

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO
PROCESAL

LA PRISION PREVENTIVA: MEDIDA
CAUTELAR O PRE-PENA

ELBA YOLANDA GARZON MIÑACA

2007-2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Elba Yolanda Garzón Miñaca

Quito, 20 de Junio del 2009.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
SEDE ECUADOR

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO
PROCESAL

LA PRISION PREVENTIVA: MEDIDA
CAUTELAR O PRE-PENA

DIRECTORA DE TESIS: DRA. PATLOVA GUERRA.

MAESTRANTE: ELBA YOLANDA GARZON MIÑACA

QUITO-ECUADOR

2007-2008

RESUMEN DE LOS PROPOSITOS Y CONTENIDO DE LA TESIS.

La presente tesis denominada La Prisión Preventiva: Medida cautelar o pre-pena, tiene como objetivo establecer, si la prisión preventiva, realmente cumple con su rol, esto es ser una medida cautelar, o si por el contrario, ha existido o existe excesos en su aplicación, llegando a determinar por tanto, que la prisión preventiva no debe constituir la regla general como expresamente se determina ya que se trataría de un acto arbitrario e injusto el privar la libertad en forma desproporcionada respecto de la pena que correspondería al delito del imputado a quienes cuya responsabilidad no ha sido todavía probado, esto sería una anticipación de la pena totalmente contraria a los principios elementales del Estado Constitucional y de los Derechos Humanos.

La tesis se divide en cuatro capítulos; el primero se refiere al análisis de los principales principios que se deben observar y aplicar respecto de la prisión preventiva, siendo el principio de inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad, inmediación, legalidad y el debido proceso; el capítulo segundo, trata de las medidas cautelares, y dentro de esta esfera se analiza a la prisión preventiva, en nuestra realidad, y a la luz de la Constitución y los tratados Internacionales; los presupuestos contenidos en el art. 167 del Código de Procedimiento Penal; los indicios y la evidencia. En el capítulo tercero, se analiza el procedimiento garantista para ordenar la prisión preventiva; la audiencia de control de flagrancia y la audiencia de formulación de Cargos en los delitos no flagrantes. En el Capítulo cuarto, se analiza tres causas penales, y se concluye con las conclusiones y recomendaciones.

AGRADECIMIENTO

Un profundo agradecimiento a la Dra. Patlova Guerra, Directora de Tesis, ya que gracias a su guía, y apoyo, se pudo realizar el presente trabajo. Así mismo, un agradecimiento a cada uno de los catedráticos de la UASB, nacionales y extranjeros, tanto de la Especialización Superior, como de la Maestría, quienes con mucha solvencia y capacidad impartieron sus conocimientos y vivencias.

Elba Yolanda Garzón Miñaca.

DEDICATORIA

Mientras desarrollaba la presente tesis, impartías tu sabiduría, en tu lecho de dolor, por ello, dedico este trabajo a la memoria de mi amado padre, Guillermo Gonzalo Garzón Loyola, hombre intelectual, que gracias a su infinito amor, comprensión y apoyo pude continuar mis estudios de posgrado. A mi madre Lida Inés Miñaca Avila, mujer luchadora, a quien le doy gracias a Dios, por existir, por permitirme compartir su amor, fuente de ternura e inspiración y que ha constituido el puntal fundamental para mis logros y metas alcanzadas.

Elba Yolanda Garzón Miñaca.

INDICE

LA PRISION PREVENTIVA: MEDIDA CAUTELAR O PRE-PENA.

INTRODUCCION

CAPITULO I

PRINCIPIOS QUE REGULAN LA PRISION PREVENTIVA.

1.1. Principio de Inocencia.....	12
1.2. Principio de Excepcionalidad.....	18
1.3. Principio de Proporcionalidad.....	22
1.4. Principio de Provisionalidad.....	26
1.5. Principio de Inmediación.....	27
1.6.- Principio de Legalidad.....	28
1.7.- El Debido Proceso.....	31

CAPITULO II

LAS MEDIDAS CAUTELARES

2.1. La Prisión Preventiva.....	38
2.2. La Prisión Preventiva frente a la Constitución de la República y los Tratados Internacionales.....	46

2.3. Los presupuestos contenidos en el art. 167 del Código de Procedimiento Penal.....	69
2.4. La revocatoria, suspensión y sustitución de la prisión preventiva.....	79
2.5. Indemnización por privación ilegal de la libertad.....	82
2.6. Los indicios y la evidencia.....	86

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO GARANTISTA PARA ORDENAR LA PRISION PREVENTIVA

3.1. La Audiencia de Control de Flagrancia.....	94
3.2. La Audiencia de Formulación de Cargos en los delitos no flagrantes.....	97

CAPITULO IV

ANALISIS DE TRES CAUSAS PENALES

4.1. Instrucción Fiscal No. 791-2007.....	100
4.2. Causa Penal No. 80-2005.....	101
4.3. Causa Penal No. 143-07.....	105

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	108
-------------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	111
-------------------	-----

INTRODUCCION

A partir de la expedición de La Constitución de la República, publicada en el R.O. No.449 de 20 de octubre del 2008, nuevas connotaciones humanistas, han surgido, por ello, resulta primordial e imprescindible, indicar que en su Artículo 1, señala: [“El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laica...”]¹, es decir, la concepción es más amplia, que la concepción de la anterior constitución, que indicaba, únicamente, que el Ecuador, es un estado social de derecho; ya que esta nueva conceptualización, no sólo abarca lo social, sino que establece el cúmulo de derechos establecidos en esta nueva constitución y en los diversos tratados internacionales; frente a ello, lo que se aspira es que se respete en todas sus dimensiones, sobre todo la dignidad de las personas y el de las colectividades.

Como se observa, la nueva constitución, está fundada en nuevos valores y derechos consagrados, que se manifiestan institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder, sobre todo a través de la consagración de varios principios rectores, de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación, el funcionamiento de la organización política de nuestro Estado por ello, no es posible, entonces interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales, plasmados en los principios y derechos fundamentales.

Zagrebelsky, sostiene: “que las Constituciones actuales se deliberan en asambleas constituyentes que expresan el pluralismo político de la constitución material al comienzo

¹ Constitución de la República del Ecuador, Legislación Codificada, Corporación de Estudios, y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, p.1.

de experiencias político-constitucionales aún por definir, es decir, cuando todas las fuerzas, debido a la inseguridad de sus intereses particulares inmediatos, se ven inducidas a obrar sobre la base de consideraciones de orden general...”². Se comprende así por qué el momento constitucional, al ser por definición el momento de la cooperación general, tiene características completamente excepcionales en la vida política de un pueblo.

Al hablar de la dignidad de las personas, surgen, nuevas dimensiones al aplicar los procedimientos en los diversos estamentos jurídicos, por ello, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, publicado en el R.O No. 555 de 24 de marzo del 2008, a la medida de la prisión preventiva se le da otras connotaciones, como el respeto al ser humano en todas las esferas. Es por ello, que en el presente trabajo se aspira a analizar varios principios que se deben observar y practicar a fin de hacer prevalecer primordialmente la dignidad de los seres humanos.

Sin entrar a desarrollar las diferentes maneras de entender la “dignidad humana”,³ es de todos modos posible afirmar que si un sistema jurídico se edifica a partir de la idea de persona, de su dignidad y de sus derechos, y si esa referencia a la persona, es tomada como algo más que una retórica, seguramente dentro de tal sistema se reconocerá que el Estado tiene el deber de respetar los derechos, es decir, que rige la prohibición de vulnerarlos o violarlos.

Para nadie es ajeno que en el Ecuador, el nivel de encarcelamiento preventivo es exagerado para nuestro sistema penitenciario, y el fenómeno de los presos sin

² Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p.14.

³ Santiago Ottaviano, *Garantías Penales y Derechos Humanos*, en Juan Cianciardo, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 2006, p.16

condena o sin sentencia, es ciertamente desmesurado, a tal punto que se afirma que es la principal causa del hacinamiento de las cárceles ecuatorianas. Por ello, lo preocupante, es precisamente, que las cárceles en el Ecuador se encuentran en su mayoría llenas de personas no declaradas culpables de la comisión de un delito, sino de personas que se presume culpables o no se ha demostrado su responsabilidad penal en juicio. Por lo que cabe preguntar: ¿A quienes estamos encarcelando? ¿Qué es lo que está sucediendo con nuestro sistema penal?, Circunstancia que palmariamente vulnera la presunción de inocencia.

Así mismo, que significa garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso? ¿Qué consecuencias puede acarrear cuando, el acusado al final del proceso, obtiene una sentencia absolutoria? ¿Qué sucede con todo el tiempo que una persona estuvo detenida, y al final tiene sobreseimiento o sentencia absolutoria?. Establecer entonces límites normativos, a la solicitud de la prisión preventiva como medida cautelar de parte de Fiscales, y a su aceptación por parte de Jueces, es de importancia suprema en el actual contexto del sistema penal ecuatoriano, pues, no solo está de por medio la adecuada aplicación de una medida cautelar, sino la prevalencia del principio de inocencia y el de libertad.

Todos estos temas, de alguna manera han sido solventados, con este trabajo, a fin de que sea un medio de consulta y de reflexión, respecto a la medida cautelar de la prisión preventiva, que en muchos de los casos ha llegado a constituir una pre-pena.

LA PRISION PREVENTIVA: MEDIDA CAUTELAR O PRE-PENA.

CAPITULO I

PRINCIPIOS QUE REGULAN LA PRISION PREVENTIVA.

En materia de prisión preventiva, los derechos fundamentales constituyen limitaciones normativas, por ello, antes de la adopción de esta medida cautelar se interpondrán el principio de inocencia y el respeto a la libertad como garantías constitucionales.

Cuál es la diferencia entre reglas y principios? Se pregunta Zagrebelsky. En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir constitutivo del orden jurídico. Las reglas aunque estén escritas en la constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan⁴.

Significa por tanto, que los principios, desempeñan, un papel eminentemente constitucional, frente a esta esfera, a la vez que en nuestra Constitución y Código Procesal Penal, se ha instaurado y regulado la Prisión preventiva, como medida cautelar, se van a analizar lo principales principios, que se deben observar, siendo los principales:

1.1. PRINCIPIO DE INOCENCIA.

En la actualidad, el derecho de presunción de inocencia abarca dos vertientes: una anclada al derecho penal contemporáneo y otra al derecho constitucional concerniente a la preservación de la libertad. Tales vertientes, íntimamente ligadas y debidamente

⁴ Osvaldo A. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*,.....p. 29

equilibradas, marcan el modelo de sistema de justicia penal al que aspira toda sociedad democrática.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵ dice que: “la presunción de inocencia salvaguarda los derechos de las víctimas del delito y los de la sociedad en general al castigar, con elementos de prueba irrefutables y conforme a Derecho, a quien verdaderamente corresponda. Se alude al concepto garantista de la presunción de inocencia; su tratamiento por el derecho internacional de los derechos humanos”.

En este contexto, la imaginación ilustrada acogió el principio de inocencia como valla frente a la arbitrariedad y a la aplicación de la pena de sospecha. Se suponía que esta valla resultaría capaz de lograr que el estado sólo pudiera imponer castigo a los individuos luego de realizar un juicio previo, frente a los ojos del público, con las debidas garantías, tendiente a asegurar que no se impondría una sanción penal a menos que se hubiera producido prueba suficiente para demostrar con certeza la culpabilidad del individuo acusado penalmente.

Ulpiano aparece como uno de los primeros juristas en referirse al inocente, al expresar en su *Corpus Juris civile*, “ que nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”⁶. Más tarde a partir de la revolución Francesa y, en especial, con la Declaración de los Derechos

⁵Armando Alfonso Jiménez, *Presunción de Inocencia: El régimen constitucional Mexicano frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 20.03.09, en <http://vlex.com/vid/presunción-inocencia-constitucional-mexicano-452376>.

⁶Juan Colombo Campbell, *Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Uruguay, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung .e.v. 2007. p. 347.

del Hombre y del Ciudadano de 1789, se repone su plena vigencia como una forma de recuperar los derechos de las personas. En su Artículo 9, se establece, por primera vez, la presunción de inocencia. Montesquieu optó claramente por la protección de los inocentes, posición en que lo acompañaron grandes pensadores como Rousseau y Voltaire.

Los países en América Latina, adoptaron como principios fundamentales de su organización Jurídica, en sus textos constitucionales, tanto la protección genérica de la libertad ambulatoria cuanto el reconocimiento del principio de inocencia.⁷

El “principio de principios”⁸ en materia de encarcelamiento preventivo, es sin duda el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia. Este principio fundamental del Estado de derecho es el punto de partida. Según la formulación tradicional del principio, se impone una exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia.

Uno de los postulados básicos de nuestro sistema penal, es que nadie puede ser considerado culpable, mientras una sentencia firme no lo declare tal. Es decir, que antes y durante el proceso penal se considera que la persona es inocente precisamente, mediante el juicio previo se determinará si el imputado mantiene este estado de inocencia o si, por el contrario, se lo declara culpable; “hasta ese momento para la ley es inocente, aunque en la vida cotidiana se lo considere culpable con la simple denuncia”⁹

⁷ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*, programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Argentina, Ed. del Puerto, 2006, p.429.

⁸ Alberto Bovino, *El encarcelamiento*.....p. 437.

⁹ Carlos Enrique Edwards, *Garantías Constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, pp. 123,124

La doctrina procesal moderna ha desarrollado el concepto de estado de inocencia en forma extensa, ya no como presunción, la misma que indica que no lo es, sino como un principio informador del procedimiento penal, dándole así una nueva perspectiva a partir de dos presupuestos que son inherentes a todo sistema procesal: “El primero es el de la carga y la valoración de la prueba, elementos necesarios para formar la convicción del juzgador y el segundo es el de la sentencia fundada o motivada, que le exige contar con razonamientos o consideraciones tanto en lo que se refiere al establecimiento de los hechos por los medios de prueba existentes en el proceso como en la invocación de la aplicación al caso de las normas *decisoria litis*. Así, el establecimiento de los hechos, en esencia la existencia del hecho punible, la participación como autor, cómplice o encubridor; las circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes y el grado de consumación constituyen los elementos que permitirán dictar en el proceso las resoluciones necesarias en su sustanciación y la sentencia definitiva”.¹⁰

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 Castro¹¹ se crea un verdadero derecho subjetivo a ser considerado inocente de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción.

Situación que es asumida con buena técnica legislativa por nuestro Código de Procedimiento Penal, que en su Art. 4 dice: “Todo procesado es inocente, hasta que en

¹⁰ Juan Colombo Campell, *Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia,...* p.349.

¹¹ César San Marín Castro, *Derecho procesal penal*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Uruguay, Volumen I, Ed. Grijley, 2004, p.114.

sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.”¹² Y el artículo 76 número 2 de la Constitución garantiza el principio de presunción de inocencia: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”¹³.

En concordancia con la interpretación anterior, la presunción de inocencia es también una consecuencia de la *necesidad de juicio previo*¹⁴, derecho fundamental que está consagrado en el Art. 1 del Código de Procedimiento Penal. Lo que significa que en nuestro país “el orden jurídico comienza a tratar a una persona como culpable desde el momento que la sentencia de condena queda firme”¹⁵ y no antes, además de la derivación del derecho a un juicio previo como del derecho a la presunción de inocencia se establece como principio “el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que, necesariamente, deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o la verosimilitud de la imputación”.¹⁶

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. Existen quienes sostienen que la prisión preventiva, no debería existir, así tenemos a Luigi Ferrajoli quien ha manifestado: “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

¹² Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009. p. 2.

¹³ Constitución Política del Ecuador, , p.26.

¹⁴ Julio BJ Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1996, p.490

¹⁵ Alberto Bovino, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2005, pp.94, 95.

¹⁶ Alberto Bovino, *Justicia Penal y Derechos Humanos*,..... , p.38

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”¹⁷.

El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste, en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige el trato de inocente, sin importar, para ello de que sea, realmente, culpable o inocente por el hecho de que se le atribuye. Los términos “*presumir inocente*”, “*reputar inocente*” o “*no considerar culpable*”¹⁸ significan exactamente lo mismo; y, al mismo tiempo, estas declaraciones formales mentan el mismo principio que emerge de la exigencia de un “*juicio previo*” para infligir una pena a una persona.

La CIDH, entiende que el principio de inocencia obliga al Estado, a demostrar la culpabilidad del imputado respetando las garantías del procedimiento que protegen su equidad e imparcialidad. Agrega que conforme a las “normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad”.¹⁹

El Art. 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, establece, que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.²⁰ Este principio construye una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, España, Edic. Trotta, 7ª. Ed., p.553

¹⁸ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*,p.491.

¹⁹ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*,p.439.

²⁰ Convención americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 02.02.09, en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

una sentencia de condena y, “por ende la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la *certeza del Tribunal* que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado”.²¹

Es así que frente al principio de inocencia, existe una institución procesal, muy excepcional, que no destruye el derecho de inocencia, se trata de la prisión preventiva, la misma que es una medida cautelar de carácter personal, que debe adoptarse con criterio restrictivo, cuando el juez observe que es indispensable esta medida dada la gravedad del delito, para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, evitando que el delito se quede en la impunidad para asegurar el cumplimiento de la pena.

El principio de inocencia, evita los juicios condenatorios anticipados en contra del inculcado, en donde solamente a través de una sentencia condenatoria, se llega a establecer la responsabilidad con una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, y obliga a determinar la

responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigentes.

