

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Constitucional

“EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR”

José Carlos García Falconí

2009

Quito-Ecuador

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magister de la Universidad 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 parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

José Carlos García Falconí

Quito, 29 de enero de 2010

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Constitucional

“EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR”

José Carlos García Falconí

2009

Tutor: Dr. Ernesto Albán Gómez

Quito-Ecuador

RESUMEN

Me he involucrado profundamente en la presente investigación, toda vez que en mi vida judicial he sido fiscal y juez, y he considerado la importancia del *principio constitucional de la presunción de inocencia*, pues éste principio no está bien comprendido por los jueces de garantías penales, fiscales, policías, abogados en libre ejercicio y ciudadanía en general, porque no existe en nuestro país una cultura constitucional de respeto a la dignidad de las personas y a los derechos humanos, lo cual significa que no estamos todavía preparados para vivir en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; y, como consecuencia de ello se atropella el derecho a la libertad de personas inocentes, que a título de prisión preventiva han permanecido en Centros de Rehabilitación por varios meses y a veces por años, para luego obtener una sentencia que confirma la presunción de inocencia.

La *prisión preventiva*, sin embargo de que es una medida cautelar personal extrema, y de excepción de acuerdo a la Constitución de la República, el fiscal al momento de solicitarla y el juez de garantías penales al dictarla casi nunca la motiva, esto es, no se cumple con los requisitos constitucionales y legales, por falta de cultura jurídica constitucional, tanto más que al dictarla se violenta varios otros derechos constitucionales como el de la presunción de inocencia, la libertad, la privacidad, la dignidad, el derecho de defensa, etc.

En los capítulos primero y segundo fundamentaré el estudio sobre el principio constitucional de presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para limitar el derecho a la libertad, al momento que el fiscal lo solicita y que el juez lo dicta, pues toda persona debe ser considerada y tratada como inocente, por esta razón este principio constitucional es la garantía más significativa y se halla en primer plano en nuestro ordenamiento jurídico, pues se deriva del principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo, de lo cual se deduce la figura de un derecho constitucional a permanecer en libertad mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada o en firme, lo cual demuestro en el capítulo tercero que trato sobre la investigación de campo.

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se cuestiona si ¿Se respeta el principio de presunción de inocencia garantizado en la Constitución de la República, al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva? Sostengo que, actualmente se determina un irrespeto a este principio constitucional por parte de fiscales y jueces de garantías penales, lo cual se demuestra con los resultados de la investigación de campo y bibliografía documental, a través de los cuales he sistematizado el problema, buscando y descubriendo las causas, efectos y naturaleza que motivaron el mismo, además de sus aplicaciones y proponer soluciones alternativas. Se recopiló información científica en libros y códigos para conocer, interpretar, comparar y enfocar criterios, opiniones, conceptualizaciones, conclusiones o recomendaciones de distintos autores, expertos o especialistas en el área de la administración de justicia constitucional y penal.

El método utilizado fue el científico, porque busca la verdad a través de los hechos, el histórico, permite entender la actualidad y realidad de los acontecimientos humanos; y, los métodos inductivo y deductivo.

La investigación está dividida en tres capítulos: Capítulo Primero aborda el estudio sobre el derecho constitucional a la presunción de inocencia, la definición y su importancia. En el Capítulo Segundo, se confronta el principio constitucional de la presunción de inocencia con la medida cautelar de la prisión preventiva, para establecer las tensiones que existen entre intereses aparentemente contradictorios, como son los derechos de las víctimas versus los derechos de los detenidos. En el Capítulo Tercero, presento la muestra de campo, en el cual señalo la falta de aplicabilidad del principio constitucional de la presunción de inocencia y de los requisitos constitucionales y legales para solicitar y dictarla. Concluyo señalando, de cómo bajo un modelo garantista, el principio de presunción de inocencia no es un factor que propicia la impunidad o desconoce el derecho de las víctimas, sino que exige que se cumplan principios básicos de protección en los que se respete la dignidad del procesado. Y por último recomiendo, las reformas

que se deben introducir al sistema de justicia penal ecuatoriano para lograr el cumplimiento de la Constitución de la República en estos casos.

INDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1.1. Evolución Constitucional sobre la concepción de Estado y sus implicaciones

1.2. Definición Constitucional de la Presunción de Inocencia

1.2.1 Definición Constitucional y alcance del Derecho de Libertad

1.2.2 Definición y alcance de la garantía de la Presunción de Inocencia

1.3. La Presunción de Inocencia como Principio del Debido Proceso

1.4. La Presunción de Inocencia en relación con otras garantías del Debido Proceso

1.4.1 El In Dubio Pro Reo

1.4.2 El derecho a La Defensa

1.4.3 El principio Pro Homine

1.4.4 La Responsabilidad Objetiva del Estado

CAPÍTULO SEGUNDO

2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.1. La Presunción de Inocencia

2.1.1. La Presunción de Inocencia y la carga de la prueba

2.1.2. Clases de presunciones y diferencias entre presunción e indicio

2.1.3. Reserva de la investigación

2.1.4. Carácter excepcional de las medidas cautelares

2.1.5. La Presunción de Inocencia y la flagrancia

2.1.6. Derechos Humanos versus Derechos de las Víctimas

2.2. La Regulación de la Prisión Preventiva

- 2.2.1. Concepto y definiciones de prisión preventiva
- 2.2.2. Naturaleza de la prisión preventiva
- 2.2.3. Necesidad de la prisión preventiva
- 2.2.4. Características de la prisión preventiva
- 2.2.5. Requisitos constitucionales y legales para dictar la prisión preventiva
- 2.2.6. La motivación para dictar la medida cautelar de prisión preventiva
- 2.2.7. Efectos de la prisión preventiva
- 2.2.8. Caducidad de la prisión preventiva
- 2.2.9. La caución
- 2.2.10. Medidas alternativas a la prisión preventiva
- 2.2.11. Críticas a la prisión preventiva

CAPÍTULO TERCERO

3. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Análisis de la motivación y cumplimiento de los requisitos legales al momento de solicitar y dictar la prisión preventiva por parte de fiscales y jueces.

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO PRIMERO

1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1.1. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONCEPCIÓN DE ESTADO Y SUS IMPLICACIONES

Recordemos que la Constitución Política de 1979 señalaba que el Ecuador es un Estado de Derecho; en la Constitución Política de 1998 el Art. 1 decía en la parte pertinente "El Ecuador es un Estado Social de Derecho..."; en la nueva Constitución del 2008 el Art. 1 dice "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...". De tal manera que existe una evolución dentro de la doctrina del Estado y para comprender lo que dice la Constitución de la República, es menester señalar que la teoría del estado ha evolucionado, partiendo de profundos cataclismos políticos-sociales hacia un nuevo constitucionalismo, siendo éste el instante histórico que vive el país, al señalar que el Ecuador "Es un Estado constitucional de derechos y justicia". Esta calificación le otorga un contenido diferente al país, pues la concepción de que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, implica que nuestro país se funda en la solidaridad, en la dignidad, en el trabajo, y la prevalencia del interés general que se traduce en la vigencia inmediata de los derechos constitucionales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales.

En la Constitución Política de 1998 se señalaba que el Ecuador es un Estado Social de Derecho, y esto implicaba que se establecía la primacía del derecho consagrado en las leyes frente al autoritarismo y a los totalitarismos; además definía la responsabilidad social que tenía el Estado para lograr el bienestar de todos los ciudadanos, y buscaba la máxima aplicación y ejercicio de los derechos constitucionalmente protegidos, además se garantizaba estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, seguro para todos los ciudadanos bajo la idea de derechos y no simplemente de caridad; por el contrario, el Estado Constitucional es un concepto más avanzado y renovador, es un concepto nuevo porque consagra el principio de la supremacía de la Constitución por encima de la ley.

Al señalar en la Carta Magna que el Ecuador es un Estado Constitucional, quiere decir que el país tiene una Constitución escrita, que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, con la única salvedad de los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por el país, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución¹. De tal manera que todas las personas, están sujetas a la Constitución; y, los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, deben aplicar las normas constitucionales y las de los tratados internacionales².

Hay que considerar que el Estado ecuatoriano se funda con la nueva constitución en nuevos valores-derechos, que se consagran en esta Carta Magna y se manifiestan institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, del control político y jurídico en el ejercicio del poder; y, sobre todo a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos constitucionales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política de nuestro país.

El Estado de Justicia se caracteriza, entre otros factores, por leyes justas, necesarias, bien escritas, eficaces, con sanciones proporcionadas al hecho ilícito tipificado y que sean acatadas por la sociedad en su conjunto, esto quiere decir, que no sean draconianas ni débiles, innecesarias, difíciles de entender o confusas, simbólicas o de imposible cumplimiento. Por esa razón se señala³ que el anhelo de todas y todos los ecuatorianos de una justicia responsable, al alcance de cualquier persona y colectividad sin distinciones ni discriminación de ningún tipo sino efectiva y eficiente, participativa, transparente y garante de los derechos.

De todo lo anotado se desprende que, al ser el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, todos estamos sometidos a la Constitución, esto es, gobernantes y gobernados, pues la Constitución pasa a considerarse como norma jurídica fundamental.

¹ R.O. No. 449 del 20 de octubre de 2008, Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE)

²Art. 425 CRE.

³ Considerandos del Código Orgánico de la Función Judicial.

En el Estado Constitucional, los derechos fundamentales como el de presunción de inocencia, adquieren la dimensión de ser valores supremos en la vida del Estado y de la sociedad, donde los entes y dependencias estatales deben ir más allá del Estado Social de Derecho, para cumplirlos, hacerlos cumplir, garantizarlos, protegerlos, repararlos y no permitir su violación; de tal manera que una de las características fundamentales de este Estado, es ser garantista, esto es protector y reparador directo de los derechos humanos.

1.2.DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1.2.1 DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL Y ALCANCE DEL DERECHO A LA LIBERTAD

El derecho constitucional a la libertad, es un derecho que como fundamental debe ser preservado para cualquier persona, pero cuando se ve limitado por el cometimiento de una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías que señala la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las Leyes, y especialmente el Código de Procedimiento Penal.

El derecho a la libertad de las personas está reconocido y garantizado en la Constitución de la República⁴, y para comprender de mejor manera la presunción de inocencia, tenemos que referirnos a la libertad. La libertad, es sin duda un elemento esencial de la naturaleza del ser humano y es uno de los atributos más nobles del mismo, de tal modo que es en el terreno de las relaciones entre los hombres con sus semejantes, tema de especial importancia.

Hay que recalcar, que la garantía de la libertad individual en su esencia, consiste no solamente en que el individuo esté a salvo de prisiones por detenciones arbitrarias en forma material, sino que implica como dice la actual Constitución del Ecuador, una noción más comprensiva, esto es, que toda restricción impuesta a la libertad del hombre, es a los ojos de la ley una prisión, cualquiera que sea el lugar y sean cuales fueren los medios con que la restricción se

⁴ Art. 66 numeral 29 CRE.

efectúe, de tal modo que la libertad, valor supremo de una sociedad democrática se ve relegada y vulnerada a diario, por el irrespeto a la presunción de inocencia que se ejerce arbitrariamente por los jueces y fiscales.

De tal manera, que la libertad del procesado durante el juicio penal constituye la regla general, sólo se debe privar de la libertad a un ciudadano, cuando haya sentencia condenatoria en firme producto de un juicio transparente, público, en el cual se hayan observado las reglas del debido proceso, pues insisto que la libertad es el bien más importante del ser humano después de la vida, por esa razón se establece garantías básicas⁵ cuando en el proceso penal se haya privado de la libertad a una persona.

La libertad es un derecho fundamental y elemental, por el cual ha luchado la humanidad a través de su historia, de tal modo que el concepto de libertad sólo tiene sentido con relación al hombre, de ahí que la libertad es una exigencia de la naturaleza del hombre, una necesidad de su condición humana, de su racionalidad, así sin libertad no hay justicia, pues sin duda la libertad es un elemento esencial de la naturaleza del ser humano y uno de los atributos más nobles del mismo, en virtud de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en su dignidad y en derecho.

1.2.2 DEFINICIÓN Y ALCANCE DE LA GARANTÍA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un juez competente no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida, respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal y especialmente la prisión preventiva en forma

⁵ Art. 77 CRE.

restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales.

La presunción consiste en un juicio, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican el modo normal como el mismo sucede. Es suponer que algo existe y que es indiscutible, aunque no se encuentre probado. La presunción es una guía para la valoración de las pruebas, de tal modo que estas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o del hecho presumible.

Históricamente, varios Tratados Internacionales vigentes⁶ en el país, tratan sobre la presunción de inocencia, de lo cual se desprende, que existe una tendencia universal, a garantizar que a toda persona procesada se le presuma su inocencia hasta que judicialmente se establezca su culpabilidad mediante sentencia en firme, esta es una norma rectora del derecho penal de todo Estado constitucional de derechos y justicia; de tal manera que la presunción de inocencia acompaña a la persona procesada desde el inicio de la acción penal hasta cuando haya sentencia ejecutoriada de culpabilidad, así lo señala la Constitución de la República⁷; pero esta es una presunción *iuris tantum* o legal, es decir no es absoluta, puesto que las pruebas de cargo pueden dar con ella al traste, pero sólo queda desvirtuada definitivamente cuando se dicta sentencia condenatoria ejecutoriada. Esta presunción se aplica no solo en materia penal, sino también en el derecho administrativo sancionador.

Hay que señalar que el procesado, no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de culpabilidad del procesado; recordando que para dictar sentencia condenatoria según dispone el Código de Procedimiento Penal, hay que establecer con certeza la existencia de

⁶ Art. 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 8.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 6 numeral 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que a su vez es entidad autónoma de la Organización de los Estados Americanos, artículo 53 apartado VII; Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, Artículo XXVI; Comentarios general del Comité de Derechos Humanos sobre algunos Artículos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14 numeral 7.

⁷ Art. 76 numeral 2 CRE.

los elementos del delito y la conexión de los mismos con el procesado, esto es su culpabilidad y responsabilidad. La presunción de inocencia es un principio, que señala que nadie puede ser sancionado sin juicio previo y que tampoco puede ser condenado ni privado de su libertad a quien todavía no ha sido hallado culpable del delito por el que se le acusa.

1.3 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Hay que señalar, que las órdenes de prisión preventiva son las que más preocupan, ya que inciden en varios bienes jurídicos sumamente apreciados de la persona, como son su libertad, su dignidad, el derecho al trabajo y a la presunción de inocencia, por lo que la prisión preventiva constituye una de las medidas cautelares más graves que contempla nuestro Código de Procedimiento Penal.

Es menester recordar que el debido proceso, es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier clase de proceso y debe basarse en la práctica auténtica de los principios fundamentales de la libertad e igualdad; y, en materia penal, las consecuencias de la orden de prisión preventiva tienen varias implicaciones jurídicas como son la: separación familiar, degradación profesional y social, daños económicos, estigmatización, limitación de la defensa, etc.

Pero para limitar estos derechos, es menester observar las reglas del debido proceso; y el debido proceso es aquella obligación de todo juicio o acto administrativo, de guiarse y fundamentar sus resoluciones en las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, ciñéndose al texto de la Constitución de la República, de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de la ley, y de respetar las disposiciones de los cuerpos normativos vigentes. De este modo, quien aplica la ley debe cumplir los parámetros que ésta le flanquea, pues excediéndose de aquella, el juzgador se convierte en generador, en creador de "inseguridad jurídica", por su actuación ilegal, arbitraria o ilegítima.

El debido proceso es aquel, en el que se observan los principios constitucionales y pretende articular todo el desarrollo del proceso penal en este caso, para permitir que la investigación del ilícito y la determinación de la participación, sea conforme a los parámetros previamente establecidos por la normativa constitucional, tratados internacionales de derechos humanos y procesal penal.

En nuestra legislación⁸, el **debido proceso** en el que se incluye la presunción de inocencia, es el conjunto de actuaciones que deben desarrollar los sujetos procesales, en donde es necesario, respetar al máximo las formas propias de las ritualidades; y, esto es una garantía para el ciudadano en un Estado constitucional de derechos y justicia, o sea es una garantía contra la posible arbitrariedad de las actuaciones jurisdiccionales; debiendo destacar, que la garantía del debido proceso, es la más amplia de todas las consagradas en nuestra Constitución, y es uno de los derechos fundamentales, además ésta garantía rige desde su mismo inicio hasta la ejecución completa de la sentencia.

