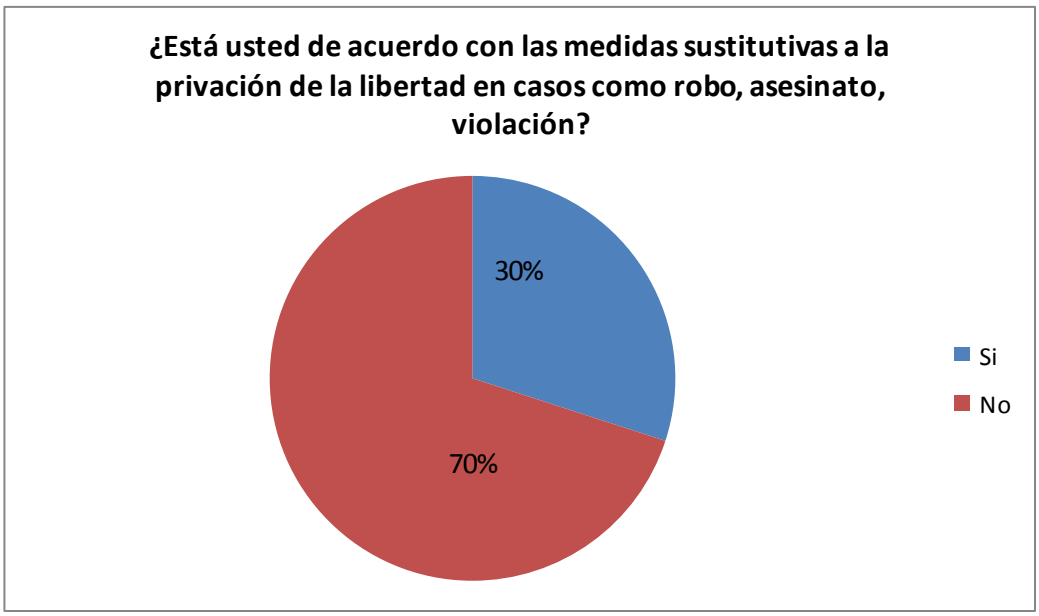
¿Está usted de acuerdo con las medidas sustitutivas a la privación de la libertad en casos como robo, asesinato, violación?

Cuadro No.3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**6**	30%
NO	**14**	70%
TOTAL	**20**	**100%**

FUENTE: 20 Profesionales del Derecho de la Ciudad de Esmeraldas.
AUTOR: Demecio Ángel Molina Mosquera

Grafico No.3



Interpretación:

En la tercera pregunta, de veinte encuestados, la totalidad de las personas encuestadas Abogados en Libre Ejercicio de la ciudad de Esmeraldas catorce (14) contestaron que **NO** están de acuerdo con la sustitución de las medidas alternativas a la privación de la libertad de las personas, por

considerar que en muchos casos si se encuentran suficientes elementos de convicción la persona acusada del delito puede huir del país, lo que equivale al 70% de los mismos, y seis personas respondieron que **SI** lo que equivale al 30% de los mismos, como un principio de oportunidad de probar en libertad la inocencia del individuo acusado de un delito.

Análisis:

En la pregunta tres la mayoría no está de acuerdo con las medidas sustitutivas, debido a que manifiestan que es por eso que los delincuentes entran y salen de la cárcel con facilidad.

Cuarta Pregunta

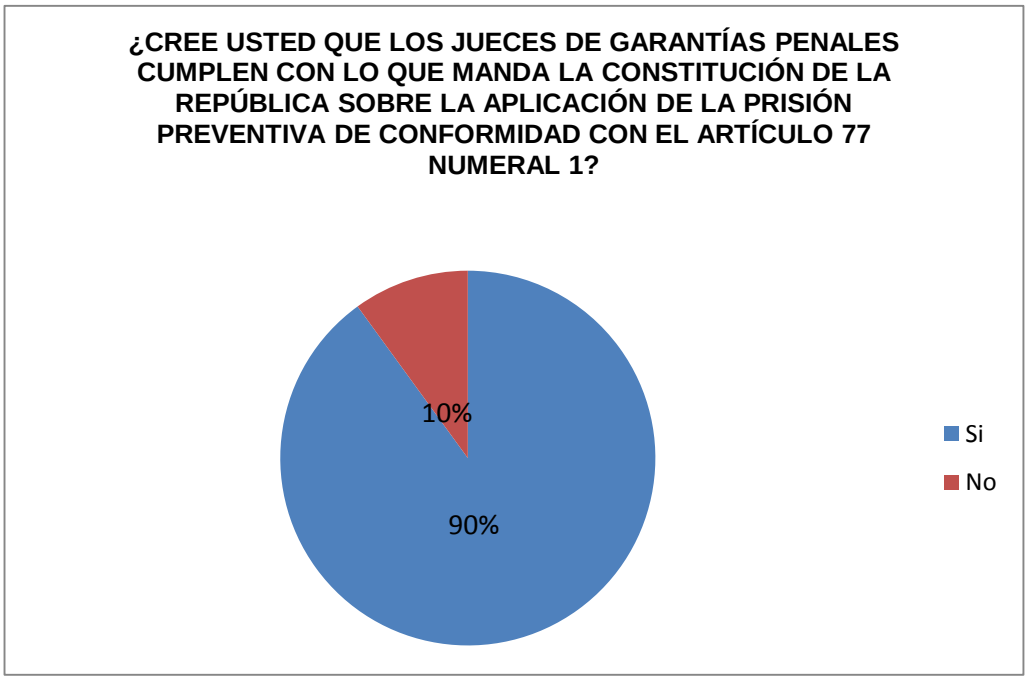
¿Cree usted que los Jueces de Garantías Penales cumplen con lo que manda la Constitución de la República sobre la aplicación de la Prisión Preventiva de conformidad con el artículo 77 numeral 1?

Cuadro No.4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**18**	90%
NO	2	10%
TOTAL	**20**	**100%**

FUENTE: 20 Profesionales del Derecho de la Ciudad de Esmeraldas.
AUTOR: Demecio Ángel Molina Mosquera

Grafico No.4



Interpretación:

En la cuarta pregunta, de veinte encuestados, la totalidad de las personas encuestadas Abogados en Libre Ejercicio de la ciudad de Esmeraldas dieciocho (18) contestaron que **SI**, lo que equivale al 90% de los mismos. Y dos personas respondieron que **NO** lo que equivale al 10% de los mismos.