1.2. EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD.

El principio fundamental que regula toda la institución de la detención preventiva en el principio de excepcionalidad. En este punto, se ha afirmado que “el principio intenta evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicación en

²¹ CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Argentina*, Caso “Guillermo José Maqueda”, p.746, citado por Maier, *Derecho Procesal Argentino*, t. 1, p..257, y Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*, Op., cit.,p.438.

caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia”.²²

El carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia). “El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria”.²³

El carácter excepcional de la detención procesal está expresamente establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9 N.3, que dispone. “ la prisión preventiva no debe ser la regla general”²⁴.

El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, en el párrafo 2 del principio 36, establece: “ Sólo se procederá al arresto o detención...cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención” y el principio 39, dice: “Excepto en casos especiales decida lo contrario en interés de la administración de Justicia, a la justicia, a la

²² Daniel O’Donnel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, Ed, Comisión Andina de Juristas, , 2a. Edic., 1982, p.147.

²³ Alberto Bovino. *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*,..... p.552.

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 02.03.09, en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a-ccpr-sp.htm>

libertad en espera del juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho”²⁵.

La regla 6.1. de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), destacan que “ En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso...” “[6. La prisión preventiva como último recurso 6.1 teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.....]”²⁶.

Es indispensable, por tanto, tener en cuenta que el principio de excepcionalidad es un principio general que obliga, “en primer término, al poder legislativo, cuando desempeña su facultad de regular legislativamente el régimen de la coerción procesal y, en segundo lugar a los jueces y tribunales, en todos los casos en los cuales cumplen su tarea de interpretación y aplicación práctica de las disposiciones legales referidas al encarcelamiento preventivo”.²⁷

La excepcionalidad de la prisión preventiva, como regla de derecho se encuentra descrita en el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que textualmente dice: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las

²⁵Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 03.02.09, en http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h/_comp36_sp.htm

²⁶Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), 04.02.09., en http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h/_comp46_sp.htm,

²⁷ Alberto Bovino, *El Encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*, p.455.

diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”²⁸. Es por ello y considerando que la prisión preventiva, no es la regla, se deben observar las otras medidas alternativas para asegurar las finalidades procesales, tanto de la inmediación del procesado al juicio, así como para su juzgamiento.

En tal interpretación, la medida cautelar de la prisión preventiva en el Ecuador es excepcional y restrictiva, requiriéndola, cuando concurren determinadas circunstancias de procedibilidad, que trataremos adelante. Así mismo, como una ilustración de los efectos que puede ocasionar la desobediencia del Estado ecuatoriano en no aplicar la prisión preventiva como excepcional tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indemnizado en casos como el de Daniel Tibi vs. Ecuador ²⁹ en donde incluso en una de las consideraciones de la Corte se afirma: “La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

En igual sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador³⁰, donde además se indicó: “Igualmente, el Tribunal considera que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.”

²⁸Pacto internacional de Derechos civiles y Políticos 02-03-09, en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm.

²⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Daniel Tibi vs Ecuador, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 106

³⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia del 24 de Junio del 2005, párr. 75.

1.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad, es una secuencia necesaria del principio de inocencia, pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban un trato peor que los condenados. Se trata de impedir que la situación del individuo aún inocente sea peor que la de la persona ya condenada, es decir, de prohibir que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena.

Una realidad latente que vivían las personas, era, que en muchos casos quien cumplía una prolongada y penosa prisión preventiva, al final del juicio era absuelto, después de varios meses o años de estar privado de su libertad. Esta problemática que venía y viene sucediendo en nuestro país, comúnmente se le denominaba como “presos sin sentencia”. En este contexto, surge la imperiosa necesidad de respetar los límites de la prisión preventiva, seis meses para los delitos de prisión y un año para los de reclusión.

El límite temporal se fundamenta en el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir una proporción entre la pena en expectativa y el lapso de privación de libertad que cumple el imputado como en el estado de inocencia, ya analizado, puesto que durante toda la tramitación del proceso penal, el procesado, goza del estado o principio de inocencia, motivo por el cual, la prisión preventiva que es un instituto de pura esencia procesal, no puede convertirse en una pena anticipada, puesto que la pena se aplica únicamente al sentenciado.

En consecuencia, no se autoriza el encarcelamiento procesal cuando, en el caso concreto, no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento

efectivo. Por lo demás, “en los casos que admiten la privación anticipada de libertad, ésta no puede ser más prolongada que la pena eventualmente aplicable”.³¹

La resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párrafo 2, literal d, establece: “No se ordenará la prisión preventiva si la consiguiente privación de libertad sería desproporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista”.³²

En concordancia con estos criterios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que: “si el tiempo pasado por un detenido en régimen de prisión preventiva en espera de juicio rebasa el período de la pena que se impondría si se le reconociera culpable y se le condenara, la detención constituiría una grave violación a los derechos del detenido a que se le formulen las acusaciones y se le reconozca culpable antes de que se le castigue”³³.

Este antecedente reviste suma importancia, pues permite afirmar que, la vulneración del principio de proporcionalidad será considerada una violación del principio de inocencia, ya que la duración máxima de la prisión cautelar debe estar limitada por la duración máxima de la pena que podría imponerse en el caso concreto.

El principio de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios, ya que la

³¹ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos ... Op. Cit.*, p.457.

³² VIII Congreso de Naciones Unidas sobre protección de delito y tratamiento del delincuente, No.1 marzo 1991, en <http://vlex.com/vid/viii-naciones-unidas-prevencion-delincuente-45040521>.

³³ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos ... Op.Cit.*, p. 458.

prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho Internacional de los Derechos Humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que vayan a ser juzgadas no debe ser la regla general (Art. 93). En caso contrario, se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida.³⁴ Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Se señala que resulta inadecuado el uso de la prisión preventiva en caso de delitos que se castigan con penas poco severas, pues a menudo, en estos casos, “el tiempo que transcurre hasta la realización del juicio resulta más prolongado que la propia pena prevista para el delito”³⁵. La aplicación efectiva del principio de proporcionalidad exige que el juez realice una comparación entre la medida cautelar y la pena eventualmente aplicable al caso. Por ende, la comparación no debe tener en cuenta la pena conminada en abstracto por el tipo penal de que se trate, sino la especie y medida de la pena eventualmente aplicable, según las circunstancias particulares del caso concreto.

Existen otros criterios para aplicar este principio de Proporcionalidad, conocido también como el Principio de Prohibición de Exceso, que supone correlación entre la medida y la finalidad, se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida. Consiste en la utilización de técnicas de contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto que importa el sacrificio de los intereses individuales para dar prioridad al interés estatal que se pretende salvaguardar. La finalidad

³⁴ Osvaldo Alfredo Gozaíni, , *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*,pp.547-548

³⁵ Alberto, Bovino, *El Encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*p.458.

que se pretende alcanzar es la realización de la justicia que implica el sacrificio legítimo de otros bienes entre ellos la libertad del imputado, a través de la prisión preventiva.

La medida debe durar lo estrictamente necesario, en función a los fines que se persigue; por ello son provisorios. La permanencia de la medida está subordinada a otros aspectos, como el riesgo de la fuga, de ocultamiento de bienes, siempre y cuando se manifiesten indicios objetivamente verificables que el imputado pretende sustraerse de la justicia o de depredar su patrimonio.

Cuando no existen otros medios lesivos idóneos para asegurar los fines del procedimiento el juzgador deberá evaluar las características y particularidades del caso concreto, a efecto de determinar la idoneidad y necesidad de la medida y considerando la gravedad del delito perseguido, la calidad de los autores, los elementos de la convicción, las pruebas que se pretende recoger, etc.

Este presupuesto hace alusión al *periculum in mora*, es decir cuando existen indicios o evidencias razonables, de que el imputado no está dispuesto a someterse voluntariamente al proceso penal estatal, y se advierten ciertas particularidades y características personales del imputado (reincidencia, líder, cabecilla de una banda, por ejemplo), la flagrancia, las altas posibilidades de fuga, la gravedad del delito, entre otros. Es decir, se aplicará también, cuando existan razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados.

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

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

Predecir la gravedad de la pena a inicios del proceso es algo muy subjetivo, puesto que las circunstancias valorativas que rodearon el proceso pueden variar en las etapas posteriores al realizarse la actividad probatoria, salvo que el procesado haya sido intervenido en flagrancia y se cuente con los elementos de juicio suficientes para formar un juicio de esta naturaleza en la etapa preliminar del procedimiento. Por lo que los primeros elementos que se recojan para adoptar la prisión preventiva, no son de ningún modo definitivos ni concluyentes, como para estimar cerradamente una sanción determinada.

1.4. PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD

El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención, sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenar la privación de libertad. La detención preventiva sólo es legítima en la medida que continúen existiendo todos sus presupuestos. Desaparecido alguno de sus requisitos, la prisión preventiva debe cesar. En este sentido, se señala que la “privación de libertad durante el proceso deberá finalizar no bien cesen las causas que la justificaron. El imputado recuperará su libertad inmediatamente después de que desaparezca el peligro de fuga o se haya asegurado la prueba cuya adquisición podría ser perturbada por él”.³⁶

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), reconocen este principio en la regla 6.2: “Las medidas

³⁶ Alberto, Bovino, *El Encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*Op.Cit..p.464

sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.³⁷ En el Art. 170 del código de Procedimiento Penal, contiene diversas disposiciones tendientes a lograr el respeto efectivo de la provisionalidad del encarcelamiento preventivo, así en el numeral 1, indica que cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron, se puede revocar esta medida.

1.5. PRINCIPIO DE INMEDIACION.

El principio de inmediación conlleva la comunicación directa y estrecha entre el juez, las partes, lo que sería imposible si no concurrieran al acto todas las partes, especialmente el juez. La inmediación permite captar en forma directa, aspectos que no pueden ser apreciados de otra manera y que no pueden reflejarse por sí mismos en un documento, como ya se mencionó anteriormente- por lo que constituye juntamente -con la oralidad uno de los medios instrumentales más importantes para el proceso penal. De acuerdo a lo expuesto por Par Usen³⁸, la inmediación implica dos aspectos importantes: 1°. El contacto directo del juez con los elementos probatorios en que ha de basar su juicio y decisión, y 2° El contacto directo de todos los sujetos procesales entre si, en el momento de recibir esas pruebas. La inmediación implica que el juez debe de encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las que se encuentran bajo su acción inmediata, y para ello requiere del desarrollo de ciertas cualidades de observación, receptividad, reflexión y análisis.

³⁷Reglas de Tokio 02.03.09., en http://www.unhchr.ch/spanish/html/mlmenu3/b/h-comp46_sp.htm.

³⁸Reglas de Tokio en <http://www.idpp.gob.gt/Modulos/Descarga/prision%20preventiva%20Tomo%201.pdf>

Existe una resolución de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de República Dominicana, que dice: “Dentro de las causales que motiva la aplicación de la prisión preventiva en la República Dominicana en el nuevo Código procesal está el peligro de fuga, dicha causal es poco controvertida ya que la misma es aceptada por su compatibilidad con la presunción de inocencia. La doctrina alemana y también la latinoamericana en general la estiman conforme a dicho principio, puesto que se encuentra en sintonía con los objetivos del proceso, alegan que no es posible la aplicación de la ley penal sin la presencia del imputado, indicando que no se puede condenar a un sujeto en ausencia, visto que es una consecuencia del derecho de audiencia el cual se deriva a su vez del derecho de defensa. Refieren estas doctrinas que resulta lógico que en caso de que el imputado se quiera fugar o se sustraiga a la justicia lo más recomendable es que se ordene la privación de su libertad, para con ello cumplir la realización del juicio oral y contradictorio”³⁹.

Por tanto, se necesita de la intermediación de las partes, en todas y cada una de las etapas procesales penales, a fin de evitar que se suspendan los procedimientos o se declaren nulidades, además que les permita tener el legítimo derecho de defensa que les asisten.

1.6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Para distinguir la sanción penal, de la medida cautelar de la prisión preventiva, tenemos que referirnos al principio de legalidad, que establece que no hay pena, sin ley, no hay proceso sin juez, no hay sentencia sin proceso; es decir, este principio se refiere tanto, al delito como a la pena, en nuestra actual Constitución, el Art 76 numeral 3 señala que “nadie podrá ser Juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerlo, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra

³⁹ John Garrido, “*Las Causales de la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal Dominicano*”, 18.02.09, en <http://www.jusrionegro.gov.aar/jurisprudencia/ver.jurisprudencia.php?id=20368>

naturaleza, ni se la aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Refiriéndonos a la pena o sanción, ésta debe cumplir varios requisitos así: 1.- debe estar establecida en la ley, 2.- debe corresponder a un delito tipificado así por la ley, 3.- debe haberse impuesto en una sentencia condenatoria y 4.- la sentencia debe haberse pronunciado luego de un juicio penal. Es decir, la sanción penal debe reunir estos cuatro caracteres para que exista. Por tanto, la medida cautelar, que más adelante se analizará, no es una sanción penal.

Respecto a la prisión preventiva, recordemos que la legitimidad material de ésta, está condicionada a la concurrencia de presupuestos materiales y formales, que se adopte la medida bajo las reglas del principio acusatorio. Empero, la legitimidad sustancial de la prisión preventiva supone también someter su duración en el tiempo al principio de provisionalidad. Los fines de la detención preventiva son de asegurar la pretensión punitiva estatal, que se materializan a través de la condena, así como de realizar una actividad probatoria que pueda reconstruir el hecho punible tal y como aconteció en realidad.

La prisión preventiva, entonces, para no vulnerar el principio de legalidad debe durar lo estrictamente necesario para alcanzar los fines propuestos en el proceso. Si esta rebasa el tiempo estrictamente razonable, la medida se convierte en arbitraria e inconstitucional. La prisión preventiva, en virtud del principio de legalidad jurídica, debe estar previamente establecida como medida cautelar en la ley, para su legitimidad y procedibilidad, de lo contrario, la práctica de la misma constituiría indudablemente un acto de total arbitrariedad del juzgador. La prisión preventiva, por ende debe determinar

claramente en que casos procede, y el tiempo de su duración, porque de lo contrario sería una disposición legal abierta, que permitiría los abusos interpretativos de la misma. Por ello, el legislador, dispone que la prisión preventiva no procede en los delitos, cuya pena, no excede de un año, así como en los delitos de acción penal privada, y conforme al tiempo, no puede durar más de seis meses en los delitos de prisión ni más de un año en los delitos de reclusión, contenido en el Art. 169 del C.P.P.

La finalidad de esta clase de prisión, de acuerdo con el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal actual es ya para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o ya para asegurar el cumplimiento de la pena. Por tanto, a más de las finalidades expuestas no existen otras que justifiquen su procedencia. Advirtiendo que estas finalidades se practicarán, solo cuando el juez de garantías penales lo crea necesario. De donde infiere que solo el Juez, como sujeto de garantía de la ley, es quien se halle facultado a dictarle, sin que corresponda esto, a ninguno de los sujetos procesales.

Es la propia ley la que señala los requisitos para su procedencia, que han sido objeto de análisis, en otro capítulo de este trabajo. También por el principio de legalidad, debe hallarse establecido previamente en la ley, la forma o el procedimiento como se canaliza, la medida cautelar, para su efectivización, por ello la ley señala que la solicitud de prisión preventiva, será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de su aplicación, sin que proceda sino se halla debidamente motivada, debiendo adoptarse en audiencia pública oral y contradictoria.

El art. 168 del C.P.P., el legislador establece la competencia, forma y el contenido de la decisión del auto de prisión preventiva. Por la reforma a la prisión preventiva en el Art. 170 se contempla la revocatoria o la suspensión de la misma, disponiendo el legislador,

cuatro casos en los cuales se produce lo antes mencionado y en el art. 171, Ibidem, se dispone al revisión de esta medida cautelar y los casos de su procedencia. De todo lo expuesto, se concluye que por el principio de legalidad, la prisión preventiva debe hallarse previamente establecida en la ley, situación que opera en nuestro sistema procesal penal.

1.7. EL DEBIDO PROCESO

El debido proceso tiene sus orígenes, en la Carta Magna Inglesa de 1215, en el que se desarrolla derechos de los varones normados frente al rey “Juan sin tierra”. En el capítulo 39 establecía: “ Ningún hombre libre deberá ser arrestado o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad o de ninguna forma molestado y no iremos en su busca, ni enviaremos por él , salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación”⁴⁰. La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute podía ser alterado por el rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatarlas.

Con el tiempo, el debido proceso fue llevado al plano de la ley, sin tener mención expresa, se consagró en las Constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referidas a los casos de atención en procesos penales.

En la actual Constitución, encontramos un capítulo destinado a los derechos de Protección, en donde constan el derecho al acceso gratuito a la justicia, (Art. 75); y en el

⁴⁰ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso...* p.19.

Art. 76 constan las garantías básicas del derecho al debido proceso, en el que se hallan la observancia de las normas y los derechos de las partes, la presunción de inocencia, la validez de las pruebas, el principio de legalidad, de proporcionalidad, el principio del in dubio pro-reo, el derecho de defensa, ; y en el Art.77 consta las garantías en caso de privación de libertad, que se analizará más adelante.

En el Código de Procedimiento Penal, se establece en su art. 5.1, que se deben aplicar las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas hasta la culminación del trámite, y se respeten los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa. Igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso. De ser un proceso legal se pasó a estimar un “proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales”.⁴¹

Es evidente que los tratados sobre derechos humanos adquieren una dimensión especial, criterio que se refleja a partir de mediados del siglo XX en las sucesivas reformas constitucionales de Latinoamérica, que otorgan jerarquía constitucional como en nuestro país.

⁴¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso,*, p.25

Cobran relieve especial la presunción de inocencia y los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege y non bis in idem*. Pero, al mismo tiempo, se amplía hacia todo tipo de procesos, el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial y un número taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juicio justo.⁴²

CAPITULO II

LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para Gimeno Sendra,⁴³ las medidas cautelares, son las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad del imputado y de otro de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles, de la sentencia.