El debido proceso, se resume en una frase bíblica, que señala "No hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti"⁹, por esta razón se dice que mantener las garantías constitucionales para otros, es mantenerlas para sí mismas. De tal manera que el debido proceso, protege a las personas, contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no solo de las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adoptan y puedan afectar injustamente a los derechos e intereses legítimos de aquellos.

Además, comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procesales, el desarrollo de las actuaciones ejercidas por las autoridades en el ámbito judicial y administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas a estas actuaciones. De este modo, el debido proceso, salva guarda la primacía del

⁸ Art. 76. 2 CRE.

⁹ Sociedades Bíblicas Unidas, La Biblia, Segunda Edición, 1979, Evangelio según San Marcos, p 72.

principio de legalidad e igualdad, así como realiza efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia, sustento básico y esencial de una sociedad democrática.

El objeto del derecho al debido proceso, es proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses de aquellos; de este modo, el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales; y, las garantías del debido proceso, aseguran a la persona sometida a cualquier proceso a una recta y cumplida administración de justicia, a la seguridad jurídica, a la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho, etc. Hay que recalcar que el respeto al debido proceso, es una exigencia *sine quanon* para la garantía de los demás principios, derechos y deberes sustanciales que establece la Constitución de la República y las leyes respectivas.

Una de las garantías básicas en nuestro sistema penal y dentro del debido proceso, es la presunción de inocencia, de la cual deviene el principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo, de ello se colige que existe un derecho constitucional a permanecer en libertad mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada, así toda persona es inocente y se mantendrá como tal dentro del procedimiento penal, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia condenatoria en firme; o sea que nadie por regla general puede ser privado de su libertad mientras no sea probada su culpabilidad. Hay que recalcar que sólo la sentencia condenatoria ejecutoriada, cambia la situación jurídica de una persona procesada o acusada; o sea que es inocente y debe ser tratada como tal, hasta que haya sentencia condenatoria en firme.

Las consecuencias de la presunción de inocencia, son las siguientes:

- a) La carga de la prueba le corresponde al Estado, esto es a la parte que acusa, por lo que el procesado no está obligado a probar que es inocente, sino que esto le corresponde a la

parte acusadora, y en el caso de los delitos de acción pública a la Fiscalía, sin perjuicio de que los sujetos procesales también puedan ejercer su iniciativa probatoria, a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos o elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del procesado;

- b) En nuestra legislación¹⁰ constitucional y penal se encuentra prohibida la confesión del acusado cuando le puede acarrear responsabilidad penal, más aún, tiene el derecho a guardar silencio, sin que ello pueda ser tomado como indicio de su presunta culpabilidad.

1.4 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN RELACIÓN CON OTRAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

1.4.1 EL IN DUBIO PRO REO

El *in dubio pro reo*, es una locución latina, según la cual toda duda debe resolverse a favor del reo, es una regla del derecho penal que obliga al juez a ratificar la inocencia del procesado en caso de duda, esto es cuando se presenta el caso de mas allá de toda duda razonable sobre el examen de las pruebas, toda vez que nuestro Código de Procedimiento Penal exige que para que se dicte una sentencia condenatoria, la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado, lo cual supone que se lleve a cabo el debate contradictorio de las pruebas conforme al derecho probatorio, y si al final del caso arroja duda, esta debe resolverse a favor del procesado con su ratificación de inocencia, pues el derecho penal sustantivo no debe ser utilizado como instrumento de persecución de posibles peligros sociales.

Hay que recordar, que el juez no debe condenar al procesado, cuando del examen de las pruebas se deduce que hay duda razonable, esto es más allá de ese razonamiento o juicio acerca de la culpabilidad; toda vez que la presunción de inocencia implica que a los procesados no se los trate como culpables, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre la

¹⁰ Art. 76 numeral 7 letra c) y 77 numeral 7 letra c) CRE y, R.O. Suplemento No. 4360 del 13 de enero de 2000 y Registro Oficial Suplemento reformas No.555 del 24 de marzo de 2009 Artículo 4 del Código de Procedimiento Penal (CPP).

responsabilidad penal, así la carga de la prueba en los delitos de acción pública le corresponde a la Fiscalía General del Estado, que es la que debe desvirtuar esta presunción de inocencia.

Recordemos que el principio *in dubio pro reo*, es general del derecho y también es un principio para la prueba; además tiene dos dimensiones:

1. **DIMENSIÓN NORMATIVA**, esto es la existencia de la norma que impone a los jueces la obligación de ratificar la inocencia, cuando no se ha podido convencer de la culpabilidad del procesado o de condenar por la hipótesis más favorable al mismo.
2. **DIMENSIÓN FÁCTICA**, hace referencia al estado individual de duda de los jueces, es decir que en caso de conflicto¹¹ entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción; y, en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. Prohibiéndose en materia penal la interpretación extensiva, de tal modo que el juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley y en los casos de duda deberá interpretarla en el sentido más favorable al procesado, pues así lo señalan los artículos 2 y 4 del Código Penal en concordancia con el artículo 76 numeral 5 de la Constitución de la República y artículo 2 del Código de Procedimiento Penal.

De este modo se consagra el principio del *in dubio pro reo*; por el cual de existir duda en la prueba sobre la responsabilidad, debe dictarse sentencia confirmando la inocencia y ésta procede cuando el juez no ha alcanzado la necesaria convicción en conciencia de la culpabilidad del procesado; de tal manera que si el tribunal de garantías penales, realmente ha dudado, no está autorizado a condenar.

Al señalar el art. 4 del Código Penal sobre la duda, se refiere a las reglas de la aplicación preferencial de la ley permisiva o favorable, sobre la ley restrictiva o desfavorable aún cuando sea posterior. La duda existe siempre que sea producto de una disparidad interpretativa resultante de la

¹¹ Artículo 76 numeral 5 CRE.

interpretación del mismo fallo, considera posible al aplicar las reglas generales de herramientas jurídicas y de las especiales o propias del derecho, así la duda del Art. 4 del Código Penal se aplica cuando hay conflicto de normas, pero no se aplica en la valoración de las pruebas, conforme equivocadamente señalan varias sentencias dictadas por los tribunales de garantías penales.

Hay que destacar, que la duda sobre la responsabilidad, trata el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal reformado, que se refiere a la valoración de la prueba y la interpretación de la propia ley procesal que el mismo Código regula, pero no sirve a la aplicación de la ley sustantiva, tarea en la que el juez no puede estar a la más favorable, sino a la justa adecuación entre el hecho y una figura delictiva. En resumen, el principio del *in dubio pro reo*, asegura que el estado de duda implica siempre una decisión de no punibilidad, pues sólo la certeza de culpabilidad, emanada de las autoridades legítimas para pronunciarlas, puede modificar la situación de inocencia reconocida constitucionalmente.

Al respecto el tratadista Julio B. Mayer, señala "La certeza positiva o probabilidad positiva es aquella que afirma el hecho imputado y la certeza negativa o probabilidad negativa es aquella que se dirige a explicar cómo inexistente el hecho imputado, por tanto es correcto afirmar que solo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad permitan la absolución como consecuencia del *in dubio pro reo*"¹².

De lo anotado se desprende, que la certeza negativa y duda conducen a la sentencia confirmatoria de la inocencia del procesado. Así, la duda técnicamente es el estado procesal que tiene el juez y ante la duda insalvable por excepción, la decisión judicial debe favorecer al procesado, esto es cuando el Tribunal de Garantías Penales no tiene certeza de la responsabilidad del procesado aparece la duda; y esto implica reconocer su inocencia.

¹² Julio Mayer, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Segunda Edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 496

1.4.2 EL DERECHO A LA DEFENSA

El derecho a la defensa es uno de los principios integradores más importantes del debido proceso y se concreta en la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades, presentar argumentaciones y pruebas; de tal manera que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en un juicio, razón por la cual se declara nulo un proceso cuando el demandado en materia civil o el procesado en materia penal no ha sido citado en forma legal.

En la Constitución de la República¹³, el derecho a la defensa se encuentra garantizado como una de las reglas del debido proceso, que incluye varias garantías, como son que nadie puede ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento; contar con el tiempo y con los medios adecuados; ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones; que los procedimientos sean públicos; que nadie pueda ser interrogado sin la presencia de su abogado particular o un defensor público; en caso de personas que no hablen el idioma castellano ser asistido por un traductor o intérprete; libre comunicación con su abogado defensor; contradecir las pruebas de la contraparte; no ser juzgado dos veces por la misma causa y materia; que los testigos y peritos comparezcan a rendir su interrogatorio; a ser juzgado por su juez natural, independiente e imparcial; a que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas, de lo contrario son nulas dichas resoluciones; y a recurrir el fallo en todos los procedimientos.

Así el Estado debe garantizar que los procesados tengan efectiva y real oportunidad de hacer valer sus razones durante la investigación del juicio. También se refiere a la búsqueda de la verdad, o sea el derecho a la defensa es elemento esencial, insustituible e imprescindible del debido proceso, pues tiene que ver con la posibilidad de contradicción de las pruebas y de la posibilidad de interponer recursos.

¹³Art. 76 numeral 7 CRE.

Recordemos que, la culpabilidad es un supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga; de tal manera que la presunción de inocencia¹⁴ no crea ese estado de inocencia, sino que lo reconoce y ampara, y sólo éste puede ser alterado con la prueba plena de la responsabilidad penal.

1.4.3 EL PRINCIPIO PRO HOMINE

La libertad es uno de los derechos fundamentales del ser humano, por lo que nuestro ordenamiento jurídico la protege y le dota de garantías a fin de que no se la atente; sin embargo, este derecho lo pierde la persona cuando ha efectuado conductas contrarias a la ley, pero para limitarla hay que cumplir requisitos constitucionales y legales; pues el orden constitucional del Estado, tiene como principio y fin, como su razón de ser la existencia del ser humano, esto es de las personas que lo constituyen, de tal manera que el ser humano es el elemento fundamental del Estado, de cualquier tipo de sociedad, puesto que incluso el territorio o espacio geográfico, cobra importancia en función de las necesidades humanas.

El principio pro homine se entiende como la característica propia de todo ser humano, que le permita vivir, no sobrevivir, que le permita satisfacer todas sus necesidades y tener dignidad en su forma de vivir; y que las normas constitucionales siempre se interpreten en caso de duda a favor del ser humano; pues éste tiene una dimensión básica que es su **dignidad**, esta es la raíz de todos sus derechos fundamentales; dicho de otro modo, todos los derechos se desprenden de la dignidad inherentes a la persona humana, así por ejemplo en derechos tales como la integridad física y moral, la libertad de transitar, de conciencia y de religión, la no discriminación, el derecho al honor, a la intimidad personal, etc.

¹⁴ Art. 76 numeral 2 CRE.

El principio de dignidad humana recogido constitucionalmente¹⁵ y además se recalca que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no excluye los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Los operadores en la administración de justicia, tomarán en cuenta que el fin de la ley procesal es la aplicación de la ley en concreto, pues hoy los jueces penales son de garantías constitucionales, de tal modo que el juez en general, de cualquier clase que sea, o de cualquier nivel, ha de proteger y defender las garantías individuales y sociales, pues el debido proceso exige que los procedimientos judiciales sean justos y la noción de un proceso judicial justo, es central en nuestro sistema jurídico.

En resumen, el principio de la supremacía constitucional, entraña una eficaz protección de la libertad y dignidad del ser humano, en tanto obliga a los poderes constituidos a que se sujeten en sus actos y decisiones a lo dispuesto en la Constitución, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en cuya parte dogmática se encuentra por así decirlo el catálogo de los derechos fundamentales de las personas; esto es de los derechos mínimos del ser humano, de las libertades e intereses legítimos de los ciudadanos que exigen un tratamiento digno, justo y equitativo.

1.4.4 LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO

La responsabilidad objetiva, es aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes, que hubiesen ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares, en este caso en contra de los fiscales y jueces de garantías penales que solicitan y dictan respectivamente la orden de prisión preventiva, sin cumplir con los requisitos constitucionales y legales. A fin de

¹⁵ R.O. No. 449 del 20 de octubre de 2008, Preámbulo y en los artículos 11 numeral 7, 33, 45, 57 numeral 21, 58, 84, 329, 408 Constitución de la República del Ecuador.

establecer esta clase de responsabilidad no se requiere probar dolo o culpa del servidor judicial, es suficiente con la demostración de la existencia del daño, y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado y la acción del Estado; esto tiene su razón de ser, porque la persona afectada se encuentra en una situación de desventaja frente al poder público; por esto la Constitución¹⁶ ha señalado la responsabilidad civil extracontractual del Estado por detención arbitraria y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, lo cual se encuentra corroborado con las disposiciones del Código Orgánico¹⁷ de la Función Judicial.

¹⁶ Art. 11 numeral 9 CRE.

¹⁷ R.O. Suplemento No.544 del 9 de marzo de 2009, Art. 15, 32 y 33 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.1 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

2.1.1 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Debo comenzar señalando que el tratadista Luigi Ferrajoli¹⁸, manifiesta que la culpa y no la inocencia deben ser demostradas, y es la prueba de la culpa y no de la inocencia que se presume desde el principio, la que forma el objeto del juicio pues, la lucha entre la libertad y la autoridad es el rasgo más saliente de las épocas históricas que nos son más familiares en las historias de Grecia, Roma e Inglaterra.

El antecedente primigenio de la prisión preventiva, lo encontramos en los pueblos y civilizaciones antiguas, en donde llevados muchas veces por actos intuitivos, sin ningún sustento lógico o jurídico, se privaba de la libertad a quien se creía el autor de un hecho delictivo, pero dicha privación de la libertad era muy larga, lo cual constituía una verdadera imposición de una pena sin fórmula de juicio. En el Ecuador las Constituciones de 1830, 1835, 1845, 1852, 1861 y 1869 señalaban que nadie puede ser arrestado sino por orden de autoridad competente, esto es solo el juez podía privar de la libertad a una persona.

En la tradición humanista¹⁹ encontramos que nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente. La Constitución²⁰ de la República en su parte pertinente señala "...se presumirá la inocencia de toda persona, y **será tratada como tal** (las negrillas son mías), mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada"; es por esta razón que el procesado no puede ser tratado como culpable ni ser obligado a declarar, dado su estado de

¹⁸ Lujji Ferrajoli, "*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*", Madrid España, Editorial Trotta, Sexta Edición, 2004, pp. 549, 550 y 551.

¹⁹ Ulpiano citado por Montañés Pardo, Miguel Ángel en *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, Ed. Arazandi. 1999, P. 29.

²⁰ artículo 76 numeral 2 CRE.

inocencia, pero es posible que el juez de garantías penales a petición del fiscal dicte la prisión preventiva de manera excepcional, con la única finalidad de garantizar los fines del proceso.

Debo señalar, que sólo en casos estrictamente necesarios y en la medida que sea imprescindible para garantizar los derechos de los demás o las exigencias del bien común, se puede restringir la libertad de una persona, de tal manera que hay que considerar el ejercicio de la libertad como norma general, su restricción como una excepción limitada, que es menester justificar con la necesidad de proteger otros derechos o bienes relevantes, esto constituye la esencia ideológica sobre la que se asienta el principio de proporcionalidad; o sea, que los males que se evitan sean mayores de los que se causan con tales prohibiciones y castigos.

De aquí nace la interrogante ¿Qué es el principio de proporcionalidad? En el caso de la prisión preventiva, el principio de proporcionalidad es una medida natural, para frenar el poder de la policía, pues es un contrapeso de la discrecionalidad del poder policial que prescribe la adopción de las medidas menos perjudiciales a los derechos e intereses de los ciudadanos. De tal manera, que el principio constitucional de proporcionalidad, es un instrumento para controlar todas las actividades de los poderes públicos, que inciden de algún modo en los derechos fundamentales, e incluso para favorecer el alcance de estos derechos en las relaciones con los particulares.

El principio de proporcionalidad, es el límite de los derechos fundamentales, pues así se controla la actividad de los poderes públicos que inciden en la órbita de estos derechos; debiendo señalar que la presunción de inocencia se desvanece, verificando si ha existido una mínima actividad probatoria, que practicada con todas las garantías constitucionales y legales, pueda estimarse cargos en contra del procesado.

Debo recalcar, que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema procesal penal, como por imperativo constitucional, es la Fiscalía como parte acusadora en los delitos de acción penal pública o el querellante en los delitos de acción penal privada, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpativas, es decir no es el acusado quien tiene que acreditar su

inocencia, sino que es quien le acusa quien debe acreditar la culpabilidad del procesado²¹; de tal manera que es uno de los derechos básicos del procesado guardar silencio, sin que ello pueda ser tomado como indicio de su presunta culpabilidad.