Análisis:

En ocasiones resulta un poco confuso, porque los encuestados por un lado responden que los jueces aplican mal por ejemplo las medidas sustitutivas de prisión preventiva; pero por otro lado dicen que los jueces si cumplen con la Constitución de la República al respecto de la prisión preventiva, estas respuestas en ocasiones no ayudan a los estudiantes a realizar un trabajo profundo sobre los temas, pero así mismo debemos entender que la

sociedad está en constante transformación y cambio y las ciencias sociales por lo general no son precisas ni constantes varían, ya sea por el momento sociopolítico o socioeconómico en que vive una determinada sociedad.

Quinta pregunta

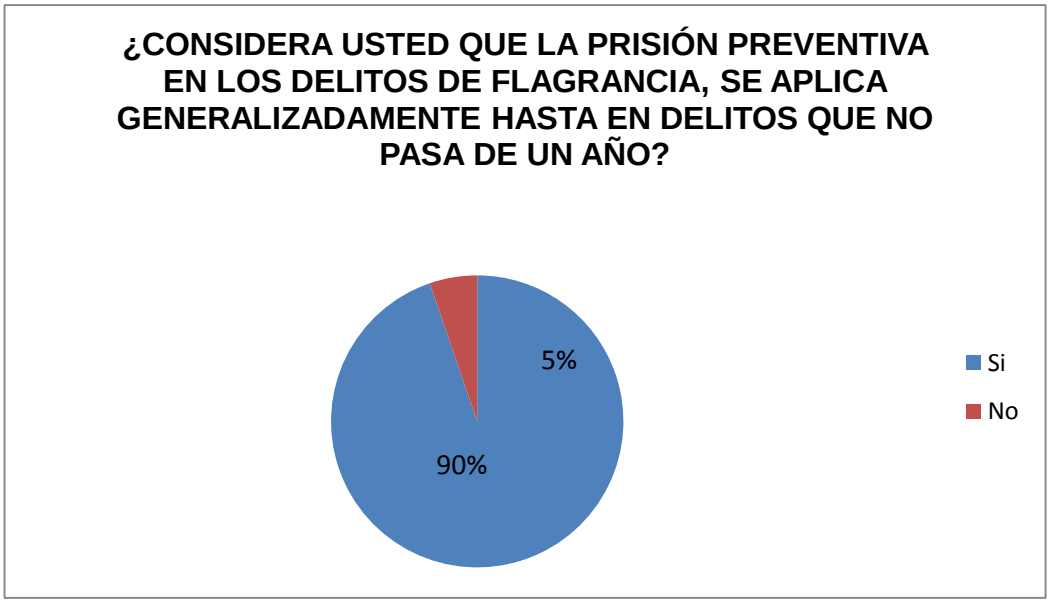
¿CONSIDERA USTED QUE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS DELITOS DE FLAGRANCIA, SE APLICA GENERALIZADAMENTE HASTA EN DELITOS QUE NO PASA DE UN AÑO?

Cuadro No.5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**19**	90%
NO	1	5%
TOTAL	**20**	**100%**

FUENTE: 20 profesionales del Derecho de la Ciudad de Esmeraldas.
AUTOR: Demecio Ángel Molina Mosquera

GRAFICO NO 5



Interpretación:

En la quinta pregunta, de veinte encuestados, 19 de los profesionales del Derecho contestaron que **SI** se pueden dar estos casos ya que la mayoría de Jueces y Juezas de Garantías Penales y Fiscales lo aplican al momento de iniciar la Instrucción Fiscal, lo que equivale al 95% de los mismos. Por otra parte un entrevistado lo que equivale al 5% de los encuestados dice que **NO** que es un deber los Fiscales solicitar la Prisión Preventiva y un derecho jurisdiccional que tienen los Jueces para dictarla.

Análisis:

Como podemos existe demasiado exceso por parte de la mayoría de fiscales y jueces cuando toman el camino más fácil que es dictar la prisión preventiva, por presión social, es decir que en la mayoría de los casos al cierre de la instrucción fiscal la mayoría de las personas son liberadas por falta de fundamentos.

Sexta pregunta

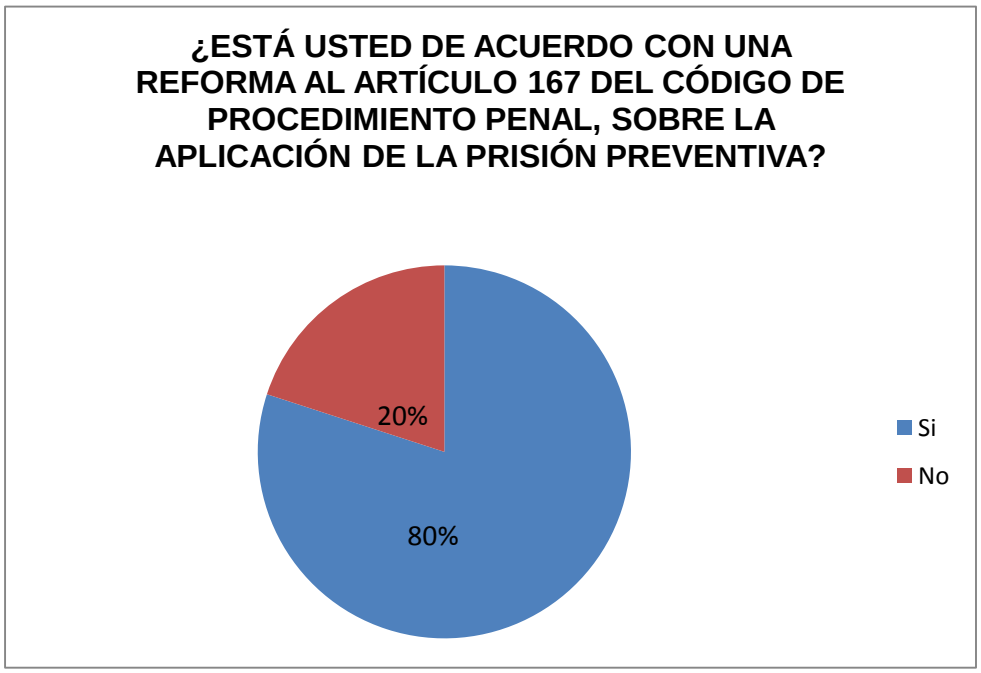
¿ESTÁ USTED DE ACUERDO CON UNA REFORMA AL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA?

