

# Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

## Programa de Maestría en Derecho Penal

### Prisión preventiva y parámetros jurídicos de su aplicabilidad: ¿Inmediación al proceso o uso irracional?

Kerley Marcelo Quimbiulco Yanchatipán

2011

Este trabajo se almacena en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia [Creative Commons: Reconocimiento de créditos de la obra--No comercial--Sin obras derivadas--3.0](#)



[Ecuador](#)



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

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

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

Kerley Quimbiulco

19 de diciembre de 2011

**Universidad Andina Simón Bolívar**  
Sede Ecuador

Área de Derecho

**Programa de Maestría en Derecho Penal**

**Prisión preventiva y parámetros  
jurídicos de su aplicabilidad:  
¿Inmediación al proceso o uso irracional?**

Kerley Marcelo Quimbiulco Yanchatipán

2011

Tutor: Dr. Ramiro Ávila Santamaría

## Quito

### *ABSTRACT*

La existencia de disposiciones normativas abiertas en los requisitos de estructuración de una prisión preventiva, provocan un mayor margen de subjetividad en las y los administradores de justicia (fiscales, jueces, juezas). El riesgo, por tal subjetividad, se enfoca entorno a los parámetros, instrumentales o penales, que se pueden utilizar para requerir o disponer la referida medida coercitiva personal, pues en nuestro sistema penal colisionan las corrientes garantista y del derecho penal del enemigo.

El presente tema de tesis no ha tenido mayor desarrollo doctrinario, y peor aún análisis práctico en nuestro país. Esto, ha vuelto necesario su estudio y evaluación, con el propósito de poder verificar si los criterios de aplicación de la prisión preventiva responden al Estado constitucional de derechos y justicia que nuestro sistema consagra, o más bien enmascaran un uso irracional o arbitrario de los criterios por los cuales se convierte a una persona en preso preventivo.

Agradezco a mi padre, a mi madre y a mi hermano por su apoyo constante para con este soñador, sin el cual no hubiese podido llegar a culminar una meta más. En forma especial, al Dr. Ramiro Ávila por su paciencia y tiempo en la dirección de la presente

investigación.

## TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	9
-------------------	---

### CAPÍTULO I

#### PENSAMIENTO PENAL Y PRISIÓN PREVENTIVA

1.0 Tendencias del pensamiento penal.....	12
1.1 Garantismo penal.....	12
1.2 Derecho penal del enemigo.....	14
2.0 Concepto de prisión preventiva.....	17
3.0 Fines de la prisión preventiva.....	19
3.1 Justificación externa.....	19
3.2 Justificación interna.....	23
4.0 Datos estadísticos del estado de la prisión preventiva.....	26

### CAPÍTULO II

#### REQUISITOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1.0 Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción penal pública.....	33
2.0 Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito.....	35
3.0 Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.....	38
4.0 Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.....	41
4.1 Fuga.....	41

4.2 Peligro de fuga.....	42
4.2.1 Gravedad de la pena.....	43
4.2.2 Naturaleza del delito.....	45
4.2.3 Arraigo social.....	48
4.2.4 Antecedentes penales sin sentencia previa.....	51
4.2.5 Reincidencia.....	52
4.2.6 Alarma social o repercusión social del hecho.....	54
4.3 Peligro de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación: Necesidad de investigar.....	56
4.4 Peligro de reiteración delictiva.....	60
4.5 Otras justificaciones: orden público, restablecimiento de la paz jurídica o de la vigencia de la norma, protección de la sociedad, etc. ....	61
5.0 Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.....	63
<b>Conclusiones.....</b>	<b>71</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>76</b>
1.0 Onus probandi.....	76
2.0 Motivación.....	79
3.0 Defensa técnica.....	83
4.0 Incorporación de nuevas medidas cautelares: brazalete electrónico.....	85
4.1 Posiciones.....	86
<b>Fuentes de consulta.....</b>	<b>93</b>
<b>Anexos</b>	
<b>Anexo 1: Formularios de entrevistas</b>	

**Anexo 2:** Entrevistas

**Anexo 3:** Actas de calificación de fragancia

**Anexo 4:** Anexo metodológico

## INTRODUCCIÓN

Con la vigencia de la nueva Constitución se ha declarado al Estado ecuatoriano como un estado constitucional de derechos y justicia; a raíz de lo cual, en el año 2009 también se han hecho reformas al Código de Procedimiento Penal para evitar el uso abusivo de la prisión preventiva. Mas, las reformas al Código terminaron por extender la subjetividad tanto de fiscales como de juzgadores para requerir o disponer, respectivamente, tal medida coercitiva personal.

La presencia de dos nuevas cláusulas abiertas para completar los tres primeros requisitos que permitían disponer una prisión preventiva, nos conduce a la interrogante de cuáles son los parámetros que pueden filtrarse en estas normas abiertas. Lo presente, debido a que en escena criterios penales e instrumentales pueden colisionar al tiempo de estructurar los cimientos de aquella medida coercitiva personal.

Lamentablemente, en nuestro país no se ha hecho mayor análisis de tales parámetros de aplicabilidad, haciéndose necesario su estudio y evaluación, pues su conocimiento nos permitirá verificar el posicionamiento real de la prisión preventiva, y direccionar en mejor forma el control que sus tentáculos conllevan. Pues, y como hipótesis, si bien el contenido de los requisitos para construir una prisión preventiva no son taxativos, aquello no implica que todo parámetro responda a la existencia de un Estado ecuatoriano garantista, ya que el hacerlo degenera en un control social irracional, por el fondo, de quienes están bajo el régimen de prisión preventiva.

Durante el desarrollo de la presente investigación nos encaminaremos por las dos vías de acercarse al Derecho, enmarcándonos en el campo dogmático

formal y en el campo del hecho jurídico. Con el primer campo, nos apoyaremos en la hermenéutica de autores tanto nacionales como internacionales sobre la prisión preventiva y sus fronteras de aplicabilidad, verificando sus profundizaciones y vacíos, así como sus tendencias. En el segundo campo, aplicaremos el método analítico, lo cual nos permitirá estudiar las particularidades de cada uno de los requisitos de la prisión preventiva.

En cuanto al acopio de información, como fuentes básicas de investigación se ha tomado en cuenta la bibliografía especializada de la UASB y de bibliotecas particulares, así como también artículos electrónicos de Internet que tienen un dominio oficial, o bien son parte de periódicos telemáticos. A esto, se suma la recolección de datos de veintiún actas oficiales de calificación de flagrancia (que se ordenarán en base a su fecha y no a su número), las cuales reposan en la Fiscalía 4 del Cantón Quito - Unidad de delitos contra el patrimonio, a fin de poder llevar a cabo un análisis cualitativo del discurso. Todo lo cual, finalmente, se ha complementado con la realización de entrevistas a tres fiscales y dos jueces de garantías penales.

No se ha podido ampliar el universo práctico de estudio de las actas por limitaciones de tiempo y cruce de horarios, tanto de la persona encargada de facilitar la documentación como de este investigador, debiéndose resaltar que sólo se permitía revisar y obtener fotocopia de una acta a la vez, sin que se pueda sacar el documento fuera de la Fiscalía, lo cual demoraba aun más la investigación. Pese a los inconvenientes, se ha hecho un gran esfuerzo por obtener al menos la información de cuatro meses, desde la creación de la Fiscalía 4 en febrero de 2010 hasta el mes de mayo del mismo año.

En cuanto a las entrevistas, estaba previsto contactar a cinco fiscales, pero un fiscal se escudó en su falta de tiempo y una orden superior de prohibición de entrevistas, en tanto que otro fiscal, pese a acudir por cinco veces a su despacho, nunca cumplió con la cita establecida, lográndose finalmente tres entrevistas.

La presente tesis se compone de dos capítulos, un acápite de conclusiones y otro de recomendaciones. El capítulo primero trata las tendencias del pensamiento penal, para cuyo estudio nos enfocaremos en el garantismo penal y en el derecho penal del enemigo, mismas que las combinaremos con los fines de la prisión preventiva, a fin de ubicar el modelo que debe guiar nuestro Estado constitucional de derechos y justicia. En el segundo capítulo, procuraremos concatenar la teoría con la norma, así como también procuraremos brindar un reflejo de la vida práctica, que no será más que un breve análisis cualitativo de determinados casos, sin ánimo de realizar generalizaciones. Toda referencia a entrevistas o actas podrá constatarse y ampliarse a través de los respectivos anexos.



## CAPÍTULO I

### PENSAMIENTO PENAL Y PRISIÓN PREVENTIVA

#### 1.0 TENDENCIAS DEL PENSAMIENTO PENAL

##### 1.1 Garantismo penal

La palabra garantismo se acuñó en el léxico jurídico, partiendo por el italiano, a partir de la década de 1970, siendo su máximo exponente Luigi Ferrajoli. Para este autor, a modo general, garantismo constituye una palabra “[...] que designa cualquier técnica de tutela de los derechos, y en particular de los derechos fundamentales; es decir, cualquier sistema de límites y vínculos, de prohibiciones y de obligaciones dirigidas a los poderes públicos, e idóneas para asegurar efectividad a los derechos fundamentales establecidos por la Constitución.”<sup>1</sup>

De acuerdo a los tipos de derechos garantizados, en un sistema jurídico coexisten varios tipos de garantismo.<sup>2</sup> Al efecto, podemos hablar por ejemplo: de un garantismo patrimonial para el caso de tutela del derecho a la propiedad; de un garantismo social para el caso de tutela de derechos sociales, como la educación, la salud, el trabajo; y, para el caso que nos ocupa, de un garantismo penal dirigido a tutelar derechos fundamentales, como es el caso de la libertad personal frente al poder punitivo del Estado.

La tutela de los derechos fundamentales conlleva a que el garantismo penal guarde una estrecha relación con el derecho penal mínimo, viniendo a constituirse en una pareja indisoluble, mismos que “[...] indican un modelo teórico y normativo de derecho penal, capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, a través de esos rígidos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli, “El garantismo y el derecho penal”, en Miguel Rujana Quintero, comp., *Derecho penal contemporáneo*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2002, p. 18.

<sup>2</sup> Luigi Ferrajoli, “El garantismo...”, op., cit., p. 17.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 18.

El derecho penal mínimo toma la batuta del garantismo penal, señalando Ferrajoli que por aquel derecho deben entenderse dos cosas: por una parte, un paradigma meta - teórico de justificación del derecho penal; y, por otra parte, un modelo teórico y normativo de derecho penal.<sup>4</sup>

Al ser el derecho penal mínimo un paradigma meta - teórico, conlleva una doctrina que justifica el sistema penal sólo si puede cumplir dos objetivos: la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales; y, la prevención y minimización de las penas arbitrarias, entrando al debate la prisión preventiva.

En tanto modelo teórico y normativo del ordenamiento penal, el derecho penal mínimo exige un sistema adecuado de garantías penales y procesales para cumplir los dos objetivos mencionados en el párrafo anterior. A la par, procura racionalizar las prohibiciones, las penas y los procesos, a fin de lograr una doble tutela de bienes y derechos fundamentales: por una parte, de los relativos a las víctimas contra los daños ocasionados por el delito y de los procesados; y, por otra parte, de los relativos al privado de la libertad personal contra arbitrariedades del sistema punitivo.

Por otra parte, vale destacar que Ferrajoli aclara que el derecho penal mínimo no sólo es aquel que se limita a buscar el máximo grado de tutela de las libertades de las personas frente al arbitrio punitivo del Estado, sino también es aquel que persigue un ideal de racionalidad y de certeza, esto es de la previsibilidad de la intervención del sistema penal.<sup>5</sup> En concordancia de lo cual, también manifiesta que la certeza que debe perseguir el derecho penal mínimo, amparado en el *in dubio pro reo*, es que “[...] ningún inocente sea castigado,

---

4 Véase Luigi Ferrajoli, *Garantismo penal*, México D.F., UNAM, 2006, pp. 55 -56.

5 Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, 5ta., ed., p. 105.

a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune.”<sup>6</sup>

Mirando la otra cara de la moneda, el derecho penal máximo lo entiende como un sistema de poder, que ante la falta de parámetros ciertos y racionales, no se lo puede controlar racionalmente, imperando así la incertidumbre e imprevisibilidad en el sistema penal.<sup>7</sup> La certeza que persigue el derecho penal máximo, en donde impera el *in dubio contra reum*, es que “[...] ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado.”<sup>8</sup>

## 1.2 Derecho penal del enemigo

Según Günther Jakobs, quien acuñó la expresión derecho penal del enemigo en 1985, esta ideología se caracteriza por tres elementos:<sup>9</sup>

- 1) Adelantamiento de la punibilidad: El ordenamiento jurídico penal ya no tiene sólo una perspectiva retrospectiva, es decir que su punto de referencia es el hecho cometido, sino que además se enfatiza en una perspectiva prospectiva, esto es que el punto de referencia es también el hecho futuro. Se adelantan las barreras de punición, se sancionan incluso los actos preparatorios.
- 2) Desproporción en el resultado jurídico, las medidas de contención no guardan proporción con la lesión inferida. La punición es desproporcionada.
- 3) Existe relativización o hasta supresión de las garantías procesales, es decir hay tendencia hacia su debilitamiento.

Junto a estos tres elementos, se sostiene también la inclusión de un cuarto elemento -al que yo más bien estimo resumen de los tres anteriores-, y

---

6 *Ibidem*, p. 106.

7 Véase *ibidem*, p. 105

12 *Ibidem*, p. 8.

9 Véase Manuel Cancio Meliá, “¿”Derecho penal” del enemigo?”, en Universidad de Guayaquil, *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima - Perú, Ara Editores, 2005, p. 105.

que vendría a ser la imposición de una legislación de lucha.<sup>10</sup> Lo presente, conlleva el resultado de que el derecho penal del enemigo es caldo de cultivo para la expansión de la legislación penal, para el aumento de la violencia estatal.

Por otra parte, vale resaltar que Jakobs distingue entre un derecho penal del enemigo y un derecho penal del ciudadano, a los que califica de tipos ideales que no viven en forma pura en la realidad. Aclara, que son dos tendencias opuestas de un mismo mundo jurídico penal, circunstancia que da lugar a que estas tendencias incluso se superpongan una a la otra.<sup>11</sup> No obstante, se ve partidario de una posible separación: “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.”<sup>12</sup>

Para este autor, el derecho penal del ciudadano sanciona infracciones cometidas por personas de manera incidental, cuya infracción es consecuencia de un simple abuso de las relaciones sociales en las que se desenvuelve dicha persona. El infractor será considerado persona en tanto, pese a su desliz, ofrezca garantías de seguridad cognitiva, es decir en tanto exista confianza de que redirigirá su actuar a la fidelidad del ordenamiento jurídico, ya que es su derecho el volver a arreglarse con la sociedad.<sup>13</sup>

Si el infractor continúa mostrando una actitud hostil frente al ordenamiento jurídico, pierde sus garantías de seguridad cognitiva.<sup>14</sup> Al ser su actitud, ya no de forma incidental, sino habitual o permanente, pues su

10 Véase Wolfgang Kaleck, “Sin llegar al fondo. La discusión sobre el derecho penal del enemigo”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez - Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006, p. 120.