2.1.2 CLASES DE PRESUNCIONES Y DIFERENCIAS ENTRE PRESUNCIÓN E INDICIO

Presumir, es suponer que algo existe y que es indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican el modo normal como el mismo sucede; de este modo, la presunción, es una guía para la valoración de las pruebas, o sea que éstas deben demostrar la certidumbre en el hecho presunto o del hecho presumible.

Como lo he señalado, la presunción²² de inocencia es una presunción *juris tantum* o legal, es decir no es absoluta. Hay que recalcar que el procesado, no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de culpabilidad del procesado.

Para establecer las diferencias entre presunción e indicio, es preciso señalar que indicio, en la doctrina es un hecho, del que se infiere lógicamente la existencia de otros hechos y de acuerdo con ella; de tal modo que, para que un hecho pueda tenerse como indicio, éste debe estar probado plenamente. O sea que indicios son datos procesales, que unidos entre sí, devienen en presunción; y, es sobre la base de los indicios, que el juez debe fundamentar la prisión preventiva ordenada, debiendo precisar los mismos, pues esto constituye una garantía para el ciudadano.

De esta manera los indicios versan sobre el hecho, su aporte criminal, o la manera con que éste se realizó; en otras palabras, el indicio es una prueba indirecta, que por vía de raciocinio a partir de un hecho conocido, es conducido a otros desconocidos, así sin los indicios no existen presunciones; de todo lo cual se colige que los indicios deben ser efectivos para contribuir o formar

²¹ Artículo 77 numeral 7 CRE que dice, "El derecho de toda persona incluye...b) Acogerse al silencio..."

²² Art. 76 numeral 2 CRE.

el criterio del juez, de que en efecto se ha cometido un ilícito penal de acción pública sancionado con una pena mayor de un año de prisión, y que el procesado puede tener responsabilidad como autor o como cómplice del mismo; o sea debe haber existido una mínima actividad probatoria de cargo contra el acusado o procesado, debido a que el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal es polindicionario, porque exige varios indicios y no uno sólo para dictar la prisión preventiva en su contra.

Respecto a los indicios, éstos deben ser de carácter **grave**, es decir la importancia, no pueden ser una simple sospecha o un cargo que no esté legalmente probado, de tal manera que antes de dictar la orden de prisión preventiva, el juez de garantías penales, con auxilio de la lógica, debe efectuar un estudio profundo de los indicios de responsabilidad en contra del procesado, como autor o como cómplice, de la existencia de un delito de acción penal pública sancionado con una pena superior a un año; y, además de conformidad con las reformas²³ al Código de Procedimiento Penal, deben existir indicios suficientes, de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio, y de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

En consecuencia, indicio es un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otros hechos; y, de acuerdo con ello, para que un hecho pueda tenérselo como indicio debe estar probado plenamente, de este modo, el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal exige un serio motivo para proceder a la privación de la libertad de una persona; en razón de lo expuesto, indicio son datos procesales, que unidos entre sí los indicios devienen en **presunción**, razonamiento que precisamente por ser tal, no consta en el proceso sino en la cabeza del juez, recordando que sin los indicios le será imposible al juez de garantías penales fundamentar una orden de prisión preventiva.

²³ Suplemento del Registro Oficial No. 555 del 24 de marzo de 2009, reformas al Código de Procedimiento Penal.

Por lo tanto, para dictar la prisión preventiva, el juez de garantías penales debe considerar el fundamento de los indicios, que son datos fácticos, que al ser relacionados con un hecho que se quiere conocer o por merced a una operación lógica y racional, arrojan como resultado una probabilidad y no la simple probabilidad acerca del delito o de la responsabilidad del procesado, que aún cuando sea probado, se edifica sobre el acto que se imputa, sin que resulte relevante o indispensable un juicio atinente a la personalidad del procesado.

La prueba de indicios en materia penal es importante, pues no es fácil lograr una prueba directa del hecho, y si se prescinde de esta prueba quedaría en impunidad muchos delitos, pero hay que aclarar que los indicios son diferentes a simples sospechas. La doctrina señala que los indicios para que tengan valor deben cumplir con lo siguiente:

1. Que parta de hechos plenamente probados; y,
2. Que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de la sana crítica, que deben ser debidamente expresados al disponer la prisión preventiva²⁴.

El Dr. Luis Cueva Carrión señala las reglas sobre los indicios: "Un indicio jamás prueba la culpabilidad. Los indicios son más convincentes cuanto más precisos, concordantes y numerosos son. Los indicios son los eslabones de la cadena del delito. Los indicios son: materiales y psicológicos".²⁵

La presunción, es el conocimiento que se adquiere o la inferencia o deducción que en virtud del razonamiento extrae el juzgador del conjunto de indicios, en relación con las demás probanzas que obren dentro del proceso, y que lo llevan a concluir que el hecho desconocido es cierto. De tal manera que para ordenar la prisión preventiva es necesario el conocimiento del hecho y que se deduzca una verdad a partir de un hecho conocido para averiguar el de otro desconocido.

²⁴ Registro Oficial Suplemento reformas No.555 del 24 de marzo de 2009, Art. 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal.

²⁵ Luis Cueva Carrión, *Valoración Jurídica de la Prueba Penal, Ediciones Cueva Carrión*, Tomo I, Quito, Ecuador, p. 284.

El mismo doctor Cueva Carrión, señala las diferencias entre indicio y presunción, manifestando:

Generalmente se confunde al indicio con la presunción y, en la práctica, se los trata en forma indiferenciada; vamos a aclarar este asunto estableciendo su diferencia. Las presunciones no son indicios; se basan en indicios. Los indicios son los soportes de las presunciones, son los elementos básicos para su formulación. Las presunciones no se prueban, se infieren. Los indicios se prueban. Los indicios son anteriores; las presunciones, posteriores. Las presunciones son el resultado de la inferencia que se obtiene en base a los indicios.²⁶

2.1.3 RESERVA DE LA INVESTIGACIÓN

Para analizar este punto es menester señalar que existe también la libertad de información, que es un derecho que la sociedad en general tiene, de estar bien y oportunamente informada, y este derecho está garantizado tanto en la Constitución de la República, como en Convenios Internacionales vigentes en el país; y, este derecho constituye en todas sus modalidades, núcleo fundamental del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, de convivencia ciudadana y de desarrollo democrático de las sociedades.

Especial importancia merece analizar la posibilidad de establecer una reserva respecto a la información en los procesos penales durante la etapa de la investigación de un delito de acción pública, aplicables a quienes no sean sujetos procesales. Al respecto se ha señalado que esta medida se justifica, en tanto que en la etapa de investigación se acopien elementos de convicción y se realicen averiguaciones de distinta índole, cuyo conocimiento público podría hacerla fracasar. De otra parte, la ausencia en esta etapa de un grado adecuado de certeza sobre la responsabilidad, no permitiría al Estado formular una imputación sobre la autoría del delito, de modo que la publicidad causaría un detrimento injustificado a la dignidad de la persona objeto de la

²⁶Ibidem, p. 284.

investigación, y podría influir de manera poderosa sobre los jueces, comprometiendo la imparcialidad y la objetividad de la justicia.

Una vez culminada la etapa de investigación, se debe garantizar la publicidad del proceso penal, pues ya no existe el riesgo de socavar la investigación –que ha concluido- ni de afectar de manera grave al respeto y la dignidad del procesado, pues solo con suficientes elementos de convicción puede haberse formulado la acusación por la comisión de un delito, la que en todo caso no tiene la naturaleza de condena y por sí misma no desvirtúa la presunción de inocencia.

El tratadista Luis Huerta Guerrero, respecto de la publicidad manifiesta:

La publicidad del proceso, luego de la etapa de investigación se torna imprescindible para llevar a cabo un control social de la utilidad jurisdiccional del Estado, a fin de evitar los procesos secretos y supervisar la estricta observancia del debido proceso por parte de las autoridades judiciales. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, la función jurisdiccional que ejercen los jueces penales, como actividad pública, debe estar sujeta al control de la vigilancia de la sociedad, máxime si se tiene presente que a través suyo el Estado administra el uso de la fuerza legítima y puede restringir la libertad²⁷.

Sin embargo, no debe condenarse al ciudadano públicamente a través de los medios de información, basados en meras apariencias ni con los primeros indicios, porque la presunción de inocencia que se predica dentro del proceso legal, judicial o administrativo, es violentamente arrebatada ante la comunidad en general, con una desafortunada información o comentario, en medios masivos de difusión; desapareciendo, llevándose de bulto el derecho fundamental de la inocencia, como del debido proceso, del Estado Social de Derecho²⁸.

Con razón, lo dice el tratadista colombiano Antonio José Cansino:

“Se afecta el derecho de presunción de inocencia, cuando, se toma el nombre de una persona para hacerla figurar como autora de hechos criminales apenas en la indagación preliminar, y es sometida, a debates públicos propiciados por los mismos funcionarios

²⁷ Luis Huerta Guerrero, *El Derecho de Acceso a la Información Pública*, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú 2002, p. 185

²⁸ Orlando Alfonso Rodríguez, *La Presunción de Inocencia*, Bogotá, 2000. p. 75.

judiciales, con atrevidas e inseguras frases sobre la responsabilidad, que se hacen objeto de especulaciones periodísticas. Las tardías rectificaciones, aclaraciones, o muestras de arrepentimiento de los funcionarios de nada sirven cuando la honra de las personas ha quedado maltrecha por estos experimentos tan indeseables como nocivos. Además del atentado al derecho a la honra y al buen nombre del ciudadano, da lugar a que la prueba se desgaste, se desvirtúe, se malogre en publicidades innecesarias, con debates en prensa, que le quitan seriedad a la administración de justicia"²⁹.

De lo anotado se colige, que las informaciones judiciales no pueden estar basadas en especulaciones sobre hechos inciertos, ni en conclusiones deducidas apresuradamente por los periodistas, pues se corre el riesgo de tergiversar los hechos, tornando la información en falsa o engañosa, o de lesionar el buen nombre, la honra, la intimidad o la dignidad de personas o instituciones. Además, por lo general una vez capturado el procesado, es presentado a los medios de información, quienes realizan el gran despliegue de imagen, causándole un daño no solo a su honra, buen nombre, sino a su capital social, reputación laboral o profesional, como a su entorno familiar, más aún se lesiona a todos los derechos de los niños que dependen del procesado.

Así nace la gran interrogante, ¿Qué hacer cuando dos derechos constitucionales entran en colisión?, como en el presente caso, el derecho de presunción de inocencia y el derecho a la información, entonces habrá que aplicar el principio de proporcionalidad, que sirve como punto de apoyo; y, el de ponderación, esto es el juez debe hacer una labor de hermenéutica, a fin de dilucidar y decidir qué derecho se aplica.

De lo que se desprende que, si se ejerce el derecho fundamental de la información dentro de los parámetros que establece la Constitución de la República y la ley con responsabilidad, no tiene porque afectarse la presunción de inocencia ni la investigación que debe desarrollar la Fiscalía, ni el mismo juzgamiento. Ahora, si por intereses particulares o por error, se afecta este derecho fundamental, el mismo Asambleísta Constituyente, precisa como se debe hacer respetar

²⁹ Antonio José Cansino, *Principales Problemas de la Justicia Penal*, Bogotá, 2000. p. 75.

estos principios, esto es con el derecho de rectificación, de réplica, que señala nuestra Constitución³⁰.

Al respecto la constitución colombiana, señala los parámetros para superar este conflicto al manifestar que la sociedad tiene el derecho de ser informada, siempre que la noticia esté revestida de veracidad e imparcialidad y que no afecte el uso de la investigación revelando información que esté sometida a la reserva sumarial. De este modo la presunción de inocencia emerge legalmente desde el momento de la sindicación, debe extenderse más allá de la actividad estatal, abarcando los medios masivos de información (medios impresos y electromagnéticos), por lo que la sociedad no le debe tildar de delincuente sin el previo enjuiciamiento y fallo definitivo. En consecuencia, la información difundida a través de los medios masivos debe ser verás, objetiva e imparcial, y debe respetar este derecho del ciudadano.

Por otra parte, está el interés del ciudadano por defender su buen nombre, su honra, la presunción de inocencia, tres derechos fundamentales que pueden resultar lesionados, por el interés de la sociedad de recibir información de lo que ocurre en ella. No es verás la información que es producto de un rumor, una conseja, una difamación. Sólo es información apta para difundir a la sociedad, aquella que es producto de un acto administrativo o resolución judicial, presentada de manera motivada, sin calificativos peyorativos o desdeñosos para con el procesado.

2.1.4 CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable. Señala Ferrajoli que es esta la opción sobre la que Montesquieu fundó el nexo entre libertad y seguridad de los ciudadanos: "La libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad (...).Dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las

³⁰ R.O. No. 449 del 20 de octubre de 2008, Art. 66 numerales 7 y 18 CRE; Art. 14 de la Convención de Derechos Humanos; y, Registro Oficial Suplemento reformas No.555 del 24 de marzo de 2009 art. 215 Código de Procedimiento Penal.

acusaciones públicas o privadas (...). Cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad"³¹.

El maestro Ferrajoli señala que el principio de jurisdiccionalidad exige en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación; postula la presunción de inocencia del imputado hasta que exista prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. El mismo autor determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son: "La regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal y la regla del juicio que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda"³².

Solo en casos estrictamente necesarios y en la medida que sean imprescindibles para garantizar los derechos de los demás o las exigencias del bien común, se debe dictar la prisión preventiva, pues el ejercicio de la libertad como norma general, su restricción como una excepción limitada, que es menester justificar, con la necesidad de proteger otros derechos o bienes relevantes, constituye el sustrato ideológico sobre el que se asienta el principio de proporcionalidad, de tal manera que los males que se evitan sean mayores de los que se causan con tales prohibiciones y castigos.

El Código de Procedimiento Penal reformado³³, señala cuáles son las medidas cautelares de carácter personal y enuncia trece; y la última se refiere a la prisión preventiva, esto es la principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad, que consiste en la necesidad de agotar toda 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 procesado; de tal manera que la prisión preventiva sólo se justifica cuando resulta imposible neutralizar el peligro procesal, con medidas de coerción alternativa a la prisión preventiva.

³¹ Lujji Ferrajoli, *"Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal"*, Madrid España, Editorial Trotta, Sexta Edición, 2004, pp. 549, 550 y 551.

³² *Ibidem*.

³³ Oficial Suplemento reformas No.555 del 24 de marzo de 2009 Artículo 160

El artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a la 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”.

La regla 2 número 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 de prisión, 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 las medidas no privativas de libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.

La regla 6 número 2 del mismo instrumento señala en la parte pertinente “Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible...”; y es así que las reformas³⁴ introducen medidas alternativas a la prisión preventiva, teniendo actualmente una amplia gama de medidas de coerción alternativas a dicha medida cautelar personal y que también sirven para garantizar los fines del proceso penal.

2.1.5 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA FLAGRANCIA

La flagrancia, etimológicamente significa arder, resplandecer, quemar, incendio sin freno ni medida³⁵. Jurídicamente significa la equivalencia entre signos externos y la supuesta demostración de una conducta antisocial del sujeto in flagrante. Nuestra legislación penal³⁶ define lo que es el delito flagrante, refiriéndose al cometido en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una

³⁴Suplemento de Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo del 2009, CPP se introdujeron 12 medidas alternativas a la prisión preventiva,

³⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo I, p. 974. Editorial ESPASA CALPE S.A., Madrid España, Octubre 2000

³⁶ Art. 162 CPP.

persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

La flagrancia puede darse en los siguientes eventos:

1. Cuando alguien es sorprendido al momento de cometer el delito, esto es cuando una o varias personas observan, identifican o individualizan cuando ejecutan la conducta, así la aprehensión no se logre de inmediato; de tal manera que flagrancia y captura en flagrancia no son términos sinónimos.
2. Cuando se lo sorprende con objetos, instrumentos o huellas de las cuales de manera razonada puede inferirse que poco o antes se ha cometido el hecho.
3. Si la persona inmediatamente luego de haber cometido el hecho punible, es perseguida por la autoridad o mediante voces de auxilio se solicita su aprehensión.

En resumen, los requisitos fundamentales para que se produzca la flagrancia, es la actualidad, esto es la presencia de personas en el momento de realización del hecho o momentos después, percatándose de él; y en segundo término la identificación, o por lo menos la individualización del autor del hecho, además hay que tener en cuenta lo que señala el inciso segundo del artículo 162 del Código de Procedimiento Penal " (...) no se podrá alegar persecución ininterrumpida si ha transcurrido más de veinte y cuatro horas entre la comisión del delito y la detención (...)".