En las medidas cautelares, encontramos un conflicto entre el interés del Estado en la efectividad de las sentencias que puedan dictarse en el orden penal y el necesario respeto a los derechos fundamentales, que debe primar respecto a una persona sometida a un juicio sobre lo que no existe todavía, y puede no llegar a existir nunca, un pronunciamiento judicial firme condenatorio.

⁴² Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*,...p.61

⁴³ Gimeno Sendra Vicente, Cortez Dominguez, Valentín y Moreno Catena, Victor, "Derecho procesal penal", Madrid, 1996, p.80, en Willian Herrera Añez, *Las Medidas Cautelares del Nuevo sistema Procesal penal, en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Kipus, p.390.

A nadie se le escapa la trascendencia de dicho conflicto debido a la alarma social y el sentimiento de impunidad que la inejecución de sentencias penales producen en la conciencia social y, también, por el necesario respeto a derechos fundamentales de singular importancia, como la libertad. Por otro lado, las medidas cautelares en el proceso penal han sufrido, reformas como las actuales, fruto de la intención del legislador de resolver adecuadamente dicho conflicto. Así, se han dictado leyes reformando las medidas cautelares ya existentes, como la prisión preventiva, interponiendo más presupuestos para adaptarlas a las exigencias constitucionales de respeto a los derechos fundamentales, e introduciendo, además, nuevas medidas cautelares de singular relevancia en la práctica, dirigidas a dar adecuada protección a las víctimas.

El jurista chileno Emilio Pfeffer Urquiaga, expresa que: “la obligación constitucional de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana brinda sustento a las medidas cautelares que adopte el tribunal, entre las cuales cabe la restricción o privación de la libertad de una persona, que puede lesionar aquellos derechos para amparar a la víctima o a otros potenciales lesionados, cuando existan, por cierto, antecedentes que lo justifiquen y la decisión judicial sea susceptible de los recursos a los que pueda acudir para impugnarla”⁴⁴. Finalmente, el mejor argumento está contenido en los propios códigos procesales penales que autorizan la detención, la prisión preventiva y otras medidas cautelares.

De acuerdo con el profesor Fenech y la mayoría de la doctrina dice que, "los actos procesales cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros

⁴⁴ Juan Colombo Campebell, *Garantías Constitucionales...*, p.361.

les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales." ⁴⁵. Los actos cautelares reales o patrimoniales pueden tener, a su vez, varias finalidades, según tiendan a asegurar los medios de prueba; o a asegurar la condena al pago de una cantidad de dinero, por las personas responsables criminalmente, o por los terceros responsables civiles.

Recordemos que en el Código de Procedimiento Penal, anterior a las reformas del 24 de marzo del 2009, en el art. 159, establecía, que el juez podía ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real, cuya aplicación debía ser restrictiva, a fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado al proceso, el pago de indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales; el actual Art. 159 del Código de Procedimiento Penal, señala que el juez puede ordenar una o varias medidas cautelares, sean de carácter personal o de carácter real.

El segundo inciso de este artículo, establece que “en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad, se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva y procederán en los casos que la utilización de otras medidas alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia”.⁴⁶

En este inciso, cabe reflexionar, y diferenciar las medidas cautelares personales, establecidas en el actual art. 160 del Código de Procedimiento Penal, con las medidas privativas de libertad, que se encuentran subsumidas dentro de las medidas cautelares personales.

⁴⁵Francisco Peláez Sanz y Miguel Bernal Neto, *Las medidas cautelares*, Abril 1999, en http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20penal/199904-eaj36_07.html

⁴⁶ Código de Procedimiento Penal,..., p.34.

Para analizar previamente, indicaremos que el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, establece que las medidas cautelares personales, son:

1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares. 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas. 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales o a quien éste designare, 4) La prohibición de ausentarse del país, 5) La suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos, 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos. 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por si mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de la familia. 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica; 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona, idónea siguiendo lo dispuesto en el Art. 197, regla 6to del Código Civil y las disposiciones del código de la Niñez y de la adolescencia. 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales a ante la autoridad que éste designare. 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial; 12) La detención; y, 13) la prisión preventiva.

Y las medidas cautelares de orden real son: 1) El secuestro. 2) La retención, y 3) El embargo.

Como se observa, actualmente contamos con 13 medidas cautelares personales y 3 medidas cautelares de orden real. Ahora bien, en las 13 medidas cautelares personales, se encuentran tres medidas privativas de libertad: el arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial, o sin vigilancia; la detención cuyo límite es de veinticuatro horas; y la prisión preventiva. La prisión provisional y la detención presentan la nota común de constituir una privación de la libertad individual de la persona, pero tienen importantes diferencias; entre otras: la detención dura veinticuatro horas, mientras que la prisión preventiva, si es un delito de reclusión, puede persistir todo el tiempo, en tanto que en los delitos de prisión, ésta queda insubsistente con las formas que la ley ha impuesto, como puede ser fianza, medida sustitutiva o alternativa, la detención puede llevarla a efecto cualquier particular, autoridad o agente de la policía judicial, mientras que la orden de prisión requiere siempre la resolución de un órgano jurisdiccional.

Con estas reformas, nuestros legisladores, han previsto una amplia gama de medidas alternativas a la prisión, que permiten una aplicación en la generalidad de los casos y que también sirvan para garantizar los fines del proceso penal; y, cuando se haya agotado las 12 medidas cautelares de carácter personal, sólo en esos casos el juez podrá ordenar la prisión preventiva, lo cual, sería la excepción. Es decir, la prisión preventiva, limitativa de la libertad del imputado o procesado, sólo podrá ser aplicada en la *extrema ratio*, es decir, cuando las otras medidas cautelares resulten inadecuadas e insuficientes para evitar que el procesado, pueda eludir la acción de la justicia.

En este sentido, la CIDH, ha sido clara respecto a los límites que supone el ejercicio del poder penal del Estado:

Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.⁴⁷

2.1. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Como mencionamos la prisión preventiva, es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un tiempo, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal. Cuando se dicta la prisión preventiva, el imputado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión preventiva, durante la investigación procesal, hasta la celebración del juicio. “Normalmente la prisión preventiva se decreta cuando no existe otro método eficaz para evitar la fuga del acusado. Es la última opción y se prefiere utilizar alguna medida cautelar de menor entidad como, por ejemplo, el arresto domiciliario o una caución económica (fianza)”⁴⁸.

Ya se estableció anteriormente que la presunción de inocencia es también una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, que obliga a reducir al mínimo estrictamente necesarios las medidas restrictivas del imputado en el proceso. No es incompatible la presunción de inocencia con la aplicación de medidas cautelares adoptadas

⁴⁷ Alberto Bovino, *El Encarcelamiento*.....p.442, citado por la CIDH, Caso “ Velásquez Rodríguez”, 29/7/88, Serie C, No.4, párrafo 154.

⁴⁸ Enciclopedia libre, *la prisión preventiva*, 10-03-09, en http://es.wikipedia.org/wiki/Prision_preventiva

por el juez competente y fundamentadas en derecho, que deben basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, además de aplicar los principios de proporcionalidad y adecuación de las medidas cautelares.

Existen tendencias deslegitimantes de la prisión preventiva, dentro de esta dirección se encuentra Luigi Ferrajoli quien ha dicho: “La perversión más grave del instituto..., ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a ‘estrictas necesidades’ sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, ... equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida ‘procesal’, o ‘cautelar’, y, en consecuencia, ‘no penal’, en lugar de una ilegítima pena sin juicio...”⁴⁹. Así mismo, se proclama que "...no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales..."⁵⁰. Por lo que ante esta dimensión real de la prisión preventiva el citado autor ha propuesto: "un proceso sin prisión provisional"⁵¹.

De igual forma, en pos de esta argumentación, dice Andrés Ibáñez:

[...ocupa un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. La primera, es que desborda funcionalmente los límites

⁴⁹ Luigi, Ferrajoli, *Derecho Y Razón*.....p.553.

⁵⁰ Luigi, Ferrajoli, *Derecho Y Razón*.....p.555.

⁵¹ Luigi, Ferrajoli, *Derecho Y Razón*.....p.559.

que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización -en general bastante generosa- del instrumento que nos ocupa...]⁵²

En este sentido, como ha dicho el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente."⁵³

En efecto, este debate inagotado, al poner en tela de duda la legitimidad de su utilización en el proceso, provoca como efecto que se de el primer paso a la racionalización de su uso como medida cautelar durante el proceso penal. Así tenemos que Alberto Binder sostiene:

“que toda prisión preventiva, es una resignación de los principios del Estado de Derecho. No hay una prisión preventiva `buena`: siempre se trata de una resignación que se hace por razones prácticas y debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso...si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal, como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho, se debe tomar en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular de la prisión preventiva, solo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia

⁵² Perfecto, Andrés, Ibañez, *presunción de inocencia y prisión sin condena*, en revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 10, No.13., 11-02-09, en [http://www.cienciaspenales.org/REVISTA % 2013/ ibanez13.htm](http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/ibanez13.htm)

⁵³ Winfried, Hassemer, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Ad-Hoc,S.R.L, Buenos Aires, Argentina, Primera Edición, 1995, p.105.

de la condena, si respeta los requisitos sustanciales – es decir si hay una mínima sospecha racionalmente fundada-, si se demuestra su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena”.⁵⁴

El argentino Eugenio Raúl Zaffaroni recientemente ha sugerido que en el futuro la prisión preventiva podría ser remplazada por “controles electrónicos de conducta,” que “es más barato y puede que en un momento circulemos todos con un chip en la calle” manifestando que es un problema para las garantías que se va plantear en las próximas dos décadas.⁵⁵

Luego de estas enunciaciones muy contemporáneas respecto al estado de la prisión preventiva en América, se plantea con fuerza la idea del “estado de libertad como regla” y la excepcionalidad de la privación de libertad durante el proceso⁵⁶. Sin embargo, en el plano material no existe este grado de reconocimiento al derecho a la libertad del procesado, manteniéndose en nuestros pueblos una tendencia contraria al uso constante y exagerado de esta medida cautelar de carácter personal tal como quedo evidenciado en la publicación “El preso sin condena en América Latina y el Caribe”⁵⁷

No escapa así mismo a nuestra observación, que mientras existen las tendencias deslegitimantes de la prisión preventiva también subsisten promotores de una tesis

⁵⁴ Alberto, Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, ad-Hoc, Buenos aires, Segunda Edición, mayo 2002, .pp.203-205.

⁵⁵ Cfr. en http://comunicacionpatagonica.blogspot.com/2007_02_01archive.html, 20,02, 2007.

⁵⁶ José, Nores, Cafferata, *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, , Buenos Aires, Tercera Edición, actualizada, Ediciones del Puerto, 2000 ,p. 266.

⁵⁷ Elías Carranza, Luis Paulino Mora, Mario Huedy, Eugenio Raúl Zaffaroni, “*El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, Costa Rica, Ilanud, ,1998, p.45.

contraria conocida como el Derecho Penal del Enemigo⁵⁸, promoviéndose también simultáneamente un Derecho Procesal del Enemigo⁵⁹ que busca que determinadas garantías procesales sean relativizadas generando un progresivo desmantelamiento del sistema garantías del debido proceso que tarde o temprano emanarán su influjo al derecho a la libertad del procesado.

En tal sentido, las discusiones referentes a este instituto procesal ponen en evidencia la deslegitimación de la prisión preventiva como medida cautelar. Pero es de anotarse que no se trata tampoco de una situación que no tiene sus adeptos en cuanto a la necesidad de la prisión preventiva durante el proceso, pues se ubican en un sector, quienes la defienden bajo el argumento de defensa de la justicia, antinomia que subyace en la contraposición ideológica existente entre dos valores políticos puntualmente reconocidos por el Estado: la aplicación eficaz de la persecución penal vs. los derechos fundamentales del procesado, o lo que es lo mismo, que el eventual sospechoso de la comisión de un hecho delictivo no eluda de la acción de la justicia prevaliéndose de su presunción de inocencia constitucional.

Hasta los actuales momentos, el sistema penal ecuatoriano ha girado en torno a la prisión preventiva. Según diferentes notas periodísticas, entre las que se destaca una publicada en el Suplemento Informativo Blanco y Negro de Diario Hoy de la ciudad de Quito, nos recuerda: “según estadísticas del 2004, el 37% de las instrucciones fiscales terminó en dictámenes abstentivos. Hasta llegar a esa fase, los acusados permanecen detenidos hasta por 90 días.” La nota así mismo indica que “un momento crítico en la aplicación del esquema tiene que ver con el pedido de medidas cautelares. Por lo general, la

⁵⁸ Jakkobs, G, con Cancio Melia, Derecho Penal del Enemigo, Ed. Thomson, Civitas, pp.21,22.

⁵⁹ Jakkobs, G, con Cancio Melia,p.43.

prisión preventiva (en Guayaquil y Quito, llega al 100%) es facultad exclusiva del fiscal, sin que para ello medie una discusión previa con la defensa y la presencia de un juez. Eso le da un “súper poder”, ya que puede usarlo discrecionalmente.”⁶⁰ .

De otro lado, según el informe de la Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal patrocinado por Fondo de Justicia y la Fundación Esquel, se señala que el abuso de la prisión preventiva se ha consolidado como tendencia, que “de ninguna manera la reforma en nuestro país ha dado una respuesta a un problema de fondo que sigue poniendo en tela de duda la legitimidad del sistema procesal”.⁶¹

Pero pese a esta última buena noticia, la cuestión es que en el Ecuador se abusa de la prisión preventiva, la mayoría de las personas que se encarcelan en el país son bajo prisión preventiva, esta información es la que se recoge Diario Hoy de fecha 20 de Mayo del 2007 que cita una estadística de 11.300 presos sin sentencia, estableciendo “que el total aproximado de los reclusos en nuestros Centros Penitenciarios asciende a más de 16.000 reclusos. Por lo que ante estas circunstancias el actual Presidente Correa, ha manifestado el estado de Emergencia de las cárceles ecuatorianas”⁶².

De igual forma a nivel internacional conforme a las estadísticas citadas, se reconoce el abuso de la prisión preventiva en el Ecuador, y Amnistía Internacional también da a conocer un elevado índice de presos sin condena en nuestro país, “según los informes, de un total de 14.000 personas encarceladas había entre 5.000 y 7.000 en espera de recibir

⁶⁰Noticias diario Hoy, 20.05.07, en <http://www.hoy.com.ec/Suplemen/blanc447/negro2htm>

⁶¹ Segunda Evaluación del Sistema procesal Penal-Fondo de Justicia y Sociedad. Fundación ESQUEL-USAID. Ecuador, 2005.p.101.

⁶²Noticias diario Hoy, 20.05.07 en http://www.hoy.com.ec/NoticiaNue.asp?row_id=267454

sentencia”⁶³ nos dice, esto, de acuerdo a su último informe 2007 sobre el estado de los derechos humanos en el mundo.

Las explicaciones a estas estadísticas, obedecen a la masificación de la prisión preventiva durante la sustanciación del proceso penal. De esta manera, la prisión preventiva en nuestro país sufre una sistemática desnaturalización, pasando a convertirse de una medida cautelar, a un instrumento de control social.

En efecto, nuestro país padece de una aplicación sustantivista de la prisión preventiva en la cual el Estado busca privar de su libertad a una persona para aplacar la alarma social que genera la comisión del delito, transmitiendo de esta forma en los medios seguridad a la ciudadanía, y así de una manera no convencional, ni racional, acrecentar credibilidad en las instituciones, esto es se aplica puro populismo punitivo que no soluciona jamás el problema de fondo, que es la delincuencia.

Existen dos razones básicas, dice Gozaíni⁶⁴, por las cuales las prisiones albergan tales desproporcionadas e injustificadas cantidades de prisioneros preventivos:

“En primer lugar, la mayoría de los procesados penales son encarcelados en lugar de concederles libertad provisional mientras sus procesos están pendientes, lo que supone una violación de las normas internacionales que exigen que se conceda generalmente la libertad durante el juicio. En segundo lugar –debido a que el sistema de justicia es ineficaz, está sobrecargado y politizado; o porque los procesos penales se llevan a cabo de acuerdo a un código procesal anticuado; sin perjuicio de que muchos prisioneros carecen de acceso efectivo al asesoramiento legal y, con frecuencia, ni siquiera pueden presentarse físicamente

⁶³ Véase, Amnistía Internacional, Informe 2007, p.151.o en <http://www.intercodex.com> AMNISTIA INTERNACIONAL

⁶⁴ Osvaldo, Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional, El debido Proceso*,...pp.59-60

ante los tribunales- es típico que los casos penales se prolonguen durante años” En particular, cuando los procesados están detenidos, este retraso indebido viola las normas internacionales que exigen que el proceso penal sea completado en un tiempo razonado”.

Los estudios estadísticos de la población carcelaria señalan, de modo incontrovertible, la existencia, la magnitud y la gravedad del problema del abuso del encarcelamiento preventivo y exponen las desmedidas tasas de presos sin sentencia. Hasta hace algunos años, en los países de América Latina con sistema jurídico europeo más del 60% de las personas privadas de su libertad se encontraban sometidas a prisiones preventivas. Es decir, que “cada cien individuos en prisión, más de 60 eran procesados y en consecuencia jurídicamente inocentes”.⁶⁵

Por los antecedentes que se expusieron, la realidad de la prisión preventiva en el Ecuador es la dislocación de todo un sistema penal, la prisión provisional definitivamente en el estado actual se ha desbordado y ha abandonado “el campo de la política procesal, para ingresar al ámbito de la política criminal, entre cuyos fines se encuentra la de disminuir el índice delictivo combatiendo la peligrosidad criminal.”⁶⁶ Y ese no es el lugar de la prisión preventiva. En otras palabras y como un agregado más, estos vicios que se le han otorgado a la prisión preventiva en el país son un claro ejemplo de la actual “inflación del derecho penal” que como apunta el profesor Julio B. J. Maier significa “que cada tarea que el derecho penal propone al Derecho

⁶⁵Alberto Bovino, *Garantías judiciales en materia penal*, Editores del Puerto, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Buenos Aires, Argentina, p.430.