11 Véase Günther Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp. 21 - 22.

12 Véase ibidem, p. 56.

13 Véase Luis Gracia Martín, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 98 - 99.

14 Véase Günther Jakobs, “Derecho penal ...”, op., cit., pp. 50 - 51.

comportamiento afecta al modelo de convivencia, y el infractor se convierte en no persona, representando un peligro para la propia existencia de la sociedad.<sup>15</sup> Lo presente, nos conduce a enfrentar al infractor con el derecho penal del enemigo,<sup>16</sup> viniendo a constituir la prisión preventiva una medida de contención que ocupa un gran espacio en el aspecto represivo del sistema penal.<sup>17</sup> En pocas palabras, un ser humano es o no persona en base a lo que hace y representa.<sup>18</sup>

Si bien para Jakobs el Estado, en principio, podría hacer cualquier cosa para enfrentar al enemigo, pues, expresa, que no siempre lo hace, interviniendo el derecho penal del enemigo como una manera de limitar aquella respuesta.<sup>19</sup> El derecho penal del enemigo implica un comportamiento en base a reglas y no a una conducta espontánea e impulsiva.<sup>20</sup> En palabras de Jakobs:

Esta despersonalización [...] se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad. Por lo demás, la personalidad jurídica queda incólume; en un ejemplo, el delincuente a asegurar mantiene su derecho a su integridad corporal, a su propiedad, y debe pagar impuestos.<sup>21</sup>

El derecho penal del ciudadano tiene como objetivos: la reafirmación de la norma infringida y la reinserción o rehabilitación del infractor; mientras que, en el derecho penal del enemigo, al ser una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo, su fin es, a más de la reafirmación de la norma, procurar la exclusión e inocuización del enemigo, pues los infractores

<sup>15</sup> Véase Luis Gracia Martín, *El horizonte...*, op., cit., p. 102.

<sup>16</sup> Véase Günther Jakobs, "Derecho penal ...", op., cit., pp. 55 - 56.

<sup>17</sup> Véase Eugenio Zaffaroni, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006, pp. 142 - 143 y 214.

<sup>18</sup> Véase Víctor Gómez Martín, *El derecho penal de autor*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 302.

<sup>19</sup> Véase Manuel Grosso García, "¿Qué es y qué puede ser el "derecho penal del enemigo"? Una aproximación crítica al concepto", en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez - Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006, cit., p. 7.

<sup>20</sup> Véase Günther Jakobs, "Derecho penal ...", op., cit., p. 22.

<sup>21</sup> Günther Jakobs, "La pena estatal: significado y finalidad", en Universidad de Guayaquil, *XVII Congreso...* op., cit., pp. 63 - 64.

contra las que se dirige han sido calificados de no personas.<sup>22</sup> En pocas palabras: “El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros.”<sup>23</sup> En concordancia con lo expuesto, se sostiene:

Ante la evidente existencia de estas fuentes de peligro, es una obligación del Estado reaccionar en defensa de los ciudadanos, adoptando medidas de protección frente a esos “peligros fácticos”, pudiendo incluso acudir a la eliminación física, o la exclusión permanente. Por lo tanto, resulta válido que el Estado reaccione, imponiendo medidas menos drásticas, como la privación temporal de la libertad, que en todo caso tiene la finalidad de aseguramiento de la colectividad [...].<sup>24</sup>

De lo expuesto por Jakobs, Víctor Gómez deduce, básicamente, tres cosas: en primer lugar, los deberes de los miembros de la sociedad prevalecen sobre sus derechos; en segundo lugar, existe una concepción pesimista de la naturaleza del ser humano, a quien Jakobs mira como un ser egoísta, que se preocupa sólo por su propia existencia, lo que conlleva a que, en tercer lugar, el Estado tenga como fin principal controlar el orden público y dar seguridad a los individuos -se entiende a la mayoría-.<sup>25</sup>

## **2.0 CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA**

Toda vez que hemos establecido el pensamiento que gira entorno al garantismo penal y a su opositor: el Derecho penal del enemigo, y previo a relacionarlo con los fines de la prisión preventiva, con el afán de poder resaltar qué modelo debe imperar en Ecuador, resulta necesario indicar qué se puede entender por tal medida cautelar.

Al respecto, podemos manifestar que la prisión preventiva es “[...] una medida cautelar procesal de carácter personal, excepcional, subsidiaria,

<sup>22</sup> Véase Luis Gracia Martín, *El horizonte...*, op., cit., pp. 105 y 114.

<sup>23</sup> Günther Jakobs, “Derecho penal ...”, op., cit., p. 33.

<sup>24</sup> Manuel Grosso García, “¿Qué es ...”, op., cit., p. 9.

<sup>25</sup> Véase Víctor Gómez Martín, *El derecho ...*, op., cit., pp. 312 - 313.

provisional, proporcionada, motivada y revocable [...]”.<sup>26</sup> Profundizando en lo señalado, podemos indicar que es:

- 1) Excepcional: en razón de que la libertad ambulatoria es la regla imperante.
- 2) Subsidiaria: en vista de que sobre aquella deben primar otras medidas cautelares personales o reales.
- 3) Provisional: por cuanto tiene un límite temporal, que según el artículo 77 numeral 9 de la Constitución, no puede sobrepasar de seis meses en el caso de investigación de delitos sancionados con prisión, ni de un año en el caso de investigación de delitos sancionados con reclusión.
- 4) Proporcional: en razón de que, según el artículo 167 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, debe ajustarse exclusivamente para delitos con pena privativa de la libertad superior a un año, pues el aplicarla para delitos con una pena inferior o con penas meramente pecuniarias la convierte en desproporcional.
- 5) Motivada: debido a que debe explicarse el por qué de su imposición, no se puede ser fruto de corazonadas o meras intuiciones.
- 6) Revocable: por cuanto, una vez superado el peligro procesal por el cual se la ordenó, puede ser sustituida por otras medidas cautelares.

De lo expuesto, nos encontramos frente a las interrogantes de cómo lograr que la prisión preventiva sea realmente aplicada como última opción en el sistema penal, qué tipo de pensamiento penal nos permitirá encuadrarnos mejor en la búsqueda de tal suceso. En fin, debemos plantearnos qué tipo de pensamiento penal, garantismo penal o Derecho penal del enemigo, resulta más racional o idóneo para tutelar el respeto a la regla general de libertad ambulatoria

---

<sup>26</sup> Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo VI, Guayaquil, Edino, 2005, p. 86

en Ecuador, y en consecuencia minimizar la imposición de la prisión preventiva a los procesados. Las respuestas a estas interrogantes, pretenderemos absolverlas con el siguiente estudio de los fines de la prisión preventiva.

### **3.0 FINES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El presente análisis lo enfocaremos a partir de dos ópticas: la primera será la justificación externa, en donde procuraremos indicar lo manifestado teóricamente por diferentes investigadores de la prisión preventiva; y, la segunda será la justificación interna, en donde nos enmarcaremos propiamente en lo que regula el artículo 167 de nuestro Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio de retomar lo ya indicado en la justificación externa, a fin de constatar qué tipo de tendencia penal es más racional, idónea o apta para satisfacer un derecho fundamental básico: respeto a la libertad ambulatoria.

#### **3.1 Justificación externa**

En el plano de la justificación externa tenemos la existencia de dos tendencias predominantes: la corriente procesalista y la corriente sustantivista. La corriente procesalista legitima a la prisión preventiva como medida netamente procesal; mientras que, la corriente sustantivista le reconoce además cierto carácter de pena, considerándola necesaria para intimidar, controlar la alarma social e incluso satisfacer la opinión pública, quedando la presunción de inocencia subordinada a la necesidad de orden.<sup>27</sup>

En otras palabras, la corriente procesalista es partidaria del pensamiento garantista penal, pues busca restringir los parámetros de aplicabilidad de la prisión a mínimas circunstancias; en tanto que, la corriente sustantivista es partidaria del pensamiento del Derecho penal del enemigo, ya que no minimiza

---

<sup>27</sup> Véase Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, 2da., pp. 168 - 169.

los parámetros de aplicabilidad de la prisión preventiva, sino que más bien los maximiza.

De acuerdo con Julio Maier, partidario de la corriente procesalista, la prisión preventiva sólo puede proceder para asegurar la realización de los fines del procedimiento penal, circunstancia de la cual se desprende su carácter de excepcional.<sup>28</sup> Al efecto, indica que los fines del procedimiento penal son dos: averiguación de la verdad y actuación de la ley penal.<sup>29</sup> Por otra parte, aclara que a través de la prisión preventiva, no se pueden perseguir otros fines que los ya otorgados a la misma, que si bien el autor los considera lícitos, pues estima que aquellos son propios del derecho penal material, entre ellos la prevención general o especial, así como la punición.<sup>30</sup>

Con similar criterio al de Maier, podemos traer a acotación el criterio de José Cafferata Nores, quien también es partidario de que la prisión preventiva constituye un instrumento exclusivamente procesal, destinado a cautelar los fines del procedimiento penal: asegurar la investigación y la actuación de la ley.<sup>31</sup>

Winfried Hassemer, es otro exponente de esta corriente que asigna el empleo de la prisión preventiva a fines estrictamente procesales, a lo que sostiene, en forma parecida a los autores indicados, que la prisión preventiva no puede cumplir fines del derecho penal material.<sup>32</sup> Al respecto, este autor insiste en que:

28 Véase Julio Maier, “La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, comps, *La cultura penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 401.

29 Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, 2da., ed., 3ra., re., p. 514.

30 Véase Julio Maier, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima, Palestra, 2008, pp. 192 - 193.

31 Véase José Cafferata Nores, “Limitación temporal a la prisión preventiva”, en Jorge Buompadre, coord., *Derecho penal. Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1997, p. 221.

32 Winfried Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, Buenos Aires, editorial Ad-hoc, 2003, 2da., ed., 1ra., re., p. 118.

Fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento: posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales.<sup>33</sup>

Luigi Ferrajoli se muestra escéptico de los fines estrictamente procesales que se dice persigue la prisión preventiva. Manifiesta que incluso el pensamiento liberal clásico terminó por legitimarla, sin pedir coherentemente su abolición, como si se tratase de un injusticia necesaria.<sup>34</sup> Llegando al punto paradójico de hasta asignarle fines ajenos a los procesales, tal como ocurrió con Carrara, que si bien partió por reconocer fines procesales a la prisión preventiva, pues terminó justificando su uso también para casos de defensa pública,<sup>35</sup> facilitando así la perversión de la medida procesal en instrumento de prevención y defensa social.<sup>36</sup> A lo presente, Ferrajoli agrega:

Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por necesidades procesales, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por «necesidades penales».<sup>37</sup>

Ferrajoli estima que no sólo el abuso, sino el mismo uso de la prisión preventiva es un mecanismo idóneo para provocar el desvanecimiento de garantías penales y procesales. Adicionalmente, sostiene que “[...] sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio.”<sup>38</sup>

La crítica de Ferrajoli nos dirige a la corriente sustantivista, cuyos exponentes, entre los que se destaca Georg Freund, sostienen la idea de que la

33 *Ibidem*, p. 119.

34 Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., p. 552.

35 Véase *ibidem*, pp. 552 - 553.

36 Véase *ibidem*, p. 553.

37 *Ibidem*, p. 555.

38 *Ibidem*, p. 555.

prisión preventiva también puede tener fines materiales.<sup>39</sup> Para el caso, Freund auspicia la idea del desarrollo de un sistema integral del Derecho penal, por el cual entiende el tratamiento unificado no sólo del Derecho penal material y el Derecho de determinación de la pena, sino además del Derecho procesal penal como real estadio de aplicación de los dos derechos anteriores.<sup>40</sup>

Para Freund, el sistema integral procura la concepción de un fin que legitime las injerencias en los derechos de los ciudadanos, meta que no se podría cumplir de mantenerse por separado los tres subsistemas que lo conforman.<sup>41</sup> Al efecto, el fin que persigue dicho sistema, es procurar “[...] la restauración de la paz jurídica perturbada por una (presunta) infracción normativa.”<sup>42</sup>

Freund afirma que si bien a la prisión preventiva se le ha dado un fundamento instrumental, pues a la par sus fines, con una orientación verdaderamente consecuente, pueden ir más lejos.<sup>43</sup> Es así que, al obtenerse un buen grado de aseguramiento del proceso mediante la prisión preventiva, se puede continuar investigando sin que el restablecimiento de la paz jurídica perturbada corra el riesgo de frustrarse ante una eventual fuga del presunto culpable.<sup>44</sup>

Por otra parte, añade que en casos con una situación probatoria clara, como podría ser la confesión - pensemos también en flagrancia-, el retardo en la

---

39 Véase Daniel Pastor, “La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones”, en Luis Reyna, Gustavo Arocena y David Cienfuegos, coords., *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista Editores, 2007, p. 172.

40 Véase Georg Freund, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”, en Jürgen Wolter y Georg Freund, edits, *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 93.

41 Véase ibídem, p. 95.

42 Ibídem, p. 108.

43 Véase ibídem, p. 122.

44 Véase ibídem, p. 123.

reacción puede interpretarse bajo la forma de que no se toma en serio el cometimiento de un delito que parece, al menos materialmente, suficientemente probado. En este punto, resulta evidente la orden de prisión preventiva, la cual interviene para evitar tal sensación, pese a que no exista peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación.<sup>45</sup>

### **3.2 Justificación interna**

Volviendo nuestros ojos a la justificación interna, el primer inciso del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal contempla los fines por los cuales se puede dictar una prisión preventiva, siendo estos los siguientes:

- 1) Garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso; o,
- 2) Asegurar el cumplimiento de la pena

Recordando, tanto la corriente procesalista como la sustantivista coinciden en asignarle a la prisión preventiva fines de aseguramiento del procedimiento: averiguación de la verdad y aplicación de la ley material; no obstante, chocan en cuanto al momento de aplicación de la ley material, la primera corriente la entiende sólo con la pena, en tanto que la sustantivista permite su ingreso en el proceso mismo.

Como puede apreciarse, al hablar de los fines del procedimiento que debe perseguir la prisión preventiva, la corriente procesalista utiliza la conjunción “y”, partiendo primero por esclarecimiento de la verdad, y segundo por aplicación de la ley material, se entiende que primero debe cumplirse el primer fin para llegar al segundo fin.

El esclarecimiento de la verdad y la aplicación de la ley material lo podemos conseguir a través de la comparecencia del imputado o acusado al proceso, primer fin asignado por nuestro código a la prisión preventiva; sin

---

<sup>45</sup> Véase ibídem, pp. 124 - 125.

embargo, queda la interrogante, qué pasa con el segundo fin: asegurar el cumplimiento de la pena. Sobre el tema, vale adicionar que el código utiliza el disyuntivo “o”, lo cual da la posibilidad de perseguir independientemente cualquiera de los dos fines.