Nuestra legislación autoriza el aprehendimiento físico y la conducción ante los jueces de garantías penales de la persona sorprendida en flagrancia, captura que inclusive la puede hacer una persona particular o por supuesto la policía, y éstos últimos pueden penetrar en el domicilio de dicha persona si al verse éste perseguido se refugiasse en él, e incluso ingresar en su domicilio ajeno si hasta allí penetra el perseguido, caso en el cual se debe proceder previo requerimiento del

dueño del domicilio. Recalco que, en estos casos se puede capturar a una persona, sin cumplir con las formalidades que señala la Constitución y la Ley, pero se debe demostrar la flagrancia dentro del proceso, y la Fiscalía tiene que justificar los elementos del delito, esto es la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad.

Como he manifestado, la libertad es un derecho fundamental sino absoluto muy importante dentro de nuestra legislación; mientras que la flagrancia por vía de excepción permite la captura de una persona por un policía o por un ciudadano común. De tal manera que la flagrancia es diferente de la captura en flagrancia, pues la flagrancia tiene que ver con el sorprendimiento de la persona en el acto, en la ejecución del delito o con evidencias materiales de tal ejecución momentos atrás; mientras que la captura en flagrancia es la consecuencia de ese descubrimiento; o sea la flagrancia es la causa y la captura en flagrancia es la consecuencia.

Es necesario señalar, que el juez inmediatamente que se le haya puesto a disposición la persona capturada, debe examinar con detalle ésta captura, porque si no ha existido la flagrancia es imperativo ponerlo en libertad inmediata, restableciendo de este modo su derecho constitucional a la libertad; pues la flagrancia constituye sólo un hecho indicador para abrir una investigación, detectar una detención preventiva posible de base para desarrollar un juicio; de todos modos el juez tiene que tener en cuenta que una persona puede ser sorprendida en flagrancia e inclusive capturada bajo esa circunstancia, pero luego ésta persona puede demostrar una circunstancia de justificación del hecho o de inculpabilidad, o que se trata de un inimputable.

De tal manera, que ni aún en este caso se quiebra la presunción de inocencia, porque para establecer la responsabilidad penal debe hacerse sobre la base de hechos constitutivos, impeditivos y extintivos, esto es debe haber certeza de la existencia del delito y certeza de la responsabilidad del procesado, o sea, que la tenencia de un objeto, instrumento o que aparezca huella mostrando a una persona como presunto partícipe en la comisión de un hecho punible, sólo es base para imputarlo en la instrucción fiscal, pues la flagrancia es una situación meramente

objetiva y más aún es un fenómeno por fuera del proceso judicial, pues en estos casos se permite la captura por cualquier persona, ya que la ley autoriza que la misma sociedad salga en defensa de sus derechos en una reacción efectivista e inmediata, ante la presencia de un elemento dañino, pero dejándolo inmediatamente a órdenes del juez, pues al final solo a él le corresponde definir si la captura es legal o ilegal, esto es si se debe dejarlo en libertad o no.

De lo anotado se desprende, que en el caso de flagrancia nuestro Código de Procedimiento Penal, permite la captura de una persona, sin importar la clase de delito que se trate, pues esto responde a un criterio estrictamente objetivo, debido a que quien realiza la captura no hace un juicio de valoración sobre la tipicidad, antijuridicidad, y peor sobre la culpabilidad, por esta razón es obligación entregar al juez de garantías penales inmediatamente esa persona a sus órdenes, para de ser el caso, éste de manera inmediata restablezca las garantías constitucionales y legales que se hayan conculcado con una captura en flagrancia.

Es por esta razón que en el delito flagrante, se presenta una excepción a la reserva judicial, de que sólo el juez puede disponer la detención de una persona, pues nuestro Código de Procedimiento Penal³⁷ permite en este caso a cualquier ciudadano detener a una persona que se encuentre en delito flagrante, sin necesidad de la existencia del proceso penal, sino por el hecho de que se produjo la detención en las circunstancias de delito flagrante.

2.1.6 DERECHOS HUMANOS VERSUS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Los derechos humanos en el Ecuador actualmente brindan una atmósfera extraña, pues por un lado son objeto de aversión en los discursos políticos y jurídicos, por otro lado son materia de quebrantamiento, especialmente del principio constitucional de la presunción de inocencia. El mantener el equilibrio entre los derechos de la persona y en particular su libertad, y el poder represivo eficaz del Estado, hace necesario que la persona sometida a un proceso penal, sea el

³⁷ Suplemento de Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo del 2009, Art. 161 y 163 del CPP.

más débil en esta relación, y por tal, es menester que se vea protegido frente al más fuerte que es el Estado, a través de reglas precisas que garanticen el debido proceso, y esto en mi criterio personal fue uno de los fundamentos para que se dicten las reformas al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal el 24 de marzo de 2009.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo³⁸, dice con toda razón, que en el momento que se priva de la libertad al imputado, se le deja en desigualdad frente al acusador o al fiscal, quienes están en capacidad de buscar libremente los medios de prueba para asegurar la acusación, en tanto que el imputado o procesado afectado en su libertad, se le reduce la capacidad de defensa, desde el momento en que no puede hacer efectiva la misma con toda libertad.

Es innegable que en el Ecuador reina la delincuencia; por tal la inseguridad ciudadana es la regla, pero por otro lado se pide garantías para el procesado, esto es en ejercicio del derecho constitucional de legítima defensa, he aquí la interrogante que el Ecuador se plantea en los actuales momentos y que es motivo de polémica **¿Qué debe primar los derechos humanos o la seguridad ciudadana?**

Cuando existe un conflicto de valores, como es en el presente caso, entre derechos humanos y los derechos de la víctima, es menester aplicar el principio de proporcionalidad³⁹ y de ponderación como señala la teoría expuesta por Alexy; desde mi punto de vista debe existir un justo equilibrio entre los intereses de la sociedad y los de la persona, pero en aras de una política criminal utilitarista no se puede sacrificar a la persona por servir a la sociedad, de esta manera nuestro Asambleísta Constituyente realmente lo que discutió, fue si era factible un Código Penal del Ciudadano o un Código Penal del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y se decidió por éste último, por lo que hay que adecuar este cuerpo de leyes a los principios constitucionales, respetando en todo momento el principio de la dignidad humana y el de la presunción de inocencia.

³⁸ Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso*, Editorial Edina, Guayaquil Ecuador, 2004, p. 99.

³⁹ Robert Alexy, *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en M. Carbonell (ed), ob. Cit.. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

Debo señalar que la Constitución de la República ya no está para defender a la sociedad frente a la discrecionalidad o arbitrariedad del poder político, sino que está para garantizar la plena realización de los derechos sociales y económicos, en cuyo objetivo los derechos civiles y políticos, constituyen una efectiva estructura de autonomía de la sociedad, pues el Estado Constitucional de Derechos y Justicia se fortalece en la medida que exista una fiscalía autónoma y objetiva que investigue eficazmente los delitos, y, de la misma manera jueces que garanticen los derechos humanos y las reglas del debido proceso.

2.2 LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Al señalar la Constitución⁴⁰ de la República que la privación de la libertad, se aplicará excepcionalmente, significa que tal medida cautelar personal solamente puede dictarse en contra del procesado por excepción, pues la presunción de inocencia es una garantía constitucional básica y vertebral del proceso penal, que constituye un criterio normativo del derecho constitucional, que orienta al derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al procesado de probar su inocencia.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el país sostienen que “La prisión preventiva no debe ser la regla general”⁴¹. Así también, la regla Sexta No. 1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) destaca que “...en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso”.

De lo que se colige que la prisión preventiva conforme señala la Constitución de la República y los tratados internacionales citados, es una medida excepcional. No olvidemos que las normas jurídicas que restringen la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente quedando prohibida la interpretación extensiva y la aplicación analógica, por lo que la restricción de la libertad tiene carácter excepcional, de modo que las normas que disponen esa restricción deben

⁴⁰ Art. 77 numeral 1 CRE.

⁴¹ Registro Oficial No. 101,24//1969, Artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos.

ser interpretadas taxativamente. La base jurídica de la prisión preventiva es regulada constitucionalmente sobre todo en el artículo 77 de la Constitución de la República; y legalmente en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal.

2.2.1 CONCEPTO Y DEFINICIONES DE PRISIÓN PREVENTIVA

El Dr. Walter Guerrero Vivanco señala "...Es aquella que puede ordenar el juez de instrucción, de policía, de derecho, en los enjuiciamientos por delitos pesquisables de oficio, cuando se encuentran reunidos los requisitos del Art. 177 (hoy 167) del Código Procedimiento Penal...".⁴² El tratadista Miguel Fenech señala "La prisión provisional es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado para el efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y a la eventual ejecución de la pena".⁴³

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo señala "Como un acto proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que procede cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente señalados por la ley, y que tiene por objeto privar de la libertad a una persona, de manera provisional hasta tanto subsistan los presupuestos que la hicieron procedente o se cumplan con determinadas exigencias legales tendientes a suspender los efectos de la institución".⁴⁴

Al respecto la Comisión Andina de Juristas señala que: "La libertad personal es un derecho fundamental que solo puede ser restringido en determinados supuestos de hecho, en virtud de una orden expedida por autoridad competente (excepto en el caso de flagrante delito) y durante los plazos previstos en las normas constitucionales y las leyes".⁴⁵ De esta manera, si no aplicamos este concepto, estaremos ante una medida de carácter ilegal que se encuentra prohibida tanto a nivel nacional como internacional, pues hay que hacer hincapié que el debido proceso debe

⁴² Walter Guerrero Vivanco, *Los Sistemas Procesales Penales*, Editorial Pudeleco, Quito Ecuador, 2002, p. 334.

⁴³ Miguel Fenech, *Derecho Procesal Penal Editorial Astrea Buenos Aires Argentina*, 1984, Pág. 129.

⁴⁴ Jorge Zavala Baquerizo, *El Debido Proceso*, Editorial Edina, Tomo III, Guayaquil Ecuador, 2004, p. 220.

⁴⁵ Comisión de Juristas, *La Libertad Personal*, Lima, 2000, p.369.

basarse en la práctica auténtica de los principios fundamentales de la libertad e igualdad, ya que la enunciación de esas palabras por si solas no son suficientes, si no van emparejadas con la praxis.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice: "Es la que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio"⁴⁶. La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, señaló: "Prisión preventiva es el hecho material de privación de la libertad de una persona sindicada, ordenada por el juez competente".⁴⁷ Hay que recalcar, que las órdenes de prisión preventiva son las que más preocupan, porque inciden en varios de los bienes jurídicos más preciados de la persona como son: la libertad, la honra, la dignidad, la presunción de inocencia, el derecho a transitar libremente, el derecho al trabajo, el derecho a defenderse en libertad, el derecho a estar con su familia; de tal modo que la orden de prisión preventiva constituye la medida cautelar personal más severa en nuestro país.

2.2.2 NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Solo en casos estrictamente necesarios y en la medida que sea imprescindible para garantizar los derechos de los demás por las exigencias del bien común, se puede restringir la libertad; así el ejercicio de la libertad como norma general, su restricción como una excepción, pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse sea conjugando con el del individuo sometido a un proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, o sea el derecho del estado de reprimir y el derecho primigenio del hombre a ser libre.

Una parte de la doctrina consultada, señala que la prisión preventiva como medida cautelar, no se considera atentatoria al principio de presunción de inocencia, pues ésta es una de las formas de garantizar que el proceso penal continúe en la forma en que la ley lo establece, así de ninguna manera implica que al dictar la prisión preventiva se le esté considerando culpable a la persona, pues aún restringidos sus derechos a la libertad, no pierde la calidad de inocente y no

⁴⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II, p. 1669. Editorial ESPASA CALPE S.A., Madrid España, Octubre 2000.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, *Resolución publicada en el R.O. No. 245, Quito, de 30 julio de 1999.*

sólo esto, sino que debe ser tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia condenatoria ejecutoriada.

El inciso tercero del Art. 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos indica que la pena no puede trascender de la persona del delincuente. El inciso sexto del mismo artículo al referirse a las penas privativas de la libertad, señala que tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados; de lo que se colige tanto de la Constitución de la República, como de ésta Convención Internacional, que se excluye al régimen carcelario como castigo, pues el derecho constitucional a la libertad, es un derecho que fundamentalmente debe ser preservado a cualquier persona, pero cuando se ve limitado, por el sometimiento de una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías constitucionales, reglas del debido proceso y las legales; más aún hoy las personas detenidas tienen especiales derechos señalados en el Art. 51 de la Constitución de la República.

2.2.3 NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Hay que señalar que la prisión preventiva congestiona aún más los establecimientos carcelarios del país; pero también la prisión preventiva asegura la comparecencia del procesado al juicio y se evita que él pueda esconder evidencias y se sustraiga al castigo, debiendo manifestar que la prisión preventiva aunque dictada legalmente y legítimamente durante un proceso, puede constituir un adelanto de pena que no puede operar contra el procesado, lo cual se encuentra expresamente prohibido por tratados internacionales ratificados por nuestro país.

La prisión preventiva tiene los siguientes fines:

1. Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del procesado;
2. Asegurar el éxito de la instrucción fiscal;
3. Evitar la frustración de futuros medios de prueba;

4. Evitar la reiteración delictiva por parte del procesado, basados en criterios de conductas habituales de aquél;
5. Satisfacer las demandas sociales de seguridad;
6. El juez debe tener en cuenta que la prisión preventiva es una medida cautelar de excepción y no una pena anticipada; y,
7. La prisión preventiva no debe superar el mínimo legal de la pena establecida en abstracto para el delito objeto del juzgamiento.

Recalco, todo ello considerando que la prisión preventiva, es una medida cautelar excepcional y no una pena anticipada, pues ella tiene dos objetivos fundamentales que son:

- a) Un objetivo sustantivo de carácter preventivo extraprocesal, en el que sus medidas no tiene naturaleza punitiva; y,
- b) Otro objetivo de naturaleza procesal, en cuanto garantiza el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la Ley penal para resolver el caso concreto, al imponer la pena al culpable y declarar el derecho de la víctima o el de sus familiares a la indemnización y reparación respectiva.

2.2.4 CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva en doctrina tiene las siguientes características: instrumentalidad: Provisionalidad, jurisdiccionalidad, legalidad, proporcionalidad, revocable, excepcionalidad, responsabilidad y es apelable. Veamos a continuación su contenido.

1.- Instrumentalidad.- La prisión preventiva no constituye un fin en sí mismo, pues tiene por objeto evitar la frustración de un proceso por la fuga del procesado y asegurar la ejecución del fallo, de tal modo que se debe emitir por escrito, de manera motivada y fundamentada, la boleta constitucional de encarcelamiento para la ejecución de esta medida.

2.- Provisionalidad.- Esto es que esta medida no es definitiva sino temporal. Esta característica además se halla orientada con la finalidad de precautelar, asegurar la persona del procesado, y a la eventual indemnización para el caso de condena.

3.- Jurisdiccionalidad.- Significa que, el dictar la orden de prisión preventiva es potestad exclusiva de los jueces competentes y que forman parte de la Función Judicial, pues el *ius puniendi* por excelencia, le corresponde a esta Función del Estado.

4.- Legalidad.- Esto es el buen juicio del juez, no su arbitrariedad, de tal modo que procede dictarla sólo cuando la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Ley, así lo señalen.

5.- Proporcionalidad.- De tal manera que, la prisión preventiva no es definitiva, ya que depende de un proceso que está pendiente y de una sentencia en firme que la confirme o que la extinga.

6.- Revocable.- Esto es las medidas cautelares son susceptibles de alteraciones variables y aún revocables, o sea que cabe su modificación en cuanto no se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó. La revocabilidad, está en función del libre criterio del juez, quien debe valorar la situación en la que se encuentra el procesado; y, en el caso que los motivos hayan variado, deberá mantener o levantar la prisión preventiva conforme a las normas de valoración de la sana crítica, esto es motivando y fundamentando.

La prisión preventiva es revocable por naturaleza, tomando en cuenta que la misma no es firme, de tal manera que el juez de garantías penales que al realizar el juicio de valor encontró reunidos los presupuestos procesales para dictar la prisión preventiva en un primer momento, debe dejarla sin efecto si han desaparecido o si se han desvanecido parcial o totalmente los mismos, revocatoria que además valga la pena recalcar es de absoluta atribución y por obvias razones de la

instancia superior en los casos de impugnación vía apelación del auto resolutorio que dispuso la prisión preventiva como medida cautelar personal.