Cuadro No.6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	**16**	80%
NO	**4**	20%
TOTAL	**20**	**100%**

FUENTE: 20 profesionales del Derecho de la Ciudad de Esmeraldas.
AUTOR: Demecio Ángel Molina Mosquera

GRAFICO No. 6



Interpretación:

En esta sexta pregunta, de veinte encuestados, 16 de los profesionales del Derecho contestaron que **SI** están de acuerdo con una reforma al artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, porque según ellos se cometen

demasiados abusos y excesos en la aplicación de la norma, vulnerando el derecho de inocencia y defensa de las personas dentro de lo que es la seguridad jurídica y las garantías de las mismas, lo que equivale al 80% de los mismos. Por otra parte cuatro entrevistados lo que equivale al 20% de los encuestados dice que **NO** que es un deber los Fiscales solicitar la Prisión Preventiva y un derecho jurisdiccional que tienen los Jueces para dictarla**.**

Análisis:

Como podemos ver en esta pregunta, la mayoría de los encuestados piensan que los Jueces y Fiscales aprovechan la Prisión preventiva para sacar provecho propio y jugar con la libertad de las personas; porque la mayoría de los casos ordenan prisión preventiva y con el transcurrir de los días se negocia la libertad y se cambia la medida de prisión preventiva por una medida cautelar de carácter personal distinta a la prisión preventiva. Por lo general esto ocurre en supuestos delitos contra la vida que al momento de la flagrancia la Fiscalía acusa como Tentativa de Asesinato y luego al emitir el dictamen acusa como Lesiones, lo que indudablemente obliga en ocasiones al Juez garantista a sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar.

6.2. RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

ENTREVISTA Nro.1

1. ¿De acuerdo a su experiencia profesional cree que usted estar de acuerdo con la aplicación de la Prisión Preventiva? A mi criterio y en ejercicio continua de mi profesión como abogado, es importante que las personas acusadas de un delito nos pueda ayudar a aportar y encontrar pruebas para su defensa y desvirtuar conforme a derecho a cualquier tipo de vinculación e imputación dentro de un proceso.

2. ¿Considera que es adecuado aplicar la prisión preventiva a una persona acusada de un delito sin suficientes pruebas de convicción dentro del Inicio de la Instrucción Fiscal? No, porque no se puede comprobar nada antes de evacuar cualquier diligencia y porque en muchas ocasiones no se obtienen pruebas fehacientes.

3. ¿Considera que es adecuado que dentro del Código de Procedimiento Penal se siga tomando en cuenta la Aplicación de la Prisión Preventiva antes de un Auto de Llamamiento a Juicio, es decir después de haber evacuado todas las pruebas de cargo y descargo? Si, es adecuado, puesto que sino no es comprobable y esta persona fue privada de su libertad, quien repone los días que la misma persona estuvo privada del bien más preciado que es la libertad.

4. ¿Cree que es necesario reformar el Código de Procedimiento Penal Civil en su Art.167, reformando lo relacionando a la aplicación de la prisión preventiva? Si, se debe reformar para que no exista abuso en la aplicación de la misma por parte de Fiscales y Jueces.

ENTREVISTA Nro.2

1. ¿De acuerdo a su experiencia profesional cree que usted estar de acuerdo con la aplicación de la Prisión Preventiva? En el ejercicio de mi cargo como uno de los Jueces del Tribunal Segundo de Garantías Penales de Esmeraldas, considero que no es efectiva, la comprobación de que una persona este acusada de un delito muchas veces es desvirtuada por la defensa de la misma, la fiscalía muchas veces en la etapa del juicio no llega con suficientes elementos de convicción para demostrar la culpabilidad de la persona acusada, por lo que de inmediato ordenamos su libertad después de haber sido encontrada inocente.

2. ¿Considera que es adecuado aplicar la prisión preventiva a una persona acusada de un delito sin suficientes pruebas de convicción dentro del Inicio de la Instrucción Fiscal? Sí, de acuerdo a nuestra legislación sí, porque solo se menciona pruebas materiales, documentales y testimoniales, para poder demostrar la participación del individuo dentro del delito.

3. ¿Considera que es adecuado que dentro del Código de Procedimiento Penal se siga tomando en cuenta la Aplicación de la Prisión Preventiva antes de un Auto de Llamamiento a Juicio, es decir después de haber evacuado todas las pruebas de cargo y descargo? Considero que no, se abusa mucho sobre la aplicación de esta medida.

4. ¿Cree que es necesario reformar el Código de Procedimiento Penal Civil en su Art.167, reformando lo relacionando a la aplicación de la prisión preventiva? Si, ya que se cometen muchos abusos en nuestra legislación en la aplicación de la misma sin ninguna formas de pruebas.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.1.1. Objetivo general

- “Realizar un estudio doctrinario, jurídico y social con respecto a la Aplicación de la Prisión Preventiva desde el Punto de vista Penal y constitucional”.

El Objetivo General ha sido verificado por la Revisión de Literatura, en especial por el Marco Conceptual y Doctrinario, en donde se emite un análisis crítico, jurídico y doctrinario.

Este objetivo se verifica con el amplio desarrollo de la base teórica y doctrinaria que confluye en la Prisión Preventiva (en el marco conceptual, doctrinario y jurídico), y donde se trata de manera detenida lo que concierne al problema de investigación, y de manera especial las problemáticas jurídicas que devienen de la incorporación en la vigente Constitución de la República sobre la aplicación de la prisión Preventiva incluida en el Art. 77 numeral 1 de este cuerpo normativo, cuestión que es corroborada con el trabajo de campo. Esto a partir de un enfoque objetivo sobre las realidades de la sociedad ecuatoriana en materia de trabajo.

7.1.2. Objetivos específicos:

- “Determinar la normativa que regule la aplicación de la Prisión Preventiva en el Código de Procedimiento Penal, la misma que está ocasionando una serie de inconvenientes jurídicos sociales”.

Este Objetivo Específico, ha sido verificado mediante la aplicación de las encuestas.

- *Realizar un estudio comparativo del Derecho Comparado, relacionado a la aplicación de la prisión preventiva.*

Este Objetivo se verifico, mediante es Estudio de la legislación comparada, en donde se detalló legislaciones como la Española, Colombiana, Peruana, Boliviana y Argentina.