Jorge Zavala Baquerizo desaprueba el segundo fin que nuestro Código de Procedimiento Penal asigna a la prisión preventiva, es decir el poder ser dictada para asegurar el cumplimiento de la pena. De acuerdo con este autor, de aceptarse tal finalidad, pues siempre debería ordenarse la prisión preventiva del procesado, en razón de que si con el proceso penal se aspira la imposición de una pena, y el fin de la prisión provisional es asegurar que se cumpla con esa pena, pues se puede concluir fácilmente que siempre que se inicie un proceso penal para investigar un delito que conlleva una pena privativa de la libertad superior a un año, deberá ordenarse la prisión provisional para que se cumpla con tal expectativa.<sup>46</sup>

Por otra parte, Zavala Baquerizo indica que aquella segunda finalidad hace imaginar que la prisión preventiva se dirija contra un presunto culpable y no contra un presunto inocente, ya que sobre el procesado existe la supuesta expectativa de recibir una sentencia condenatoria. A lo que agrega que, este hecho contradice el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal que dispone que todo procesado es inocente hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.<sup>47</sup> Afirmación de inocencia acorde también al numeral 2 del artículo 76 de la Constitución, que expresa: Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

---

<sup>46</sup> Véase Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho...*, op., cit., p. 119.

<sup>47</sup> Véase ibidem, p. 113. En sentido similar, Véase Odone Sanguiné, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 133 - 134.

Trasladándonos más a lo que indica nuestra Constitución sobre la privación de la libertad, en el numeral 1 de su artículo 77 sostiene:

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.

Como puede observarse, la Constitución legitima la privación de la libertad de las personas bien para garantizar solamente su comparecencia en el proceso, o bien para asegurar solamente el cumplimiento de su pena. Tanto el primer fin como el segundo coinciden con los dos fines de artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, llegando incluso al punto de utilizar el mismo disyuntivo “o”. De ahí que, podamos utilizar la misma crítica de Zavala Baquerizo tanto para el código como para la Constitución a fin de deslegitimar el segundo fin.<sup>48</sup>

De todo lo expuesto, podemos concluir que, según el artículo 1 de la Constitución, al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia,<sup>49</sup> pues nuestra legislación debe procurar maximizar la vigencia de los derechos, que para el presente caso se refleja en el mayor respeto a la libertad ambulatoria como regla general. En consecuencia, el pensamiento penal que debe primar para tutelar tal derecho, ya que se muestra más racional, idóneo o apto para

48 En apoyo a la crítica podríamos valernos también de la finalidad asignada a la prisión preventiva por el Anteproyecto de Código de Garantías Penales, cuyo artículo 100, del Libro II, reconoce como su finalidad el asegurar la comparecencia de una persona al proceso o a la audiencia de juicio, y no más (véase Ramiro Ávila Santamaría, coord., *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del derecho penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 252).

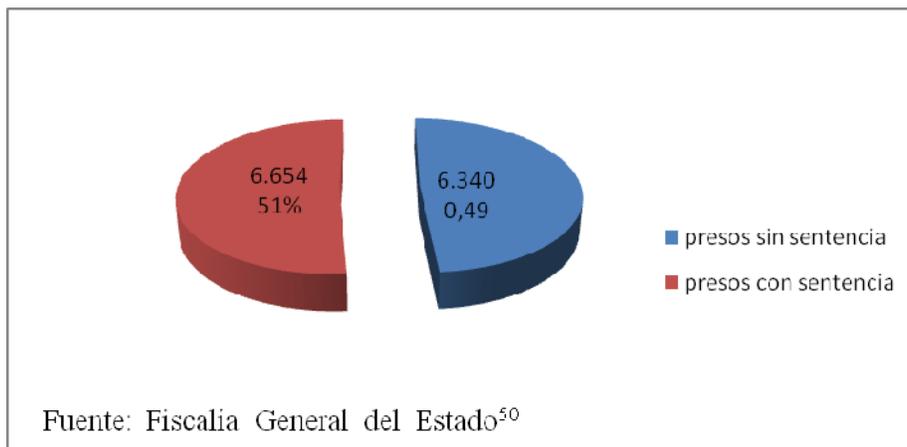
49 Los Estados constitucionales se caracterizan por erigir una constitución “invasora”, encargada de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales (Véase Riccardo Guastini, citado por Manuel Atienza, “Constitución y Argumentación”, en Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010, p. 452. Tal “invasión” exige que, en un modelo de Estado constitucional como el ecuatoriano, se deba buscar maximizar el ejercicio de los derechos, esto es de la libertad ambulatoria sobre la privación de la libertad por una prisión preventiva, so pena de mostrarse irracional o inadecuado, frente a tal modelo, aquello que procure restringir arbitrariamente la regla general.

minimizar el empleo de la prisión preventiva es el garantismo penal y no el Derecho penal del enemigo.

A la par, es la corriente procesalista y no la sustantivista la que refleja más racionalidad, idoneidad o aptitud en la búsqueda del respeto a la regla general de la libertad ambulatoria durante el proceso penal, pues es la primera la que también procura minimizar la intervención del sistema penal, en tanto que la segunda más bien maximiza tal intervención con el apoyo de una prisión preventiva sobredimensionada, que atenta contra la propia excepcionalidad que de su concepto emana, cubriéndola así de irracionalidad o ineptitud para tutelar la vigencia de la libertad ambulatoria como regla general.

#### **4.0 DATOS ESTADÍSTICOS DEL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

##### Privados de la libertad a nivel nacional por acción penal pública

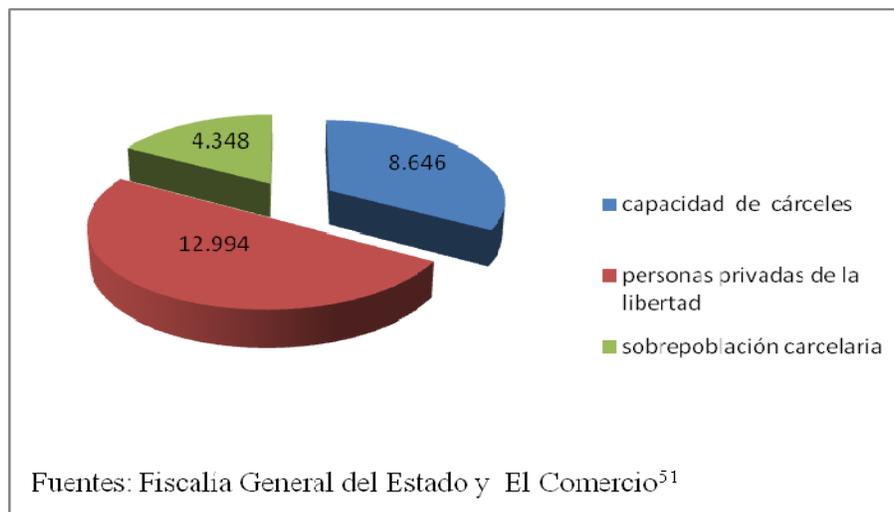


Del gráfico se desprende que, hasta el año 2010 (último registro que consta en la Fiscalía), seis mil seiscientos cincuenta y cuatro personas cumplen

<sup>50</sup> Referencias a la Fiscalía pueden revisarse en Fiscalía General del Estado, *Revista de estadísticas criminológicas*, 2010.

condena privadas de su libertad, esto es el 51% del total de presos por delitos de acción penal pública; en tanto que, seis mil trescientas cuarenta personas son presos preventivos, es decir presos sin sentencia, equivalente al 49% del total de privados de la libertad por tales delitos. En total, son doce mil novecientas noventa y cuatro personas privadas de su libertad por delitos de acción penal pública.

#### Sobrepoblación carcelaria a nivel nacional



Del gráfico podemos apreciar que, hasta el año 2010, la capacidad estructural de las cárceles ecuatorianas está destinada para albergar a ocho mil seiscientos cuarenta y seis internos, pero coexisten en tal espacio doce mil novecientas noventa y cuatro personas privadas de la libertad por delitos de acción penal pública. Este desbalance, genera una sobrepoblación carcelaria por delitos de acción penal pública de cuatro mil trescientas cuarenta y ocho personas, que en porcentaje equivale a la falta de 33.50% de estructura física carcelaria para cubrir tal déficit.

<sup>51</sup> Referencias sobre El Comercio puede revisarse El Comercio, “El 54% de los presos no tiene sentencia”, en El Comercio, Quito, 14 de noviembre de 2010, p. C1-6.

Caducidad de la prisión preventiva

2010
349

Fuente: Fiscalía General del Estado

Del cuadro podemos indicar que, pese a que la prisión preventiva debe ser provisional, esto es tener un tiempo de duración máxima de seis meses para delitos sancionados con prisión, y de un año para delitos sancionados con reclusión, pues tales límites temporales todavía no se respetan en Ecuador. Es así que, para el año 2010 (último registro que consta en la Fiscalía), trescientas cuarenta y nueve personas tuvieron que salir en libertad porque caducaron sus prisiones preventivas, a que permanecieron internas por más tiempo que el que la misma Constitución permite.

Nutrición de las personas privadas de la libertad

2009	2010	Destino
USD 1,00 diario	USD 2,00 diarios	Para tres comidas al día

Fuentes: CEDHU<sup>52</sup> y El Comercio.

Del cuadro podemos señalar que, hasta el año 2009 las personas privadas de la libertad, condenadas o no, debían subsistir con apenas un dólar diario para cubrir su alimentación nutricional. Esto, al decir de la CEDHU, no garantizaba una alimentación nutritiva. Mas, para 2010 (último registro existente) la situación

<sup>52</sup> Véase Comisión Ecueménica de Derechos Humanos, *Informe de las ONGs sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/CEDHU\\_Ecuador\\_HRC97.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/CEDHU_Ecuador_HRC97.pdf) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

no ha cambiado, pues apenas se destinan dos dólares diarios por cada persona privada de la libertad para cubrir su alimentación.

De todo lo expuesto, se puede apreciar que la prisión preventiva en Ecuador es un mecanismo destinado simplemente a contener a los procesados, en donde, al menos hasta los últimos datos que se han podido recabar, no se respeta su derecho a una calidad de vida digna, pues puede estar sometido a condiciones de hacinamiento, puede sufrir un reducción drástica de su nivel nutricional y de defensas del cuerpo, a más de que su caso podría quedar en el olvido y sólo salir en libertad por haber fenecido el tiempo legal máximo para su privación de la libertad. Todo lo cual, sin perjuicio de la violencia o el chantaje que puede sufrir una persona al estar privada de la libertad, así como también la invasión desmedida a su derecho a la intimidad, la imposibilidad de no poder gestionar personalmente el proceso en su contra, y la posible aflicción a su propia familia.

A más de la información constante en los gráficos y cuadros expuestos, se pretendió también obtener datos en cuanto a las actividades laborales y recreativas que realizan los presos preventivos, a la falta o no de implementos de aseo para satisfacer sus necesidades, a la falta o no de médicos y equipamiento farmacéutico, a su posible traslado o “integración” con personas condenadas, y a la limpieza de sus celdas. Para esto, nos trasladamos al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, pero no se nos facilitó información al respecto, y más bien se nos envió a la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Una vez en la Dirección, se nos indicó que los datos requeridos se encuentran en proceso de levantamiento, y por el momento sólo se manejan interinstitucionalmente, así que mientras no se culminen y oficialicen, no se

puede dar esa información al público (no se nos dio una fecha de culminación y oficialización).

Pese a los inconvenientes, y en aras de brindar un breve ejemplo sobre el estado vivencial de la prisión preventiva, podemos tomar en consideración el caso del ex jefe de la escolta legislativa ecuatoriana, que según denunció la Comisión Ecuménica de los Derechos Humanos, se encontraba en las siguientes circunstancias:

Rolando Tapia, estuvo detenido en la Cárcel N° 4 en donde presentó complicaciones en su estado de salud debido a que padece de una enfermedad respiratoria, un nódulo en el pulmón izquierdo y sufre de claustrofobia. Se adecuó un espacio en la azotea de la cárcel a fin de que las crisis de ansiedad no le provoquen asfixia. Durante las crisis permanecía con un tanque de oxígeno gestionado por sus familiares. Posteriormente fue trasladado al Ex Penal García Moreno en donde su estado de salud se agravó y empeora con el pasar de los días. La humedad del pabellón "A" complicó su afección pulmonar y la convirtió en bronconeumonía, ha perdido cerca de 50 libras y su estado empeora día tras día. Los estudios médicos realizados el 24 de febrero de 2011 en el Hospital Eugenio Espejo concluyen que debe ser hospitalizado.

La Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, ha solicitado en reiteradas ocasiones la hospitalización del Coronel Tapia y ha expresado su preocupación por su delicado estado de salud que ha puesto en riesgo su vida. Más aún considerando que el proceso penal no ha concluido y no existe sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra. Es inconstitucional que una persona privada de libertad permanezca interna en un centro de rehabilitación social como lo es el Ex Penal García Moreno y más aun cuando su delicado estado de salud, pone en riesgo su vida. Es responsabilidad de la D.N.R.S. La protección de las personas privadas de libertad mediante condiciones adecuadas que garanticen a los detenidos su derecho a la salud, a la integridad y sobre todo su derecho a la vida. Pese a los múltiples pedidos de la Cedhu, el Director de la D.N.R.S., Economista Jean Valverde ha manifestado de manera ambigua que el Crnl. Tapia permanece en el Ex Penal García Moreno "por motivos de seguridad", sin referirse si se trata de la seguridad del detenido o a la seguridad interna del Estado.<sup>53</sup>

Imaginemos, si a un coronel de la Policía Nacional se le trata de esa forma y se le obliga a vivir en tales condiciones, pese a la observación de la prensa en el caso, e incluso pese a la vigilancia especial de la CEDHU sobre las condiciones del procesado, resta preguntarnos: ¿Qué podemos esperar el común de los mortales al ser ingresados como presos preventivos? No olvidemos que, la intervención del sistema penal a través de la prisión preventiva es como

<sup>53</sup> Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, *Director Nacional de Rehabilitación Social impide hospitalización del Crnl. Rolando Tapia,* en [http://www.cedhu.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=53&Itemid=10](http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=10) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

una enfermedad terminal, pues el día de mañana puede afligir a cualquier persona. De ahí, la necesidad por limitar los parámetros de aplicabilidad de la prisión preventiva, a fin de evitar que, so pretexto de lucha contra la criminalidad o la impunidad, se pretenda sancionar a posibles culpables incluso a costa de inocentes, tal como ocurrió con el caso de Fidel Araujo, al que posteriormente nos remitiremos.

## CAPÍTULO II

### REQUISITOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El primer inciso del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal dispone: Cuando el 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 [...]. El inciso parte por otorgar discrecionalidad al juez para valorar y ordenar o no la prisión preventiva de una persona, según sea el fin que a su criterio considere necesario; no obstante, aparentemente el mismo artículo procura establecer límites a dicha discrecionalidad a través del cumplimiento de ciertos 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.

Estos requisitos conllevan el conjuntivo “y”, lo cual significa que deben ser verificados en su totalidad, tal cual se tratase de los aros de una cadena, pues para llegar por decir del primero al quinto aro hay que pasar por los intermedios, caso contrario no podríamos forjar la cadena, sino que tendríamos aros inservibles de un todo, que por sí solos resultan inútiles para justificar su finalidad. En las siguientes líneas intentaremos dar contenido a cada uno de los requisitos indicados, a fin de constatar qué parámetros se apegan más o no al

modelo racional, idóneo o apto para tutelar la libertad ambulatoria, esto es al pensamiento garantista penal y su amiga la corriente procesalista.