Se establece como requisitos para revocar⁴⁸ o suspender la prisión preventiva los siguientes:

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;
2. Cuando el procesado hubiere sido sobreseído;
3. Cuando la jueza o juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y,
4. Cuando su duración exceda los plazos⁴⁹ de seis meses en casos de delitos castigados con prisión y de un año en los delitos castigados con reclusión;

Además, se suspenderá la prisión preventiva cuando el procesado o acusado rinda caución.

Así mismo, el juez de garantías penales podrá sustituir⁵⁰ o derogar una medida cautelar personal de prisión preventiva dispuesta con anterioridad o dictarla después de haberla negado anteriormente, siempre que concurren hechos nuevos justificables o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la orden de prisión preventiva, en caso de que concurren hechos nuevos; sin embargo se establece algunas salvedades a esta regla, las cuales se refieren a los delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación y de odio.

Podrá ser sustituida la prisión preventiva por arresto domiciliario si la persona procesada es mayor de sesenta años de edad, o si se trata de mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto, recalcando que éste plazo podrá extenderse cuando el

⁴⁸ Art. 170 del Código de Procedimiento Penal Comisión de Legislación y Fiscalización, *Reformas al Código de Procedimiento Penal*, R.O-S. No. 555, 24 de marzo del 2009.

⁴⁹ Art. 169 del Código de Procedimiento Penal Comisión de Legislación y Fiscalización, *Reformas al Código de Procedimiento Penal*, R.O-S. No. 555, 24 de marzo del 2009.

⁵⁰ Art. 171 del Código de Procedimiento Penal.

niño o niña hubiere nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen.

7.- **Excepcional.**- El artículo 77 numeral 1 de la Constitución, en su parte pertinente señala: “**La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente** (las negrillas son mías)”. Lo cual guarda relación con varios tratados internacionales vigentes en el país que señalo en la presente tesis, que descartan la situación de considerar a la prisión preventiva como regla general; de tal modo que lo normal es que el procesado se defienda en libertad.

Hay que recalcar que la prisión preventiva de acuerdo a la doctrina penal y de derechos humanos, tiene un carácter eminentemente **excepcional**, ella constituye una medida extrema, justamente porque lo que se pone en juego es uno de los derechos esenciales de la persona humana, como es la libertad; y puede dar lugar cuando ésta se prolonga demasiado, a que se atente al derecho constitucional a la presunción de inocencia, con lo que se pretende evitar que la prisión preventiva sin una sentencia condenatoria sea usada como un castigo, además la prisión preventiva⁵¹ no precede en los delitos de acción penal privada.

Esta característica de excepcionalidad, ha sido también señalada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en su Art. 9 inciso 3ero “(...) La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (...)”. Si bien a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no establece una disposición similar sobre este tema, dicha Convención ha señalado que la detención preventiva es una medida **excepcional**, que sólo debe aplicarse en casos donde existe una sospecha razonable, no meras presunciones, de que el acusado podrá evadir la justicia o destruir la evidencia. En caso contrario se viola el principio de inocencia y la libertad física del sindicado, protegidos en los Arts. 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵¹ Ibidem

8.- Responsabilidad.- La actual Constitución de la República preserva la libertad ciudadana de todo atropello o abuso, de tal manera que si el procesado ha sido privado de su libertad durante el juicio penal, y se declara que el hecho no existe, que no reviste carácter penal, o no se comprueba su participación en el hecho, éste procesado tiene derecho a demandar al Estado por responsabilidad civil extracontractual⁵², a título imputable de detención arbitraria, así se refuerza la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos, en particular el derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia.

9. Apelable.- El derecho a la impugnación⁵³ del auto resolutorio que dispone la prisión preventiva, le corresponde al procesado, pero si se niega ésta medida cautelar personal, la apelación le corresponde al fiscal, por así disponerlo la Constitución de la República y el Código de Procedimiento Penal⁵⁴.

También hay que manifestar que para interponer el recurso de apelación se lo hará mediante escrito fundamentado ante el juez de garantías penales, dentro de los tres días de notificada la providencia en la que se dispuso la prisión preventiva, en cuyo caso pasa a conocimiento de la Sala respectiva de la Corte Provincial, la que debe dictar la resolución correspondiente dentro del término de cinco días.

Vale la pena recordar que el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"⁵⁵. Es menester señalar que en este caso el recurso de apelación no tiene efecto suspensivo, por lo que mientras

⁵² Art. 11 numeral 9 CRE y Registro Oficial Suplemento No. 544 del 9 de marzo de 2009, Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 15 y 32.

⁵³ Art. 171 del Código de Procedimiento Penal

⁵⁴ R.O. No. 449 del 20 de octubre de 2008, art. 76, numeral 7, letra m) CRE Registro Oficial Suplemento reformas No.555 del 24 de marzo de 2009 Reformas al Código de Procedimiento Penal, 343 numeral tercero del Código de Procedimiento penal y 344.

⁵⁵ Organización de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Nueva York, 1949. Art.10.

no resuelva la instancia superior pronunciándose respecto de la revocación o su negativa, no procede la encarcelación o la excarcelación, según el caso.

En tal virtud, la prisión preventiva es temporal, por tal la etapa de juicio debe producirse lo antes posible, pues la perversa tendencia a convertir al proceso en una sanción y un modo de control social, implica una inversión de valores, pues la situación ordinaria del procesado en espera de la etapa del juicio, no es de hallarse sometido a una medida cautelar, toda vez que en nuestra Constitución, la libertad desempeña un papel nuclear, o sea que el disfrute de la libertad es la regla general, en tanto que su restricción o privación presenta una excepción; de tal manera que la prisión preventiva no puede ser confundida ni plenamente identificada como anticipo de pena.

2.2.5 REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA DICTAR LA PRISIÓN PREVENTIVA

Inicio reiterando que la medida cautelar de la prisión preventiva es la excepción, conforme lo señala el numeral 1, del Art. 77 de la Constitución de la República, que textualmente dice:

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

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

indique. Si la persona detenida fuere extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular del país de origen.

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

Es menester recalcar, que quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado penal y administrativamente por la detención arbitraria, más aún, esto produce también consecuencias de orden civil, por lo que procedería la acción de responsabilidad civil extracontractual del Estado ecuatoriano por detención arbitraria o de responsabilidad personal en contra del juez y o fiscal.

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

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

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito;
3. Que se trate de un delito sancionado con pena 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 tal manera que el juez de garantías penales, para dictar una medida cautelar personal, primeramente debe tener en cuenta los siguientes requisitos y consideraciones de orden legal:

- a) **Circunstancias objetivas**, o sea la gravedad del hecho punible y las expresiones concretas de su comisión; y,
- b) **Circunstancias subjetivas**, esto es, el *modus operandi* y el comportamiento del procesado desde el inicio de la investigación.

La doctrina penal, considera que para dictar el juez una orden de prisión preventiva, es necesario que tenga en cuenta dos presupuestos básicos, que se denominan *Fonus Boni Juris* y *Periculum In Mora*, y es menester hacer un análisis jurídico de estas dos instituciones; esto es la existencia de buen derecho y el peligro que puede ocasionar la demora del proceso penal, desde su investigación hasta que el tribunal de garantías penales dicte la respectiva sentencia en la que declara la culpabilidad del procesado.

El Fonus Boni Juris o apariencia de buen derecho implica un juicio de valor por parte del juez sobre la probabilidad de que el procesado sea responsable penalmente, tomando como base la existencia de un hecho, las características o notas que lo hacen jurídico, la estimación de que la persona ha sido autora o cómplice de ese hecho ilícito; o sea que la motivación de este presupuesto consiste en el razonamiento de la imputación como medio para llegar a establecer la probabilidad de la responsabilidad del procesado. En resumen, el *Fonus Boni Juris* es tener los elementos suficientes para probar y establecer la existencia del cuerpo del delito y la participación de los procesados, es decir este presupuesto se refiere al cuerpo del delito y la participación delincinencial, por esta razón este principio se llama en doctrina apariencia de buen derecho.

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

El juez para establecer si una persona se va a fugar, debe tener en cuenta las siguientes circunstancias, y esto lo debe demostrar el fiscal que solicita la prisión preventiva:

- a) El domicilio habitual;
- b) El asiento de su familia;
- c) El asiento de sus negocios;
- d) El asiento de su trabajo;
- e) La facilidades para abandonar definitivamente el país;
- f) Las facilidades para permanecer oculto;
- g) La pena que podría llegar a imponerse;
- h) La magnitud del daño causado; e,
- i) El comportamiento del procesado durante el juicio en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Los requisitos formales legales se encuentran contemplados en el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal y se hace menester su transcripción:

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

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

De la simple lectura del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, observamos que no es una obligación para el juez de garantías penales, dictar el auto de prisión preventiva, solicitada por el representante de la Fiscalía General, si no que es una facultad que aún en los casos de concurrir los presupuestos objetivos de procedibilidad, el juez de garantías penales no está forzado a dictarla, si a su criterio no la considera necesaria. Dentro de las reformas al Código de

Procedimiento del Código Penal⁵⁶, se estableció que la prisión preventiva ha de solicitarse en audiencia oral, pública y contradictoria.

Hay que señalar que no procede la prisión preventiva, en los siguientes casos:

1. Cuando el delito merezca pena privativa de la libertad que no exceda de un año, así lo señala el numeral 3 del artículo 167 en concordancia con el artículo 173 del Código de Procedimiento Penal reformado;
2. En el caso de personas que se presuman hayan actuado como encubridoras, ya que la prisión preventiva solo procede en los casos de autores y cómplices; recordemos que el artículo 41 del Código Penal prevé los tres grados de responsabilidad; y,
3. Para el caso de delitos de acción privada, así lo señala el artículo 173 del Código de Procedimiento Penal.

De tal manera que son varios los requisitos constitucionales y legales, que el juez debe tener en cuenta para dictar la orden de prisión preventiva, es decir la obligación de su adopción mediante un auto interlocutorio que deberá contener los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos de convicción que sustentan la adopción de la medida, así como los requisitos sustanciales consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en elementos de convicción legalmente producidos durante el proceso.

En conclusión, para dictar la orden de prisión preventiva, es necesario el cabal cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, esto es la calificación jurídica y los elementos probatorios existentes para adoptar la medida de prisión preventiva, en armonía con el requisito consistente en los indicios graves de responsabilidad y con base en los elementos de convicción legalmente producidos en el proceso, lo cual deben observar tanto por parte del Fiscal al solicitar la prisión preventiva como del Juez de Garantías Penales al dictarla.

⁵⁶ Art. 160.1 del Código de Procedimiento Penal Comisión de Legislación y Fiscalización, *Reformas al Código de Procedimiento Penal*, R.O-S. No. 555, 24 de marzo del 2009

2.2.6 LA MOTIVACIÓN PARA DICTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La Constitución de la República⁵⁷ institucionaliza la motivación en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden; y, esto como garantía básica, y de aquí la base para que el juez de garantías penales y el fiscal cumplan este rol fundamental que les da la nueva Carta Magna. De tal forma que el representante de la Fiscalía General del Estado y luego el Juez de Garantías Penales, siempre deben motivar la petición y la orden de prisión preventiva, y tal motivación debe ser razonada y razonable, tanto más que el papel del juez debe pasar por la exigencia de la motivación, esto es debe dar razón de sus providencias, autos o sentencias, tanto a las partes procesales como al público en general.

En el auto que dicta la prisión preventiva, el juez de garantías penales debe referirse indefectiblemente a las evidencias concretas encontradas en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del procesado, que respalde ese juicio emitido sin que con ello se lesione el principio de presunción de inocencia.

Hay que señalar, que no son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa; y ello debe traducirlo y expresarlo el juez al resolver sobre la libertad del procesado que está a su consideración. Los jueces de cualquier nivel, tienen que cumplir con el mandato constitucional de motivar o fundamentar las decisiones o resoluciones judiciales contenidas en autos resolutorios como los de prisión preventiva, para hacer de este modo efectivo el respeto al debido proceso ya que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia.

La motivación debe ser **razonada**, en tanto que el juez deduce de los hechos a partir del análisis de los elementos de convicción, justifica la necesidad para dictarla; y, **razonable** a efecto que tanto las partes como el juez superior comprendan fácilmente dicho análisis, es decir que ésta

⁵⁷ Art. 76 numeral 7 letra I CRE.

sea inteligible, así lo señalan además los Arts. 9.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que son tratados suscritos y vigentes en nuestro país, y que por tal forman parte del ordenamiento⁵⁸ jurídico.

Una de las garantías del debido proceso, implica que las decisiones judiciales que afecten a las personas deben ser motivadas, y esta motivación debe ser con arreglo a las pautas lógicas y de manera congruente; pues si las resoluciones no fueren motivadas se lesionaría la posibilidad de defensa del procesado sujeto a esta medida cautelar personal, por el desconocimiento de las razones que llevan al juez a tomar tal decisión, lo cual ocasionaría que dicha decisión sea nula y además el representante de la Fiscalía General del Estado que lo solicitó y el Juez de Garantías Penales que lo concedió, deberán ser sancionados⁵⁹, pues no es dable que en un Estado constitucional de derechos y justicia como lo es el Ecuador, hayan autoridades arbitrarias.

También debo señalar, que la motivación, asegura la publicidad de la conducta de los representantes de la Fiscalía General del Estado, de los Jueces, de los Defensores Públicos y de todo servidor judicial; y, el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esto es esencial en un régimen democrático y responsable, dentro de una sociedad civil respetuosa de los derechos humanos, pues dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano⁶⁰, se establece que la solicitud de prisión preventiva deberá ser motivada y el fiscal demostrará la necesidad de aplicar esta medida cautelar, en consecuencia el Juez de Garantías Penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.

Al hablar de la privación de la libertad de una persona, debe surgir ésta, por orden del juez, debidamente motivada y razonablemente justificada, pues en la actualidad sólo los Jueces de Garantías Penales son competentes para dictar el auto de prisión preventiva, obviamente que

⁵⁸ Arts. 424 y 425 CRE.

⁵⁹ Art. 108 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁶⁰ Registro Oficial Suplemento reformas No.555 del 24 de marzo de 2009 Reformas al Código de Procedimiento Penal. Art. 176.1 del Código de Procedimiento Penal.

también lo pueden hacer en los juicios por fuero los Presidentes de las Cortes Provinciales y el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, igualmente los jueces especiales y de tránsito, los jueces tributarios al tratarse de sus respectivos campos de competencia. De tal modo, que sólo los jueces de cualquier fuero, en el marco de sus respectivas competencias, pueden ordenar la privación de la libertad de una persona, pues recalco dentro del proceso penal, sólo es el juez de garantías penales quien puede autorizar medidas cautelares ya sean personales o reales.

Además hay que señalar que las garantías del debido proceso implican que las decisiones judiciales deben ser motivadas, y motivar no es el mero hecho de invocar la ley o las reglas del derecho que sirven de base a la conclusión jurisdiccional, sino que es obligación que el acto judicial cumpla con este principio constitucional, es decir será razonado coherentemente y con arreglo a las pautas lógicas; de tal modo que si las resoluciones de los poderes públicos no fueren motivadas, se lesiona la posibilidad de defensa por el desconocimiento de las razones que llevan al juez a tomar determinadas decisiones, y la resolución debe establecer la expresión de la voluntad de la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la ley; y, no la voluntad del juez arbitrario.

Como he manifestado a través de esta tesis, se debe fundamentar en forma debida la resolución que restringe la libertad de un procesado, pues ésta es una garantía procesal con rango constitucional, y en caso de que falte, ocasionaría la nulidad de dicha orden y además quien la dictó debe ser sancionado con la destitución en caso de que en un año no haya motivado sus resoluciones por tres ocasiones⁶¹.

La motivación consistirá⁶² en lo siguiente:

- a) La existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa y respecto de tal procesado;

⁶¹ Registro Oficial Suplemento No. 544 del 9 de marzo de 2009, Art. 108 numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁶² Art. 76 numeral 7 letra l)

- b) El respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de tal medida, pues sólo de esa forma se logra individualizar las razones que motivaron la decisión y sólo así surge la posibilidad de controlar en alzada esa disposición.