- *Proponer un Proyecto de Reformas al Art 167 del Código de Procedimiento Penal, regulando lo que es la Prisión Preventiva, como una alternativa excepcional a la privación de libertad.*

Finalmente, este objetivo se alcanzó con el desarrollo de la Propuesta Jurídica de Reforma, al Art. 167 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, en cuanto a reformar este artículo, ya que contraviene a todo principio universal de inocencia, no es posible que una persona privada de

su libertad pueda comprobar la misma, por lo que no se estaría aplicando una verdadera justicia.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis propuesta a fin de ser contrastada con el desarrollo del presente estudio estuvo propuesta en los siguientes términos:

"Una vez revisada la información bibliografía y realizada la investigación empírica pude comprobar que dentro del Código de Procedimiento Penal, la Prisión Preventiva en los delitos de flagrancia no contempla que esta sea excepcional tal como lo garantiza la Constitución de República, lo que ha generado un estado de vulnerabilidad de los derechos de las personas, el imputado no podrá mantenerse privado de su libertad sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas, en cuyos casos la jueza o juez se ordenara medidas cautelares distintas a la prisión preventiva**".**

Bibliográficamente lo determine con el marco doctrinario, donde pude establecer algunos derechos que son vulnerados, toda vez que, el Ecuador desde su Carta Magna en su Art. 1, se instituye como un Estado social de derecho, democrático, republicano y responsable, características propias de un régimen de gobierno, que garantiza la operatividad del respeto de los derechos fundamentales y el reconocimiento a la dignidad humana.

El artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 20 de octubre de 2008, reconoce:

"La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva."[38]

Es decir, que se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión. Además, desde una perspectiva de equidad los fundamentos de la política criminal que señala la Constitución del 2008 para legitimar la necesidad de la prisión preventiva, vale decir su utilización de última o d extrema ratio, son: 1. Garantizar la comparecencia en el proceso, misma que estaría garantizada si ya está privado de la libertad en un caso grave. 2. Asegurar el cumplimiento de la pena, misma que estaría asegurada si sigue detenido. En los casos graves como los que se señalan, si el juez pone en libertad a un imputado o procesado, hay un ejercicio doloso y abusivo del cargo por parte del juez de garantías penales, en

[38] Constitución de la República del Ecuador

perjuicio de la causa pública, incumpliendo el juez con la obligación de prestar el auxilio que la causa pública demanda y que es inherente al ejercicio del cargo.

La Constitución, al vincular el reconocimiento del derecho y el estado jurídico de inocencia, conocido por todos como "presunción de inocencia", es uno de los elementos esenciales que integran al garantismo procesal. Esta condición de derecho de la persona frente al ius puniendi del Estado ha sido tratada por los autores en el estudio del principio de inocencia y de sus repercusiones en los diversos ámbitos de la justicia penal, principio que es fundamento inmediato de otros y que junto con él conforman una de los principales directrices de un moderno modelo de enjuiciamiento criminal, cual es, la garantía del proceso justo, que también la liga a los principios en que se asienta la misma, al tiempo que define el objetivo de permitir una vida digna de todos los habitantes.

El Art. 82 de la Constitución de la República señala que ***"El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."***[39]

Este articulo guarda relación respecto a un derecho penal mínimo y aun concepto justo de lo que debe ser la mínima intervención penal, dejamos

[39] Constitución de la República del Ecuador

constancia de que el derecho penal mínimo o el principio de oportunidad o un uso racional del derecho cuando se trata de utilizar la prisión preventiva como último recurso en concordancia con el Art. 77 numeral 11 de la Constitución del 2008, se degenera cuando un mal juez pone en libertad a un traficante de drogas o a un violador o asesino, etc., a pretexto de las garantías constitucionales y procesales. El derecho penal mínimo busca la utilización de la cárcel como recurso extremo, vale decir en los casos más graves.

COMENTARIO:

Nuestra Constitución de la Republica, nos garantiza el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, por lo cual tenemos el derecho de exigir una verdadera justicia en donde se dé con legalidad el procedimiento judicial como la actuación de las pruebas, por lo que una persona privada de su libertad no puede coadyuvar a su defensa y descargar ante la misma la fiscalía pruebas de descargo que puedan demostrar su inocencia e inclusive testigos calves para desvirtuar todo lo contrario en una compleja comprobación, por lo que es innecesario su existencia en la legislación ecuatoriana.

7.3. Fundamentación Jurídica para la Reforma Legal

Condescendientes con esta consagración constitucional, los ecuatorianos vivimos en un país que propende a hacer efectivos los resguardos necesarios para desenvolvernos en sociedad sin injerencias arbitrarias. La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 75, estatuye: ***"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley."***[40]

Dentro de esta afirmación formal de nuestros derechos civiles, juega papel preponderante el derecho a la libertad, el mismo que está establecido a nivel constitucional en el Art. 23 núm. 4, 5, 8, 9, 11, 14, 19, 21 y Art. 24 núm. 4 y 6 de nuestra Constitución Política de la República (en adelante C. P. R) de esta manera la libertad del ciudadano ecuatoriano está protegida con tanta intensidad que se constituye en un valor político inconmensurable para el Estado ecuatoriano. El Art. 82 ibídem, expresa: ***"El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."***[41]

Como futuro profesional del Derecho creo que es conveniente y necesario la reforma al marco jurídico que aplica la Prisión Preventiva, por la razón de

[40] Constitución de la República del Ecuador
[41] Constitución de la República del Ecuador

que se convierte en una forma de PRESIÓN, ya que los Jueces y Fiscales vuelven un comercio pidiendo dinero a las personas comprometidas en un conflicto legal, a la primera para que el supuesto acusado pueda ser encarcelado y no pueda recabar indicios o pruebas de su inocencia, y la segunda persona si se le priva de su libertad pagar para recuperarla, constituyendo una degradación de la libertad y la presunción de inocencia como derechos constitucionales en el Ecuador, obvio es reconocer que es el causado por el abuso secular de la prisión preventiva, identificado con un sistema penal como el ecuatoriano que gira en torno a dictar prisión preventiva, una vez resuelto el procesamiento mediante la emanación de la instrucción fiscal.