### **1.0 INDICIOS SUFICIENTES SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DELITO DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA**

El presente presupuesto constituye un requisito objetivo que aparentemente no brinda mayor problema de análisis para el juzgador, en vista de que se trata simplemente de hacer un primer ejercicio de subsunción de los hechos concretos a un tipo de delito de acción penal pública preestablecido legalmente, esto es a cualquier delito que no se halle mencionado en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, pues en dicho artículo se registran los delitos de acción penal privada. No obstante, decimos que en apariencia no existe dificultad, en razón de que el problema puede emerger al momento de realizar la subsunción cuando la conducta prohibida o delito no tiene una tipificación taxativa, clara vulneración de una garantía penal para la existencia de un delito, como ocurre por ejemplo con el primer inciso del artículo 563 del Código Penal, que al tipificar el delito de estafa habla de cualquier acontecimiento quimérico.

Ferrajoli sostiene que “[...] sólo es posible verificar empíricamente que se ha cometido un delito si antes una convención legal establece con exactitud qué hechos empíricos deben considerarse como delitos.”<sup>54</sup> Por tanto, el irrespeto a la tipificación legal taxativa propicia la subjetividad del juzgador y en consecuencia su posible control, pudiendo superarse en forma tramposa el presente presupuesto por auspicio de la propia ley. De ahí que, resulta necesario una depuración de los tipos penales, a fin de evitar que la ideología del expansionismo penal y la corriente sustantivista superen este primer requisito.

---

<sup>54</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., p. 44.

Por otra parte, vale preguntarnos qué debemos entender por indicios. Al respecto, podemos manifestar que los indicios son rastros, evidencias o vestigios objetivos, ciertos, verificables que reflejan datos parciales de la existencia de un hecho prohibido por la ley. Los indicios no reflejan datos absolutos o totales,<sup>55</sup> ya que de ser así nos acercaríamos a las pruebas, y de aquellas sólo se puede hablar en la etapa de juicio, no en la etapa de instrucción fiscal, ni mucho menos en la mera indagación previa.

A lo mencionado, Jorge Zavala Baquerizo enfatiza en que los indicios no se encuentran ni en la denuncia, ni en la solicitud de prisión preventiva por parte del fiscal, sino que se encuentran sólo en la investigación que se ha realizado sobre el caso.<sup>56</sup> Es así que, se pueden reconocer como ejemplos de indicios para justificar la existencia del delito: declaraciones de la víctima o testigos, inspección ocular, resultado del examen médico legal, existencia de documentos, entre otros.<sup>57</sup>

Finalmente, en lo que tiene que ver con la parte práctica de la tesis, en el 100% de los casos que constan en las actas de calificación de flagrancia se cumple con el presente parámetro, ya que se investiga exclusivamente delitos de acción penal pública, pudiéndose elaborar el siguiente cuadro (como ya se indicó, las actas se ordenan en orden cronológico y no por número):

No. Acta	Tipo de delito	Acción penal pública
100	Extorsión	√
124	Robo calificado	√
109	Robo calificado	√

<sup>55</sup> Véase Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial BdeF, 2001, 2da., ed., pp. 243 - 244.

<sup>56</sup> Véase Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho...*, op., cit., p. 128.

<sup>57</sup> Véase Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho...*, op., cit., p. 243. En sentido similar, Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho...*, op., cit., p. 129.

134	Robo calificado	√
149	Tentativa de robo calificado	√
138	Tentativa de robo calificado	√
168	Robo calificado	√
15	Tentativa de robo calificado	√
19	Robo calificado	√
31	Tentativa de robo calificado	√
193	Robo calificado	√
191	Robo calificado	√
224	Ocultación de cosas robadas	√
52	Robo calificado	√
58	Robo simple	√
57	Ocultación de cosas robadas	√
236	Robo calificado	√
202	Robo calificado	√
208	Robo calificado	√
83	Robo calificado	√
98	Robo calificado	√

## **2.0 INDICIOS CLAROS Y PRECISOS DE QUE EL PROCESADO ES AUTOR O CÓMPLICE DEL DELITO**

A primera lectura, el requisito parece vulnerar el principio de inocencia del procesado, puesto que habla de indicios claros y precisos de que aquel *es* autor o cómplice del delito, como si ya se le considerase culpable; empero, el presupuesto debe mirarse con lente constitucional, es decir que si bien el juzgador hace una valoración sobre la participación del imputado en relación con los hechos materiales como consecuencia de un delito, pues su trato como inocente no debe cambiar, ya que su resolución no constituye una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Julio Maier sostiene que no existe incompatibilidad entre el principio de inocencia y la coerción procesal,<sup>58</sup> cuyo principio lo que básicamente procura es establecer límites, a fin de evitar penas anticipadas.<sup>59</sup> Al decir de Alberto Bovino, el principio de inocencia “[...] no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste, en cambio, en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige el trato de inocente [...]”.<sup>60</sup> Todo lo cual, gira alrededor de la exigencia de que sólo un juicio previo -con la respectiva sentencia condenatoria ejecutoriada- permitirá infligir una pena al procesado.<sup>61</sup>

No se trata simplemente de que el procedimiento alcance cierto desarrollo, sino de que dicho desarrollo cuente con un mérito sustantivo apoyado en una investigación con resultados concretos o verificables sobre la participación del imputado en el delito que se investiga.<sup>62</sup> A lo que habría que añadir, el análisis de presupuestos de punibilidad y perseguibilidad.<sup>63</sup> Esta falta de punibilidad y perseguibilidad las tendríamos, por ejemplo, cuando quien va a ser procesado es menor de edad, o cuando siendo mayor de edad muestra síntomas de enfermedad mental, que según lo dispuesto en el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal podría incluso impedir que se continúe con la instrucción fiscal.

En tanto en el primer supuesto se buscaba simplemente subsumir los hechos que modificaron el mundo real, sin importar la persona, a un tipo penal, pues ahora es momento de atribuir una participación ocasional a determinada persona sobre los hechos que se estima enmarcados dentro de un delito de acción penal pública. Al efecto, Jorge Zavala Baquerizo expresa que los indicios

<sup>58</sup> Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 511.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 512 - 513.

<sup>60</sup> Alberto Bovino, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, 2da., ed., p. 438.

<sup>61</sup> Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 490.

<sup>62</sup> Véase Alberto Bovino, “El encarcelamiento...”, op., cit., p. 462.

<sup>63</sup> Véase Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, 1ed., 2re., p. 259

deben llegar al proceso en forma directa, no pueden ser fruto de sospechas u otros hechos que no representen tal forma, provocándose así un elevado grado de posibilidad de la participación del procesado en el delito que se investiga.<sup>64</sup>

Por otro lado, cabe resaltar que la búsqueda de esta participación ocasional sólo se enfoca en la autoría o complicidad del presunto infractor, mas no en el encubrimiento, que de presentarse no podría superar este presupuesto para continuar en el camino hacia una orden de prisión preventiva en contra del procesado.

Finalmente, en lo referente a la parte práctica de la tesis, en todos los casos que constan en las actas de calificación de flagrancia se cumple con el presente parámetro, ya que en lo posible dentro de las veinticuatro horas, sí se procura recabar elementos de imputación, pudiéndoselo apreciar a través del siguiente cuadro:

No. Acta	Aprehensión flagrante	Se establece mayoría de edad de aprehendido	Exposición de policía aprehensor	Intervención de ofendido / denunciante	Evidencia	Otros
100	√	√	√	√	√	
124	√	√	√	√	√	
109	√	√	X	√	√	
134	√	√	√	√	√	
149	√	√	√	√	√	
138	√	√	√	√	√	Acuden testigos
168	√	√	√	√	√	
15	√	√	√	√	√	
19	√	√	√	√	√	
31	√	√	√	√	X	
193	√	√	√	√	√	Certificado médico del ofendido
191	√	√	√	√	√	
224	√	√	√	√	√	
52	√	√	√	√	√	Certificado médico del ofendido

<sup>64</sup> Véase Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho...*, op., cit., pp. 130 - 131.

58	√	√	√	√	√	
57	√	√	√	√	√	
236	√	√	√	√	√	Certificado médico del ofendido
202	√	√	√	√	√	Acuden testigos
208	√	√	√	√	X	
83	√	√	√	√	√	
98	√	√	√	√	√	

### **3.0 QUE SE TRATE DE UN DELITO SANCIONADO CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO**

En un inicio, la subjetividad del contenido de este presupuesto queda reservada al legislador, pues es él quien decide qué delitos merecen o no tener una pena privativa de libertad superior a un año. Empero, establecida la escala penal, su valoración no escapa del administrador de justicia; razón por la cual, se sostiene que este presupuesto debe entenderse *iuris tantum* y no *iuris et de iure*.<sup>65</sup>

La gravedad de la pena conlleva la idea de que la gravedad del delito puede depender de la escala penal. Al efecto, al revisar los artículos del 51 al 54 de nuestro Código Penal, que tratan sobre la clasificación de las penas, en lo referente a los delitos podemos apreciar que, cuando establecen la pena privativa de la libertad, se habla de prisión (de ocho días a cinco años) y reclusión (menor, de tres a doce años; y, mayor, de cuatro a veinticinco años). Lo presente, nos lleva a indicar que el Código Penal no clasifica expresamente los delitos entre graves o no graves, sino que simplemente les asigna un máximo y un mínimo de pena privativa de la libertad, quedando el tema abierto a la subjetividad del administrador de justicia.

De lo expuesto, se aprecia que el tiempo de privación de la libertad en sí mismo puede llegar a coincidir, sin importar si se trata de un delito sancionado

<sup>65</sup> Véase Alberto Bovino, "Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo", en Ernesto Albán Gómez, edit., *Revista de Derecho Foro*, número 8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2007, p. 15.

con prisión o con reclusión, sea que se trate de reclusión mayor o menor, verbigracia: una persona condenada por determinado delito a cuatro años. Lo presente, en razón de que los tiempos asignados a prisión y reclusión no mantienen una escala penal totalmente diferenciada, digamos de ocho días hasta cinco años para prisión, y sólo mayor a cinco y hasta veinticinco años para reclusión. En consecuencia, no se podría sostener *a prima facie* que por el mero hecho de ser sancionado un delito con reclusión, de por sí ya es grave.

Por otro lado, cabe señalar que concebir la idea de que el procesado sólo por el *quantum* de la pena previsible, se sustraerá a los fines del procedimiento penal no constituye un índice seguro de verificación de tales intenciones, cuya explicación no es más que la inconfesada respuesta a razones de defensa social y presunción de peligrosidad.<sup>66</sup>

En síntesis, la presente gravedad del hecho requiere su conjugación con otro tipo de directrices para que el administrador de justicia pueda tener una mayor y una mejor convicción sobre el dictado de una prisión preventiva, caso contrario su conocimiento y decisión se verán tergiversados y envueltos por la corriente sustantivista. Afirmaciones sobre el tema se han desarrollado además en la jurisprudencia internacional, así tenemos verbigracia los casos Bárbara y Macchieraldo, calificándose en este último incluso de retroceso a la prueba tasada el entender genéricamente que el procesado, por la mera escala penal, no se presentará al proceso.<sup>67</sup>

Finalmente, es menester destacar que el presente requisito en análisis no habla de que el delito sea sólo consumado, sino que simplemente se refiere al delito en forma general, lo que da cabida también a la tentativa. Si nos

<sup>66</sup> Véase Odone Sanguiné, *Prisión provisional...*, op., cit., p. 109.

<sup>67</sup> Véase Diego Guardia, “Dos interesantes fallos acerca de la función de la prisión preventiva”, en Edgardo Donna, dir., *Revista de Derecho Procesal Penal. Excarcelación: Doctrina*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2005, pp. 382 - 383.

ubicamos en la corriente de derecho penal mínimo, y sobre todo en razón de la gravedad vivencial de las personas sometidas a prisión preventiva, es menester considerar la reforma y limitación de esta medida cautelar personal, al menos, sólo a delitos consumados.

En lo que tiene que ver con el análisis de la parte práctica, el 100% de delitos que constan en las actas de calificación de flagrancia tienen una pena superior a un año de privación de la libertad, pudiéndoselo apreciar a través del siguiente cuadro:

No. Acta	Tipo de delito	Pena superior a un año
100	Extorsión	√
124	Robo calificado	√
109	Robo calificado	√
134	Robo calificado	√
149	Tentativa de robo calificado	√
138	Tentativa de robo calificado	√
168	Robo calificado	√
15	Tentativa de robo calificado	√
19	Robo calificado	√
31	Tentativa de robo calificado	√
193	Robo calificado	√
191	Robo calificado	√
224	Ocultación de cosas robadas	√
52	Robo calificado	√
58	Robo simple	√
57	Ocultación de cosas robadas	√
236	Robo calificado	√
202	Robo calificado	√
208	Robo calificado	√
83	Robo calificado	√
98	Robo calificado	√

#### **4.0 INDICIOS SUFICIENTES DE QUE ES NECESARIO PRIVAR DE LA LIBERTAD AL PROCESADO PARA ASEGURAR SU COMPARECENCIA AL JUICIO**

Hasta antes de las reformas de 24 de marzo del 2009, sólo existían los tres requisitos, anteriormente estudiados, para solicitar u ordenar la prisión preventiva de una persona. Al entender de Alberto Bovino, la legislación ecuatoriana estaba incentivando una práctica que permitía justificar la prisión preventiva, simplemente, en la sospecha de culpabilidad del procesado.<sup>68</sup>

A partir de la fecha indicada en el párrafo anterior, se tipifican dos nuevos requisitos a la anterior trilogía existente, hecho que, al menos en teoría, se entiende como un intento del asambleísta por racionalizar en mejor forma el uso de la prisión preventiva. No obstante, la reforma da más auspicio a la subjetividad de los administradores de justicia, pues les permite extenderse en su interpretación, sobre todo en lo aplicable para el presente requisito cuarto. Al no existir taxatividad, haremos un gran esfuerzo por indicar el contenido que puede filtrarse en este presupuesto.

#### **4.1 Fuga**

Claus Roxin estima que la fuga puede constituir un motivo para dictar la prisión preventiva cuando se verifica que el procesado está prófugo por no obedecer la citación (en nuestro caso se le llama notificación) del juzgador, manteniéndose por ejemplo en el extranjero, o en su caso manteniéndose oculto.<sup>69</sup> Winfried Hassemer es otro partidario expreso de este motivo,<sup>70</sup> aunque no ejemplifica cuando se lo verifica. Daniel Pastor, en similar situación a la de Hassemer, acepta como motivo la fuga, pero tampoco amplía sobre su contenido.<sup>71</sup> Julio Maier también guarda apego al motivo de fuga, pese a que no la

<sup>68</sup> Véase Alberto Bovino, "Aporías. Sombras...", op., cit., p. 14.

<sup>69</sup> Véase Claus Roxin, *Derecho Procesal...*, op., cit., p. 260.

<sup>70</sup> Véase Winfried Hassemer, *Crítica al derecho...*, op., cit., p. 115 - 116.

<sup>71</sup> Véase Daniel Pastor, "La prisión preventiva...", op., cit., p. 166.

menciona en forma expresa; no obstante, se puede deducir su apoyo cuando sostiene que el encarcelamiento preventivo es aplicable al momento en que se determina que el procesado no desea someterse al procedimiento.<sup>72</sup>

De lo manifestado, se presenta la interrogante de cómo llegar a constatar que el procesado se ha fugado. Trasladándonos al Código de Procedimiento Penal del Ecuador podemos indicar a manera de ejemplo el antepenúltimo inciso del Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, el cual dispone: Si se incumpliere la medida sustitutiva, el Juez de Garantías Penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución.