Las consecuencias de la omisión de ésta obligación constitucional son las siguientes:

- a) La nulidad;
- b) La responsabilidad del juez o tribunal de garantías penales, quien debe ser sancionado; y,
- c) La posibilidad de que el agraviado pueda presentar su demanda de reparación en contra del Estado, luego de lo cual ejerce su derecho de repetición en contra del funcionario judicial, toda vez que el procedimiento para ésta clase de reclamos se encuentra debidamente regulado en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Hay que señalar que la motivación de los hechos es un instrumento, para erradicar la arbitrariedad del poder público y fortalecer el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que la motivación garantiza que se actuó racionalmente, toda vez que quien la emita da las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos; esto es en la motivación se concentra el objeto entero del control judicial de la actividad discrecional administrativa y donde hay un duro debate sobre hasta donde deben fiscalizar los jueces; recalcando que la motivación es un acto de inteligencia del juzgador, que se funda en un juicio lógico. La motivación de las providencias y sentencias en materia penal sirven también para que el público en su conjunto vigile si los jueces y tribunales de garantías penales utilizan arbitrariamente el poder que se les ha confiado.

De tal manera que la falta de motivación afecta a los siguientes derechos:

- a) A la tutela efectiva, imparcial y expedita que señala el artículo 75 de la Constitución de la República;
- b) Al derecho a la Seguridad Jurídica que señala el artículo 82 ibídem;

c) El derecho al debido proceso y fundamentalmente a la defensa señalados en los artículos 76 numeral 7 y 77 numeral 7 de la Carta Magna;

Es práctica común, que los jueces en nuestro país incumplan con dicha obligación, por desconocimiento o por no haber sido debidamente instruidos en cómo se motiva, esto es explicar y justificar el por qué se dicta una resolución, que debe ser resultado de un proceso razonado y racional, pues de esta manera se evita la arbitrariedad del juez; pues motivar no es solo indicar la norma legal y repetir diligencias que se hayan evacuado conforme lo hace por regla general los jueces y fiscales actualmente; y esto se encuentra comprobado en el capítulo de investigación de campo de la presente tesis.

De este modo el motivar una resolución es una exigencia constitucional⁶³, y motivar es razonar sobre los fundamentos de la decisión, esto es explicar a la sociedad de manera racional el por qué de las decisiones, dando cumplimiento al principio procesal de publicidad. De tal manera, que el principio de motivación es garantía del debido proceso, exige que el sujeto pasivo de la prisión preventiva conozca los cargos que se le imputan, a fin de que pueda preparar y organizar de la mejor manera su defensa, de lo contrario dicha orden de prisión preventiva es nula.

Al motivar la orden de prisión preventiva necesariamente se indicará los hechos objetivos que existen, pues señalar como comúnmente lo hacen los jueces de garantías penales al dictar la orden de prisión preventiva "Por cumplidos los requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal", esa frase es inocua, pues nada indica el por qué se ordena dicha prisión, y al hacerlo de esta manera se causa indefensión, toda vez que no se cumple con el requisito constitucional de la motivación, puesto que de esta forma el procesado no conoce lo resuelto, no puede refutar los criterios del juez que dictó dicha medida, quedando su decisión en el mero plano subjetivo; de ser así la orden, ésta es una privación de la libertad ilegal e ilegítima, y en tal caso debe ser apelada y el superior debe revocarla y declararla nula sancionando al juez que así la declaró; y además

⁶³ Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del R.O. No. 544 del 9 de marzo del 2009, disponiendo el artículo 130.

puede ser objeto de la acción de hábeas corpus, según lo señala el artículo 89 de la Constitución vigente.

Hay que recordar que en otros modelos procesales, el juez podría permitirse operar como el oráculo o la pitonisa; en el modelo garantista en cambio solo puede ser un operador racional. Tal es la aspiración del sistema, que se expresa en reglas claras, algunas de rango constitucional y otras de legalidad procesal ordinaria; por ejemplo cuando se va a dictar una medida cautelar de carácter personal, existe una **“regla de oro”** que debe observar el juez de garantías penales al momento de dictarla, esto es, tener en cuenta el **principio de presunción de inocencia**, de tal manera que el juez no puede ser arbitrario, aún cuando de la investigación de campo que consta en esta tesis, los jueces actúan como oráculos, y no solo por un hábito mecánicamente adquirido, sino en la creencia de la legitimidad de ese modo de proceder.

2.2.7 EFECTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

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

La prisión preventiva como medida cautelar, no se la considera atentatoria contra el principio de presunción de inocencia dice la doctrina, pues ésta es una de las formas de garantizar el proceso penal, para que éste concluya en la forma que la ley lo establece, esto es con sentencia condenatoria, pero en la etapa intermedia la prisión preventiva no implica que se le esté considerando culpable al procesado, más aún actualmente con la Constitución, para dictar una privación de libertad, se deben tener en cuenta los principios y requisitos constitucionales y legales que he señalado en la presente tesis; pues de lo contrario se produce el **segundo efecto** que es la responsabilidad objetiva del estado ecuatoriano por inadecuada administración de justicia, a título

imputable de detención arbitraria; y, la responsabilidad subjetiva personal de los jueces, fiscales y defensores públicos⁶⁴.

2.2.8 CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Conforme se ha constatado en la vida práctica de nuestro país, la prisión preventiva fue la más severa de todas, porque hasta antes del 11 de agosto de 1998, que entró en vigencia la Constitución Política de ese año, la prisión preventiva no tenía límite temporal, ya que duraba tanto cuanto duraba el proceso, lo que como bien señalaba el doctor Edmundo Durán Díaz⁶⁵, ex Ministro Fiscal del Estado, podría significar en la vida judicial ecuatoriana, meses o años, no obstante que para dictarla, la Ley ha sido cuidadosa y exige la presencia de indicios procesales suficientes que permitan presumir, que la infracción ha existido y que el procesado ha participado en su comisión como autor o como cómplice.

Esta característica de la prisión preventiva se encuentra establecida en el Art. 77 numeral 9 de la Constitución que señala: "Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto".

Lo señalado guarda relación con el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, que en resumen manifiesta los plazos en que caduca dicha prisión preventiva, la fecha desde la cual se cuenta, y la forma cómo se lo tramita. Con relación a la caducidad de la prisión preventiva, debo afirmar que dicha caducidad no es una garantía constitucional a favor de los delincuentes y en apoyo de su impunidad, sino todo lo contrario, es una garantía que tiende a sancionar al juez negligente que irrespeta al debido proceso y al Estado ecuatoriano moroso que permite dicha

⁶⁴ Art. 11 numeral 9 CRE; Registro Oficial Suplemento No. 544 del 9 de marzo de 2009 artículos 15, 32 33 y 34 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁶⁵ García Falconí, José Carlos, *Recopilación de Dictámenes Fiscales*. Tomo I. Primera Edición. Quito Ecuador, 1993. Editorial Voluntad.

caducidad, sin considerar que la libertad personal, es uno de los hechos primigenios que tiene el ser humano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶, dice que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y medios que aún calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser entre otras cosas irrazonables o faltos de proporcionalidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala, que un juicio penal no puede durar más de dos años, esto es el proceso debe durar un plazo razonado y para entender lo qué es plazo razonado, hay que tener en cuenta dos elementos:

- 1.- La complejidad del asunto; y,
- 2.- La actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

Es menester señalar que la situación de excederse en la duración máxima de la prisión preventiva es común denominador en los países latinoamericanos, que han irrespetado abiertamente declaraciones constitucionales e instrumentos internacionales, ya que recurren como regla general al encarcelamiento supuestamente cautelar aún de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada, lo que es fuente de las más diversas críticas y debates de los estudiosos en materia penal.

El derecho internacional a través de varios instrumentos, que son parte del ordenamiento jurídico del Ecuador, mismos que se han aprobado y ratificado en debida forma, y en los que se regula con políticas y exigencias diferentes, la situación de quienes soportan detención o prisión preventiva, así tenemos que la limitación temporal del encarcelamiento procesal, lo encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 7 numeral 5, que expresamente dice: "5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro

⁶⁶ Fundación ESQUEL –USAID, *Manual de Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito jurídico Ecuatoriano*. Impresos Anabel, Guayaquil, Ecuador, 2002.

funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁷ que está vigente en el país, señala en el artículo 9 numeral 3: “Toda persona 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 en el acto del juicio”.

De lo expuesto se colige, que todo proceso debe culminar en un plazo razonable, dentro del cual han de practicarse los actos procesales necesarios, pues el retardo injustificado en la administración de justicia, faculta para que el perjudicado presente su reclamo en la legislación interna o en su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, y luego ante la Corte de Justicia Interamericana con sede en San José de Costa Rica.

Sobre el **Plazo Razonable**, para el juzgamiento, es evidente que en nuestro país no se cumple, pues los procesos son sumamente largos y lentos, aún cuando se han introducido reformas que han intentado agilizarlos. Las dilaciones indebidas se consideran en varias legislaciones, para el cómputo de la caducidad de la prisión preventiva, esto es, en otras legislaciones las dilaciones indebidas por parte de los abogados con falta de ética, suspenden excepcionalmente el cómputo del plazo legal máximo de la prisión preventiva, como es el caso típico de los recursos y obstrucciones ilegales que puede solicitar indebidamente el procesado, abusando de derecho.

De este modo, el ciudadano que queda sometido a un proceso penal, con la disposición del artículo 77 numeral 9 de la Constitución, que establece la caducidad de la prisión preventiva, está amparado desde el momento en que se inicia el proceso penal hasta la decisión judicial definitiva

⁶⁷ Registro Oficial No. 101 del 24 de enero de 1969.

por una serie de derechos de naturaleza constitucional de aplicación obligatoria, aunque no sean invocados por el rango jurídico que tienen, sino también porque son de orden público; de tal modo que si una persona procesada en una causa penal y cuya prisión preventiva haya durado más de seis meses o de un año según el delito que se investiga, y no tenga sentencia penal, puede y debe solicitar su inmediata libertad, acogiéndose al numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República; y en este caso el juez o tribunal de garantías penales debe concederla de manera inmediata.

Recordemos que la caducidad de la prisión preventiva, es un derecho fundamental que asiste a todo ciudadano que se encuentre privado de su libertad por orden del juez de garantías penales, con la medida cautelar de prisión preventiva, o sea a que no permanezca en prisión preventiva más allá de un tiempo razonable, que guarda una estrecha relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a una tutela efectiva, conforme lo dispone el Art. 75 de la Constitución de la República.

La Comisión Andina de Juristas, al respecto dice: "Cuando una persona es privada de libertad bajo los supuestos y las formas previstas en el ordenamiento jurídico, tiene derecho a que esta situación no se prolongue injustificadamente. Esto significa que una privación de libertad puede devenir en arbitraria si excede el tiempo previsto para su duración en la Constitución y la Ley"⁶⁸, así también lo señalan varios tratados internacionales⁶⁹ vigentes en el país.

2.2.9 LA CAUCIÓN

Es una garantía que rinde el procesado, con el propósito de obtener que el juez de garantías penales, deje sin efecto el auto de prisión preventiva dictado en su contra; y, consiste en un respaldo económico o patrimonial que el procesado debe consignar de acuerdo al monto fijado por el juez de garantías.

⁶⁸ Comisión Andina de Juristas, *Libertad Personal*. Lima, 2000, p. 376,

⁶⁹ Tratados Internacionales que han sido señalados a lo largo del desarrollo del presente trabajo de investigación.

El Art. 31 del Código Civil define a la caución "Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca".

El Dr. Walter Guerrero Vivanco al respecto señala "...es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor no la cumple...".⁷⁰

Cuando el delito goza de fianza o caución⁷¹, y el juez concede tal beneficio, el procesado debe cancelar dicha fianza o caución para evitar la orden de prisión preventiva; pero hay que aclarar que cuando el delito goza de fianza, el juez lo concede y si el procesado no paga la cantidad señalada en la caución, la imposición de la prisión preventiva de ninguna manera no implica que se lesione algún principio o garantía constitucional, señalado en la Constitución, pues no es correcto lo que algún abogado manifestaba "Que esto podría considerarse como prisión por no pagar una deuda"⁷².

2.2.10 MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

El juez para aplicar las medidas alternativas a la prisión preventiva, debe observar el principio de proporcionalidad, pues este principio es fundamental para justificar la sustitución de la prisión preventiva con una de las medidas alternativas que señala las reformas al Código de Procedimiento Penal⁷³. El principio de proporcionalidad⁷⁴ establecerá el equilibrio entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Esto es la prohibición del exceso, pues limita la libertad de configuración del legislador en materia punitiva, pues sólo el uso proporcional del poder punitivo del Estado garantiza la vigencia

⁷⁰ Walter Guerrero Vivanco, *Los Sistemas ... op.cit.* pág 336

⁷¹ Desde el Art. 174 hasta el Art. 190 del Código de Procedimientos Penal trata sobre diversos aspectos de la caución.

⁷² lo cual se encuentra prohibido en el Art. 66 numeral 29 letra c) de la Constitución, que dispone "Que ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto en el caso de pensiones alimenticias".

⁷³ Art. 160 del Código de Procedimiento Penal.

⁷⁴ Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República.

de un orden social justo, fundado en la dignidad o solidaridad humana. Hoy tenemos, la posibilidad constitucional de que el juez de garantías penales, en vez de dictar la prisión preventiva, aplique otras medidas alternativas y dentro del ordenamiento jurídico penal⁷⁵ constan las siguientes:

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

⁷⁵ Registro Oficial Suplemento reformas No.555 del 24 de marzo de 2009 Reformas al Código de Procedimiento Penal, Art. 160.

11. El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
12. La detención.

Hay que aclarar que la décima tercera medida cautelar de carácter personal es la prisión preventiva, las otras son medidas alternativas; de tal modo que el juez tiene que utilizar las reglas de la sana crítica y aplicar de forma prioritaria medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, teniendo en cuenta las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social del procesado⁷⁶.

2.2.11 CRÍTICAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

La privación de la libertad puede adolecer de vicios de forma y de fondo, o surgir como consecuencia de una indebida prolongación y de violaciones a las reglas del debido proceso y a los derechos constitucionales; pero hay que tener en cuenta que el derecho refuerza al poder desde el momento en que se elaboran leyes, reglamentos, etc., que obligan a los miembros del grupo social bajo la amenaza de la sanción respectiva, a permanecer dentro de los límites establecidos por el derecho y así aparece la Constitución, a la que le corresponde concentrar, organizar y dirigir el ejercicio del poder. Pese a que la regla general, es que nadie debe estar preso hasta que se haya dictado sentencia en la que se lo haya encontrado culpable, hay quienes reclaman que la prisión preventiva debe ser regla y la libertad excepción, especialmente este criterio se mantiene en gobiernos arbitrarios.

Es de dominio público escuchar que se ha dictado órdenes de prisión preventiva contra tal o cual persona, y reclamos constantes de dicha medida cautelar personal referente al abuso de la misma e injusticias en su uso. Esta es una protesta que se extiende no solo por el territorio ecuatoriano, sino que incluso se expresa en muchos otros países de Latinoamérica. Los doctrinarios garantistas en materia penal, establecen que la prisión preventiva se utiliza para

⁷⁶Artículo 77 numeral 11 CRE.

apaciguar los ánimos de la población ante una administración de justicia extremadamente lenta, es decir, para mostrar resultados rápidos, pero sin importar que sean certeros y no de manera excepcional como lo establece la Constitución de la República.

Esto añade, con el costo de que los Centros de Rehabilitación, estén llenos de presos sin sentencia y personas que fugan para evitar ser encarceladas, quienes muchas veces son incluso declarados inocentes en etapas posteriores del juicio, que ya han tenido que pagar injustamente con la cárcel o con una vida en clandestinidad, pero en este caso como tengo manifestado procede la responsabilidad civil extracontractual del Estado por inadecuada administración de justicia; o la responsabilidad personal del juez y/o del fiscal.

Con razón se señala que dentro del tema penitenciario, el subtema de los **Presos sin condena**, es el más alarmante, por cuanto se trata de procesados que no han sido formalmente condenados, pero que están cumpliendo, materialmente una condena, aunque un gran número de ellos posiblemente serán posteriormente declarados inocentes, lo cual violenta el principio de la dignidad del ser humano y de la presunción de inocencia, que son principales características del Estado constitucional de derechos y justicia.

Sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva no hay duda actualmente, está claramente señalada en el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República, y en las reformas al Código de Procedimiento Penal de marzo del 2009, pero en la vida práctica hay que reconocer que una gran mayoría de fiscales al solicitarla y de los jueces de garantías penales al disponerla, sencillamente la aplican mal, conforme señalo en esta tesis, por lo que más bien cabe un cambio de mentalidad de los administradores de justicia, antes que reformas legales⁷⁷.

Es menester señalar, que el juez de garantías penales por el hecho de dictar una orden de prisión preventiva, no está prejuzgando, ni está comprometiendo su criterio, ni está tomando partida en la controversia jurídica, dado que para dictar un auto de llamamiento a juicio o sentencia en la

⁷⁷ Andrade Ubidia, Santiago, *La Transformación de la Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. xvii-xix.

que se declara la culpabilidad, son otros los requisitos procesales que deben existir, esto es diferentes a los necesarios para dictar una orden de prisión preventiva.