Las atribuciones conferidas a la Asamblea Nacional por la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 120 numeral 6, cuyo texto dispone "expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio"; las atribuciones que el mismo cuerpo legal hace al Presidente de la república en el artículo 147 numeral 13 de la Constitución; y, el análisis conceptual, doctrinario y legal, de esta problemática socio-jurídica, complementada con la opinión del grupo de profesionales de la Ciudad de Esmeraldas, convalidan el propósito de esta Tesis; y, fundamentan jurídicamente la propuesta legal de reforma al Código de Procedimiento Penal, y de esta manera hacer efectiva la disposición establecida en el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador que nos garantiza el derecho a la libertad hasta que no se ejecutoríe sentencia o resolución en firme.

8. CONCLUSIONES

Luego de haber concluido el presente trabajo de tesis, me permito presentar las siguientes conclusiones.

1. Se puede definir a la Prisión Preventiva como una forma de Presión para que las autoridades competentes ejecuten una forma de comercio en beneficios personales para ellos.

2. En tales términos, en materia de prisión preventiva los derechos fundamentales constituyen limitaciones normativas para el encarcelamiento preventivo, siempre antes de la adopción de esta medida cautelar se interpondrán la presunción de inocencia y el respeto a la libertad como garantías constitucionales que debe observar e interpretar el legislador como mandatos de libertad del imputado.

3. En concordancia con la interpretación anterior, la presunción de inocencia **es también una consecuencia de la *necesidad de juicio previo;*** derecho fundamental que está consagrado tanto en el Art. 2 4 num. 1 de nuestra C. P. R. como en nuestro C. P. P. en su Art. 1, derecho que consiste en la exigencia de la existencia de una sentencia ejecutoriada para aplicar una pena.

4. Se puede definir que el estudio sobre el Ecuador evidencia las insuficiencias de la independencia judicial y la deformación de la prisión preventiva y se cierra con sugerencias prácticas que apuntan a corregir el persistente uso abusivo de esta medida.

5. La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional; sin embargo, se ha reforzado en la práctica su uso como la norma.

6. El artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República reconoce que se exceptúan los delitos flagrantes la aplicación de la prisión preventiva, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

7. El artículo 82 de la Constitución de la República habla sobre el derecho a la seguridad jurídica la misma que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

8. Que por estar reconocido en nuestra Constitución los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

9. RECOMENDACIONES

Con el objeto fundamental de demostrar explicaciones a la aplicación de la Prisión Preventiva respetando el derecho principal de la presunción de inocencia, exhibo las siguientes recomendaciones.

1. Que los señores miembros de la Asamblea Nacional del Ecuador, consideren que son parte importante en la decisión de un Estado en el momento de decidir sobre las libertades y derechos de las personas como parte de sus funciones de legislar principalmente, quienes deben hacerlo en la forma más equitativa en beneficio de la defensa social, respetando los derechos fundamentales de cada uno de los individuos y colectivos que se beneficiaran de las leyes a futuro.

2. Es necesario reformar el Código de Procedimiento Penal en cuanto al Art. 167 en cuanto a la Prisión Preventiva.

3. Que el Estado Ecuatoriano debe incorporar a la Policía Civil nacional del Ecuador, una unidad Técnica Científica con profesionales y especialistas en materia penal, antropológica, con las herramientas necesarias, para que con las pruebas suficientes y elementos de convicción se llegue a determinar la culpabilidad de una persona y no se abuse de la aplicación de la Prisión Preventiva por simple presunción de culpabilidad.

4. Que las juezas y jueces consideren que la presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental, y por lo tanto posee su eficacia en un doble plano, y al aplicación de la Prisión Preventiva sin pruebas antes de una investigación seria e imparcial por parte del Agente Fiscal antes de un Juicio previo y justo, vulnera toda garantía y derecho constitucional, desconociendo el derecho de oportunidad por una parte, que constituye el derecho a recibir la consideración por parte de una sociedad.

5. Que los jueces y juezas o tribunal en el momento que exista duda sobre cualquiera de los dos aspectos antes mencionados, no pueden dictar sentencia condenatoria, tiene que dictar sentencia confirmando la inocencia del acusado.

6. Que la jueza o el juez apliquen al momento de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas; lo que guarda relación con el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal que establece “Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código se entenderán en contra de la libertad y criterio que establece el presente artículo”.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

Proyecto de reforma al artículo 167 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

La honorable ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

- Que según el artículo 11 numeral 3 inciso 1 la Constitución de la República del Ecuador, establece que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
- Que según el artículo 11 numeral 5 la Constitución de la República del Ecuador, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
- Que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 77 numeral 1, establece que la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario para garantizar la

comparecencia de una persona en el proceso penal, o para asegurar el cumplimiento de la pena. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

Que el principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla.

- Que el Ecuador reconoce es un Estado social de derecho y es suscritor de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

- En uso de las atribuciones contenidas en el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador expide la siguiente:

RESUELVE:

EXPEDIR LA SIGUIENTE REFORMA AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículo 1.- A continuación del artículo 167 incorpórese lo siguiente: En los delitos reprimidos con prisión de no más de cinco años, a excepción de los delitos contra el Estado, peculado, delito sexual, violencia intrafamiliar, delitos de lesa humanidad, delitos de odio, aquellos que causen alarma social, a pedido del procesado se puede sustituir en la misma audiencia la prisión preventiva por una caución que no sea inferior a diez salarios mínimos del trabajador en general el monto que el juez considere suficiente para garantizar la reparación integral de los daños y perjuicios del ofendido.

Art. Final.- La presente reforma de ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones del H. Asamblea Nacional a los diecisiete días del mes de Febrero del dos mil catorce.

f)..... f).....

Presidente de la Asamblea Nacional Secretario de la Asamblea Nacional

10. BIBLIOGRAFÍA

- ANBAR, Diccionario Jurídico, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 3, Cuenca Ecuador.

- BOVINO, Alberto – Procedimiento Abreviado y Juicio por Jurado.

- Código de Procedimiento Penal.

- Código de Procedimiento Penal, Suplemento de Registro Oficial N° 360 del 13 de Enero del 2000.

- Constitución de la República del Ecuador.

- Constituciones de la República del Ecuador. Federeco Trabucco.

- CABANELLAS de la Torre, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, undécima edición; Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1993.

- ClDH, "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas RESOLUCIÓN 1/08".

- Derecho y razón de Luigi Ferrajoli. Teoría del Garantismo Penal.