#### **4.2 Peligro de fuga**

El presente motivo tiene gran respaldo doctrinario, teniéndose incluso su aceptación y auspicio por parte de Beccaria<sup>73</sup>. En tiempos más actuales, existen autores que conciben este motivo como el único posible para legitimar una orden de prisión preventiva. Así tenemos por ejemplo a San Martín, Alberto Binder y Diego Zalamea.

San Martín manifiesta que la prisión preventiva sólo sirve para asegurar la presencia del imputado en el proceso, esto es evitar el peligro de fuga.<sup>74</sup> Para esto, se ampara en el hecho de que tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el numeral 5 de su artículo 7, sólo permite restringir anticipadamente la libertad del procesado para garantizar su comparecencia a juicio. En sentido similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 3 de su artículo 9, dispone que las medidas cautelares debe dictarse únicamente para garantizar la presencia del acusado al

<sup>72</sup> Véase Julio Maier, "La privación de la libertad...", op., cit., p. 401.

<sup>73</sup> Véase Beccaria, citado por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., p. 552.

<sup>74</sup> Véase San Martín, citado por Alberto Bovino, "El encarcelamiento...", op., cit., p. 448.

juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para el cumplimiento del fallo.

Alberto Binder también considera que el peligro de fuga es el único fundamento genuino para dictar una prisión preventiva, pues sola la ausencia del procesado impide el desarrollo del proceso y la aplicación de la pena correspondiente.<sup>75</sup> En tendencia similar, Diego Zalamea sostiene que el peligro de fuga es el único que constitucionalmente guarda respeto a la naturaleza cautelar de la prisión preventiva.<sup>76</sup>

Separados de los tres criterios señalados tenemos por ejemplo a Julio Maier,<sup>77</sup> Daniel Pastor,<sup>78</sup> Winfried Hassemer<sup>79</sup> y Alberto Bovino<sup>80</sup>. Para estos autores, a más del peligro de fuga, también es posible un segundo peligro, que vendría a ser el peligro de obstaculización de la investigación, pues aquel también puede terminar por afectar la averiguación de la verdad.

Por otra parte, es menester señalar que al ser el peligro de fuga un parámetro abierto, se pueden filtrar varios criterios, entre los que vamos a considerar para su estructuración la gravedad de la pena, la naturaleza del delito, el arraigo social, los antecedentes penales sin sentencia previa, la reincidencia, y la alarma social o repercusión social del hecho. En el transcurso del estudio de los criterios indicados, iremos avalándolos o rechazándolos según se ajusten o no al modelo racional, idóneo o apto que defendemos para tutelar en mejor forma la libertad ambulatoria, esto es a través del garantismo penal.

#### **4.2.1 Gravedad de la pena**

<sup>75</sup> Véase Alberto Binder, citado por Diego Guardia, “Dos interesantes fallos...”, op., cit., p. 388.

<sup>76</sup> Véase Diego Zalamea, “Reporte del estado de la prisión preventiva en Ecuador”, en Cristián Riego y Mauricio Duce, eds., *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Quito, CEJA - JSCA, 2009, p. 281.

<sup>77</sup> Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., pp. 516 - 517, 522-523.

<sup>78</sup> Véase Daniel Pastor, “La prisión preventiva...”, op., cit., p. 166.

<sup>79</sup> Véase Winfried Hassemer, *Crítica al derecho...*, op., cit., p. 127.

<sup>80</sup> Véase Alberto Bovino, “El encarcelamiento...”, op., cit., pp. 445- 447.

Para Luigi Ferrajoli “[...] el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas.”<sup>81</sup> Esto, nos lleva a recordar la gravedad del delito en razón de la escala penal, en cuyo tope tendríamos la pena de muerte, seguida por la cadena perpetua, penas que podrían dar gran peso al incentivo del procesado para fugarse. De ahí que, para el referido autor “[...] la mitigación de las penas reduce proporcionalmente el peligro de fuga de los imputados.”<sup>82</sup>

En aceptación del presente motivo como incentivo del peligro de fuga, también tenemos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>83</sup>. Mas, ha reconocido también que el empleo de la gravedad del delito por la severidad de la pena, para justificar la prisión preventiva, se inspira en un criterio retributivo.<sup>84</sup> En consecuencia, no es un criterio absoluto, cuya evaluación requerirá su consideración con otros parámetros.<sup>85</sup>

Si bien la escala penal puede ser un síntoma del peligro de fuga, pues otorgar simplemente certeza a la severidad de la pena o escala penal nos conduce a dar desde un inicio un trato diferenciado a quienes se encuentren procesados en tal o cual delito con penas altas, pues automáticamente sobre aquellos se les estimaría ya culpables de querer frustrar los fines del procedimiento penal, y por tanto deberían estar bajo prisión preventiva. Esta apreciación nos conduciría a condenar prematuramente al procesado por un presunto delito, que apenas está en investigaciones, sin sentencia condenatoria

81 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., p. 559.

82 *Ibidem*, p. 559.

83 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *E. Informes de fondo. Informe No. 2/97. Casos 11.205 y otros vs. Argentina*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 28, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

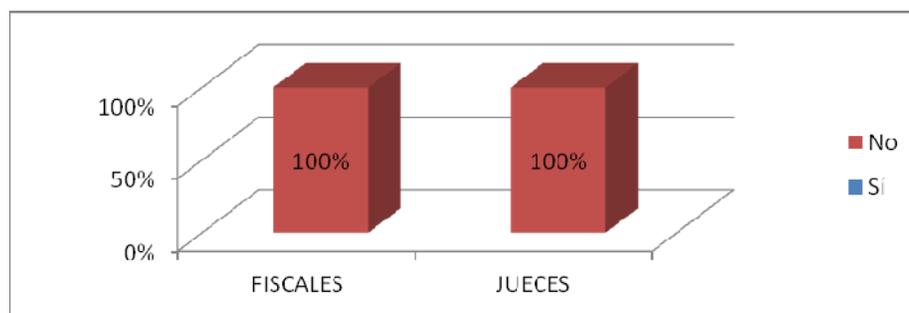
84 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 12/96. Caso 11.245 Jorge Giménez vs. Argentina*, University of Minnesota, párrafo 86, en <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/Sargentina12-96.htm#> (último acceso: 19 de diciembre de 2011). En cuanto al tema de la retribución, cabe indicar que aquella constituye un fin de la pena - por tanto, no es un fin de la prisión preventiva -, fin por el cual se procura imponer un mal en respuesta a un mal cometido (véase Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal...*, op., cit., p. 71).

85 Véase Alberto Bovino, “Aporías. Sombras...”, op., cit., p. 20.

firme, afectándose así gravemente al principio de inocencia. Para evitar esta falacia, es indispensable combinar la severidad de la pena con otros parámetros.

Ahora, en lo que tiene que ver con el análisis de la parte práctica, vale indicar que en ninguna de las veintiún actas de flagrancia analizadas se ha constatado la utilización del presente parámetro.

#### Actas de calificación de flagrancia recabadas



Pese al resultado obtenido del análisis de las actas recabadas, esto no significa que los administradores de justicia no lo lleguen a utilizar, pues a través de las entrevistas sí se ha podido constatar su utilización en el escenario práctico, siendo aceptado por tres fiscales (fiscales 1, 2 y 3) y un juez de garantías penales (juez 1), en tanto que el segundo juez lo rechazó (juez 2).

#### **4.2.2 Naturaleza del delito**

Jorge Zavala Baquerizo menciona que este motivo es diferente a la gravedad de la pena, en razón de que en este momento estamos frente a la forma en cómo se cometió el delito.<sup>86</sup> Si bien resulta coherente lo dicho por el autor, pues, como veremos, la naturaleza del delito no depende exclusivamente de la forma en cómo se cometió el delito, sino que además influye el tipo de delito en sí mismo, sin importar necesariamente la forma en cómo se lo cometió, ni de si se trata de un delito sancionado con prisión o con reclusión. Se entiende, entonces, que la gravedad del hecho no puede depender exclusivamente

<sup>86</sup> Véase Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho...*, op., cit., p. 100.

de la escala penal, sino que la gravedad del hecho también gira alrededor de los caracteres del delito.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, independientemente de la escala penal y de la participación o no del crimen organizado, sí se proyecta a la consideración de qué delitos pueden considerarse graves por su naturaleza, es así que, aunque no lo dice expresamente, pero es innegable que estima graves a los delitos de peculado (pena de reclusión), cohecho (pena de prisión y reclusión), concusión (pena de prisión) y enriquecimiento ilícito (pena de prisión), ya que sólo para ellos acepta el juzgamiento en ausencia del acusado, según lo dispone el inciso primero de su artículo 233. En concordancia, puede revisarse también nuestra Constitución en el inciso segundo de su artículo 233.

A más de los delitos indicados, podemos apreciar otros casos, en donde también se da gran peso a la naturaleza del delito, hechos que también pueden tergiversar la subjetividad del administrador de justicia al apreciar la discutible gravedad del hecho. Tal es el caso del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, el cual limita a determinadas circunstancias la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, negándolo para delitos contra la administración pública, para delitos en los que resulte la muerte de una o más personas, delitos sexuales, de odio, y de los sancionados con reclusión. Por otra parte, también tenemos el numeral cuarto del artículo 175 *ibidem*, en donde se prohíbe la caución para casos, a más de los delitos de odio y sexuales, también para delitos de violencia intrafamiliar, extendiéndose incluso a cualquier delito que cause alarma social.

Con todo, este criterio, que también ha sido calificado como retributivo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,<sup>87</sup> al igual que el criterio

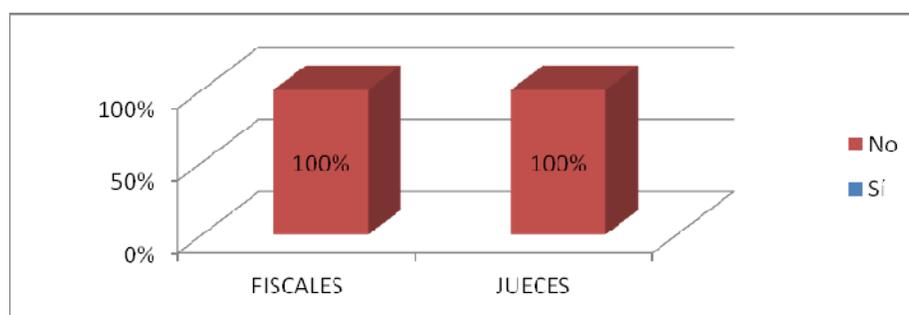
---

<sup>87</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 12/96...*, op., cit., párrafo 86.

de la escala penal, debe ser valorado con otros parámetros que brinden mayor certeza sobre el peligro de fuga. Esto, a fin de evitar ser envueltos por la carga ideológica que conlleva, y caer en la trampa de asignación y tratamiento de culpable a quien no tiene sentencia condenatoria firme, pues no olvidemos que apenas estamos investigando la existencia o no de un delito y la posible responsabilidad de una persona en aquel.

En lo referente a la parte práctica, y en forma similar al parámetro del riesgo de fuga por gravedad de la pena, en ninguna de las veintinueve actas de calificación de flagrancia recabadas se ha constatado la utilización de este criterio por fiscales o por juzgadores.

#### Actas de calificación de flagrancia recabadas



No obstante lo señalado, a través de las entrevistas sí se aprecia el empleo del presente parámetro en escenario práctico, siendo reconocido como válido tanto por los tres fiscales entrevistados, como también por los dos jueces de garantías penales.

Como dato llamativo, vale indicar que las entrevistas nos han permitido discernir en cierta forma la visión de género<sup>88</sup> que mantienen hombres y mujeres sobre la existencia de un posible delito. Al respecto, se puede señalar que para todos los hombres entrevistados el acoso sexual no es un delito grave por su

<sup>88</sup> La visión o el enfoque de género es aquel que “[...] considera las diferentes oportunidades que tienen los hombres y las mujeres, las interrelaciones existentes entre ellos y los distintos papeles que socialmente se les asignan. Todas estas cuestiones influyen en el logro de las metas, las políticas y los planes de los organismos nacionales e internacionales y por lo tanto, repercuten en el proceso de desarrollo de la sociedad.” (FAO, *El enfoque de género*, en <http://www.fao.org/DOCREP/004/X2919S/x2919s04.htm>, último acceso: 19 de diciembre de 2011).

naturaleza (fiscal 1, y jueces 1 y 2), en tanto que para las dos mujeres entrevistadas sí es un delito grave por su naturaleza (fiscales 2 y 3).

#### 4.2.3 Arraigo social

El presente motivo tiene respaldo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>89</sup>, aunque no establece cómo debe entenderse. Al efecto, partamos por entender qué es el arraigo social. Según el Diccionario de la Lengua Española, arraigar es: “Establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas”.<sup>90</sup> En tanto que, social es: “Pertenciente o relativo a la sociedad”.<sup>91</sup> Como puede apreciarse, el arraigo social constituye un concepto genérico, que lo podemos entender como el análisis de la vida de una persona en sociedad, cuyo contenido se lo podríamos integrar con el estudio de los siguientes tópicos:<sup>92</sup>

- 1) Arraigo domiciliario: Referente al lugar de establecimiento de una persona, el cual puede ser real o presuntivo, según las reglas del Código Civil establecidas en el Título VI de su Libro I.
- 2) Arraigo laboral: Relacionado a la ocupación de la persona, al análisis de cómo se gana económicamente sus ingresos.
- 3) Arraigo patrimonial: Vinculado a los bienes económicos del procesado.
- 4) Arraigo educativo: Hace referencia a estudios actuales en progreso, no a los ya finalizados.
- 5) Arraigo familiar: Tiene relación con una de las etapas naturales de la vida: la procreación. Y, a la par, la manutención, de ahí que también se deba analizar si la persona procesada es o no jefa de hogar.

<sup>89</sup> Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *E. Informes de fondo. Informe No. 2/97...*, op., cit., párrafo 29.

<sup>90</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo 2, Madrid, Espasa, 2001, 22da., ed., p. 142.

<sup>91</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo 9, Madrid, Espasa, 2001, 22da., ed., p. 1413.

<sup>92</sup> Aunque no se profundiza, pero al menos una enunciación de la integración del arraigo social puede verse en Diego Zalamea, “Reporte del estado de la prisión preventiva en Ecuador”, en Cristián Riego y Mauricio Duce, eds., *Prisión Preventiva...*, op., cit., p. 312.

Es evidente que el presente tema nada tiene que ver con el delito que se investiga, mas sí con las facilidades que puede tener el procesado para alejarse del proceso, pues el administrador de justicia puede formarse la idea de que mientras menos arraigos, más propensa estará la persona a fugarse. Empero, el arraigo social debe ser visto desde el punto de vista constitucional, tomando a consideración el libre desarrollo de la personalidad, sin perjuicio de la consideración del cumplimiento efectivo de las obligaciones del Estado para con sus habitantes, de ahí que no se deba satanizar automáticamente a una persona por el mero hecho de no tener domicilio fijo, trabajo estable, bienes económicos, familia o educación.