El juez de garantías penales que ordene la prisión preventiva, sin que cumpla con los requisitos constitucionales y legales que he manifestado a través de esta tesis, puede incurrir en lo siguiente:

- a. En el delito de prevaricato, cuando dicho juez de garantías penales haya actuado con malicia, esto es dolosamente; y, además hay que señalar que para que exista este delito es menester que se justifique el dolo específico; y,
- b. En responsabilidad objetiva extracontractual, esto es el Estado es responsable⁷⁸ por la detención arbitraria y tiene que responder económicamente por ello, y luego ejercer el derecho de repetición en contra del Juez de Garantías Penales que la dictó y el Fiscal que solicitó dicha medida.

El Defensor Público de nuestro país, Dr. Ernesto Pazmiño⁷⁹, criticó la práctica común de los jueces ecuatorianos para echar mano de la prisión preventiva del sospechoso o imputado de algún delito, por menor que sea; Pazmiño habla de que un 90% de las causas penales, se resuelven con prisión preventiva, como si esta medida cautelar fuese la única que puede adoptar un juez de Garantías Penales.

Este mismo funcionario señaló, que en otros países como Chile, apenas el 30% de las audiencias de formulación de cargos, llevan a la prisión preventiva, porque en los otros casos se aplican medidas sustitutivas. Lamentó, que los jueces ecuatorianos todavía creen que la única forma de combatir el delito, sea la prisión preventiva. El delito no se combate con el Derecho Penal, sino con políticas públicas que permitan una justicia social; también cuestionó el accionar de los agentes fiscales, a quienes les dijo que su tarea no solamente es acusar y pedir prisión preventiva.

⁷⁸ R.O. No. 449 del 20 de octubre de 2008, 11 numeral 9 CRE, Registro Oficial Suplemento No. 544 del 9 de marzo de 2009 artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial

⁷⁹ Diario El Comercio, Quito, 23 de abril del 2009, p.2

CAPÍTULO III

3. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

El objetivo fundamental de la investigación de campo realizada fue analizar si las ordenes y solicitudes de prisión preventiva de jueces y fiscales respectivamente dan cumplimiento a los requisitos constitucionales y legales necesarios, a fin de establecer si de esta forma se vulnera el principio de presunción de inocencia que ha sido objeto de estudio de la presente investigación.

La muestra fue recogida en la ciudad de Quito, en la Fiscalía Provincial de Pichincha, en el área de Asesoría Jurídica, donde se revisaron 15 juicios penales por diferentes tipos delitos de acción pública como: violación, tránsito, tentativa de asesinato, robo, falsificación de documentos, estafa y narcotráfico, de éstos, el de mayor incidencia fue el delito de tenencia ilícita de estupefacientes, pues de un universo de 15 juicios, 8 corresponden a este tipo de delito, lo que representa el 60% del total general y sólo el 40% restante corresponde a otros delitos como violación, estafa, asesinato, robo. Es menester indicar que el 100% de los procesados en la muestra recogida son de sexo masculino y su edad oscila entre 22 y 45 años. (Para mayor detalle sobre contenido de los juicios ver Anexo 1)

Sin embargo de haberse tratado en la presente tesis en forma detallada de los requisitos constitucionales y legales para emitir y solicitar la orden de prisión preventiva, es necesario a efectos de continuar con la exposición y análisis de la información de campo, precisar sintéticamente en forma clara y ordenada los requisitos constitucionales y legales que sirven para sustentar la orden y solicitud de prisión preventiva, a fin de establecer si dentro de la muestra analizada los jueces y fiscales procedieron según estos parámetros:

REQUISITOS CONSTITUCIONALES

Prisión preventiva es de aplicación excepcional, esto es luego de haberse analizado previamente la procedencia de las medidas alternativas.

Además del derecho a conocer:

1. En forma clara y en lenguaje sencillo las razones de su detención
2. La identidad del juez o autoridad que la ordenó,
3. La identidad de quienes la ejecutan
4. La identidad de quienes realizan el respectivo interrogatorio;

Obligación de informarle su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de un abogado o de un defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, Derecho a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que él indique.

Si la persona detenida fuere extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular del país de origen del detenido.

Derecho a no ser incomunicado ni un solo segundo

Amplio derecho a la defensa

Derecho a no declarar en contra de sí mismo sobre asuntos que le pueden ocasionar responsabilidad penal, ni contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Motivación con arreglo a las pautas lógicas y de manera congruente

REQUISITOS LEGALES y FORMALES

La boleta constitucional de encarcelamiento contendrá los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito;
3. Que se trate de un delito sancionado con pena superior a un año;
4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio;
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.
6. Los datos personales del procesado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;
7. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva;
8. La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en los numerales 1-5; y,
9. La cita de las disposiciones legales aplicables.

De la confrontación de los requisitos constitucionales y legales señalados en líneas anteriores con las órdenes y peticiones de prisión preventiva, se colige que no se procedió a cumplir con los requerimientos establecidos constitucional y legalmente, en virtud de que las peticiones y órdenes analizadas carecen del señalamiento razonado de los indicios suficientes sobre la existencia del delito, así como el análisis jurídico de que dichos indicios precisos y claros que vinculen directamente con el autor o cómplice de dicho ilícito, en cuanto a la clasificación del delito según la pena, al parecer este requisito es el único que no se olviden y suele entrar en los formatos utilizados tanto para emitir la orden como para solicitarla; así también sobre la indicación de indicios suficientes, se limitan a expresar la frase textualmente "...Por existir indicios suficientes...".

Pero si hablamos que uno de los derechos constitucionales del detenido es saber con exactitud las circunstancias y hechos por las cuales está siendo detenido, esto no se cumple, pues ni el juez ni el fiscal en sus órdenes y peticiones indican cuáles son esos hechos que constituyen indicios suficientes, careciendo por tal del requisito constitucional y legal que produce la nulidad de tal orden o petición, lo mismo ocurre al referirse en la utilización de medidas alternativas, no motivan ni explican si quiera por qué no utilizan otra medida cautelar; en consecuencia no se hace ninguna fundamentación clara y precisa de los elementos o requisitos esenciales constitucionales ni legales para emitir y pedir las órdenes de prisión preventiva.

Además, si bien es necesaria la orden de prisión preventiva a efectos de lo señalado en capítulos anteriores en la presente investigación, de la realidad fáctica se demuestra que existe un abuso por parte de jueces y fiscales al emitir y solicitar dichas órdenes puesto que como se vio todos se fundamentan en indicios tan endeble que posteriormente terminan siendo insuficientes para sostener dicha orden y concluyen vulnerando la presunción de inocencia y el derecho a la libertad; y, además una consecuencia clara de esto, es la pérdida de tiempo en investigaciones que a la larga terminan en una sentencia que ratifica la inocencia del procesado, con lo cual se desvirtúa la naturaleza del proceso penal, puesto que el objetivo fundamental no es producir

judicialmente sentencias que confirmen la inocencia siendo ésta una garantía básica y un derecho connatural del ser humano; sino conseguir sentencia condenatoria.

Concomitante se deduce además de la muestra analizada que el 50% de dictámenes fiscales son abstentivos, los mismos que fueron emitidos meses más tarde de que el procesado pasó encarcelado por la orden de prisión preventiva emitida y solicitada por los operadores judiciales dentro de los procesos, evidenciando esto, una ligereza en el proceder judicial al solicitar y al emitir una orden de prisión preventiva que restringe el derecho a la libertad, el cual sin lugar a dudas termina siendo vulnerado y concomitantemente la presunción de inocencia.

Respecto a la motivación en la orden de prisión preventiva, así como en la petición o solicitud que el fiscal hace de la misma, se detecta que se hace caso omiso a esta obligación constitucional que tienen todos los operadores judiciales e incluso se llega a determinar la utilización de formatos que evidencian sin lugar a dudas la falta de interés en una investigación seria, que de no serlo así, se vulnera el principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad. Al utilizar estas formas de lenguaje encasillados en una especie de fórmulas jurídicas se está trastocando el fondo del derecho, puesto que el derecho no es una fórmula aplicable a la sociedad, por el contrario la sociedad dispone retos a la norma, a fin de que la ley pueda ser adaptada a cada hecho en concreto o por lo menos este es el reto que impone el contexto constitucional actual, es necesario desprenderse del positivismo puro, deshacerse del culto a la ley, puesto que el derecho en discordia es demasiado delicado como para verse afectado con la imposición de formatos o fórmulas jurídicas que se aplican en la emisión de órdenes de prisión preventivas y en peticiones de las mismas, que no son más que laconismos para solicitar y ordenar dichas órdenes en contra de quien está siendo procesado. Para una mejor visualización y comprensión transcribo estos formatos jurídicos que son de común uso tanto por jueces como por fiscales:

Fiscal

"...Por encontrarse reunidos los requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, solicito la prisión preventiva en contra de XXXX...".

"Toda vez que se encuentran reunidos los requisitos y exigencias contempladas en el artículo 167 del C.P.P. solicito se sirva disponer y ordenar la medida cautelar de carácter personal en contra del procesado..."

Juez

"...Acogiendo el pedido del señor Fiscal y por considerar fundamentado y apegado a la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código adjetivo penal, se dispone la prisión preventiva de **XXXX**, para lo cual gírese las respectivas boletas constitucionales de encarcelamiento..."

"...Una vez que han sido escuchados los sujetos procesales, el suscrito juez, asume la competencia, y, por considerar que se encuentran reunidos los requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en el artículo 68 ibídem **SE ORDENA LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL IMPUTADO XXXX...**"

Juez

“...Para asegurar el descubrimiento de la verdad, la actuación de la ley y la comparecencia al proceso del procesado, dispongo la prisión preventiva de XXX...”

Estas son frases inocuas, que no cumplen de manera alguna con la obligación constitucional de motivación.

Así mismo se observa de la investigación de campo, que en razón de no reunirse estrictamente los requisitos constitucionales y legales para dictar y solicitar las órdenes de prisión preventiva en función de la realidad del procesado, más tarde y en un gran número como se aprecia de la muestra se precisa la revocatoria a dichas órdenes, pero para ello ha pasado entre dos a tres meses de haber permanecido el procesado en prisión, y esto genera problemas de tipo social, institucional y jurídico, puesto que el sistema de rehabilitación se enfrenta a retener personas no sentenciadas ni culpables sino inocentes, lo cual socialmente generan un daño irreparable en quien estuvo encarcelado y jurídicamente también se produce inseguridad en el sistema de administración de justicia puesto que quien llega a ser detenido culpable o inocente, no tiene la certeza de que se proceda con la suficiente seriedad jurídica y libre de encajonamientos formalistas que sólo dicen de la poca y simulada investigación al inicio de un proceso penal que conlleva a la negación de la libertad.

A continuación y como corolario del mismo se expone los cuadros de tabulación de la información que no dicen más de lo que en líneas anteriores se ha explicado y que son los siguientes:

Representación gráfica de: Motivación y cumplimiento de los requisitos legales al momento de solicitar y dictar la prisión preventiva por parte de fiscales y jueces:

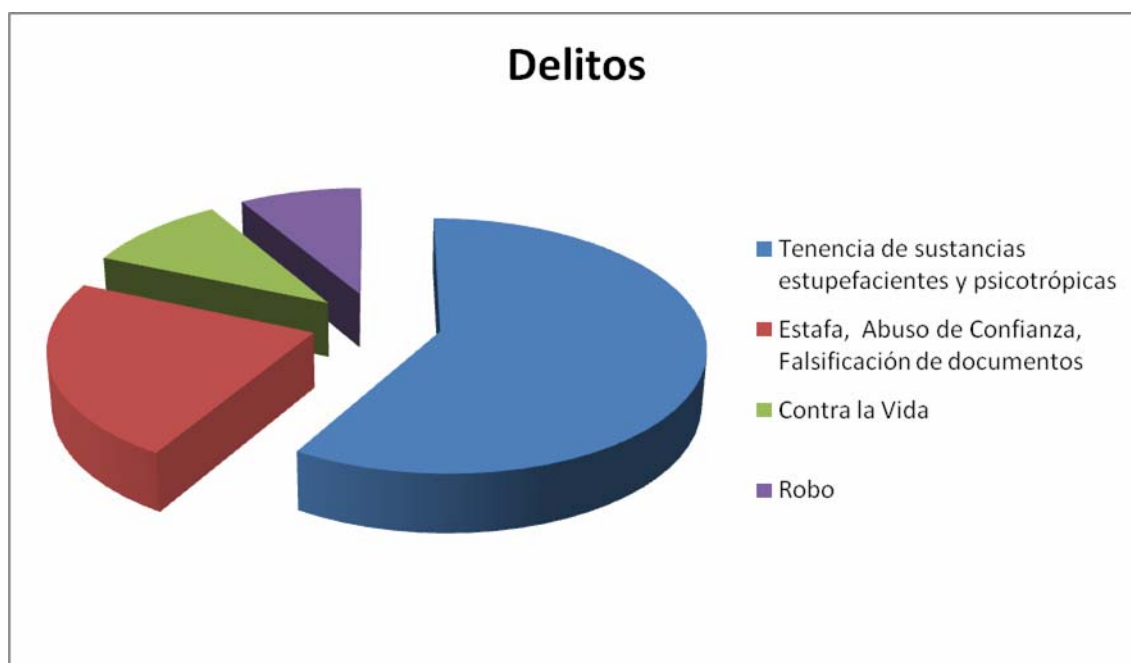


- De un universo de quince juicios estudiados, se concluye que solamente en 1 un juicio (7%), se ha cumplido con la motivación.



- De un universo de quince juicios estudiados, se concluye que solamente en 2 juicios (13%), se ha cumplido con el cumplimiento de los requisitos constitucionales en dichas órdenes de prisión preventiva.

NO. MUESTRA	DELITO	FECHA ORDEN DE PRISIÓN	FECHA REVOCATORIA ORDEN
1	DROGA	12/10/2007	21/07/2008
2	DROGA	04/02/2009	16/05/2009
3	DROGA	11/08/2008	06/11/2008
4	ESTAFA	15/04/2008	CAUCIÓN
5	TRÁNSITO	10/11/2007	29/08/2008
6	VIOLACIÓN	10/03/2009	19/06/2009
7	ROBO AGRAVADO	20/09/2008	10/12/2008
8	DROGA	15/04/2008	10/06/2008
9	FALSIFICACIÓN DCTS.	12/10/2007	20/12/2007
10	TENTATIVA ASESINATO	10/03/2009	15/05/2009
11	DROGA	15/09/2008	20/12/2008
12	DROGA	25/05/2008	15/07/2008
13	DROGA	12/01/2009	08/03/2009
14	DROGA	19/08/2008	07/10/2009
15	ROBO AGRAVADO	12/01/2008	15/03/2008



Finalizando la investigación de campo, se establece que definitivamente los operadores de justicia, esto es, jueces y fiscales, que de la muestra han sido estudiadas sus órdenes y peticiones de prisión preventiva, en su gran mayoría no cumplen con los requisitos constitucionales ni

legalmente instituidos en el ordenamiento jurídico, en tal virtud el derecho constitucional a la presunción de inocencia resulta vulnerado frente a la emisión y petición de órdenes de prisión preventiva, razón por la cual es menester que el quehacer judicial se nutra de todos los conocimientos necesarios y asuma la función de administrar justicia como un servicio público óptimo, en el que la presunción de inocencia no sea alterada por la prisión preventiva, y por lo contrario caminen de la mano en pro del ser humano, a fin de cumplir con un sistema real de seguridad jurídica bajo los parámetros del Estado constitucional de derechos y justicia.

CONCLUSIONES

El derecho constitucional a la libertad, es un derecho que como fundamental debe ser preservado para cualquier persona, pero cuando se ve limitado por el cometimiento de una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías que señala la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y las Leyes especialmente el Código de Procedimiento Penal; más aún en un estado constitucional de derechos y justicia, cuya característica fundamental es el respeto a la dignidad del ser humano y la consagración del principio de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma, esto es los derechos fundamentales como el de presunción de inocencia, adquieren la dimensión de ser valores supremos en la vida del Estado y de la sociedad, que no pueden ser conculcados.