- Diccionario Enciclopédico Abreviado de la Editorial ESPASA-CALPE S.A.

- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 10 de Diciembre de 1948. Revista.
- Ferrajoli Luigui, Diritto e ragione, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trota S.A., Pág. 550, Madrid, 1995.
- GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal – Editorial A.G.E.S.A
- MAIER, Julio – la privación de la libertad durante el Procedimiento Penal.
- PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966. Revista.
- Radbruch, G. (1980), Arbitrariedad Legal y derecho Supralegal. En El Hombre en el Derecho. Buenos Aíres: Editorial Depalma.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Volumen I, Grijley, 2000.
- Zavala Baquerizo Jorge. "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL" TOMO I. Guayaquil-Ecuador.
- www.gabrielbernat.es/espana/inquisicion/ie/proc/proc.html
- www.gabrielbernat.es/espana/inquisicion/ie/proc/proc.html
- http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_001.htm
- http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_el_uso_abusivo_de_la_prision_preventiva_en_las_americas.docx.pdf

- http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=61&Itemid=27

- http://www.derechoycambiosocial.com/revista006/pluralidad%20de%20delitos.htmhttp://www.derechoycambiosocial.com/revista006/pluralidad%20de%20delitos.htm

11. ANEXOS

11.1. Encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado (a) Profesional del Derecho

Por medio del presente me permito solicitarle a usted se digne contribuirme con sus criterios y opiniones frente a mi trabajo de Tesis titulado **"LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL Y CONSTITUCIONAL",** lo que me permitirá poder verificar mis objetivos e hipótesis.

En la seguridad de ser atendido, le antelo mis agradecimientos.

CUESTIONARIO DE ENCUESTA

1. ¿Conoce Ud. qué es la prisión preventiva?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

……

……

2. ¿En el ejercicio profesional, ha conocido de casos de violación a los derechos de las personas que son imputadas por un supuesto delito?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

……

……

3. ¿Cree Ud. que la legislación vigente es suficiente para evitar arbitrariedades en contra de los derechos de las personas?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

……

……

4. ¿Considera Ud. que se lesiona ciertos derechos constitucionales al ordenar la prisión preventiva sin pruebas solo con un parte policial?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

……

……

5. ¿Cree usted que la prisión preventiva es una forma de presión que utilizan jueces y fiscales para después de un pago dar la libertad?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

……

……

6. ¿Cree usted que se crea la impunidad como consecuencia de indebida aplicación de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva en el ecuador?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

……

……

7. ¿Está usted de acuerdo con las medidas sustitutivas a la privación de la libertad?

   Si ( ) No ( )

   ¿Por qué?

   ……

   ……

8. ¿Conoce usted de que se trata el principio universal de la presunción de inocencia?

   Si ( ) No ( )

   ¿Por qué?

   ……

   ……

9. ¿Cree usted que los Jueces de Garantías Penales cumplen con lo que manda la Constitución de la Republica sobre la aplicación de la Prisión Preventiva?

   Si ( ) No ( )

¿Por qué?

……

……

10. ¿De usted ser detenido por algún delito, le gustaría que le ordenaran una medida sustitutiva a la Prisión Preventiva?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?

……

……

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11.2. Entrevista

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO Y CIUDADANOS DE LA CIUDAD DE ESMERALDAS.

Estimado (a) Profesional del Derecho y/o ciudadano.

En vista de que me encuentro desarrollando mi trabajo de Tesis titulado **"LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL Y CONSTITUCIONAL",** previo a la obtención del grado de Abogado, solicito su valiosa opinión con la finalidad de culminar con éxito mi trabajo investigativo.

Cargo o Función del entrevistado:

CUESTIONARIO

1.- ¿Según su experiencia, cree Ud. que la legislación referente a la aplicación de la Prisión Preventiva en los delitos de flagrancia tiende a desfavorecer a las personas que se consideran inocentes sin pruebas antes de un juicio justo?

2.- ¿Según su experiencia profesional, el estado jurídico de inocencia, conocido por todos como “presunción de inocencia”, es uno de los elementos esenciales que integran al garantismo procesal?

3.- ¿Cree Ud. que en la Constitución de la Republica existe elementos suficientes para que se garantice el respecto de los derechos humanos y garantías constitucionales de la personas?

4.- ¿Cree Ud. Que al aplicación de la Prisión Preventiva antes de una investigación seria e imparcial viola el principio de inocencia como un derecho fundamental para la adecuada práctica del derecho penal?

5.- ¿Cree Ud. Que sería ocioso tratar de hacer un análisis doctrinario sobre la aplicación de la Prisión Preventiva y de su procedencia, determinar para determinar cuán importante puede resultar en su adecuada aplicación?

6.- ¿Cree Ud. conveniente plantear una reforma al Código Penal vigente en torno a la aplicación de la PRISIÓN PREVENTIVA?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

11.3. Proyecto

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Proyecto de Tesis previa a la obtención del Título de Abogado.

TEMA:

"LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL Y CONSTITUCIONAL"

POSTULANTE:

DEMECIO ÁNGEL MOLINA MOSQUERA

DIRECTOR DE TESIS:

Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller.

Loja – Ecuador

2013 – 2014

1. TEMA

“**LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL Y CONSTITUCIONAL**”

2. PROBLEMÁTICA

La Aplicación de la Prisión Preventiva desde el punto de vista Penal y Constitucional se encuentra garantizada en el Art. 77 de la Constitución de la República numeral 1 que textualmente señala “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.”

La liberta del individuo constituye uno de los principales derechos fundamentales inherentes de toda persona, quien goza de la presunción de inocencia hasta que no se compruebe lo contrario mediante sentencia ejecutoriada y en firme, recordando una vez más que por mandato del Art. 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, la motivación exige una valoración individualizada de las pruebas, de tal manera que la valoración conjunta no sustituye sino que viene después de la valoración singularizada de las pruebas, tomadas de una en una conforme lo dispone el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil codificado, que es ley supletoria en materia penal, al señalar “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sanas crítica, sin perjuicio de las solemnidades previstas en la ley sustitutiva para la existencia o validez de ciertos actos.