⁶⁶ Carlos Enrique, Edwards, *Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Ed. Astrea, Argentina, 1996,p.29.

procesal penal está condenada al fracaso.”⁶⁷

Actualmente, con fecha 23 de marzo del 2009, la Comisión del Sistema Procesal Penal, se conoce que se encuentra preparando un mecanismo para la aplicabilidad y uso racional de la prisión preventiva. Se ha indicado que en los informes del 2007, se ha podido determinar que el 60% de las personas detenidas no tenían sentencia. El Dr. Ernesto Pazmiño, Director Ejecutivo de la Defensoría Pública, ha indicado que en Ecuador existe un abuso de la prisión preventiva, eso es evidente ya que más del 80% de las personas que están privadas de su libertad, han salido libres y que solo un 15% han recibido sentencia condenatoria, lo que demuestra para el Dr. Pazmiño, que “no hay calidad en la prisión preventiva”.⁶⁸

Para la Comisión, la correcta aplicación de la prisión preventiva contribuirá para cumplir el objetivo “cero presos sin sentencia” hasta agosto del presente año. Al momento, de los 11.000 internos, 3.200 o el 28,5% están bajo la modalidad de prisión preventiva. “Esa cantidad sería reducida al 5%”.⁶⁹

2.2. LA PRISIÓN PREVENTIVA, FRENTE A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Como quedara dicho, tras la reforma constitucional, se han mejorado las posibilidades de tutela de la persona, puesto que indudablemente se ha dado el reconocimiento de derechos y garantías. El Art. 77 de la Constitución, establece varias garantías básicas respecto a las personas que están sometidas a la privación de la libertad,

⁶⁷ Julio, Mayer, *¿Es posible la realización del Proceso Penal en el marco de un Estado de Derecho?*, en AA:VV: Nuevas formulaciones en Cienas Penales, Homenaje al profesor Clauss Roxin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, Ed. La Lectura-Lemer,2001, , p.782.

⁶⁸ Noticias en <http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/100530#top>.

⁶⁹ Noticias el Telégrafo en <http://www.eltelegrafo.com.ec/actualidad/noticia/archive/actualidad/2009/03/25>

pero, ¿qué son las garantías básicas?, German Birdat, establece que son “los procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos”⁷⁰, es decir, tienen que observarse estrictamente los procedimientos constitucionales, cuando una persona haya sido privada de su libertad, para que se haga efectiva la tutela jurídica.

El Art. 11 numeral 3 de la Constitución,⁷¹ establece que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de derechos humanos será de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; y el numeral 4. indica que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, es decir, la interpretación constitucional en materia de derechos humanos es la de prevalecer por su contenido sobre cualquier otra norma que los menoscabe o sobre cualquier actuación del poder público que los viole.

Los criterios que llevan al juez a ordenar la prisión preventiva deben ser utilizados atendiendo al criterio de proporcionalidad inherente al Estado de Derecho, además de una interpretación conforme a la Constitución, teniendo en cuenta el peligro de retardo, y sobre todo que la supremacía normativa constitucional determina que las normas legales no pueden afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Se colige que la prisión preventiva no puede ser utilizada como medida coercitiva, ni de seguridad y mucho menos de cumplimiento anticipado de la pena, eso vulneraría el derecho a la presunción de inocencia.

⁷⁰ Germán Bidart Campos, *Manual de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ediciones Ediar, , 1981, p.195.

⁷¹ Constitución de la República..., p.4

Por tanto, la prisión preventiva no debe constituir la regla general como expresamente se determina, ya que se trataría de un acto arbitrario e injusto el privar de libertad en forma desproporcionada respecto de la pena que correspondiera por el delito imputado a quienes cuya responsabilidad no ha sido todavía probado. Esta sería una anticipación de la pena totalmente contraria a los principios elementales del Estado Constitucional y de los Derechos Humanos.

A la luz de las disposiciones del derecho internacional, la prisión preventiva debe armonizarse en la mejor forma posible, para respetar los derechos humanos su objeto y fin, y que los Estado no incurran en responsabilidad internacional.

Se sostiene que la detención preventiva contradice todos los principios de protección que impiden el abuso del poder penal del Estado. La sanción penal sólo puede ser impuesta luego de la sentencia condenatoria firme, pues hasta ese momento rige el principio de inocencia, es decir que las personas no pueden ser privadas de su libertad anticipadamente. Sin embargo, el encarcelamiento preventivo conculca de modo inevitable esas garantías: “El encarcelamiento preventivo funciona, en la práctica como pena anticipada... Gracias a ello el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando constitucionalmente, su situación debería ser la contraria”.⁷²

Los tratados principales, y que van a ser objeto de este trabajo, son aquellos que contienen garantías de naturaleza penal, siendo estos, los principales: a) La Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, b) La Declaración Universal de los

⁷² Alberto Bovino, *El Encarcelamiento.....*, p.441, con cita textual de Pástor, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, ps.286 y siguiente.

Derechos Humanos, c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); d) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y e) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Al revisar minuciosamente los preámbulos, de estos tratados, se observa un profundo e ilimitado respeto por la dignidad de la persona humana. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, declara en su Preámbulo: “ que la libertad, la justicia y la Paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho”⁷³.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, establece en su Preámbulo: “ Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados Americanos”⁷⁴.

Es de notar, que esta filosofía que encierra estos tratados internacionales, tienen un marcado respeto por la dignidad humana, de la cual deriva un sistema de derechos y garantías que adquiere significativa relevancia en materia penal. Así también es perfectamente compatible, con la filosofía de nuestra actual Constitución, que también

⁷³ <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁷⁴ <http://www.oas.org/Juridico/Spanish/Tratados/b-32.html>

fundamenta todo el sistema de derechos y garantías en la dignidad de la persona humana, como se había manifestado.

Los derechos humanos constituyen límites al poder del Estado. En nuestro ámbito regional, la Corte Interamericana ha afirmado. “ En efecto , la protección de los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público⁷⁵. Se trata de esferas individuales, que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

A propósito de estos tratados internacionales, se afirma que “ en base de todas las normas se encuentra el principio capital de la dignidad de la persona humana que, como se recordará parte del postulado de que todos los hombres, por su condición de tales, tiene un valor intrínseco. Cualquier excepción implica una derogación del principio” ⁷⁶. Por consiguiente, el delincuente, el procesado, el condenado, quien de alguna manera resulta inmerso como objeto de la función represiva del sistema penal, tiende a que se respete su dignidad y su condición de sujeto de derecho.

Las garantías establecidas en la Constitución,⁷⁷ respecto a la prisión preventiva, se encuentran en el Art. 77, siendo las más importantes:

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N6, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9/5/1986, párr.21.

⁷⁶ José Thompson, *Derechos Humanos, Garantías Fundamentales y Administración de Justicia*, Revista IIDH, vol.10,p.72.

⁷⁷ Constitución....., pp.28,29.

1.- La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de una pena, procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley....”.

Atiende al principio de excepcionalidad, y de inmediación, analizadas anteriormente, en la cual dispone además que los jueces pueden ordenar otras medidas alternativas, a la prisión preventiva, con ello, se establece que la prisión preventiva no es la regla general, sino al contrario es la excepción. Actualmente con las reformas al Código de Procedimiento Penal se establecen varias medidas cautelares alternativas, enunciadas anteriormente.

Así mismo, esta norma procede para garantizar la comparecencia en el proceso o para asegurar el cumplimiento de una pena, es decir, que no haya el riesgo de fuga, es decir, este postulado es perfectamente congruente con el derecho a la libertad personal que consagra tanto nuestra Constitución como los tratados internacionales, motivo por el cual durante todo el desarrollo del proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, pudiendo restringirse sólo excepcionalmente esa libertad cuando se presume que eludirá la acción de la justicia y no comparezca al proceso, obstaculizando el principio de inmediación.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, declara en su Preámbulo “ que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad

intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana....”⁷⁸

El Art. XXV, indica que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el Juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiende también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad⁷⁹

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art, 9 numeral, 1, dice que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.⁸⁰

Art. 9 numeral 3 ibidem, dice: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario, autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado o el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales; y, en su caso para la ejecución del fallo”.

⁷⁸ <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁷⁹ <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁸⁰ http://www.unhchr.ch/spanish/html/munu3/b/a_ccpr-sp.htm

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, que fuera suscrita el 22 de noviembre de 1969, declara en su preámbulo que los “ derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento, los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados Americanos”. En su Art. 7., se encuentra estipulado el Derecho a la libertad personal; y en sus numerales dice:1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios⁸¹.

El Ecuador es parte del llamado Pacto de San José o propiamente dicho Convención Americana de Derechos Humanos; y, por tanto, es su obligación respetar los derechos y obligaciones contenidas en esta, además el Estado debe adoptar las medidas legislativas para el pleno y efectivo cumplimiento de los derechos humanos.

2.- Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita admitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.

⁸¹ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

A fin de evitar arbitrariedades, es necesario de una orden emitida solamente por un juez, para que proceda la prisión preventiva, ninguna otra autoridad puede ordenar tal medida.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos: El Art. 9, consta, que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. Es decir, debe existir una orden de autoridad competente, en el que se indique, las razones de la detención, y las firmas de las personas o autoridades quienes ordenan. Esta norma está contemplada en nuestra actual Constitución y en nuestro Código de Procedimiento Penal.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 10 numeral 1: toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.

En la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): Art.5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

En las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Personas Detenidas o en Prisión Preventiva: Art. 84.- 1.- A los efectos de las disposiciones siguientes es denominado “acusado” toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción

a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada.2.- El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia.3.- Sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la protección de la libertad individual o de las que fingen el procedimiento que se deberá seguir respecto a los acusados, estos últimos gozarán de un régimen especial cuyos puntos esenciales solamente se determinarán en las reglas a continuación. Art. 85.1.- Los acusados serán mantenidos separados de los reclusos condenados. 2.- Los acusados jóvenes serán mantenidos separados de los adultos. En principio, serán detenidos en establecimientos distintos⁸².

El problema del abuso del encarcelamiento preventivo, además resulta agravado significativamente por un problema adicional: las pésimas condiciones materiales en las que se cumple la medida cautelar. Las terribles e inhumanas condiciones de nuestras prisiones, en las que se cumple el encierro cautelar procesal, son tan evidentes que ni siquiera requieren demostración alguna a través de estudios científicos que la corroboren. “El profundo deterioro de nuestros sistemas penitenciarios que es de tal magnitud que puede ser percibido por cualquier observador que se limite a prestarle un mínimo de atención”.⁸³

En términos generales, respecto a los centros carcelarios latinoamericanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸⁴, ha realizado visitas de inspección, advirtiendo en casi todos ellos que no existen criterios mínimos de clasificación de la población interna. Por lo común, en los recintos carcelarios no están separados los individuos condenados de los procesados, ni existe una selección con relación a la

⁸² http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_compu_sp.htm

⁸³ Alberto Bovino, *Garantías*.....p.431.

⁸⁴ <http://www.cidh.oas.org/pais.esp.htm>

gravedad de los delitos cometidos. La distribución de los internos es caótica y se basa, principalmente, en religión, zona geográfica de origen o bandas y vínculos afectivos, familiares o amistosos. En definitiva, se ha generado un sistema donde prevalece la corrupción en el interior de la gran mayoría de los centros carcelarios nacionales y que involucra a una cifra destacable de funcionarios públicos, lo cual implica el cobro de altísimas sumas de dinero para garantizar la seguridad y los privilegios, así como el tráfico de estupefacientes y armas de fuego en las instalaciones carcelarias. Afirma Human Rights Watch, que las condiciones de las prisiones violan las leyes internas como las normas internacionales de derechos humanos. El hacinamiento es una de las más graves situaciones encontradas por esta organización, lo cual se combina con la falta de agilidad procesal. Una proporción no tiene condena por delitos y se encuentran procesados o esperando esa condición, a pesar de continuar detenidos.

Nuestra Constitución, en su art. 77 numeral 12, indica que solamente las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en Centros de Rehabilitación Social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los Centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

Por tanto, se aspira, que los diversos Centros de Detención Provisional, reúnan todas las condiciones necesarias, a fin de que albergue a las personas en un estado de respeto a los derechos humanos.

3.- 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 de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

Esta norma es importante, ya que al momento de producirse la detención, es necesario que la persona que proceda a este acto, se identifique, y claramente indique los documentos y los motivos por los que se le priva de la libertad.

En el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos: el Art. 9 No.2 dice: Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): Art. 7 N. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

El art. 161 del Código de procedimiento Penal establece, el procedimiento a seguir cuando una persona es detenida en delito flagrante, la misma que dentro de las veinticuatro horas debe ser llevada a la audiencia oral, en la cual se iniciará o no la imputación.

4.- 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.

Es necesario, que al momento de detener a una persona, se le lean todos sus derechos, y entre ellos consta el derecho a permanecer en silencio, a fin de evitar la autoincriminación. Con relación a la actividad de los defensores se advierte que el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados, relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que: “ A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarse, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.”⁸⁵

El Art. 8 N.2 literal b) De la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, señala que tiene derecho a una comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. b) Acogerse al silencio. c) Nadie podrá ser llamado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan acarrear su responsabilidad penal y literal g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

5.- Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

Esta garantía es fundamental, para los extranjeros y que anteriormente en la Constitución no existía. En la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Art. 6 No. 1. dice: “Todo estado parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que hace referencia en el Art. 4, si tras examinar la información de que dispone, considera que

⁸⁵ Osvaldo Alfredo Gozaíni...*Derecho Procesal Constitucional El Debido proceso*,..... p.75

las circunstancias lo justifican procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia”⁸⁶.

La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

El No.3)Ibidem, establece: La Persona detenida de conformidad con el párr.1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida. No. 4 ibidem, señala que cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que hace referencia en el párr.1 del Art. 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción⁸⁷.

6.- Nadie podrá ser incomunicado.

El derecho a la comunicación, no se puede negar a los detenidos, frente a sus abogados, o sus familiares.

7.- El derecho de toda persona a la defensa

⁸⁶ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm

⁸⁷ www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm

En este numeral, el legislador ha indicado que el derecho a la defensa incluye a ser informado de las acciones formuladas en su contra, de la autoridad responsable, del derecho al silencio, del derecho a la no autoincriminación. Este numeral repite en si las garantías establecidas en los numerales 3,4,6 del Art.77 de la Constitución de la República y del numeral 7 del Art.76 Ibidem. En definitiva, todas y todos tenemos este derecho universal a la defensa, no se nos puede privar de este derecho constitucional, en ningún estado.

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

Esta norma es obligatoria, todos los jueces deben cumplir con los plazos estipulados, por tanto, bajo ningún punto de vista, puede prolongarse más de este plazo.

En consecuencia, para establecer la duración razonable el encarcelamiento preventivo deben tenerse en cuenta, por un lado, aquellos límites absolutos como el principio de proporcionalidad, por el cual no se puede prolongar la prisión preventiva excediendo el plazo de la pena privativa de libertad prevista para el delito, y, por otro, límites relativos, constituidos por la complejidad e implicancias del caso, actividad de los órganos judiciales y la conducta procesal del acusado.⁸⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos,⁸⁹ afirmó que se viola la norma del artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativa al derecho a la libertad personal de los procesados, cuando éstos fueron retenidos en prisión preventiva

⁸⁸ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*,p.556

⁸⁹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*,p.559

más allá de un plazo razonable, y el Estado no empleó la debida diligencia en los procedimientos respectivos

La complejidad de la causa no exime ni excusa al juez para alcanzar una decisión oportuna, de modo tal que las dificultades de sustanciación no son motivos para facilitar la lentitud jurisdiccional. De todo ello surge que el respeto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de la acusación, lo cual puede ser anterior al mismo enjuiciamiento y se conforma con la duración del procedimiento⁹⁰

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): Art. 7 numeral 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que “se incurriría en una violación de la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”⁹¹.

⁹⁰ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*,... p.561

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre de 2004, párrafo 180.

En el mismo sentido, se había pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos⁹², a través de una jurisprudencia sostenida, en el sentido que la prisión cautelar nunca puede entenderse como un anticipo de pena. Es necesario, por tanto, no afectar el contenido esencia del derecho en análisis y aplicar rigurosamente las normas constitucionales e Internacionales ya analizadas.

Es muy importante indicar, que bajo este precepto, los jueces tienen una gran responsabilidad cuando ordenan la prisión preventiva de una persona; deben estar pendientes de estas detenciones y cuando haya fenecido el plazo de los 6 meses y del año dependiendo del caso, los jueces inmediatamente deben darles la orden de excarcelación, ya que esta medida queda sin efecto. De lo contrario si permanecen detenidos un día más, la responsabilidad civil y penal será de los jueces.