La existencia de uno o más arraigos no son garantía efectiva de que el procesado no frustrará los fines del procedimiento penal. Es más, Claus Roxin sostiene que ni siquiera el hecho de que el procesado tenga un domicilio fijo es garantía para rechazar el peligro de fuga.<sup>93</sup> Si el arraigo social fuese garantía para negar el peligro de fuga, no tendríamos ecuatorianos asilados en el extranjero, o no se hubiese dictado prisión preventiva contra muchas personas involucradas en el denominado 11-S. Por lo tanto, el arraigo social debe ser combinado con otros parámetros para sustentar el peligro de fuga.

Ahora, dirigiendo nuestra mirada a la parte práctica podemos constatar que de las veinte actas de flagrancia analizadas (la número 149-2010 no se toma en cuenta por estar la procesada embarazada, a quien se le da una medida alternativa), al tiempo de estructurar una prisión preventiva, la Fiscalía utiliza el presente parámetro en un 70% (catorce actas), en tanto que los juzgadores lo hacen en un 85% (diecisiete actas). Para una mejor apreciación, se pueden revisar las siguientes ilustraciones:

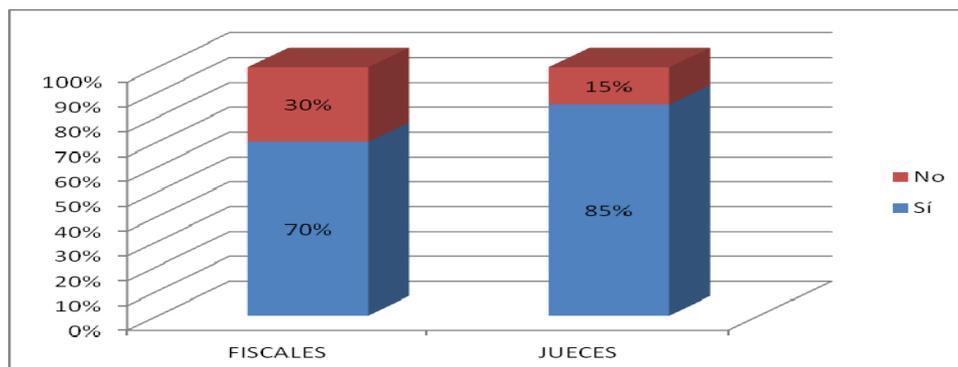
---

<sup>93</sup> Véase Claus Roxin, *Derecho Procesal...*, op., cit., p. 260.

Cuadro de arraigo social en actas de calificación de flagrancia recabadas

No. Acta	Tipo de delito	Empleo de arraigo social por parte de fiscales	Empleo de arraigo social por parte de jueces
100	Extorsión	X	√
124	Robo calificado	√	√
109	Robo calificado	X	√
134	Robo calificado	√	√
138	Tentativa de robo calificado	√	X
168	Robo calificado	√	√
15	Tentativa de robo calificado	√	X
19	Robo calificado	√	√
31	Tentativa de robo calificado	√	√
193	Robo calificado	X	√
191	Robo calificado	X	√
224	Ocultación de cosas robadas	√	√
52	Robo calificado	√	√
58	Robo simple	√	√
57	Ocultación de cosas robadas	√	√
236	Robo calificado	√	√
202	Robo calificado	X	√
208	Robo calificado	X	√
83	Robo calificado	√	X
98	Robo calificado	√	√

Gráfico de arraigo social en actas de calificación de flagrancia recabadas



En lo que tiene que ver con las entrevistas, para dos fiscales (fiscales 2 y 3) y un juez (juez 1) el arraigo social sí es un parámetro a considerar para

evaluar el peligro de fuga, en tanto que para un fiscal (fiscal 1) y un juez de garantías penales (juez 2) no es un parámetro a tomar en cuenta al tiempo de evaluar el referido riesgo.

#### **4.2.4 Antecedentes penales sin sentencia previa**

El presente motivo se desprende de la última reforma al artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, con fecha 29 de marzo de 2010, cuyo artículo en su inciso final dispone: La fiscal o el fiscal presentará, obligatoriamente, dentro de la fundamentación de su instrucción fiscal, el registro de detenciones detallando los motivos de las detenciones anteriores.

Los antecedentes penales se pueden ubicar tanto como motivo de peligro de fuga, como motivo de obstaculización de la investigación, o en su caso como peligro de reiteración delictiva. ¿Por qué? Simplemente porque conlleva la carga ideológica de la denominada temibilidad o peligrosidad<sup>94</sup> del procesado. Empero, se lo ha tomado a consideración dentro del peligro de fuga en vista de que los dos otros peligros son más complejos de verificación, pudiendo ser descartados, sobreviviendo únicamente el peligro de fuga, razón por la cual su existencia quedaría a merced de su apego a este último peligro.

Sobre el tema, recordemos que el inciso segundo del numeral 2, del artículo 11 de la Constitución prohíbe discriminar a una persona en razón de su pasado judicial. En consecuencia, este motivo no puede ser sustento de cualquier tipo de peligro, pues es inconstitucional. Motivo que, sólo encuentra respuesta como medida de defensa social, basada en la temibilidad o peligrosidad asignada a una persona por lo que es y no por lo que realmente hace,<sup>95</sup> constituyendo un reflejo de lo que se denominó mala vida, o a su vez un estado peligroso sin

<sup>94</sup> Para Rafael Garófalo, la temibilidad o peligrosidad se refiere a la perversidad constante y activa del delincuente, así como también a la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente (véase Rafael Garófalo, citado por Nódier Agudelo, *Grandes corrientes del Derecho Penal. Escuela positivista*, Bogotá, Editorial Temis, 2008, 7ma., ed., 1ra., re., p. 7).

<sup>95</sup> Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., p. 42.

delito.<sup>96</sup> En suma, su utilización irrespeta el modelo garantista penal, ya que maximiza los límites instrumentales de la prisión preventiva, restringiéndose arbitrariamente la libertad ambulatoria que debe primar.

En cuanto a la análisis de la parte práctica, vale indicar que en ninguna de las veintiún actas de flagrancia, al tiempo de estructurarse una prisión preventiva, se hace un análisis de si el procesado tiene antecedentes penales sin sentencia previa, o más bien se trata de un caso de reincidencia por existir condena previa. Por lo cual, realizaremos un esquema general de antecedentes penales en el párrafo final del correspondiente numeral.

Siendo este el panorama, el presente problema didáctico lo hemos procurado clarificar a través de las entrevistas, lo cual nos ha llevado a elaborar dos preguntas diferentes, una vinculada exclusivamente al presente parámetro, y otra destinada concretamente a la reincidencia. En lo que tiene que ver a los antecedentes penales sin sentencia previa o antecedentes policiales, un fiscal (fiscal 2) y los dos jueces de garantías penales rechazan la validez del presente parámetro, mientras que dos fiscales sí lo admiten como válido (fiscales 1 y 3).

#### **4.2.5 Reincidencia**

Las apreciaciones expuestas para la ubicación de los antecedentes penales sin sentencia pueden encajar también para el caso de la reincidencia, sin perjuicio de la observación legal, y además de su tratamiento como medida de defensa social. Empero, vale realizar otras consideraciones sobre el motivo en particular.

La diferencia con los antecedentes penales sin sentencia previa consiste efectivamente en que, en el caso de la reincidencia, estamos frente a un plus del poder punitivo que se ha habilitado en razón de delitos ya juzgados,<sup>97</sup> en tanto que en los simples antecedentes penales se pretende ilegítimamente dar ese plus

<sup>96</sup> Véase Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal...*, op., cit., p. 317.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 1057.

al poder punitivo por delitos no juzgados, todavía en investigación. Restringiendo el campo de acción, la reincidencia sólo debe afectar a la gravedad de una nueva pena,<sup>98</sup> los antecedentes penales sin sentencia condenatoria no deben afectar nada, pues el procesado no ha sido condenado por aquellos hechos supuestamente cometidos; sin embargo, coinciden en un punto: recuerdan un parámetro de peligrosidad permanente, circunstancia que autorizaba la prisión preventiva incluso en tiempos del nacional-socialismo.<sup>99</sup>

En lo relacionado al análisis de la parte práctica, y tomando en cuenta lo dicho en el penúltimo párrafo del parámetro anterior, de las veinte actas de flagrancia analizadas (la número 149-2010 no se toma en cuenta por estar la procesada embarazada, a quien se le da una medida alternativa), al momento de construir una prisión preventiva, la Fiscalía utiliza el parámetro general de antecedentes penales en un 30% (seis actas). En cuanto a los juzgadores, en un 5% (una acta) sí lo toman en cuenta para estructurar una prisión preventiva. Por otra parte, resulta trascendente indicar el comentario del juzgador en la acta 58 - 2010, pues es el único que expresamente califica al parámetro general de antecedentes penales como inconstitucional.

Cuadro de antecedentes penales en actas de calificación de flagrancia recabadas

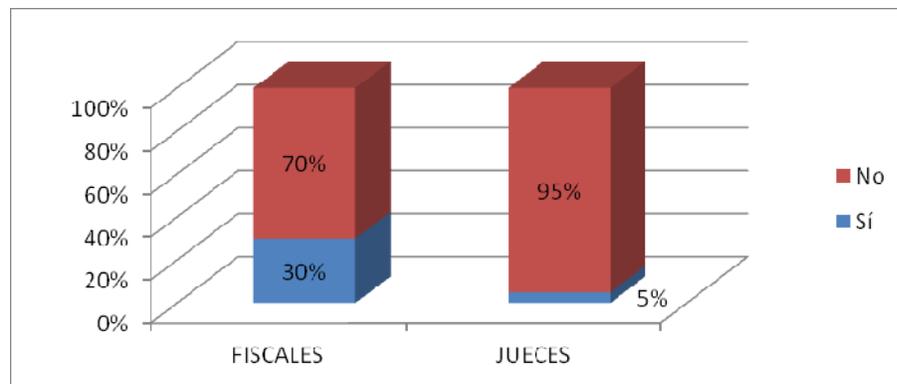
No. Acta	Tipo de delito	Empleo de antecedentes penales por fiscales	Empleo de antecedentes penales por jueces
100	Extorsión	X	X
124	Robo calificado	X	X
109	Robo calificado	√	X
134	Robo calificado	X	X
138	Tentativa de robo calificado	X	X

<sup>98</sup> Ibidem, p. 1057.

<sup>99</sup> Véase Claus Roxin, *Derecho Procesal...*, op., cit., p. 261.

168	Robo calificado	X	X
15	Tentativa de robo calificado	X	X
19	Robo calificado	√	X
31	Tentativa de robo calificado	√	X
193	Robo calificado	X	X
191	Robo calificado	X	X
224	Ocultación de cosas robadas	X	X
52	Robo calificado	√	X
58	Robo simple	X	X
57	Ocultación de cosas robadas	X	X
236	Robo calificado	X	X
202	Robo calificado	X	X
208	Robo calificado	X	√
83	Robo calificado	√	X
98	Robo calificado	√	X

Gráfico de antecedentes penales en actas de calificación de flagrancia recabadas



En lo relacionado a las entrevistas, el presente parámetro es aceptado mayoritariamente, tanto por los tres fiscales entrevistados (fiscales 1, 2 y 3), como también por uno de los dos jueces de garantías penales (juez 2). En otras palabras, de todos los entrevistados, sólo el juez 1 se opone a la aceptación del presente parámetro.

#### **4.2.6 Alarma social o repercusión social del hecho**

Un registro expreso de la alarma social la tenemos en el numeral cuarto del artículo 175 del Código de Procedimiento Penal, a través del cual se prohíbe la caución para suspender la prisión preventiva con la siguiente redacción: En los delitos de odio, sexuales y de violencia intrafamiliar, o aquellos que por sus consecuencias y circunstancias causen gran alarma social, a criterio del Juez de garantías.

Al ser el peligro de fuga una cláusula abierta, puede filtrarse en aquel el criterio de alarma social o repercusión social del delito como un intento para requerir la prisión preventiva. Sin embargo, su consideración no responde a un fin cautelar del procedimiento,<sup>100</sup> pues, como ya hemos indicado, forma parte de la corriente sustantivista que aboga por la necesidad de orden, terminando por enfocarse en un criterio de seguridad ciudadana, bajo la ideología de dureza contra la delincuencia.<sup>101</sup> Lamentablemente, su presencia nos lleva incluso a recordar tiempos del nacional-socialismo, en donde bajo el nombre de repercusión en la opinión pública se autorizaba el encarcelamiento preventivo.<sup>102</sup> En consecuencia, es un motivo que debe ser rechazado por no estar destinado a cumplir los fines instrumentales de la prisión preventiva.

En lo que tiene que ver con el análisis de la parte práctica, de las veintiún actas de flagrancia analizadas, al tiempo de estructurar una prisión preventiva, la Fiscalía en un 4.76% utiliza este criterio (una acta: 202-2010), en tanto que no se ha constatado su empleo por parte de los juzgadores.

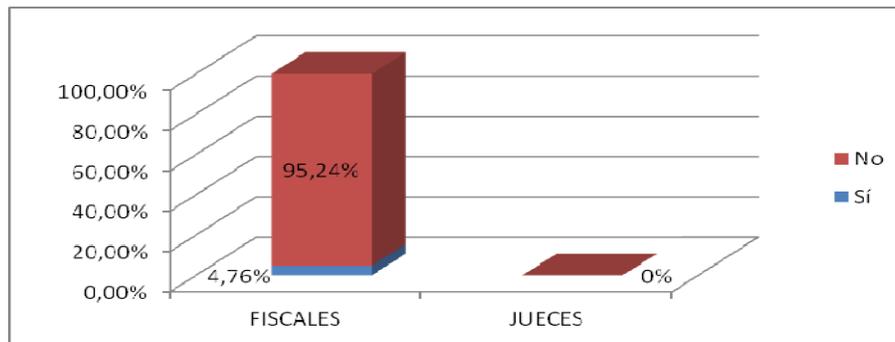
---

100 Véase Julio Maier, “La privación de la libertad...”, op., cit., p. 410.

101 Véase Mauricio Duce, Claudio Fuentes y Cristián Riego, “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en Cristián Riego y Mauricio Duce, eds., *Prisión Preventiva...*, op. cit., p. 31.

102 Véase Claus Roxin, *Derecho Procesal...*, op., cit., p. 261.

### Alarma social en actas de calificación recabadas



En cuanto a las entrevistas, el presente parámetro es aceptado por la mayoría de los entrevistados, concretamente tres fiscales (fiscales 1, 2 y 3) y uno de los dos jueces de garantías penales (juez 1). En pocas palabras, de todos los entrevistados, sólo el juez 2 rechaza la aceptación de este parámetro.

#### **4.3 Peligro de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación: Necesidad de investigar**

Este segundo peligro coincide con el peligro de fuga en que también se trata de una cláusula abierta.<sup>103</sup> Uno de sus detractores es Alberto Binder, quien sostiene que el presente peligro no puede ser justificación de la prisión preventiva, ya que el Estado cuenta con medios para impedir la acción del procesado, verbigracia, protección de testigos, prueba anticipada; por lo que, la ineficacia estatal para proteger su investigación no puede ir en perjuicio para el imputado mediante la imposición de una prisión preventiva.<sup>104</sup> Empero, independientemente de la crítica, el presente peligro es reconocido como uno de los riesgos a evitar por autores como Julio Maier, Daniel Pastor, Winfried Hassemer, Alberto Bovino<sup>105</sup> e incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>106</sup>

Para Julio Maier, este segundo peligro afecta concretamente a la averiguación de la verdad, ya que el procesado podría cambiar el resultado de

<sup>103</sup> Véase Julio Maier, "La privación de la libertad...", op., cit., p. 402.