Es necesario precisar, que el abuso de la prisión preventiva en el Ecuador es un fenómeno de largo tiempo que se repite en otros países que no han hecho un estudio verdaderamente social sobre la realidad del porque muchos individuos concurren a ciertos delitos y con una legislación que más bien ayude a prevenir en la sistematización de los mismos, dando a entender a analistas jurídicos y constitucionalistas del mundo que en el Ecuador se camina en la dirección opuesta. Sin embargo, existe la aplicación de medidas sustitutivas o alternativas a ella, la prisión preventiva.

En el Ecuador la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional tal como lo tipifica el Art. 77 numeral 1 de la norma suprema del Estado; sin embargo, los jueces y juezas en su aplicación la consideran en su uso una práctica como la de cualquier norma inquisitiva. Esa es una de las conclusiones a las que se he llegado al estudio en el caso del país; los jueces no aplican las medidas sustitutivas o cautelares alternativas a la privación de la libertad. Entre las causas que anota el estudio se hallan la dependencia política que obliga a los jueces a descartar su uso, el temor de ellos a denuncias ante el Consejo de la Judicatura o la Fiscalía por la libertad del acusado y las sanciones consiguientes, una cultura pública contraria a aceptar la prisión preventiva como excepcional, y la falta de conocimientos especializados de los jueces sobre la procedencia de la medida.

3. JUSTIFICACIÓN

Como es sabido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano constituye un hito dentro del movimiento iluminista que reaccionó a toda una organización político-social totalitaria, que tenía como uno de sus principales instrumentos un modelo de justicia penal represivo, fundado en las pruebas legales y en uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión.

Según la lógica del sistema inquisitivo prerrevolucionario, el acusado no era considerado un simple sospechoso, más bien se le estimaba culpable, al cual le correspondía el deber de destruir las conjeturas de culpabilidad, demostrando su inocencia, esto respondía a que en este modelo de enjuiciamiento se invirtió la máxima actori incumbit probatio lo que trajo como consecuencia natural, incluso después de la comprobación de la insuficiencia de pruebas, medidas cautelares de carácter personal.

Es por ello que he creído conveniente el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica, ya que es de trascendental importancia académica, se deduce por tanto que la problemática tiene trascendencia social y jurídica debido a que su tratamiento procurará ser más justo con los con los derechos de las personas La libertad del imputado en el procedimiento no solo que es también un efecto deviniente del ejercicio del derecho a la presunción de inocencia como del juicio previo sino también de la vigencia del derecho a la defensa, pues, a no dudarlo una privación de libertad es un obstáculo real para que el imputado busque

personalmente su prueba de descargo y se defienda, lo que también guarda afectación y es lesivo con el derecho a la igualdad procesal que también se reconoce en nuestro país tanto a nivel constitucional (Art. 23 num. 3 C. P. R.) como de nuestro código de procedimiento penal (Art. 14 C. P. P.), conforme con esta interpretación el italiano Luigi Ferrajoli a dicho: “El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también-es decir sobre todo -por necesidades procesales: para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”

La investigación jurídica que estoy desarrollando reviste de gran importancia social, por cuanto esta forma de trabajo, así mismo, se está convirtiendo en una forma de garantizar de parte del Estado el derecho al trabajo, por lo que es

necesario entender los problemas no solo de desocupación que lleva a las personas a ejercer el trabajo por de forma propia o autónoma, sino que también es necesario conocer los problemas que se están presentando como resultado de la falta de normativa respecto al trabajo autónomo o por cuenta propia y la consecuente afectación a derechos constitucionales de estos trabajadores, de las personas que legalmente establecidas en diferentes puestos comerciales ejercen trabajos similares; y, a los clientes de

estos trabajadores “informales”, que en muchos casos no tiene una referencia fija de donde hacer un reclamo o algo parecido.

Con relación a la factibilidad de la investigación debo manifestar que cuento con el tiempo necesario para la ejecución del presente trabajo, existen las fuentes bibliográficas y documentales indispensables para el acopio de información. Cabe mencionar y no dejar de lado el importantísimo asesoramiento de parte del Docente Director del presente trabajo. Por último aclaro que cuento con los recursos económicos y técnicos suficientes para culminar con éxito ésta investigación jurídica.

Además de esto debo indicar que el presente trabajo está enmarcado en la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico para optar por el grado de Abogado.

Además me apoyaré en los conocimientos que he adquirido a lo largo de mi formación para profesional del Derecho, siendo así estoy en la capacidad de presentar una alternativa de solución a esta problemática; en igual forma aspiro que este trabajo se constituya en un aporte significativo, tanto para los estudiantes y profesionales del Derecho, así como para la sociedad en general.

Por todo lo expuesto, considero que se justificará plenamente la realización de la presente investigación socio- jurídica.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo General

Realizar un estudio doctrinario, jurídico y doctrinario con respecto a la aplicación de la Prisión Preventiva según la Constitución de la República.

4.2 Objetivos Específicos

- Determinar si se violentan derechos humanos, respecto a la prisión preventiva, la misma está ocasionando una serie de inconvenientes jurídicos sociales.

- Analizar la situación actual si es muy corto o muy prolongado el tiempo de duración de la prisión preventiva.

- Proponer un proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal, considerando que son correctas las reformas realizadas a nuestra Constitución, respecto a la prisión preventiva.

5. MARCO TEÓRICO

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

materiales a las actuaciones de la autoridad y que se regula en el Habeas Corpus y la Acción de Protección cuando se vulnera o amenaza el derecho fundamental de la libertad personal, en este caso se busca que el juez defienda un componente del orden constitucional.

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

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

1.- Jurisdiccionalidad, al disponer que procederá por orden descrita de jueza o juez competente.

2.- Excepcionalidad, en cuanto la prisión preventiva sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley.

3.- Proporcionalidad, que en sus acepciones permite distinguir la idoneidad de la medida para conseguir el fin propuesto y su necesidad en sentido estricto, por lo que la prisión sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas gravosas a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional,

por lo que la Constitución ha previsto que “La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.”