En Portugal, en el Art- 215 del Código de Procedimiento Penal, establece que la duración máxima de la detención preventiva será de dos años sin que el sindicado haya sido condenado, y hasta de cuatro años en caso de algunos delitos, tales como los que atentan contra la seguridad marítima y aérea y el tráfico de drogas. Tal como lo expresó Fairén Guillén, “de nada sirve el principio de proporcionalidad de la pena si ha sido precedida esta de medidas cautelares desproporcionadas”. Tanto en la legislación procesal alemana, como en la Italiana y portuguesa, se consagra expresamente el principio de proporcionalidad en sentido amplio. La vigencia de este principio de proporcionalidad en sentido amplio. La vigencia de este principio en sentido estricto implica comprobar si el sacrificio de los

⁹² http://es.wikipedia.org/wiki/Corte_Europea_de_Derechos_Humanos

intereses individuales que comporta toda injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se intenta salvaguardar.⁹³

El hecho que la prisión preventiva se prolongue, con su carga natural de sospecha indefinida y continua sobre una persona, es una violación a la presunción de inocencia. Desde esta óptica, la prisión preventiva pierde su propósito instrumental de servir a la administración de justicia, en franca contradicción con el artículo 8.2 de la CADH. Además que esta prolongación pre-pena, ya que el imputado o acusado estaría en prisión cumpliendo una pena por llamarlo así, sin haber sido sentenciado, entonces esta anticipación, sería una violación a los derechos humanos.

Es un deber de los jueces y demás operadores jurídicos abstenerse de interpretaciones o de exégesis que contravengan el principio o las reglas de derecho, apartándose de su objeto y fin, como también el de una interpretación conforme a la Constitución y respecto irrestricto a los Derechos Humanos.

10.- Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aún cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.

Con esta garantía constitucional, prevalece el principio de inocencia, y el derecho a la libertad, ya que al existir una resolución judicial, de sobreseimiento o sentencia absolutoria, significa, que no han existido los suficientes elementos como para enjuiciarlo o condenarle.

⁹³ Aristides Royo, *Las medidas cautelares personales en el derecho en derecho Positivo panameño y en el Derecho Comparado*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Uruguay, Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung A.C, 2002. p. 339.

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

En esta garantía, se habla de sanciones, las mismas que son emitidas al final de un juicio, y en la que indica que deben prevalecer las sanciones alternativas a la privación de la libertad; y también menciona a las medidas cautelares, alternativas que se deben aplicar, siendo la privación de libertad la última medida, como se ha manifestado en el numeral 1 del Art.77 de la Constitución, en la cual el juez puede ordenar una medida distinta a la prisión preventiva.

En la investigación experimental titulada “ La excarcelación bajo caución juratoria como una de las alternativas para reducir el número de presos sin condena”, escrita por Elías Carranza, Mario Houed y Luis Paulino Mora⁹⁴, se expresa:

“En los países de América Latina, la prisión preventiva, lejos de ser utilizada como una medida de excepción, tiene un uso tan extendido que se hace evidente que funcione en la práctica como una pena dentro de un proceso distorsionado, pues en el momento de la instrucción, se dicta y ejecuta la pena de prisión y en el momento del juicio, se confirma formalmente la condena dictada en la Instrucción, pero suele disponerse al mismo tiempo la soltura del preso, dado el largo tiempo transcurrido o bien por habérsela absuelto en juicio luego de haber cumplido su “ condena” o por haberse acordado en su favor algún beneficio que lo desinstitucionaliza. Esto produce la paradoja de que, cuando la persona debe estar en libertad en razón del estado de inocencia, garantizado constitucionalmente de que goza

⁹⁴ Aristides Royo, *Las medidas cautelares*.....p.343.

durante el juicio, está detenida, y cuando debería restringirse su libertad por haberse acreditado su responsabilidad penal, se la deja en libertad”.

Algunas de las decisiones relativas a las restricciones a la libertad corresponden a los miembros de la fiscalía, quienes tienen a su cargo la instrucción de los procesos, y otras a los funcionarios del órgano judicial. Ambos sectores deben velar con cuidado para que, de conformidad con la Constitución y las leyes se afecte lo menos posible el derecho a la libertad. La duración de la detención preventiva, las alternativas a esta medida cautelar personal, tan utilizada, la situación de los detenidos preventivamente en los centros penitenciarios, la indemnización que debe recibir toda persona inocente que se haya visto privada de su libertad, forman parte importante de una recta administración de justicia. “La sana aplicación del Derecho constituye para la Nación un elemento fundamental, tan o más importante que el estado de la economía, la salud o la educación, puesto que contribuye a definir con precisión la calidad de la democracia, el grado de gobernabilidad, la fortaleza de las instituciones jurídicas y el nivel de desarrollo del Estado”.⁹⁵

En la sección Octava, del Capítulo Tercera del Art.51 de la Constitución de la República, se encuentran los derechos, que tienen las personas privadas de la libertad, y que son las siguientes:

1.- No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.-

La declaración Universal de los derechos Humanos, ha proclamado en el Art. 5, indica que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o

⁹⁵ Aristides Royo, *Las medidas cautelares*.....p.343.

degradantes⁹⁶. Con estos derechos, se trata de evitar, abusos de las autoridades, ya que no hay que olvidar, capítulos terribles que pasaron muchas personas, en nuestro país, épocas en las que existía por ejemplo, el SIC, en donde las personas eran sometidas a aislamientos, a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2.- La Comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.-

Este derecho también es importante, es necesario que en todo instante, el detenido se encuentre comunicado, ya que es un derecho primordial, el de la comunicación, además de contar con la visitas de sus familiares y también con sus defensores. Implica las garantías explicadas anteriormente, esto es el derecho a la defensa, y a la prohibición de ser incomunicado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, en el Art. 8 N. 2 literal d), consigna el derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor a su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; y el literal e) establece, que tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.⁹⁷

3.- Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.

⁹⁶ Carlos Enrique Edwards, *Garantías.....*p.183.

⁹⁷ <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Es necesario, que las personas detenidas comuniquen a las autoridades como al juez, al fiscal, a su defensor, respecto del trato que haya recibido en su permanencia de detenido, a fin de denunciar cualquier forma de maltratos, tortura, inhumana o degradante, a fin de investigar estos hechos, y emprender las acciones legales pertinentes.

4.- Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.-

El Art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece, que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos⁹⁸.

5.- La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.

Este derecho es innovador, ya que por lo general, las personas sentenciadas difícilmente antes podían rehabilitarse, acudiendo a estudios a distancia, realizando trabajos internamente en los centros, etc; por tanto, se espera que el Estado, ayude a una persona que se encuentre detenida, a fin de que se le atienda en todas estas necesidades.

6.- Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, adolescentes y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.

⁹⁸ <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

En el art. 43 numeral 3 de la Constitución dispone que el Estado garantizará la protección prioritaria y cuidado de las mujeres embarazadas en su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.

El Art. 8 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección cuidado y ayuda especiales⁹⁹. A ello, es necesario indicar, que una mujer embarazada puede acceder a la sustitución de la prisión preventiva, por el arresto domiciliario, y si no se ha podido beneficiar con la sustitución de la prisión preventiva, debe estar en lugares especialmente adecuados. En nuestro país, no se tiene conocimiento que existan lugares adecuados, para que las mujeres embarazadas o en época de lactancia, permanezcan y obtengan el tratamiento preferente y especializado.

Respecto a los adolescentes, se tiene conocimiento de diversos lugares en el que les brindan las medidas socioeducativas, a fin de que se rehabiliten y se puedan reinsertar en la sociedad.

En relación a las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad, no se han logrado obtener datos o información respecto al tratamiento preferente y especializado cuando han estado privadas de la libertad, pese a que la Constitución, consagra derechos a las personas adultas mayores, y grupos de atención prioritaria, determinados en los Arts. 35, 36,37, 38 numeral 7, que inclusive dice, que en caso de prisión preventiva se someterán los adultos mayores al arresto domiciliario.

⁹⁹ <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

7.- Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia.

No existe ningún informe o estudio oficial que permita conocer las medidas de protección de esta población, y que en consecuencia permita evaluarla. De la poca información obtenida, se tiene conocimiento de un proyecto, impulsado por la Vicepresidencia de la República, denominado “Programa Ecuador sin niños en la cárcel”¹⁰⁰, que tiene como objetivo el rescate de los niños que viven en las cárceles y en cuyo diagnóstico, ha indicado que los niños y adolescentes cuyos padres están privados de la libertad, y que por diversas razones no tienen otra alternativa que vivir en los Centros, están sometidos a condiciones de vida que a todas luces violan los derechos, establecidos en los Tratados Internacionales, en la Constitución, y el Código de la Niñez y la Adolescencia, de hecho, los niños están expuestos a condiciones de vida, de violencia física, sexual, o psicológica, que menoscaban su desarrollo en beneficio de la sociedad.

No se conoce cuáles fueron los resultados de este proyecto, pero en fin se espera que cualquier tipo de estudio o programa que se haya impulsado, no desmaye, y que al contrario, contribuya a todas las personas de estos grupos vulnerables, tengan una calidad de vida y se cumplan sus derechos establecidos en la Constitución.

2.3. LOS PRESUPUESTOS CONTENIDOS EN EL ART. 167 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

La prisión preventiva se encuentra regulada en el Art. 167 de nuestro Código de Procedimiento Penal, y con las reformas del 24 de marzo del 2009, dice: **“Cuando la jueza**

¹⁰⁰ <http://www.vicepresidencia.gov.ec.gov.ec/docs/proyecto/ninoscarcel.pdf>

o juez de Garantías Penales 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.**
- 4.-Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. y**
- 5.-Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.**

De la lectura del citado artículo anterior, se extrae que para proceder a dictar prisión preventiva se requieren dos presupuestos de procedibilidad. El primero, un presupuesto material, relacionado con la suficiencia de la imputación, apoyada en indicios claros y precisos de que se ha cometido un delito de acción pública, y que el imputado ha participado en él como autor o cómplice, como a la vez que el delito imputado tenga una sanción superior a un año; así mismo que es necesario privar de la libertad para asegurar su comparecencia al juicio y que las otras medidas no privativas de libertad son insuficientes para asegurar la comparecencia del procesado a juicio. Es decir, debemos contar con los indicios suficientes que fundamenten en primer lugar la existencia de un delito de acción pública, y luego “la existencia de una imputación suficientemente

sería respaldada en antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización de un juicio y una eventual sentencia condenatoria”¹⁰¹

Aquí juega papel preponderante ubicar al Juicio como la etapa central del procedimiento penal ecuatoriano como en efecto lo es, entendiéndose que nuestro Código de Procedimiento Penal, se desarrolla en función de esa etapa principal del proceso, y de acuerdo a esta realidad procesal, tanto el trabajo del Fiscal, como del Juez penal, según la estructura normativa de nuestro C. P. P. van encaminados a garantizar el Juicio, de lo contrario, ejercer una imputación a través de un procesamiento solicitando prisión preventiva, para luego desestimar los cargos absteniéndose de acusar en el caso del Fiscal, o dictar prisión preventiva, para luego dictar auto de sobreseimiento en el caso del Juez, sinceramente no tiene sentido, ni en la lógica del juicio, peor aún desde la perspectiva del Debido Proceso.

Los profesores chilenos Duce y Riego¹⁰², señalan:

“Más allá de que las palabras utilizadas pueden llegar a tener un contexto distinto, es necesario entender su sentido y este nos indica que lo que se requiere es que el juez, frente a la solicitud de medidas cautelares por parte del fiscal, verifique primero la seriedad de los cargos. Que en una apreciación temprana, la información con que cuenta el fiscal tenga los elementos necesarios que permitan fundamentar los cargos de un modo suficiente convincente, en términos de prever que habrá de llevarse adelante un juicio en el que la prueba será examinada pormenorizadamente y que luego será valorada en la sentencia.”

¹⁰¹ Duce Mauricio y Riego Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Chile, Volumen 1, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Alfabeto Artes Graficas, 2002, Pág. 246.

¹⁰² Duce Mauricio y Riego Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*t. p. 248

Este último es perfectamente aplicable al Ecuador bajo el régimen normativo de nuestro C. P. P. que regula la prisión preventiva.

Entonces, en el Art. 167 de nuestro C. P. P. subsiste el propósito dado por la norma que para que se de por satisfecho el presupuesto material el sistema le exige al Fiscal le indica al Juez cuales son los antecedentes que fundamentan los cargos que formula y que el Juez luego de avocar conocimiento de los antecedentes probatorios que le son entregados por el Fiscal, concluya que la Fiscalía cuenta con un material que aparentemente le permitiría promover la realización de un juicio con buena probabilidad de éxito.

El segundo presupuesto es el subjetivo que tiene que ver con una necesidad procesal-cautelar de garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o asegurar el cumplimiento de la eventual pena. Se trata de la valoración que hará el Juez sobre la necesidad de dictar esta medida cautelar personal en contra del imputado, en aplicación de lo que dispone el Art. 167 del C. P. P. De esta manera, lo que se busca es la inmediación y disponibilidad del procesado o imputado al proceso; que si se dan los presupuestos de procedibilidad eventualmente pueda comparecer al Juicio a ser juzgado; que el proceso no se paralice o quede suspendido por la ausencia del encausado y que éste no fugue.

La detención preventiva o prisión provisional, según Moreno Catena¹⁰³ es admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos y representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin que

¹⁰³ Victor Moreno Catena, *Derecho procesal Penal*, Madrid, 1996, en William Herrera Añez, *Las medidas cautelares.....*p.404.

medie todavía una sentencia penal firme que la justifique. Esta medida consiste en privar al imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario durante la sustanciación de un proceso penal.

Vamos a analizar, estos requisitos:

1.- INDICIOS SUFICIENTES SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DELITO DE ACCION PÚBLICA.

Con las actuales reformas del 24 de marzo del 2009, la acción penal es de dos clases: pública y privada, desapareciendo la pública de instancia particular, cuyo ejercicio respecto de la acción pública, le corresponde al fiscal, y el ejercicio de la acción privada le corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela.

2.- INDICIOS CLAROS Y PRECISOS DE QUE EL IMPUTADO ES AUTOR O COMPLICE DEL DELITO.

Para ello recordemos que los Arts. 42 y 43 del Código Penal, nos indican que personas se considerar autores, y cómplices.

El Art. 42 del Código Penal, establece que se reputan autores, los que han perpetrado la infracción sea de una manera directa o inmediata; los que han aconsejando o instigando a otro para que la cometa; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito, valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden; los que han coadyuvado a la ejecución; y, los que con violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo obligan a cometer a otro el acto punible.

El Art. 43, indica que son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto imputado, por medio de actos anteriores o simultáneos.

Es decir, una vez tipificado el delito, debemos observar, si el imputado, pertenece a la categoría de autor o cómplice, cuidando de analizar todos los actos cometidos para poder clasificar, recordando que para los encubridores no se puede aplicar esta medida cautelar.

3.- QUE SE TRATE DE UN DELITO SANCIONADO CON UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO.

El Art. 173 del Código de Procedimiento Penal, establece una prohibición al indicar que no se puede ordenar la prisión preventiva de libertad en las infracciones que se sancionan con una pena que no exceda de un año de prisión, independientemente de la pena que pueda imponerse en la sentencia.

No debemos olvidar que pese a que las precitadas circunstancias concurren, - como es la existencia de lo que en nuestra legislación está prescrito como indicios claros y precisos de que se ha cometido un delito de acción pública, y que el imputado ha participado en él, si el delito imputado no tiene una pena mayor a un año, el Juez está vedado a otorgar prisión preventiva en contra del imputado por mucho que existan abundantes antecedentes probatorios en contra del procesado, esto en aplicación del principio de proporcionalidad, anteriormente analizado, que rige también en nuestra regulación de prisión preventiva. De igual manera existe la imposibilidad legal si el imputado es procesado en calidad de encubridor.

Para ello, es necesario observar la tipificación y la sanción establecidas en el Código Penal.

4.-INDICIOS SUFICIENTES DE QUE ES NECESARIO PRIVAR DE LA LIBERTAD AL PROCESADO PARA ASEGURAR SU COMPARECENCIA AL JUICIO.

La finalidad de la prisión preventiva, como ya se ha indicado, es el aseguramiento del procesado a juicio, es decir, evitar que evada la acción de justicia, fugue, se oculte, etc y no comparezca a la etapa de juicio, ante los Tribunales penales, entonces, se necesita establecer claramente estos riesgos, para solicitar la prisión preventiva.

Según Cafferata Nores¹⁰⁴, la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso: las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionadora (no son penas) sino instrumental y cautelar, se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

La exigencia implica que sólo se permite recurrir a la detención cautelar para garantizar la realización de los fines que persigue el proceso penal, y no para perseguir una finalidad que puede ser atribuida a la coerción material o sustantiva (la pena). En consecuencia, puede autorizar la privación de la libertad de un imputado si se pretende garantizar, con ella la realización de los fines del proceso (y nada más que ellos). “Por ende, resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos. Tales criterios no están dirigidos a realizar la finalidad procesal del encarcelamiento preventivo y,

¹⁰⁴ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos.....*p.443,

por ellos, su consideración resulta ilegítima para decidir acerca de la necesidad de la detención preventiva”.¹⁰⁵

Esta única finalidad procesal que justifica la detención cautelar no solamente surge como consecuencia necesaria del significado del principio de inocencia, sino también, y especialmente, del contenido literal de algunas cláusulas de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, tanto el texto de la Convención Americana sobre derechos Humanos (“su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” [art. 7, n5] como en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (“....su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado o en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo” [art.9, n3], son claros al establecer un único propósito legítimo para el encarcelamiento cautelar. La detención anterior a la sentencia condenatoria, entonces, resulta legítima según el contenido literal de ambos instrumentos internacionales, en la medida en que se utilice exclusivamente para garantizar la comparecencia del imputado al procedimiento penal abierto en su contra. Toda detención que persiga otros fines, por ende, se torna una detención ilegítima. Esta exigencia impide, por ejemplo, el uso material del encarcelamiento cautelar: “sea como fuere, las personas en régimen de prisión preventiva no podrán ser objetos de castigos”¹⁰⁶.