<sup>104</sup> Véase Alberto Binder, citado por Alberto Bovino en "El encarcelamiento...", op., cit., pp. 448 - 449.

<sup>105</sup> Véase pies de página en esta tesis del 102 al 105.

<sup>106</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *E. Informes de fondo. Informe No. 2/97...*, op., cit., párrafos 33, 34 y 35.

la investigación, verbigracia, eliminando u ocultando indicios del delito, o en su caso poniéndose de acuerdo con testigos u otros partícipes del hecho.<sup>107</sup> En concordancia, Alberto Bovino también manifiesta que es justificación del encarcelamiento preventivo la conducta del imputado cuando afecte negativamente la averiguación de la verdad, obstaculizando la investigación mediante amenaza de testigos, o eliminando otros elementos de prueba.<sup>108</sup>

Como ejemplificación del presente peligro, podríamos traer a acotación un caso de derechos humanos patrocinado por la CEDHU, consistente en amenazas de muerte, teniendo como ofendida a la ciudadana Leidy Vélez<sup>109</sup>. Quien, a raíz de su denuncia en contra de miembros policiales sobre la violación de su domicilio y detención ilegal de su conviviente, comenzó a ser víctima de amenazas de muerte, mismas que se extendieron incluso a su familia, llegándose al punto material de encontrar muerto a su hermano. No obstante, las amenazas no terminaron ahí, pues continuaron perpetrándose, pues la víctima continuaba impulsando el proceso en contra de los miembros policiales implicados; es así que, un día el piso y la pared exterior de su casa evidenciaban manchas rojas, como si de sangre humana se tratara, a más de que en su garaje se encontró una muñeca con una bala incrustada en la cabeza y también manchada de color rojo.

El hostigamiento denunciado por la ofendida es a claras luces un intento por cambiar el resultado de la investigación mediante su obstaculización, pues se procura afectar negativamente la averiguación de la verdad a través de la amenaza de muerte de la víctima y su familia, seguramente con el fin de que la ofendida cambie su versión de los hechos. En consecuencia, nos encontramos

---

107 Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 517.

108 Véase Alberto Bovino, "El encarcelamiento....", op., cit., p. 446.

109 Sobre mayores detalles del caso véase Comisión Ecueménica de Derechos Humanos, *Caso Leidy Vélez*, CEDHU, en [http://www.cedhu.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25:caso-leidy-velez-represalias-al-interior-de-la-policia&catid=13:emblematicos&Itemid=5](http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=25:caso-leidy-velez-represalias-al-interior-de-la-policia&catid=13:emblematicos&Itemid=5) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

ante un panorama que, de no ser posible la aplicación de otra medida menos gravosa, puede justificar la orden de una prisión preventiva.

Otro caso que brevemente podríamos traer a acotación para ejemplificar el tema en desarrollo, es el caso Restrepo<sup>110</sup>, en donde se sostiene que ante la muerte de uno de los dos jóvenes aprehendidos en manos policiales, un alto funcionario policial ordenó matar también al segundo joven, pues era testigo del hecho. Frente a aquellos asesinatos, también se indica que los implicados ocultaron información, evidencias, que permitan llegar a esclarecer completamente los hechos, pues no olvidemos que pese a ser un crimen reconocido por el propio Estado, hasta la presente fecha los cuerpos sin vida de los jóvenes Restrepo no han sido encontrados, e implicados como alias “El chocolate” jamás han sido identificados.

Todo lo cual, ha dado lugar a que la Comisión de la Verdad impulse actualmente nuevas investigaciones para esclarecer completamente los hechos, que de llegar a encontrarse nuevamente frente a implicados que afecten negativamente la verdad mediante la obstaculización de la investigación (hostigamiento a testigos, ocultamiento de información, eliminación de evidencias), y de no ser factible otro medio menos gravoso, podría justificar, bajo el apoyo del presente peligro, el requerimiento de la Fiscalía de prisiones preventivas en contra de los posibles nuevos culpables (no olvidemos que una persona sólo es culpable cuando existe sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra).

De lo expuesto, podríamos considerar que, el presente peligro podría tener mayor facilidad de materializarse en casos en que la víctima se enfrente a una contraparte que maneja relaciones de poder superiores. Al efecto, cabe preguntarnos si aquello sólo lo podríamos tener en la investigación de delitos

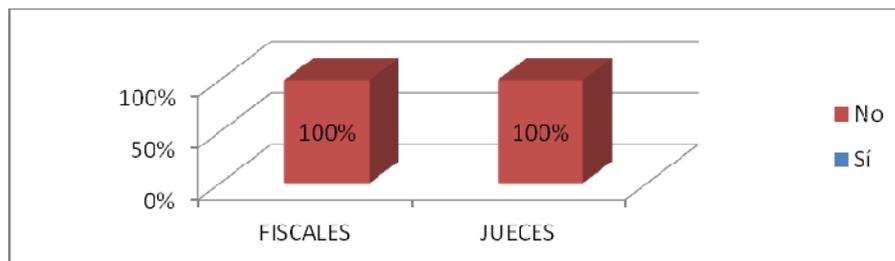
---

<sup>111</sup> Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., pp. 557-558.

contra los derechos humanos, en lo cuales estén involucrados miembros policiales, y la respuesta es no, pues un manejo de relaciones de poder superiores también lo podríamos apreciar en los casos del crimen organizado, verbigracia terrorismo, narcotráfico.

De no existir certeza en cuanto a la existencia de este peligro, mal podría hacerse en pretender justificar una prisión preventiva con este parámetro, pues la mera intuición no es un criterio válido. Es un peligro de compleja constatación, tanto así que al analizar las actas de calificación de flagrancia, pues en ninguna de ellas se lo utiliza para estructurar la prisión preventiva.

Presencia del peligro de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación en actas de calificación de flagrancia recabadas



Al decir de Ferrajoli, de constatarse el presente peligro, y terminados por ejemplo los interrogatorios que se sostiene pueden ser afectados, o en su caso, superada la alteración u obstaculización de la investigación, el continuar manteniendo a la persona en privación de su libertad, sólo encuentra respuesta en un interés de tener al procesado en una condición de sujeción, que obstaculiza su propia defensa, permitiendo incluso que otros interesados, como bien podría ser la acusación, sean quienes lleguen a manipular la evidencia.<sup>111</sup>

Finalmente, en lo que tiene que ver con las entrevistas, el presente parámetro es reconocido como válido sólo por los dos jueces de garantías

<sup>111</sup> Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., pp. 557-558.

penales entrevistados, mientras que es rechazado por todos los tres fiscales entrevistados.

#### 4.4 Peligro de reiteración delictiva

Alberto Bovino rechaza el presente peligro por cuanto está destinado a perseguir un fin sustantivo - la prevención-, lo cual aclara sólo se debe hacer a través de una sentencia condenatoria.<sup>112</sup> En apoyo a la crítica, Julio Maier<sup>113</sup> y Luigi Ferrajoli<sup>114</sup> también dan la espalda al presente peligro por considerarlo ajeno a los fines instrumentales del procedimiento penal, pues se dirige a cumplir un fin material.

Pese al rechazo doctrinario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acepta el presente parámetro siempre y cuando se evalúe primero la gravedad del hecho, la historia personal del procesado, y exista un examen profesional.<sup>115</sup> No obstante, disintimos de tal criterio por cuanto en forma similar a la alarma social, sólo se enfoca en un criterio de seguridad ciudadana<sup>116</sup>, es decir, y como ya se anticipo, en un fin material ajeno al modelo garantista penal que procura limitar al mínimo los parámetros de aplicabilidad de la prisión preventiva.

En lo referente al análisis de la parte práctica, y en forma similar al peligro anterior, en las veintiún actas de flagrancia analizadas no se ha constatado la utilización del presente peligro, al tiempo de edificar una prisión preventiva, ni por la Fiscalía, ni por los juzgadores.

112 Véase Alberto Bovino, "El encarcelamiento....", op., cit., pp. 447.

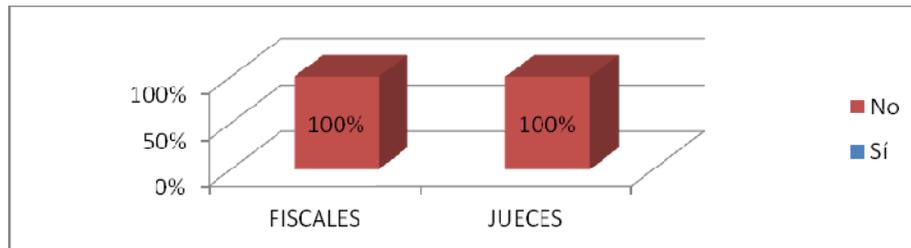
113 Véase Julio Maier, "La privación de la libertad....", op., cit., p. 410.

114 Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón....*, op., cit., pp. 554 y 777.

115 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *E. Informes de fondo. Informe No. 2/97....*, op., cit., párrafo 32.

116 Véase Mauricio Duce, Claudio Fuentes y Cristián Riego, "La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva", en Cristián Riego y Mauricio Duce, eds., *Prisión Preventiva....*, op. cit., p. 31.

### Reiteración delictiva en actas de calificación de flagrancia recabadas



En lo referente a las entrevistas, se puede constatar su aceptación por dos fiscales (fiscales 1 y 3), siendo rechazado por un fiscal (fiscal 2) y los dos jueces de garantías penales entrevistados.

#### **4.5 Otras justificaciones: orden público, restablecimiento de la paz jurídica o de la vigencia de la norma, protección de la sociedad, etc.**

La falta de taxatividad del requisito cuarto del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, permite la posible filtración de otras justificaciones que se mantienen alejadas de los dos peligros clásicos. Al respecto, comencemos por indicar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha mostrado partidaria del empleo del parámetro del orden público para disponer una prisión preventiva, señalando lo siguiente:

La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado.

En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal.<sup>117</sup>

De lo expuesto, podemos indicar que la intención de la Comisión, a más de mantener el orden público con la prisión preventiva del procesado, es evitar que aquel, por las circunstancias del momento, se vea inmerso en un linchamiento, del cual no sólo puede resultar gravemente herido, sino que lo

<sup>117</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *E. Informes de fondo. Informe No. 2/97...*, op., cit., párrafos 36 y 37.

puede llevar incluso hasta su muerte. Mas, su criterio no es amplio, pues restringe la aplicación del orden público a casos excepcionales, que a manera de ejemplificar, bien pudiese ser utilizado en alguna zona rural, en donde ante la existencia de dos policías, y la falta de refuerzos policiales cercanos, pues sea imposible controlar la reacción del momento de la población ante el cometimiento de un delito.

De no existir tales circunstancias excepcionales, el uso general del criterio del orden público para estructurar una prisión preventiva es cuestionable, pues auspiciaría la sumisión a un poder ilegal de hecho, cuya mera presencia provocaría la sumisión del derecho frente a la fuerza.<sup>118</sup> Hecho que, es una aberración frente al garantismo penal, terminando por atentarse nuevamente contra nuestro derecho fundamental a la libertad ambulatoria, ya que se sobredimensionaría el empleo de la prisión preventiva. Por otra parte, cabe resaltar que enmarcarse en una línea de expansionismo penal, auspiciando la imposición de la cárcel, so pretexto de defender el orden y la seguridad común, sólo ha coadyuvado a engendrar más violencia y construir más delincuencia.<sup>119</sup>

La consideración de fines materiales, sean el orden público en forma general, el restablecimiento de la paz jurídica o vigencia de la norma, la protección de la sociedad, u otros inventados o por inventarse, merman la coherencia de vivir en un país garantista en donde la libertad ambulatoria debe ser la regla, pues terminan por perjudicar al principio de inocencia, asumiendo prematuramente efectos de una condena.<sup>120</sup>

En cuanto al análisis de la parte práctica, en las veintiún actas de flagrancia estudiadas no se ha constatado la utilización de alguna de estas

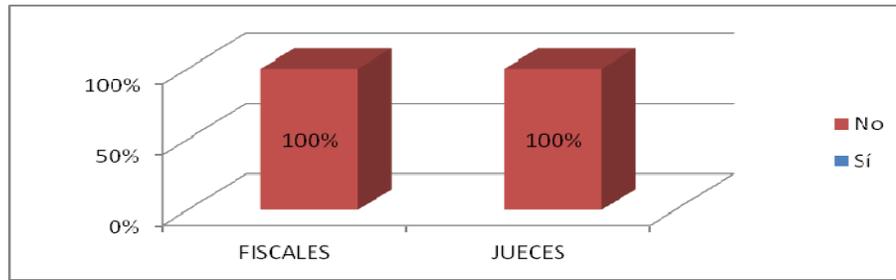
118 Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., p. 933.

119 Véase Julio Maier, "La privación de la libertad...", op., cit., p. 411.

120 Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 522.

justificaciones, al tiempo de estructurar una prisión preventiva, ni por la Fiscalía, ni por los juzgadores.

Orden público, restablecimiento de la paz jurídica o de la vigencia de la norma, y protección de la sociedad en actas de calificación de flagrancia recabadas



En lo que tiene que ver con las entrevistas, el orden público y el restablecimiento de la vigencia de la norma no son parámetros aceptables para construir una prisión preventiva, siendo rechazados tanto por los tres fiscales entrevistados, como también por los dos jueces de garantías penales. En adición, al preguntárseles sobre si la protección de la sociedad es un parámetro válido, dos fiscales consintieron en aquello (fiscales 1 y 3), mientras que tal parámetro fue rechazado por un fiscal (fiscal 2) y los dos jueces de garantías penales.

**5.0 INDICIOS SUFICIENTES DE QUE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD SON INSUFICIENTES PARA GARANTIZAR LA PRESENCIA DEL PROCESADO AL JUICIO**

En razón del principio de excepcionalidad, la prisión preventiva sólo es justificable cuando no se pueden neutralizar los peligros procesales a través de otras medidas menos gravosas.<sup>121</sup> Lo presente, se debe a que, durante el procedimiento penal, rige como principio rector el derecho a la libertad ambulatoria de las personas.<sup>122</sup>

El inciso segundo del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal no se mantiene distante de los criterios señalados, es así que auspicia la idea de

<sup>121</sup> Véase Alberto Bovino, "El encarcelamiento....", op., cit., p. 456. En sentido similar, véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 523.

<sup>122</sup> Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 522.

que para dictar una medida privativa de la libertad -como es la prisión preventiva-, sólo se pueda hacerlo en el caso de que la utilización de otras medidas sean insuficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia. Como puede apreciarse, otra vez nos topamos con un criterio genérico, indeterminado: evitar que el procesado eluda la acción de la justicia; se entiende, siendo partidarios de la corriente procesalista, únicamente por peligro de fuga y por peligro de obstaculización de la investigación, con las respectivas observaciones ya analizadas en el estudio del requisito cuarto del artículo 167 *ibídem*.