El Ecuador al igual que otros países de América Latina recurre como regla al encarcelamiento cautelar, de personas inocentes, como si se tratará de una pena anticipada no obstante de que en nuestro ordenamiento jurídico se exige el cumplimiento de requisitos constitucionales y legales que el Fiscal debe observar al solicitar y el juez de garantías penales debe exponerlas al momento que dicta dicha orden de prisión preventiva, esto es al expedir la boleta constitucional de encarcelamiento. La consecuencia más importante del principio de inocencia está en la frase que señala el Art. 76 numeral 2 de la Constitución que dice "...y será tratada como tal...", esto es el derecho a ser tratado como inocente, que se fundamenta en el reconocimiento de derecho a permanecer en libertad durante el proceso.

La alarma social y la frecuencia de los delitos en el país, evidencian sin duda alguna que existe un malestar para la colectividad; y, ésta es la razón, por lo que lamentablemente puedo captar que hoy en día los jueces de garantías penales, dictan órdenes de prisión preventivas, que responden más que a exigencias de carácter preventivo a exigencias de naturaleza retributiva y vindicativa, de tal modo que la prisión preventiva se la dicta para asegurar el orden perturbado por

el hecho delictivo y se estima como una solución al ilícito penal presuntamente cometido; pero a la final podemos constatar que esta medida cautelar no ha cumplido con las funciones de seguridad y paz social.

El sistema internacional de derechos humanos establece exigencias materiales y formales que definen los presupuestos de legitimidad en toda detención cautelar de personas que aún no han sido condenadas, de tal modo que éstas son obligaciones que deben cumplir los estados para que sea legítima la prisión preventiva; o sea que la culpa debe ser demostrada, y es la prueba de la culpa y no de la inocencia que se presume desde el principio del juicio penal.

Lo importante, como señalo en esta tesis, es que nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia no lo declare como tal, es decir, se quiere que la pena no sea anterior al juicio previo, ni sea impuesta por fuera de él. Si el procesado no es culpable mientras no se pruebe su culpabilidad en la sentencia, de ningún modo podría ser tratado como tal; este es el núcleo central de esta garantía de presunción de inocencia. La idea central del tratamiento como inocente se vincula, al carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal.

Uno de los efectos del principio de inocencia es que el procesado no debe probar su inocencia, sino que quien acusa debe probar su culpabilidad por los medios de prueba que contempla el ordenamiento jurídico; o sea es el órgano acusador, en este caso la Fiscalía, es la que debe acreditar los cargos impidiendo la inversión de la carga de la prueba o estableciendo la prueba de hechos negativos.

La presunción de inocencia exige que la sentencia condenatoria se funde en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales, que contengan suficientes elementos inculpatórios respecto a la participación del procesado en los hechos delictivos sometidos a la resolución del tribunal, que formen la convicción certera sobre la

existencia del delito y de la responsabilidad del acusado; así se vulnera la presunción de inocencia cuando se condena a una persona por meras sospechas, sin pruebas o prescindiendo de ellas; cuando se presume la culpabilidad del procesado imponiéndole la carga del onus probandi de su inocencia; cuando se condena sin haber recibido las pruebas de descargo, o admitido la contradicción de las pruebas de cargo, como también cuando se condena en virtud de pruebas irregularmente obtenidas o hechas valer, violando derechos fundamentales, o si las garantías constitucional o legalmente debidas, o de cuando de hechos no probados se extraigan consecuencias jurídicas sancionatorias que afecten derechos fundamentales.

El principio constitucional de la presunción de inocencia, exige que el procesado sea tratado como inocente en la sustanciación del proceso; esto es reconocer el derecho a permanecer en libertad durante el proceso, o sea a considerar que el procesado no puede ser sometido a una pena, y por tanto no puede ser tratado como culpable hasta que no se dicte la sentencia firme de condena, esto constituye el principio rector para expresar los límites de las medidas de coerción procesal contra él; pues la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, que constituye un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al procesado de probar su inocencia.

La medida cautelar personal de prisión preventiva como que de alguna manera intenta asegurar la protección a la víctima y reducir el índice delincencial, pero no ha logrado estos propósitos, prueba de ello es el alto porcentaje de impunidad en los delitos especialmente contra las personas y la propiedad, obviamente que esto también se encuentra concatenado a las condiciones económicas actuales producto de la desigualdad social y la falta de atención del ente estatal, especialmente en lo relativo a la generación de fuentes de empleo.

El problema se potencializa en países en que las tasas de criminalidad son altas y el sistema procesal penal no es suficiente para luchar contra ese fenómeno, una de esas sociedades

es la ecuatoriana que tiene altos índices de criminalidad y su sistema democrático aún es débil, por lo que la aplicación de una prisión preventiva resulta necesaria, aún cuando debe ser la **última ratio**, esto es que sólo debe aplicarse ante circunstancias plenamente justificadas y cumpliendo los requisitos constitucionales y legales que he manifestado en esta tesis.

Resulta ilegítimo detener preventivamente a un procesado, con fines retributivos o preventivos propios de la pena, en esto radica la importancia de la duración de la prisión preventiva, que se extienda a un tiempo razonable, esto es seis meses para delitos castigados con prisión y un año a los delitos castigados con reclusión, puesto que al exceder de la razonabilidad temporal esta medida deviene en arbitraria e ilegítima, por tanto la razonabilidad temporal de la medida cautelar personal se fundamenta en los principios de seguridad y eficacia procesal.

Hay que tener en cuenta, que el principio de presunción de inocencia es la clave explicativa de todo el régimen de garantías procesales, de tal manera que el juez de garantías penales debe motivar racionalmente su decisión al dictar una orden de prisión preventiva y el fiscal al solicitarla, especialmente al momento de valorar los indicios que he mencionado en la presente tesis, con las reformas introducidas en el mes de marzo de 2009.

Hay que reconocer, que cuando se dicta la prisión como medida cautelar preventiva, existe una lucha entre los intereses generales de la sociedad, cristalizada en la facultad del Estado de reprimir y, el derecho primigenio del hombre a ser libre; así debe buscarse el conveniente y justo equilibrio entre la necesidad de reprimir y la garantía al derecho de libertad física del ser humano procesado.

Debemos recordar que existen varios tratados y convenios internacionales vigentes en el país, que se refieren y garantizan el principio de presunción de inocencia, más aún el Derecho Penal ha entrado en la Constitución de la República, al punto que la política penal debe responder

al modelo del Estado constitucional de derechos y justicia, basado en la tutela de los derechos fundamentales y en el respeto a la dignidad del ser humano.

La prisión preventiva es excepcional y rige el principio del *favor libertatis* o del *in dubio pro libertate*, fórmulas que en definitiva vienen a significar que la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la prisión preventiva, deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental de la libertad que tales normas restringen; pues este derecho desempeña un papel nuclear en el Estado constitucional de derechos y justicia.

Con la presente investigación en esta tesis, se llega a conocer lo que es la presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para que se dicte una orden de prisión preventiva; y, dentro de la investigación de campo en los quince juicios penales que se tramitan en la Fiscalía Provincial de Pichincha, debo señalar, no he encontrado sino pocos en el que se aplique de manera estricta y completa estos principios constitucionales y legales; pues de la investigación de campo se observó que lamentablemente los Jueces de Garantías Penales al momento de dictar y los Fiscales al momento de solicitar la prisión preventiva, no cumplen con los requisitos constitucionales y legales señalados en esta tesis, pues al limitar el derecho a la libertad de una persona utilizan determinados formatos, que se limitan a manifestar “que se dicta la prisión en contra de XX, por encontrarse reunidos los requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal”, lo cual de ninguna manera implica que se haya motivado dicha medida cautelar.

Hay que hacer conciencia, que el respeto a los derechos humanos, a la dignidad de la persona es la piedra angular de la presente tesis, de tal manera que estaré satisfecho cuando en el país y en el mundo exista un acatamiento cabal al Estado constitucional de derechos y justicia, y cuando finalmente se haya impuesto entre todos los actores sociales una cultura de tolerancia y de respeto a los derechos humanos, pues solamente de esta manera tendremos una sociedad para beneficio de todos los que vivimos en este país.

Del estudio, se evidencia que en el país existe una falta de cultura jurídica constitucional, un alto porcentaje de falta de respeto a los derechos humanos, no sólo en la administración de justicia, sino en la administración pública en general, más aún si consideramos que en el Ecuador tenemos una concepción equivocada de que "autoridad que no abusa de su poder no es autoridad"; de este modo el Ecuador contempla con asombro el ejercicio arbitrario del poder y en fin el rompimiento del Estado constitucional de derechos y justicia.

Concluyendo, debo señalar que se respetará el principio constitucional de presunción de inocencia en la medida que la prisión preventiva sea legítima es decir que cumpla con todas y cada una de las exigencias constitucionales, legales, jurídicas formales y materiales propias de dicha medida cautelar y que con detalle constan en la presente tesis.

RECOMENDACIONES

Actualmente la asistencia de la Defensoría Pública, en la mayoría de los casos se reduce a meras formalidades, dejando desprovista de la defensa técnica al procesado, que careciendo de medios para designar un defensor privado, se encuentra amenazado por la imposición de una prisión preventiva sin base constitucional o legal; de tal manera que hay que fortalecer el sistema de la defensoría pública, para garantizar un equilibrio en el proceso penal; más aún si conocemos que es el defensor público, el funcionario que tendrá bajo su responsabilidad la defensa de bienes jurídicos de diversa índole y especialmente la defensa del procesado en materia penal.

No olvidemos por otra parte, que comete el delito de detención ilegal la autoridad pública que no cumpla con los requisitos constitucionales y legales al momento de dictar una prisión preventiva; y más aún hoy el Estado por responsabilidad objetiva; y, el juez, el fiscal y el defensor público por responsabilidad subjetiva, responden por detenciones arbitrarias y por actuaciones contrarias a la ley.

Es necesario actualizar nuestro marco jurídico con reformas institucionales, legales, educativas y culturales, promoviendo iniciativas que fortalezcan a los órganos públicos de defensa de derechos humanos en busca de un pleno reconocimiento constitucional de dichos derechos universalmente aceptados, con especial énfasis en la defensa al derecho de la libertad, a través de una política integral de los derechos humanos, acorde con la realidad que vive el país y con los anhelos del pueblo ecuatoriano de un proceso de cambio dentro de un nuevo estado y con un nuevo derecho, creando un sistema de defensa y protección de los derechos humanos preventivo y no reactivo.

A fin de ejecutar el objetivo antes mencionado, es necesario que la designación de jueces se la haga a través de una selección transparente, en la que se escoja a los más capacitados para los cargos en base de concursos de merecimientos y oposición sin intervención política, pues sólo de este modo se conseguirá que los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia

y los Jueces y Tribunales de Garantías Penales produzcan fallos de avanzada para el ejercicio y finalidades de la prisión preventiva; siendo menester por tal la estabilidad de los jueces a fin de que ellos permanezcan en sus cargos de manera absoluta, mientras justifiquen su presencia en las evaluaciones que anualmente se hagan a través del Consejo de la Judicatura; y, además su moral y salud no se alteren; y que en caso de mala conducta sólo puedan ser separados con estricta aplicación de lo señalado en el Código Orgánico de la Función Judicial y en los Reglamentos que dicte el Consejo de la Judicatura, observando siempre las reglas del debido proceso.

Es necesario que el Consejo de la Judicatura a través de la Escuela Judicial organice cursos de actualización de conocimientos, con énfasis en derecho constitucional para los jueces y más servidores judiciales, pero también para los abogados en libre ejercicio profesional, a fin de hacer conciencia en dichos principios que son básicos en el nuevo Estado ecuatoriano, a raíz de que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Ubidia, Santiago, *La Transformación de Justicia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito – Ecuador, abril 2009.
- Alexy, Robert, *Los Derechos Fundamentales en el Estado constitucional democrático*. M Carbonell. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- Angulo González, Guillermo, *Captura y Aseguramiento y Libertad*, Bogotá Colombia, 2da Edición, Ediciones Doctrina y Ley, 1994.
- Badem, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires Argentina, Tomo II. Ad hoc S.R.L., 1999.
- Baytelman A. Andrés, y Juan Enrique Vargas V., *La Función del Juez en el Juicio Oral*, Santiago Chile, Universidad Diego Portales, Textos de Docencia Universitaria, 2000.
- Baytelman A., Andrés, *El Nuevo Proceso Penal y el juicio Oral*, Santiago de Chile. Cuaderno de Trabajo No. 2, Universidad Diego Portales, 2001.
- Castro, Martín, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Quito Ecuador, Comisión Andina de Juristas CAJ 2002.
- Cansino Antonio José, *Principales Problemas de la Justicia Penal*, Bogotá, 2000. p. 75.
- Centro de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Prisión Preventiva*
Comisión Andina de Juristas, *La Libertad Personal*, Lima, 2000
- Corte Suprema de Justicia, *Resolución s/n publicada en el R.O. No. 245, Quito, de 30 julio de 1999*
- Cueva Carrión, Luis, *Valoración Jurídica de la Prueba Penal*, Tomo I, Ediciones Cueva Carrión, Quito-Ecuador, 2008.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II, p. 1669. Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid España, Octubre 2000
- Enciclopedia Jurídica OMEBA Buenos Aires Argentina. Tomo XIII, Editorial Bibliográfica Argentina.
- Edwards, Carlos Enrique, *Garantías Constitucionales en Materia Penal*, Buenos Aires-Argentina, Astrea, 1996.
- El Comercio, *6700 Presos fueron liberados en un año*, Quito, 23 de abril del 2009
- Fenech Miguel, *Derecho Procesal Penal* Editorial Astrea Buenos Aires Argentina, 1984
- Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid España, Editorial Trotta, Sexta Edición, 2004.
- Forero, José M., *Práctica Forense Penal*. Bogotá Colombia, B Ediciones, Doctrina y Ley, 1994.

- Fundación ESQUEL –USAID, *Manual de Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito jurídico Ecuatoriano*. Impresos Anabel, Guayaquil, Ecuador, 2002
- García Falconí, José Carlos, *Recopilación de Dictámenes Fiscales*. Tomo I. Primera Edición. Quito Ecuador, 1993. Editorial Voluntad
- Guzmán Lara, Aníbal, *Diccionario Explicativo del Derecho Penal*, Quito Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, 1999.
- Guerrero Vivanco, Walter, *Los Sistemas Procesales Penales*, Editorial Pudeleco, Quito Ecuador, 2002
- Huerta Guerrero, Luis. *El Derecho de Acceso a la Información Pública*, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú 2002.
- Fenech Miguel, *Derecho Procesal Penal* Editorial Astrea Buenos Aires Argentina, 1984.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, México, Estudios Comparativos, 2da Edición, 1999.
- Guerrero Vivanco, Walter, *Los Sistemas Procesales Penales*, Editorial Pudeleco, Quito Ecuador, 2002.
- Hoyos, Arturo, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá Colombia, TEMIS, 1998.
- Huerta Guerrero, Luis. *"El Derecho de Acceso a la Información Pública"* Comisión Andina de Juristas, Lima Perú 2002.
- Larrea Holguín, Juan, *Derecho Constitucional 2*, Quito Ecuador, Volumen I 7ma Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.
- Londoño Jiménez , Hernando, *La Fiscalía General y el Sistema Acusatorio*, Bogotá Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.
- Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Bogotá Colombia, Tomo II, Editorial TEMIS, 1963.
- Ministerio Público, *"Informe de Investigación del Control de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho"*, Chile, Universidad Diego Portales, 2000.
- Montañés Pardo, Miguel Ángel en *"La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, Pamplona, Ed. Arazandi. 1999.
- Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario*. Edición XXII, año 2001, Editorial Espasa Calpe.
- "Reformas a la Justicia Penal en las Américas", en Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC Estados Unidos de América 1999.
- Rodríguez, Orlando Alfonso, *La Presunción de Inocencia*, Bogotá Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

Romero, César Enrique, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires Argentina, Tomo II, Víctor de Zavalia Editorial, 1976.

Sáchica, Luis Carlos, *Derecho Constitucional de la Libertad*, Bogotá Colombia, 2da Edición, 1988.

Sociedades Bíblicas Unidas, *La Biblia*, Segunda Edición, 1979

Zavala Baquerizo, Jorge, *El Debido Proceso*, Editorial Edina, Guayaquil Ecuador, 2004.

Zambrano Pasquel, Alfonso, *El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho*, Guayaquil-Ecuador, 2000.

Instrumentos jurídicos

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
Código de Procedimiento Penal.

Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José" publicada en el Registro Oficial 801,6/VIII/1984.

Convención contra la Tortura y Otros Trataos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes publicada en el Registro Oficial 924,28/IV/1998.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada en el Registro Oficial 360,13/I/2000.

Reformas al Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial Suplemento No. 555 del 24 de marzo de 2009.

Reformas al Código Penal, Registro Oficial Suplemento No. 555 del 24 de marzo de 2009.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