En este sentido, la CIDH, ha decidido que el “ objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial.

¹⁰⁵ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos.....*p.443.

¹⁰⁶ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos.....*p.444.

La comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir la evidencia. La decisión añade que la detención no puede fundarse en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social. En cuanto a la verificación del peligro procesal, la Comisión interamericana, ha considerado que la evaluación de la conducta futura del inculpado no pueden privilegiarse criterios que miren sólo al interés de la sociedad” y, que el encarcelamiento debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad...El interés del individuo que ha delinquirido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta. Se ha destacado además, que el hecho de fundar la detención en los antecedentes penales del imputado implicaba recurrir a circunstancias que no tenían relación alguna con el caso, y que la consideración de los antecedentes vulneraba claramente el principio de inocencia y el concepto de rehabilitación.¹⁰⁷

5.-INDICIOS SUFICIENTES DE QUE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD SON INSUFICIENTES PARA GARANTIZAR LA PRESENCIA DEL PROCESADO AL JUICIO.

Como se manifestó anteriormente, las medidas no privativas de libertad, son todas las medidas cautelares personales y reales, excepto, el arresto domiciliario, la detención y la prisión preventiva; entonces, para solicitar la prisión preventiva, se debería establecer la insuficiencia de las otras medidas personales y reales, a fin de que el juez ordene la prisión preventiva.

¹⁰⁷ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos* ...p.446.,

Como ya se manifestó, la principal exigencia que deriva el principio de excepcionalidad consiste en la necesidad de agotar toda la posibilidad de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción distintas a la privación de la libertad, que resulten menos lesivas de los derechos del imputado. En consecuencia, el encarcelamiento preventivo sólo se justifica cuando resulta imposible neutralizar el peligro procesal con medidas de coerción distintas al encarcelamiento preventivo. “En realidad el principio obliga a aplicar siempre la medida menos gravosa, incluso en aquellos casos en los cuales se debe elegir entre medidas no privativas de la libertad”.¹⁰⁸

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, N3, dice: “ La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a las garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”¹⁰⁹.

La regla 2.3. de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, (Reglas de Tokio) dispone: “ a fin de asegurar una mayor flexibilidad...y evitar la aplicación innecesaria de la pena el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de libertad, desde la fase anterior al juicio, hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de medidas no privativas a la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*p.456.

¹⁰⁹ <http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a-ccpr-sp.htm>

¹¹⁰ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp46_sp.htm

Se considera que las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), interpretan el contenido del Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que “ ayudan a mejorar las condiciones para todas las personas detenidas en régimen de prisión preventiva”, recomendando que sólo se recurra a la prisión preventiva cuando no puedan aplicarse las medidas no privativas de libertad.¹¹¹

2.4. LA REVOCATORIA, SUSPENSION Y SUSTITUCION DE LA PRISION PREVENTIVA.

El art. 170 del Código de Procedimiento Penal, establece imperativamente, que la prisión preventiva debe revocarse, en los siguientes casos:

1.- Cuando se han desvanecido los indicios que la motivaron; o sea los contenidos en el art. 167 del Código de Procedimiento Penal;

2.- Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído; es decir, cuando el juez considera que, no son suficientes los elementos en los que el fiscal ha sustentado la presunción de existencia del delito, o la participación del procesado, dictará sobreseimiento provisional del proceso o del procesado, declarando que por el momento no puede continuarse con la etapa del juicio, conforme al Art. 241 del C.P.P.; también cuando el juez concluya que los hechos no constituyen delito o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción, dictará sobreseimiento definitivo; o, provisional del proceso y definitivo del procesado; o dictará el sobreseimiento por falta

¹¹¹ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*p.456,

de acusación. En todos estos tipos de sobreseimientos, el juez debe revocar inmediatamente la prisión preventiva.

3.- Cuando el Juez considere la sustitución por otra medida alternativa, tanto de carácter personal, como real.

4.- Cuando la duración de la medida exceda los plazos del Art. 169, ya que opera la caducidad de la prisión preventiva, a los 6 meses en los delitos reprimidos con prisión y 1 año en los delitos reprimidos con reclusión y en la reforma actual, establece que, vencido los plazos previstos en el numeral 4, del Art. 170 del Código de Procedimiento Penal, no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva, es decir, con este mandato no se puede volver a solicitarla nuevamente, evitando con ello, una detención en firme que ya fue derogada por inconstitucional.

Se suspende, la prisión preventiva, cuando el imputado o acusado rinda caución. Para que opere tanto la revocatoria como la sustitución de la prisión preventiva, el Juez debe atender a los principios de proporcionalidad, de dignidad y respeto al ser humano.

El Art. 171 del C.P.P., reformado, denominado revisión, establece que el Juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando: a) concurren hechos nuevos que así lo justifiquen y b) cuando se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad. El literal b) de esta disposición, ya está contenido en el numeral 1 del Art. 170 del C.P.P., por el cual se puede revocar o derogar la prisión preventiva.

Respecto a la sustitución de la prisión preventiva, por el arresto domiciliario, según el inciso cuarto, del Art. 171 del C.P.P., ésta es posible, siempre y cuando, no se trate de delitos: 1.- contra la administración pública, por ejemplo, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, etc. 2.- en los que resulte la muerte de una o más personas, es decir, en los casos de homicidio, suicidio. 3.- de violación y 4.- de odio. Es decir, fuera de estos delitos, el juez puede sustituir la prisión preventiva, con el arresto domiciliario, si la persona es mayor de 60 años, o una mujer se encuentre embarazada y hasta 90 días después del parto, o, si el niño ha nacido enfermo, hasta que se supere la enfermedad.

En el Código de Procedimiento Penal, anterior a las reformas, establecía que se podía sustituir, la prisión preventiva por el arresto domiciliario, en todos los delitos, para el caso de persona mayor a 65 años y de una mujer embarazada hasta 90 días después de su parto, en todos los casos, pero, casi esta sustitución no la ordenaban los jueces. Hoy en día, y como los conceptos han variado, respecto de las garantías constitucionales, se espera que los jueces cumplan con lo que se encuentra establecido.

También en esta norma, se encuentra previsto que el control del arresto domiciliario esté a cargo del juez de garantías penales, y que el arrestado no será sometido necesariamente a vigilancia policial interrumpida, sino que podrá ser reemplazada a una vigilancia policial periódica. Sin duda alguna, este concepto, es muy humanista, además hay que considerar que no tenemos muchos policías para que estén cuidando a los procesados. El juez en caso de incumplimiento de esta sustitución puede dejarla sin efecto y ordenar la prisión preventiva del procesado, y no procederá luego de esta revocatoria una nueva medida de sustitución, con lo que se evitará el riesgo de fuga del procesado.

2.5. INDEMINIZACION POR PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.

El sometimiento a prisión preventiva de la persona imputada de un delito, y que posteriormente recupera su libertad por sobreseimiento o por absolución, plantea el interrogante de si tiene algún derecho a una reparación que tendría por fuente el menoscabo sufrido en uno de sus bienes jurídicos más preciados, como es su libertad personal.

Consta como garantía fundamental la obligación estatal de “no restringir la libertad del imputado o del acusado, más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación penal, y que no eludirá la acción de la justicia, debiendo constituir siempre la prisión preventiva una medida cautelar y no una medida de carácter punitivo”¹¹². Debemos tener en cuenta, el Art. 11 numeral 9 de la Constitución, que indica: “El estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”¹¹³. Es necesario tomar en cuenta estas disposiciones a fin de evitar el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido.

El peligro de retardo o “*pelicurum in mora*” está constituido por la existencia de un peligro de daño jurídico ante eventual sustracción del acusado del proceso y de la ejecución de la sentencia¹¹⁴.

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 77; Caso tibi vs. Ecuador, sentencia 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párrafo 180.

¹¹³ Constitución, op., cit., p.5.

¹¹⁴ Jurisprudencia Especializada Constitucional. Corporación de estudios y Publicaciones. Tomo II. Quito. 2006. p.19.

Los pactos internacionales sobre derechos humanos advierten esta problemática y consagran el derecho a la reparación de aquel que se ha visto privado ilegítimamente de su libertad. En este sentido, el Pacto de San José, o al Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 10 dispone: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 5 dice: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”¹¹⁵.

De esta manera, existe la posibilidad de exigirle al Estado la reparación de los daños producidos por una privación de libertad que se motive en la ilegalidad o en el error. Actualmente, se ha establecido las reglas específicas para la sustanciación de los procesos por el mal funcionamiento de la administración de justicia, las mismas que se encuentran en el Capítulo II, del Título I, del Código Orgánico de la Función Judicial.

En el inciso primero del Art. 32 del mentado Código Orgánico, consta que: “ El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.¹¹⁶ En el caso que nos ocupa respecto a la prisión preventiva, y al principio de presunción de inocencia, cuando haya violaciones constitucionales, observamos que los perjudicados, pueden proponer ante la autoridad competente, una acción o demanda de daños y perjuicios y de daño moral.

El inciso sexto, de este artículo también dice. “ Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya

¹¹⁵ <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

¹¹⁶ Registro Oficial, No. 544 de lunes 9 de marzo del 2009, pág. 7.

sufrido prisión preventiva y luego haya sido sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral”.¹¹⁷

Es decir, con esta reforma, es el Estado quien se encuentra obligado a reparar los daños y perjuicios de una persona, que estuvo con prisión preventiva y fue sobreseída y cuando haya tenido una sentencia condenatoria ésta ha sido revocada mediante el recurso de revisión.

Con ello, se considera garantizar al máximo, el principio de inocencia que analizamos anteriormente, y por ende la medida cautelar de las prisiones preventivas se van a reducir al máximo, ya que ningún Juez o Fiscal va a querer ser demandado por el Estado, mediante el derecho de repetición.

El art.33 ibidem, establece, que “...el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados, al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales...”.

A nivel internacional, el número de demandas formuladas por mantener el respeto a tales derechos son innumerables. Este cambio de perspectiva demuestra, que los derechos humanos se han convertido en una realidad en las leyes¹¹⁸

¹¹⁷ Registro Oficial, No. 544.....p.7.

¹¹⁸ Karel Vasak, *Los derechos humanos como realidad legal*, Volumen I, Editor general karel basak, Serbal Unesco, 1984. P.26

En ciertos países como en España, el Estado ha creado un fondo destinado a reparar las personas que han sufrido detenciones injustas, así se indica que el hecho de que la prisión preventiva se haya previsto que dure lo necesario e indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley, no garantiza que siempre sea una medida justa, proporcionada y que responda a sus fines procesales, así Karel Basak, respecto al Código de Procedimiento Penal Español dice: “El Nuevo Código Procesal, sin embargo ha creado el Fondo de Indemnizaciones para reparar a las víctimas de error judicial, precepto aplicable al detenido preventivo que hubiera sido privado de su libertad injustamente”¹¹⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado que, entre las obligaciones de los Estados parte emanadas de la Convención Americana, está la de investigar de derechos humanos ocurridas en su territorio, aún las cometidas por particulares y la de sancionar penalmente a los responsables de ellas. Si un Estado no investiga las violaciones ni sanciona a los responsables incurre en responsabilidad internacional por violación del Art. 1 de la Convención, que establece la obligación de garantizar los derechos en ella reconocidos. Para la Corte Interamericana “la sanción penal es necesaria para garantizar la vigencia de los derechos humanos”¹²⁰.

Es justo y humanitario que, a quienes han estado privados preventivamente de su libertad durante varios años, tiempo en el que, aparte de haber perdido el bien más preciado, su vida de relación en sociedad, entre otros, se los compense, aunque sólo sea pecuniariamente, por los daños inferidos, una vez que han sido declarados como no

¹¹⁹ William Herrera Añez, *Las medidas cautelares*.....p.410.

¹²⁰ Santiago Ottaviano, *Garantías Penales*.....p.430.

culpables de un delito. En Europa,¹²¹ el fundamento de la indemnización que merece quien habiendo sufrido detención preventiva no es posteriormente condenado, o lo es a pena no privativa de la libertad, o por tiempo inferior al cumplido, se encuentra en los correspondientes preceptos de los convenios internacionales y, en algunos casos, como en la propia Constitución, tal como lo dispone su Artículo 121.

2.6. LOS INDICIOS Y LA EVIDENCIA

Recordemos que el Art. 167 del C.P.P. establece que para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva, se necesitan indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública e indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito¹²².

Por tanto, es necesario comprender que son los indicios, y sus elementos característicos, que tienen que ver 1°. Un hecho conocido, comprobado, llamado también indicador o hecho indicante o de causa. 2°. Un hecho desconocido que es el que se busca conocer o probar (delito, culpabilidad o no culpabilidad). 3°. Una inferencia lógica o un juicio de razonamiento, según el cual partiendo del hecho conocido deducimos con posibilidad con probabilidad o con certeza, cual es el hecho desconocido, a fin de poder comprender, la capacidad jurídica que deben tener tanto los jueces como fiscales al momento de decidir sobre la tipicidad del delito y si se reúne los requisitos establecidos, en la ley, a fin de dictar la prisión preventiva.

¹²¹ Aristides Rayo, *Las medidas cautelares personales en el Derecho Positivo Panameño y en el Derecho comparado*, en Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano, 2002. pp. 340,341

¹²² Código de Procedimiento Penal,cit., p.37

Etimológicamente *indicium* es una derivación de *indicare* que significa indicar, hacer conocer algo, mostrar, hacer saber. Con un criterio dinámico, preferimos pensar que indicio proviene de *indicere*, resaltante de la contracción de “*inde dicere*”, que denotaría el hecho pero iluminado por el argumento probatorio que de él obtiene el interprete ¹²³ .

Walter Guerrero Vivanco, sostiene que el indicio no es el medio de prueba sino es el hecho o el acto que se prueba.

El art. 88 *ibidem*, establece: Las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes y para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:

1.- Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada en derecho; 2.- Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones y 3.- que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: varios, relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí, unívocos, es decir, que todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y, directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

Hay dos corrientes sobre el indicio: una que sostiene que no son medios de prueba y la de quienes sostienen lo contrario.

Eugenio Florian¹²⁴ sostiene: “En el fondo el indicio se reduce a una operación lógica de deducir el conocimiento de un hecho, de una cosa o de una situación que se ignora en

¹²³ Jairo, Parra Quijano, *Tratado de la Prueba Judicial Indicios y Presunciones*. Tomo IV, Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá Colombia, 2005, p. 3.

¹²⁴ Eugenio Florian, *De las pruebas penales*. Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1968, p.60.

todo o en parte, de la existencia de un hecho distinto, de una cosa o de una situación diversa, ya establecida en el proceso...en el fondo, el indicio puede considerarse desde dos puntos de vista: por un lado se vincula al concepto de objeto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta; y, expresa el resultado de una operación mental, de una inducción lógica y psicológica lo que desemboca en una apreciación y pertenece, consiguientemente a la valoración de la prueba de la cual es uno de sus modos.

Leo Rosenberg¹²⁵ manifiesta: La prueba inmediata o directa y mediata o indirecta o de indicios, la primera tiene por objeto afirmaciones sobre hechos de los que directamente debe resultar la existencia o la inexistencia de una características típica de la norma; la segunda se refiere a otros hechos extraños a la tipicidad, que solo deben justificar la conclusión sobre la existencia o inexistencia de una característica de tal especie. A ella pertenecen también los llamados hechos auxiliares de la prueba, que atañen a la admisibilidad o a la fuerza probatoria de un medio de prueba. Tales hechos se llaman indicios...el juez debe estar positivamente convencido de la verdad de los hechos indiciarios, cuando deben formar el fundamento de la conclusión; por eso el indicio es objeto de prueba como los hechos directamente importantes, y se demuestra mediante medios de prueba, pero él mismo no es medio de prueba.

Para Jairo Parra Quijano,¹²⁶ casi toda la doctrina en general considera que los indicios son medio de prueba. Para una mejor comprensión, el lector debe imaginar que hubiese necesidad de probar la existencia del testigo (sería objeto de prueba) y una vez probado éste

¹²⁵Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Tomo II. Cap. IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, ps.202-203.

¹²⁶Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba*.....p.12.

(testigo) empezará a contarnos los hechos que interesan al proceso. Exactamente igual sucede con la prueba de indicios: debemos probar el hecho (el testigo), para que éste nos muestre (el testigo nos narra) indicándonos otro. Sostener que el indicio sólo es objeto de prueba es quedarse en la mitad del camino. Leo Rosenberg dice: “ Estos hechos, en caso de probarse, justifican la conclusión sobre la existencia de aquellas circunstancias directamente importantes”. Las circunstancias directamente importantes, precisamente, se traen al proceso (mostrándolas) por medio de los indicios. Los mismos razonamientos del autor citado nos permiten concluir que efectivamente los indicios son medios de prueba, sólo que nos son representativos, ni muestran directamente el hecho, sino que lo indican (el que interesa al proceso)...No se puede de ninguna manera, centrar la importancia del indicio en el proceso penal, ya que este proceso se realiza con todos los medios probatorios; aún con la inspección judicial. Somos conscientes que el indicio no es un hecho cualquiera sino un hecho que tiene la propiedad, por así decirlo, de salirse de sí para mostrar otro, pero es un hecho una circunstancia.

Respecto a los indicios que determina el art. 167, podemos manifestar que en la investigación el Fiscal, para solicitar al juez la prisión preventiva, debe cumplir con los cinco requisitos, anteriormente analizados. Han existido casos, en los cuales, por la premura en las audiencias flagrantes, se pueda confundir la acción penal cometiendo el error de instruir delitos de acciones privadas.