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

La Constitución reconoce la modalidad de la detención comunicada, durante la cual el detenido puede disfrutar de derechos reconocidos constitucionalmente, tales como las previstas en el Art. 77 numeral 3, mediante la cual “Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio”, así como la señalada en el numeral 4, la que prescribe que “En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por si mismo, y a comunicarse

con un familiar o con cualquier persona que indique.”, y a no declarar contra si mismo.[42]

La intervención del Derecho Penal en la sociedad es necesaria para proteger los bienes jurídicos vitales para la convivencia social, pues de esta manera también se mantiene la organización estatal y se precaven las reacciones sociales extrapenales. Desde luego, la intervención no es absoluta sino frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos de mayor relevancia para el ordenamiento. Sin embargo la privación de la libertad únicamente tiene legitimidad cuando procede de una inferencia lógica surgida de la constatación de un comportamiento reprochable penalmente, y que corresponde a un tipo penal de aquellos sancionados con prisión.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRISIÓN PREVENTIVA

Apreciado lo antedicho, conviene ir delineando el sistema de garantías que en el ámbito del proceso penal protegen la libertad del imputado.

Así tenemos, que toda privación de la libertad es la medida restrictiva de derechos fundamentales más grave que los órganos de poder público pueden ordenar en contra de la dignidad de las personas. En tal sentido la prisión preventiva, antes de resolverse, como al momento de dictarse,

[42] Constitución Política del Ecuador

siempre comprometerá derechos fundamentales que el Estado a su vez protege y tutela.

En tales términos, en materia de prisión preventiva los derechos fundamentales constituyen limitaciones normativas para el encarcelamiento preventivo, siempre antes de la adopción de esta medida cautelar se interpondrán la presunción de inocencia y el respeto a la libertad como garantías constitucionales que debe observar e interpretar el legislador como mandatos de libertad del imputado.

La presunción de inocencia desde esta perspectiva, como resalta Alberto Bovino, se instala como "el principio de principios"…Este principio fundamental del Estado de derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de libertad procesal."[43] Por lo que la presunción de inocencia no solo significa que el sospechoso no es culpable hasta que una sentencia condenatoria así lo declare; sino que como advierte César Martín Castro se crea un verdadero derecho subjetivo a ser considerado inocente de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima.

Situación que es asumida con buena técnica legislativa por nuestro Código de Procedimiento Penal (en adelante C. P. P.) que en su Art. 4

[43] Bovino, Alberto, Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, Editores del Puerto, Argentina, 1998, Pág. 130.

dice: “Todo imputado es inocente, hasta que en sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.” [44]

La libertad del imputado en el procedimiento no solo que es también un efecto deviniente del ejercicio del derecho a la presunción de inocencia como del juicio previo sino también de la vigencia del derecho a la defensa, pues, a no dudarlo una privación de libertad es un obstáculo real para que el imputado busque personalmente su prueba de descargo y se defienda, lo que también guarda afectación y es lesivo con el derecho a la igualdad procesal que también se reconoce en nuestro país tanto a nivel constitucional (Art. 23 num. 3 C. P. R.) como de nuestro código de procedimiento penal (Art. 14 C. P. P.), conforme con esta interpretación el italiano Luigi Ferrajoli a dicho: “El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también-es decir sobre todo -por necesidades procesales: para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”[45]

6.- METODOLOGÍA

Se trabajará con la metodología científica de la investigación, pues como se advierte parto del planteamiento de una hipótesis en torno a cuya

[44] Código de Procedimiento Penal
[45] Ferrajoli, Luigi, Op. Cit. 559

comprobación se construirá toda una base teórica y un amplio trabajo de campo. Así como también se plantean un objetivo general y tres específicos, que han sido verificados con el desarrollo del presente estudio.

Como métodos auxiliares utilizaré el método inductivo, deductivo, descriptivo, analítico y sintético, que son de vital importancia en el análisis doctrinario y jurídico de los presupuestos teóricos que requiere el presente estudio.

Como técnicas de investigación se utilizará además la observación, el fichaje, la consulta bibliográfica y la encuesta.

7.- CRONOGRAMA

ACTIVIDADES Año 2013	ABRIL SEMANAS				MAYO SEMANAS				JUNIO SEMANAS				JULIO SEMANAS				AGOSTO SEMANAS			
FASES	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección del Tema de Estudio	X	X																		
Elaboración del Proyecto			X	X	X															
Presentación y Aprobación del Proyecto						X	X	X												
Recopilación de la información Bibliográfica									X	X										
Aplicación de Encuestas y Entrevistas, análisis de resultados											X	X								
Presentación y Aprobación del primer avance de investigación													X	X						
Elaboración de Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta															X	X				
Presentación de Resultados e Informe final																	X	X		

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

8.1 Recursos Humanos

Director de Tesis: Por designarse.

Encuestados: 20 personas conocedores de la materia.

Postulante: Demecio Ángel Molina Mosquera

8.2 Recursos Materiales y Costos

MATERIALES	VALOR
Libros	250.00
Separatas de texto	100.00
Hojas	50.00
Copias	100.00
Internet	150.00
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	500.00
Transporte	100.00
Imprevistos	500.00
TOTAL	**1750.00**

8.3 Financiamiento

Los costos de la investigación ascienden a mil setecientos cincuenta dólares americanos que serán financiados con recursos propios del postulante.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, César, “De los Delitos y de las Penas”, 2da Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires – Argentina, 1974.

- CONSTITITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.- Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008.

- DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL.- Guillermo Cabanellas.- Editorial Heliasta.-2003

- Dr. Marco Terán Luque Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas

- Ferrajoli Luigui, Diritto e ragione, Teoría del Garantismo Penale, Editorial Trota S.A., Pág. 550, Madrid, 1995.

- Microsoft Encarta

- www.google.com.ec.

- www.revistajudicial.com.

- www.wikipedia.com.

- www.yahoo.com.

INDICE

PORTADA i

CERTIFICACIÓN ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

AGRADECIMIENTO v

DEDICATORIA vi

TABLA DE CONTENIDOS vii

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

2.1. Abstract 4

3. INTRODUCCIÓN 6

4. REVISIÓN DE LITERATURA 8

4.1. MARCO CONCEPTUAL 8

4.2. MARCO DOCTRINARIO 16

4.3. MARCO JURÍDICO 35

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA 54

5. MATERIALES Y MÉTODOS 63

6. RESULTADOS 65

6.1. Presentación de los resultados de la encuesta 65

6.2. Resultados de las entrevistas 76

7. DISCUSIÓN 79

7.1. Verificación de Objetivos 79

7.2. Contrastación de la Hipótesis 81

7.3. Fundamentos jurídica de la propuesta de reforma 85

8. CONCLUSIONES 87

9. RECOMENDACIONES 89

9.1. Propuesta de Reforma 91

10. BIBLIOGRAFÍA 94

11. ANEXOS 97

ÍNDICE 122