De los daños ocasionados por la prisión provisional, no solo puede considerarse el perjuicio causado en la libertad individual del imputado o acusado, sino también el riesgo de que al llegar el momento del juicio, dicha persona no sea finalmente hallada culpable, con el consiguiente descrédito que supone para el sistema penal el que un inocente se haya

visto privado de su libertad. En este orden de ideas no debe bastar con la existencia de meros indicios, sino que es necesario que a la vista de tales indicios pueda sostenerse la existencia de una elevada probabilidad de condena cuando llegue el momento del juicio.

Para llegar a determinar los indicios de que el imputado es autor o cómplice del delito, se necesita de varios hechos, o circunstancias realizadas en la investigación, a fin de determinar su autoría o complicidad.

LA EVIDENCIA.

No se puede confundir los indicios con las evidencias, por tanto, ahora explicaremos que es la evidencia y manifestaremos que es cualquier objeto perceptible por los sentidos que puede ser usado para probar la existencia de un hecho o su inexistencia. En materia legal la evidencia consiste en aquellas cosas que ayudan a probar la existencia de una infracción y quien cometió tal infracción.

La prueba de la existencia de la infracción consiste solamente en lo observado por el agente u oficial de la ley o por un testigo. En casos más complicados puede surgir la necesidad de llevar a cabo una investigación de la escena del crimen y posiblemente realizar un análisis forense o médico-legal de la evidencia.

Tipos de Evidencia: La evidencia puede ser física o testimonial, aunque el CPP la clasifica en material, testimonial y documental. La Evidencia Física consiste en cualquier objeto, fotografía, huellas, marcas o registros que ayuden a probar que la infracción ha ocurrido y a determinar quién es el responsable de tal infracción.

La Evidencia Testimonial es todo lo que los testigos, oficiales, agentes, expertos, conocen para declararlo o testificarlo en el juicio.

Se aconseja que en cuanto se conozca de la infracción se empiece a buscar evidencia, sin demora. Mientras más pronto se la obtenga, hay menos posibilidades de su destrucción o contaminación. Se debe buscar la evidencia con cualquier medio disponible. Debe tomarse todo el tiempo necesario observando detenidamente el lugar donde se ha cometido la infracción.

Se debe recoger la evidencia en cualquier lugar donde pueda existir. Las inmediaciones cercanas al sitio de la infracción son el lugar donde se empezará porque allí es donde hay más probabilidades de encontrarla. La búsqueda no debe terminar allí, es posible que la evidencia haya sido diseminada por el área circundante por actividad humana o de animales o por otros factores. Muchas veces la evidencia es escondida por el infractor en el lugar donde cometió la infracción. Hay que poner atención en los lugares que facilitan el ocultamiento de cualquier evidencia. Una vez que la investigación se amplía, se necesitará buscar evidencia en cualquier lugar donde se encuentre. Puede ser en residencias, negocios, vehículos, embarcaciones, bodegas, depósitos, etc. Se necesitarán órdenes de allanamiento o el consentimiento de los propietarios para llevar a cabo estas búsquedas de evidencia.

A través de la evidencia se pueden probar los puntos de la acusación o, en su caso, de la defensa. Si se cuenta con buena evidencia cualquiera puede ser condenado o, en su defecto, absuelto por un Tribunal Penal. Si no se cuenta con buena evidencia no se probará la existencia de la infracción o la culpabilidad del presunto responsable, por ello, cuando la obtengamos debe ser recolectada conforme a las normas procesales penales, y a la Constitución de la República, ya que recordemos, que toda prueba obtenidas o actuadas, con violación de la Constitución o la Ley, no tendrán validez alguna.

Nuestra Policía Judicial, cuenta con la cadena de custodia, para realizar este procedimiento de manera efectivo, sin que pueda alterarse las evidencias recolectadas o inclusive que las partes aleguen que existieron violaciones de procedimiento en la recolección de las evidencias.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO GARANTISTA PARA ORDENAR LA PRISION PREVENTIVA.

Recordemos que en el Sistema Inquisitivo, parte de la concentración de las funciones acusatorias, defensiva y juzgatorias la encabezaba un solo sujeto: el juez. A partir del cambio al sistema acusatorio: éste, en total contradicción con el anterior, desconcentra las funciones procesales y atribuye la acusación a un órgano neto y pre constituido que tiene la función de investigar, probar, promover la acción y acusar, frente a otro independiente que controvierte, prueba y defiende; ambos ante un tercero que escucha, conoce, valora y juzga: acusador, acusado y juez. Se compone con notas distintivas afines que lo integran y complementan como son: oralidad, publicidad, inmediación, concentración, de audiencias, instancia única, tribunal colegiado, igualdad ante la ley, sana crítica, unidad y continuidad de actos sin delegación en funcionarios intermediarios, identidad personal de los jueces, además de seguridad, rapidez y economía.¹²⁷

La renovación constitucional, trae un emplazamiento distinto al concepto de celeridad del trámite judicial. Esta obligación fundamental de actuar en tiempo y oportunamente, se acentúa en los procesos constitucionales, pero supone, además, incorporar a todo proceso el valor de la tutela judicial efectiva. Es decir, el resultado de un

¹²⁷ Jorge Moras Mom, *Ciencia y Política*.....pp.136,137

proceso, debe ser pronunciado en un lapso de tiempo compatible con la naturaleza y las circunstancias que rodean el caso.

El proceso de la rapidez se asocia con las dilaciones indebidas para definir la garantía a la seguridad jurídica que deben tener las partes en el conflicto judicial. Lo que no hay que hacer es vincular celeridad con demoras incorrectas, para deducir de ello la responsabilidad del órgano jurisdiccional; ya que pueden existir procesos rápidos con lentitudes provocadas por el mismo sistema. Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin agregar trámites¹²⁸.

El Código de Procedimiento Penal, en el Art. 5.3., establece que en todas las etapas las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral.¹²⁹ Es decir, a través de este principio, se tienen que desarrollar estas audiencias, cuidando el principio contradictorio.

Se refleja también el principio de inmediación, por la resolución inmediata de las resoluciones o decisiones judiciales, y que se traduce en el hecho de resolver después de presenciar el acto, dictando la correspondiente resolución decisoria al acto o diligencia que se presencia, pues ello permite que el juez tenga presente las impresiones, recuerdos derivados de la propia diligencia.

¹²⁸ Osvaldo Alfredo Gozaíni, , *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*p.541

¹²⁹ Código de Procedimiento Penal.....p.2

Se ha mencionado la evidente relación de la inmediación con la oralidad y la contradicción del principio acusatorio. Los mismos exigen la presencia directa del juez en las diligencias y permiten su presencia activa y directa en relación al hecho y la persona que juzga, y no en cuanto al expediente escrito como ocurría con anterioridad. La presencia de juez en la primera declaración del procesado, evita que se deforme o se altere la realidad, pues le permite obtener información desde su fuente originaria. Pero lo más importante que cabe mencionar en cuanto a este aspecto, es que luego de la primera declaración del procesado ante el Juez, éste debe inmediatamente resolver la situación jurídica de quien se le presenta, siendo fundamental para ello, oír sus pedimentos sobre el particular.¹³⁰

3.1. LA AUDIENCIA DE CONTROL DE FLAGRANCIA

Recordemos previamente, que el delito flagrante es el que se comete en presencia de una o más personas (se encuentra en el lugar de los hechos), o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido (inmediatez y temporalidad). En las reformas actuales, en el art. 162 del C.P.P., se aclara que la inmediatez, se produce siempre que haya existido una persecución ininterrumpida, desde el momento de la supuesta comisión hasta al detención, en donde no se puede alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas.

Estas audiencias de calificación de flagrancia, tiene como antecedente, y vienen perfeccionándose a partir, del 28 de noviembre del 2007, cuando la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, apegados, a las anteriores disposiciones constitucionales, Art. 24 numeral 6 de la Constitución de la República, que señalaba, que

¹³⁰ <http://www.idpp.gob.gt/Modulos/Descarga/Prisión%preentiva%20Tomo%201.pdf>.

nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante , en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin fórmula de juicio por más de 24 horas; conforme al Art. 18, Ibidem, que establecía que los derechos y garantías son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad y no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o el desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución.

Optaron entonces, por emitir una resolución, en la cual dentro de las 24 horas se realizaría una audiencia de formulación de cargos por parte del fiscal, en presencia del juez, del denunciado o denunciados, junto a su Abogado defensor o defensor de Oficio o público, del denunciante, de los policías que han cooperado con la aprehensión y en fin con todas las personas que conocieren del cometimiento del ilícito, a fin de cumplir con el principio de inmediación y decidir por la situación jurídica del detenido, conforme al Art. 76 numeral 7 literal c), de la actual Constitución, que indica el derecho de una persona a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

Con la reforma, claramente se establece un procedimiento a seguir, en esta audiencia denominada de calificación de flagrancia, Art. 161.1, del Código de Procedimiento Penal.¹³¹ El juez considerado de Garantías Penales, es quien inicia la audiencia, señalando los derechos y garantías a que hubiere lugar. Este aspecto, es muy importante, ya que la persona que se halla detenida va a escuchar todos los derechos y garantías constitucionales que le asiste.

¹³¹ Código de Procedimiento Pena, op. Cit., p.35

Luego, el representante de la Fiscalía, es quien expone el caso, para lo cual, previamente, ya tendrá en sus manos el parte de detención realizado por el Agente de la Policía, en el que se hallarán expuestos todas las circunstancias de la detención, al igual que todas las evidencias encontradas en poder del sospechoso, a fin de poder realizar una imputación que justifique el inicio de instrucción fiscal, de conformidad con el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal¹³².

Así también, el fiscal es quien debe solicitar al juez las medidas cautelares de manera motivada, que estime necesarias para la investigación.

Otra innovación, que se encuentra en esta audiencia de control de flagrancia, es que el fiscal, debe indicar que en treinta días, va a concluir su investigación, lo cual se va a evitar que el procesado, tenga demoras y dilataciones sin sentido. Recordemos, que La expresión “proceso sin dilaciones indebidas” es tributaria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que simplifica la exigencia para los procesos penales.

No obstante, la tendencia mundial extiende el concepto a todo tipo de procedimientos donde se debe hacer realidad la noción de “tutela judicial efectiva”. Se propicia que en el desarrollo de las etapas procesales no se provoquen acciones dilatorias u obstruccionistas que paralicen o demoren inútilmente la solución final de la controversia. La dilación se produce por el comportamiento intencionado de las partes, o mediante la no ejecución por el órgano judicial de las obligaciones que están bajo su responsabilidad. Cuando las demoras son producto de la acción de las partes, la dilación compromete el deber jurisdiccional de controlar la regularidad de las actuaciones que el proceso suscita,

¹³² Ibidem

mientras que si la lentitud se produce por la injustificada reacción de la judicatura a los pedidos de los litigantes, la consecuencia es hacer responsable al órgano judicial.¹³³

Por tanto, y para evitar, este tipo de dilataciones, y procurar celeridad en el procedimiento, sin duda es eficaz el tiempo de 30 días y no de 90 que contenía anteriormente el Código Procesal Penal.

Luego, el juez procede a escuchar al ofendido si hubiera, al policía, si considera necesario, para que relate las circunstancias de la detención, y al detenido directamente o través de su abogado defensor, concluyendo esta audiencia, con la imposición o no de las medidas cautelares, y la notificación a los sujetos procesales en esta audiencia.

Picó i Junoy dice que: “ debe diferenciarse la tutela judicial efectiva que promete el artículo 24.1 de la Constitución Española, respecto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque entre ellas existe una relación instrumental innegable. Así el Tribunal constitucional ha destacado que la carta Fundamental (de España) no sólo ha integrado el tiempo como exigencia objetiva de la justicia, sino que, además ha reconocido como garantía individual el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, autónomo respecto al derecho a la tutela efectiva, aunque ello no significa negar la conexión entre ambos derechos” (sentencia 1-12-94)¹³⁴. Procedimiento sencillo también puede ser aquel que resume las actuaciones procesales en etapas bien delimitadas en sus posibilidades de tiempo y actuación efectiva.

3.2. LA AUDIENCIA DE FORMULACION DE CARGOS EN LOS DELITOS NO FLAGRANTES.

¹³³ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*p.547

¹³⁴ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*p.542

Es de recordar que en la ciudad de Cuenca, se originaron las audiencias, ya que previo a dictar prisión preventiva, se lo realizaba mediante audiencia oral, pública y contradictoria, lo que posibilitó la reducción considerable del número de presos sin sentencia.

Actualmente desde el 11 de septiembre del 2008, se están realizando también las audiencias de formulación de cargos para dar inicio a la Instrucción Fiscal, en los delitos no flagrantes, en todos los delitos y en todo el país.

En el Código de Procedimiento Penal, en el Art. 160.1,¹³⁵ se establece el procedimiento a seguir para dictar la prisión preventiva. En primer término, indica que desde el inicio de la instrucción, la medida de la prisión cautelar, debe ser resuelta en audiencia oral, pública y contradictoria, salvo las excepciones. Para ello, el juez de garantías, convoca a las partes procesales en el término de hasta 5 días a audiencia.

Luego, el Juez escucha al Fiscal, recordemos que es este funcionario, quien debe motivar o fundamentar la pertinencia de la medida cautelar de la prisión preventiva, conforme a los Arts. 159, 160 y 167 del Código de Procedimiento Penal; luego, el Juez concede la palabra al abogado de la defensa, quien también expondrá sus argumentos solicitando una medida alternativa, sustitutiva o a la vez la no pertinencia de alguna medida cautelar, luego el Juez, resuelve en esta misma audiencia, lo solicitado, y debatido, de manera oral.

Sin duda, con este procedimiento, además de garantizar el derecho de defensa del procesado, así como la igualdad de actuación, evidencias, elementos de cargo y de

¹³⁵ Código de Procedimiento Penal, op., cit., p.135

descargo, entre Fiscal y la Defensa, se garantiza la imparcialidad del Juzgador, así como la transparencia en la toma de decisión de la medida coercitiva a imponer, al adoptarse públicamente, y no en el secreto, como era anteriormente.

Es necesario que durante la indagación previa, se obtengan los elementos de convicción necesarios, como para poder establecer claramente si el denunciado es responsable del delito que se le atribuye, es decir, debemos contar con el 100% de elementos o indicios necesarios, para poder solicitar la medida cautelar de la prisión preventiva al Juez, e iniciar la instrucción fiscal, pero lo que no se puede realizar es privarles de su libertad para luego investigar, hechos o actos que debieron ser investigados en la indagación previa.

Actualmente, el Ministro de Justicia, Néstor Arvito, ha considerado que la prisión preventiva es válida, pero como figura de excepción, y se la debe aplicar cuando existen todos los elementos coordinados que ameriten que esa persona sobre la cual no existe una sentencia, debe estar privado de su libertad¹³⁶.

Es de recordar también que antes de estas reformas, una persona era privada de la libertad, sin que hayan tenido la oportunidad de haber sido informado de las acciones penales iniciadas en su contra, por ello, la instauración de estos procedimientos garantistas es que estos procedimientos son constitucionales y sirven para evitar alguna nulidad procesal.

¹³⁶ <http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/100530#top>

CAPITULO IV

ANALISIS DE TRES CASOS PENALES.

4.1. INSTRUCCIÓN FISCAL NO. 791-2007- MJF. (Anexo1).

En el presente caso, el Fiscal, por considerar que existen fundamentos suficientes sobre la existencia de un presunto delito de falsificación y uso doloso de documentos falsos, dicta su resolución de inicio de la etapa de la instrucción fiscal contra NN, por considerarlo el presunto autor del delito antes señalado. En la etapa de Instrucción por estar contenidos los requisitos del artículo 167 del código de Procedimiento Penal, el Juez ordenó la prisión preventiva; pero antes de emitir el dictamen correspondiente, el señor NN, recobró su libertad, ya que el Fiscal solicitó la revocatoria de la prisión preventiva. Luego emite dictamen acusatorio, por ser el presunto autor del delito tipificado y sancionado por el Art. 341 del Código Penal, por considerar que de los resultados obtenidos durante la etapa de instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado.- Posteriormente, el Juez, emite auto de llamamiento a juicio, ya que de la valoración de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden graves y fundadas presunciones sobre la existencia del delito como de la participación del imputado en el mismo, para que responda en calidad de presunto autor del delito de uso doloso de documentos falsos, tipificado y sancionado en los Arts. 341 y 339 del Código Penal.

Dispuso el Juez la medida cautelar de orden personal, esto es, la prisión preventiva contra el acusado NN y para el efecto se ha oficiado a las Autoridades de Policía, a fin de

que procedan a su inmediata localización y captura sin que hasta este momento haya ocurrido.

Hay que recordar, que los objetivos de las medidas cautelares son precisamente la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio. Si bien es cierto y como se ha analizado, la prisión preventiva se la debe adoptar de manera excepcional y restrictiva, en el presente caso, el procesado obtuvo la revocatoria de la prisión preventiva, sin lugar para ello, ya que en ningún momento se desvanecieron los indicios, no fue sobreseído, no se excedieron los plazos previstos en el art. 169, así como tampoco el juez no sustituyó por otra medida preventiva alternativa.

El presente caso, se encuentra paralizado, en espera de que el procesado sea capturado, para que continúe la causa. Este es un ejemplo de los miles de casos, que se encuentran en espera de una prescripción.

4.2. CAUSA PENAL 80-2005, TRIBUNAL TERCERO DE LO PENAL DE PICHINCHA,(Anexo 2).

En este caso como se puede observar, el acusado fue aprehendido el 21 de diciembre del 2004, por ser el presunto autor del delito de violación; luego con fecha 21 de junio del 2005, el Juez Segundo de lo Penal de Pichincha dicta el auto de llamamiento a juicio; y con fecha 21 de febrero del 2008, se dicta sentencia condenatoria.

Es decir, permaneció tres años, dos meses, en prisión preventiva, desde el mes de diciembre del 2004 hasta el mes de febrero del 2008. Son dos situaciones que hay que analizarlas, por un lado, el principio de proporcionalidad, ya que el acusado recibió una sentencia de 16 años de reclusión, y por ende el tiempo que estuvo en prisión fue

descontado, debiendo permanecer aproximadamente 13 años en prisión; y por otro, se observa que la caducidad de la prisión preventiva, que en el presente caso era de un año, ya expiró.

Señala la profesora Teresa Aguado Correa, en su obra “El principio de proporcionalidad en derecho Penal”, que la importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito procesal penal se debe a la confrontación individuo-Estado que tiene lugar en el proceso penal y la consiguiente lesión de derechos fundamentales, tales como la libertad personal, el secreto de las comunicaciones, el honor, la inviolabilidad del domicilio. Tales restricciones no se justifican sino es en orden a la consecución de los fines que persigue el ejercicio del ius puniendi del Estado¹³⁷.

Cabe preguntarse, si se violaron los derechos del acusado, al permanecer sin una sentencia por más de un año, en que se cumplió la caducidad de la prisión preventiva; o si por el contrario a través de la sentencia condenatoria después de tres años, la sociedad siente que el acusado, está ya cumpliendo una pena, por los hechos cometidos?. Sin duda serán polémicas las respuestas, pero siempre va a estar vigente la norma constitucional y en el presente caso, sin duda se violó la Constitución de la República, y con ello el derecho a la libertad, el debido proceso y la seguridad jurídica.

Recordemos que los plazos de caducidad para la prisión preventiva, estatuido en la Constitución, se lo hizo bajo el entendido de que en tales plazos debería estar ya concluido el juicio penal que se lleva adelante contra aquellos a quienes se ha apresado en forma cautelar, y por tanto, el rechazo a la situación de personas privadas de la libertad sin límite

¹³⁷ Aristides Royo, *Las medidas cautelares personales en el Derecho positivo panameño y en el Derecho Comparado*, en Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano. Ediciones Konrad Adenauer Stiftung, 2002, p. 339.

de tiempo, en una especie de condena anticipada, como se había manifestado anteriormente, que rechazan por cierto todos los convenios internacionales de derechos humanos suscritos por Ecuador.

En vista de que en el país toda persona se presume inocente antes de probarse lo contrario mediante sentencia condenatoria, la prisión preventiva es una medida grave por cuanto podría significar el apresamiento de un inocente. Por ello, en la Constitución se establece un plazo de caducidad (6 meses y 1 año según la gravedad del delito) con el fin de buscar la aceleración del juzgamiento del individuo y así evitar cometer una injusticia tan delicada como mantener en prisión a un inocente.

La libertad personal es un derecho extremadamente importante. Es por esto que la prisión preventiva es una medida cautelar necesaria pero altamente delicada. Los plazos actuales de caducidad, deberían ser más que suficientes para culminar un proceso de juzgamiento de un delincuente y sentenciar su inocencia o su culpabilidad.

El problema es que en el Ecuador ha existido un exceso de tipificación de delitos. El derecho penal debe ser la última alternativa para sancionar conductas peligrosas en la sociedad, pero en el Ecuador se ha recurrido a él para todo tipo de medidas. Así, existen innumerables actos considerados delitos en el país y la tendencia a criminalizar más actividades es notoria. El resultado es que los juzgados del país están atiborrados de procesos, algunos por delitos sin víctima y otros por actividades que no deberían ser consideradas delitos (especulación de precios, cobro de intereses altos, entre otros).

Si bien es cierto que los reos utilizan argucias para evitar audiencias y conseguir la caducidad de la prisión preventiva, no es menos cierto que en la actualidad ha bajado el

número de hacinamiento en los centros de reclusión, pero sin embargo todavía existen muchos de los reclusos que no tienen sentencia, como la persona del presente caso.

Los legisladores deben revisar el Código Penal y derogar la innumerable cantidad de delitos que afectan la libertad de las personas sin sancionar una conducta que atente contra legítimos derechos de los demás. Sólo eliminando la tendencia a criminalizar este tipo de actividades se puede aliviar la aglomeración de juicios y evitar la necesidad de reformas como éstas que preocupan a la sociedad libre.

Finalmente, la sanción pecuniaria y administrativa a los funcionarios que demoren los procesos es una medida acertada de la reforma, que podría incentivar a aumentar su responsabilidad.

Qué hacer, entonces, para corregir los problemas que la caducidad puede ocasionar? En primer lugar, los jueces y fiscales deben cumplir los plazos que la ley establece para los distintos actos procesales. Y, en segundo lugar, cortar una corruptela que lamentablemente se ha extendido en los círculos profesionales, y que consiste en crear artificialmente dilatorias y demoras en el proceso, faltando a las audiencias, provocando interrupciones e incidentes.

Por tanto, se considera que el Estado ecuatoriano, a través de su administración de justicia, debe respetar las normas del debido proceso contempladas en nuestra Constitución y aplicarlas para todos los ciudadanos sin discriminación de ningún tipo, ya que en un estado constitucional de derecho, no deben existir presos sin sentencia.

4.3.- CAUSA PENAL No.143-07. TRIBUNAL PRIMERO DE LO PENAL DE PICHINCHA, (Anexo 3)

En el presente caso, se puede observar que el acusado, permaneció 2 años en prisión preventiva. Respecto a la caducidad de la medida, se excedió el tiempo de un año, ya que el delito que se le acusaba tenía una posible pena de 3 a 6 años de reclusión.

En la causa “ *Fasciutto, Julián*” resulta por la Cámara Criminal y Correccional de Mar del Plata, sala II ,¹³⁸ estableció que la duración razonable del proceso está incluida dentro de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ello se encuentra reconocido por las disposiciones contenidas en los Artículos 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y Artículo 9.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que gozan de jerarquía constitucional, al asegurar el derecho de toda persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

Lo contrario implica tergiversar el carácter meramente cautelar de la prisión preventiva para convertirla en una verdadera pena anticipada. Por tanto, la prisión por más de tres años y medio, sin sentencia, constituye una violación de la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Allí también se dijo que el cese de la prisión preventiva se diferencia de la excarcelación, razón por la cual debe considerarse cancelada la fianza real oportunamente fijada, pudiendo imponerse aquellas garantías que se aplican a los casos de imputados que sufren un auto de procesamiento sin prisión preventiva.

¹³⁸ Osvaldo Alfredo Gozaíni , *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*p.554

Toda persona que se encuentra privada de libertad tiene derecho a que su caso sea analizado con prioridad, y que se imprima una diligencia especial en su tramitación. De esta forma, el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del procedimiento constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable (CIDH, 11-3-97, Informe 2/97)¹³⁹

En el caso que nos ocupa, el acusado no fue juzgado dentro el plazo razonable, es decir dentro del año, al contrario permaneció injustamente detenido, ya que al final se emitió una sentencia absolutoria en su favor. Es por ello, que ahora, con el fin de evitar todas estas arbitrariedades, como analizamos, respecto a la caducidad establecido en la Constitución, es el juez el responsable directo de que se cumplan los plazos, además de las responsabilidades civiles que tengan lugar.

También en el presente caso no se consideró el estado de inocencia del acusado, así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha desarrollado el sentido de la presunción de inocencia contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los términos siguientes: “ En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”.¹⁴⁰

¹³⁹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso*p.558

¹⁴⁰ Alberto Bovino, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*,P.439.

Los cuatro Tribunales Penales, en Pichincha, se encuentran despachando solicitudes de peticiones respecto de las caducidades de la prisión preventiva, cumpliendo así con el mandato constitucional, pero de otro lado, se espera que estas personas que son beneficiadas con la caducidad, se presenten a la fecha dispuesta, a fin de que tenga lugar las audiencias de juzgamiento, caso contrario, muchos delitos quedarán en la impunidad.

Actualmente, se tiene conocimiento que se han creado cinco Tribunales Penales, y que próximamente entrarán en funciones, con estas creaciones, se espera que haya celeridad y se evacuen de manera ágil y oportuna las causas, a fin de evitar las caducidades y que las personas sean sentenciadas o absueltas en el tiempo oportuno.

CONCLUSIONES:

1. Los principios, especialmente el principio o estado de inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad e inmediación, que son eminentemente constitucionales, y a la luz de los tratados internacionales, deben ser observados y aplicados, en todos los aspectos de la prisión preventiva.
2. El principio de inocencia, como el derecho a un juicio previo, son límites normativos preestablecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que garantizan el estado de libertad del imputado durante el proceso penal.
3. La prisión preventiva, es una institución eminentemente procesal, que constituye la décimo tercera medida cautelar de carácter personal. Asignar otros fines a la prisión preventiva significa dislocar nuestro sistema penal y convertir a esta medida cautelar en una práctica punitiva y de control social.
4. La prisión preventiva se constituye en una medida excepcional, a la que hay que acudir como último recurso, de acuerdo con la norma que la regula y la doctrina jurisprudencial.
5. Con las reformas al Código de Procedimiento penal, se han establecido dos presupuestos adicionales a los requisitos establecidos en el Art. 167, en los cuales se debe justificar, la insuficiencia de las doce medidas cautelares personales y las tres medidas de orden real.
6. La prisión preventiva tiene presupuestos materiales y subjetivos, que tienen como proyección y objetivo garantizar la comparecencia del procesado o acusado

al proceso y la eventual realización de la etapa procesal del juicio, en el que se asegura un cumplimiento de la pena. Este es un principio normativo limitador del exagerado y desmesurado uso de la prisión preventiva durante el proceso penal ecuatoriano.

7. A través de las audiencias, sea de control de flagrancia o de formulación de cargos en los delitos no flagrantes, se cumplen con los principios de celeridad, oralidad, contradicción e inmediación, y permite que el juez decida motivadamente a través de las exposiciones de las partes, su resolución en ese momento, respecto de las medidas cautelares personales o reales.

RECOMENDACIONES

1.- Que haya capacitación permanente tanto a jueces, fiscales como defensores, respecto de la excepcionalidad de la prisión preventiva, en aplicación del garantismo penal y del derecho penal mínimo, como respuesta a la sociedad.

2.- Los fiscales, deben aplicar el Art. 65 del Código de Procedimiento Penal, especialmente en la objetividad de su investigación, para recabar los elementos de cargo y de descargo y tener verdaderos elementos de convicción que puedan sustentar la aplicación justa de la prisión preventiva.

3.- Los Jueces, fiscales deben ponderar sus decisiones respecto de la aplicación de las garantías o principios constitucionales- penales, a fin de evitar excesos en la aplicación de la prisión preventiva.

4.- La prisión preventiva es una medida excepcional, considerada una medida de última ratio, que debe practicarse en el ámbito del proceso penal. La inseguridad jurídica que

se vive en nuestro país, permite que esta medida sea frecuentemente recurrible, hecho que con la aplicación del nuevo modelo procesal debe convertirse en una medida excepcional y que obligará a los fiscales a solicitar cuando no haya otra medida cautelar alternativa y por su parte el Juez a dictarlo debidamente fundamentado y cumpliendo exhaustivamente con los requisitos establecidos en la Constitución, Tratados Internacionales y la Ley Procesal Penal.

5.- Es una medida de ultima ratio, que solo debe aplicarse ante circunstancias plenamente justificadas, que deben condecirse con un estado de cosas que revele graves indicios de criminalidad.

6.- Recordar que la prisión preventiva, no es el instrumento principal o secundario para reducir o contener la criminalidad, sino que es el desarrollo social el que posibilitará la capacidad para resolver los conflictos sociales.

BIBLIOGRAFIA

Amnistía Internacional, Informe 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 77.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre de 2004, párrafo 180.

Binder, Alberto M. , *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2da. Edición, segunda reimpresión, 2002.

Bovino, Alberto, *El encarcelamiento preventivo en los Tratados de Derechos Humanos*, programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Argentina, Editores del Puerto, 2006.

Bovino, Alberto, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005

Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Argentina, Editores del Puerto, 1998.

Campbell Juan Colombo, *Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung .e.v. 2007.

Cafferata Nores, José I., Cuestiones actuales sobre el proceso penal, 3ra Ed. actualizada, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000

Carranza Elías, Mora, Luis Paulino, Hued Mario y Zaffaroni Eugenio Raúl. "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", Costa Rica, Ilanud.San José,.1988.

Castro, César San Marín, , *Derecho procesal penal*, Volumen I, Editorial Grijley, 2000.

Código de procedimiento Penal, Legislación codificada, Corporación de Estudios y Corporaciones, Quito, 2009.

Constitución de la República del Ecuador, Legislación codificada, Corporación de Estudios y Corporaciones, Quito, 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Daniel Tibi vs Ecuador, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 106,180.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia del 24 de Junio del 2005, párr. 75.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, N6, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9/5/1986, párr.21.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 77.

Duce, Mauricio- Riego Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Volumen 1, Universidad Diego Portales, escuela de Derecho, Chile, Alfabeto Artes Graficas, 2002

Edwards, Carlos Enrique, *Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Argentina, Editorial Astrea, , año 1996.

Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal", Ed. Trotta, España, Séptima Edición, 2005.

Florian, Eugenio, *De las pruebas penales*. Tomo I, Bogotá, Ed. Temis, 1968.

Gimeno, Sendra Vicente, Cortez Dominguez, Valentín y Moreno Catena, Victor, "Derecho procesal penal", Madrid, 1996, p.80, en Willian Herrera Añez, *Las Medidas Cautelares del Nuevo sistema Procesal penal, en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Kipus,

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional El Debido Proceso*, Buenos Aires, Argentina, Editores Rubinzal-Culzoni, 2006.

Jurisprudencia Especializada Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Tomo II, 2006.

Hassemer, Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", Ad-Hoc,S. R. L., Buenos Aires, Argentina, Primera edición, 1995.

<http://vlex.com/vid/presunción-inocencia-constitucional-mexicano-452376>

<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

<http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a-ccpr-sp.htm>

<http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/-comp36-sp.htm>

http://www.unchr.ch/spanish/htm/menu3/b/h-comp46_sp.htm

<http://vlex.com/vid/viii-naciones-unidas-prevencion-delincuente-45040521>

http://www.unhchr.ch/spanish/html/mlmenu3/b/h-comp46_sp.htm

<http://www.idpp.gob.gt/Modulos/Descarga/prisi3n%20preventiva%20Tomo%201.pdf>

<http://www.jusrionegro.gov.aar//jurisprudencia/ver.jurisprudencia.php?id=20368>

http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20penal/199904-eaj36_07.html

http://es.wikipedia.org/wiki/Prisi%3Bn_preventiva

http://comunicacionpatagonica.blogspot.com/2007_02_01archive.html

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%202013/ibanez13.htm>

<http://www.hoy.com.ec/Suplemen/blanc447/negro2htm>

http://www.hoy.com.ec/NoticiaNue.asp?row_id=267454

<http://www.idpp.gob.gt/Modulos/Descarga/Prisi3n%20preentiva%20Tomo%201.pdf>

<http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/100530#top>

<http://www.eltelegrafo.com.ec/actualidad/noticia/archive/actualidad/2009/03/25>

<http://www.oas.org/Juridico/Spanish/Tratados/b-32.html>

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

http://www.unhchr.ch/spanish/html/munu3/b/a_ccpr-sp.htm

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32html>

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_compu_sp.htm

<http://www.cidh.oas.org/pais.esp.htm>

http://es.wikipedia.org/wiki/Corte_Europea_de_Derechos_Humanos

<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

<http://www.vicepresidencia.gov.ec.gov.ec/docs/proyecto/ninoscarcel.pdf>

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr-sp.htm

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp46_sp.htm

<http://www.ecuadorinmediato.com/noticias/100530#top>

Ibañez, Perfecto Andrés: “Presunción de inocencia y prisión sin condena” en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica AÑO 10, N° 13, en <http://www.cienciaspenales.org/revista%2013/ibanez13.htm>.

Jakobs, G., con Cancio Melia, *Derecho penal del enemigo*, Edit. Thomson/Civitas

Jurisprudencia Especializada Constitucional. Corporación de estudios y Publicaciones. Tomo II. Quito. 2006.

Maier, Julio B J, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.

Maier Julio B J, *¿Es posible la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?* en AA. VV. Nuevas formulaciones en Ciencias Penales, Homenaje al Profesor Claus Roxin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba –Argentina, Ed. La Lectura-Lerner, 2001

O’Donnel, Daniel, *Protección internacional de los derechos Humanos*, Lima, Ed. Comisión Andina de Juristas, , 2da. Edición, 1982.

Ottaviano, Santiago, *Garantías Penales y Derechos Humanos*, en Juan Cianciardo, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, , 2006.p.16

Parra, Quijano Jairo: *Tratado de la Prueba Judicial Indicios y Presunciones*. Tomo IV, Bogotá –Colombia, Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2005.

Rosenberg, Leo: *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II, libro segundo, Cap. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

Royo, Aristides, *Las medidas cautelares personales en el derecho en derecho Positivo panameño y en el Derecho Comparado*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Editorial Konrad-Adenauer-Stiftug A.C, 2002.

Castro, San Martín, César, *Derecho Procesal Penal*, Lima-Perú, Volumen I, Grijley, 2001.

Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal- Fondo de Justicia Sociedad, Ecuador, Fundación ESQUEL-USAID, 2004-2005

Vasak, Karel, *Los derechos humanos como realidad legal*, Volumen I, Editor General Karel Basak, Serbal Unesco, 1984

Zabala, Baquerizo Jorge: “*El debido proceso penal*”, Guayaquil, Ediciones Edino, 2002.