Por otra parte, vale destacar que al tiempo de análisis del presente supuesto, ya debe existir certeza del peligro por el cual el procesado evadirá la acción de la justicia. De ahí que, sólo corresponda debatir y establecer, según la tendencia garantista del *onus probandi*, el por qué la utilización de una o más medidas alternativas a la prisión preventiva, serán o no serán suficientes para que el procesado no evada o evada la acción de la justicia. Al respecto, vale aclarar que la constatación real previa de peligros procesales, por sí sola no es ya un parámetro suficiente para justificar una prisión preventiva, sino sólo necesario, cuya suficiencia sólo se conseguirá con la imposibilidad real de otros medios de coerción destinados al mismo fin de la prisión preventiva.<sup>123</sup>

En razón de lo indicado, vale primero discernir si todas las medidas cautelares del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal pueden ser calificadas, en realidad, como alternativas a la prisión preventiva, o son una mezcla con medidas de amparo que no tienen como misión cumplir los fines de la prisión preventiva, sino proteger a la víctima u otros participantes en el proceso.

Siguiendo una línea similar a la de los artículos 86 y 87, del Libro II, del Anteproyecto de Código de Garantías Penales,<sup>124</sup> podemos indicar que son sólo

123 Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 524.

124 Véase Ramiro Ávila Santamaría, coord., *Anteproyecto de Código...*, op., cit., pp. 246-247.

medidas de aseguramiento del proceso: la sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare; la prohibición de ausentarse del país; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare; el arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial; la detención; y, obviamente la prisión preventiva. En consecuencia, otras medidas como la obligación del procesado de abstenerse de concurrir a determinados lugares, son más bien medidas cautelares de amparo o protección a la víctima.

En el artículo 87, del Libro II, del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales se hace constar también a la caución como una medida cautelar, misma que es destinada a asegurar la comparecencia del procesado al proceso. Mas, nuestro Código de Procedimiento Penal no la registra como tal en su artículo 160, otorgándole en principio la figura de una medida destinada a suspender los efectos del auto de prisión preventiva, tal como lo reconoce el artículo 174, como si se tratase de una medida netamente sustitutiva. Empero, el inciso cuarto del artículo 167.1 habilita a que se pueda ofrecer caución en alternativa a la prisión preventiva.

Si bien la caución puede emplearse en reemplazo a la prisión preventiva, pues su utilización tiene limitaciones según el artículo 175 *ibídem*, no admitiéndose para los siguientes casos: delitos sancionados con pena máxima privativa de la libertad superior a cinco años; cuando el imputado hubiera sido condenado anteriormente por delito de acción pública; cuando el imputado o el acusado por cualquier motivo hubiese ocasionado la ejecución de la caución en el mismo proceso; y, en los *delitos* de odio, sexuales y de violencia intrafamiliar, o aquellos *que por sus*

*consecuencias y circunstancias causen gran alarma social*, a criterio del Juez de Garantías (destacado nuestro).

Si queremos transformar a la caución en un mecanismo más idóneo, que combinada con otras medidas alternativas, ayude a la estructuración de un criterio suficiente que permita cumplir los mismos fines de la prisión preventiva, y evitar el uso abusivo de esta última, pues es necesario restringir los criterios subjetivos del juzgador y no limitar su uso sólo para delitos con pena privativa de la libertad inferior a cinco años.<sup>125</sup>

Independientemente de la caución, y a más de las seis medidas cautelares personales destinadas a evitar que el procesado eluda la acción de la justicia, el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal registra además medidas cautelares de carácter real, a las que considera que pueden cumplir también los mismos fines de la prisión preventiva en conformidad al ya transcrito artículo 159 *ibídem*, así tenemos: el secuestro, la retención, el embargo, la prohibición de enajenar.

Aclaradas y separadas las medidas cautelares de amparo, de las medidas cautelares tanto personales como reales que son las propiamente destinadas a satisfacer los mismos fines instrumentales de la prisión preventiva, se nos presenta un panorama complejo. La interrogante que debe absolverse es cómo saber que la utilización de una o más de esas medidas, personales o reales, serán o no serán suficientes para evitar que se frustren los fines del procedimiento penal, cómo saberlo si no se dicta primero la o las medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, y sólo después de su utilización comprobar si fueron o no suficientes para satisfacer sus mismos fines. Nuevamente, y en forma similar a la verificación de

---

<sup>125</sup> No olvidemos el destino de la caución, ya que según el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, de hacerse efectiva su monto se destinará a satisfacer la indemnización por daños y perjuicios y la reparación del daño causado; de haber excedente, el 50% se destinará a la Función Judicial y el 50% para la Fiscalía.

la existencia de peligros procesales, estamos ante el reto de generar certeza por un hecho no presente, sino futuro.

Para el análisis de cada caso, y consecuente graduación de la medida o medidas cautelares personales o reales, que deberán aplicarse para cumplir los fines procesales, deberemos partir incluso por recordar ciertos motivos ya considerados al tiempo de estudiar los peligros procesales: comportamiento del procesado ante el supuesto delito cometido (se mantuvo en la escena o realizó acciones para darse a la fuga), arraigo social que mantenga el procesado (es sostén de familia o no, qué activos y pasivos mantiene, depende de sí mismo o puede ser remplazado idóneamente en su actividad económica para subsistir), gravedad del delito (se trata de un delito doloso o culposo, consumado o de tentativa, de resultado concreto o abstracto, así como su lesividad material en la víctima). A lo que, habría que sumar el análisis del incumplimiento o no previo de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva por parte del procesado, su nivel de salud, su edad, su facilidad para evadir los fines procesales (crimen organizado, delitos de cuello blanco).

De acuerdo a la complejidad de cada caso, de constatarse por ejemplo que el procesado tiene bienes, y sin perjuicio de su combinación con una medida cautelar personal no privativa de la libertad ambulatoria, una medida menos gravosa que la prisión preventiva sería la caución, o bien las medidas cautelares reales expresadas en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal. Esto, en razón de que el impacto a su estabilidad económica no se vería mayormente afectado, ni tampoco su derecho a la defensa, a su estabilidad emocional por no estar privado de la libertad, a su salud, a más de que difícilmente a alguien le va a interesar que a través de la ejecución de la caución pierda su casa, su carro o el dinero que se encuentra retenido en alguna institución -no olvidemos el principio de inocencia-.

Mas, tratándose de una persona sin bienes pecuniarios, y de acuerdo a la complejidad de cada caso, una medida menos gravosa que la prisión preventiva sería la sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al Juez de Garantías Penales, o a quien éste designare. Lo cual, en combinación, verbigracia, con la obligación de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantías Penales o ante la autoridad que éste designare

Por otra parte, y otra vez de acuerdo a la complejidad de cada caso, como medida menos gravosa que la prisión preventiva también tenemos al arresto domiciliario, cuya medida no debe responder a impotencias estatales. Lo presente, en razón de que es obligación del Estado contar con los medios necesarios para que los procesados comparezcan al proceso, y no las personas quienes deban soportar sus descuidos y negligencia.<sup>126</sup>

Ahora, volviendo al análisis de la parte práctica podemos constatar que de las veinte actas de flagrancia analizadas (la número 149-2010 no se toma en cuenta por estar la procesada embarazada, a quien se le da una medida alternativa), al tiempo de estructurar una prisión preventiva, la Fiscalía apenas transcribe el presente requisito en un 25% (cinco actas), en tanto que los juzgadores en un 0% ni siquiera lo transcriben.

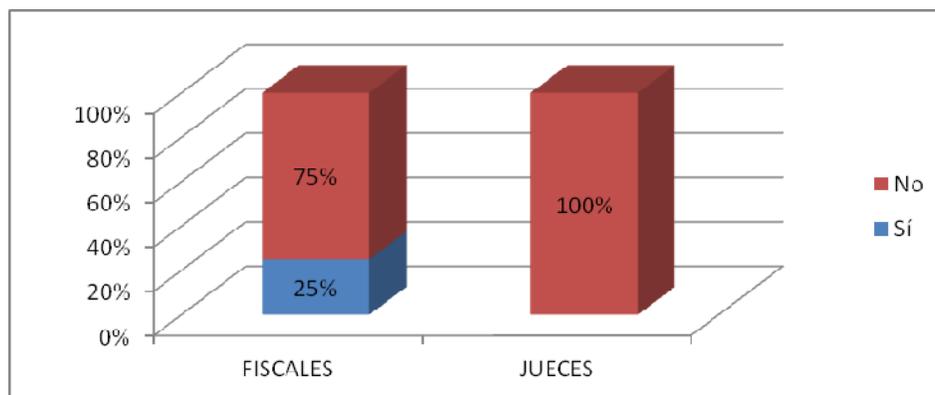
Cuadro de transcripción de requisito quinto en actas de calificación de flagrancia recabadas

No. Acta	Tipo de delito	Empleo de antecedentes penales por fiscales	Empleo de antecedentes penales por jueces
100	Extorsión	√	X
124	Robo calificado	X	X
109	Robo calificado	√	X

<sup>126</sup> Véase Diego Guardia, “Dos interesantes fallos..., op., cit., p. 390.

134	Robo calificado	X	X
138	Tentativa de robo calificado	X	X
168	Robo calificado	X	X
15	Tentativa de robo calificado	X	X
19	Robo calificado	X	X
31	Tentativa de robo calificado	X	X
193	Robo calificado	X	X
191	Robo calificado	X	X
224	Ocultación de cosas robadas	X	X
52	Robo calificado	X	X
58	Robo simple	X	X
57	Ocultación de cosas robadas	X	X
236	Robo calificado	√	X
202	Robo calificado	√	X
208	Robo calificado	√	X
83	Robo calificado	X	X
98	Robo calificado	X	X

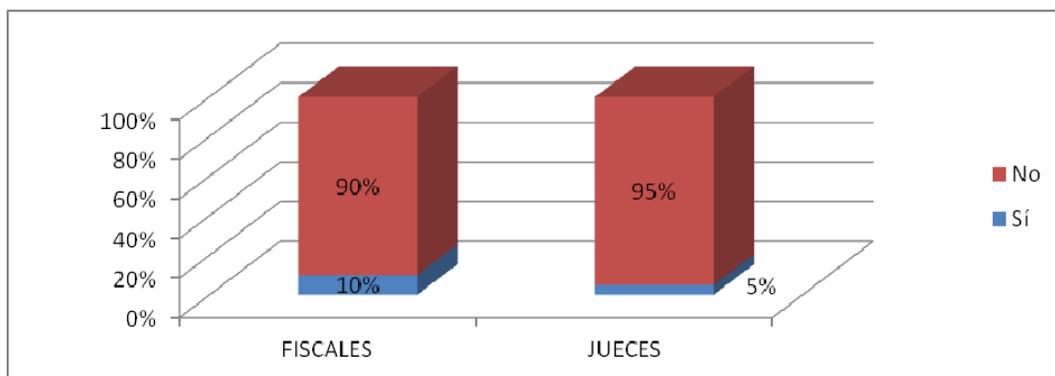
Gráfico de transcripción de requisito quinto en actas de calificación de flagrancia recabadas



Por otra parte, en las actas de calificación de flagrancia recabadas (la número 149-2010 no se toma en cuenta por estar la procesada embarazada, a quien se le da una medida alternativa), sólo un 10% de la Fiscalía indica algún parámetro

que se podría considerar en el presente requisito (dos actas: 236-2010, arraigo social; y, 202-2010, conmovión social). En tanto que, si bien los juzgadores ni siquiera se preocuparon por transcribirlo, pero al menos en una acta (5%), la 208-2010, se puede apreciar un acercamiento al presente requisito cuando el juzgador comenta las medidas alternativas, para cuya consideración estima el arraigo social y los antecedentes penales.

Indicación de parámetros a considerar en el presente requisito, constante en actas de calificación de flagrancia recabadas



## CONCLUSIONES

1. Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, cuya ideología se respalda en el pensamiento garantista, que para el caso que nos ocupa, es particularmente el garantismo penal o derecho penal mínimo, en donde debe predominar el respeto a la libertad ambulatoria.
2. La presencia del derecho penal del enemigo en un sistema garantista penal, constituye una especie de cáncer que va mermando la vida y el rumbo de la ideología garantista. En consecuencia, nos encontramos frente a un caldo de cultivo que facilita la maximización de la intervención penal.
3. La prisión preventiva es un escenario frecuente de colisión entre el pensamiento garantista y el derecho penal del enemigo. En apoyo de la ideología garantista tenemos a la corriente procesalista, y en apoyo del derecho penal del enemigo tenemos a la corriente sustantivista. Si bien procesalistas y sustantivistas coinciden en asignarle a la prisión preventiva fines de aseguramiento del procedimiento: averiguación de la verdad + aplicación de la ley material; no obstante, pugnan en cuanto al momento de aplicación de la ley material, defendiendo la primera corriente la aplicación de fines materiales sólo con la pena, en tanto que la segunda permite su ingreso en el proceso mismo, so pretexto de efectividad y aseguramiento del procedimiento.
4. Al ser nuestro país un Estado en donde debe predominar el garantismo penal, pues la tendencia racional, idónea o apta para tutelar el respeto a que la libertad ambulatoria debe ser la regla general, es la corriente procesalista. Esto, en razón de que sólo tal corriente procura minimizar el empleo de la prisión a dos peligros: el peligro de fuga, y el peligro de entorpecimiento, obstaculización o

alteración de la investigación. En tanto que, la corriente sustantivista más bien sobredimensiona el empleo de la prisión preventiva, resultando no idónea para tutelar el respeto a la libertad ambulatoria como regla general, terminando por maximizar la intervención del sistema penal.

5. Del análisis práctico de las actas de flagrancia, se puede constatar, en un 100%, la concentración de jueces y fiscales en la consideración de los tres primeros requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal: indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y, que se trate de un delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año. Vale destacar, que estos tres requisitos eran los únicos que existían hasta antes de la reforma de 24 de marzo de 2009; sin embargo, su única presencia incentivaba la justificación de la prisión preventiva con apenas una sospecha de culpabilidad del procesado.

6. El 24 de marzo de 2009 se incorporaron dos nuevos requisitos a los tres ya existentes: indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; y además, indicios suficientes de que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio. Lo presente, como un intento del asambleísta por racionalizar el empleo de la prisión preventiva; sin embargo, su existencia se ha convertido en un arma de doble filo, pues al brindarse mayor subjetividad a fiscales y jueces, se abre una brecha para el ingreso del derecho penal del enemigo. Por otra parte, llama la atención que, como constataremos en los siguientes numerales, la consideración de estos dos nuevos requisitos, y a diferencia de los tres anteriores, ya no es del 100%, sino que se relativiza, pese a que legalmente deberían respetarse también en un 100%.

7. Del análisis de las actas de flagrancia, se puede observar que el riesgo de fuga tiene preeminencia práctica sobre el riesgo de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación. Siendo el arraigo social, tanto para jueces (85%) como para fiscales (70%), el principal parámetro de evaluación para considerar o no el riesgo de fuga del procesado.

8. A más de un criterio objetivable como el arraigo social, para considerar el riesgo de fuga del procesado, también encontramos la utilización práctica de criterios no objetivables. Entre estos, los antecedentes penales, en el presente caso, vienen a ser una segunda consideración práctica, un 35% por parte de la Fiscalía, y un 5% por parte de los juzgadores. A esto, se suma en tercer lugar, la consideración de la alarma o conmoción social, concretamente por el personal de la Fiscalía (4.76%).

9. El empleo de los antecedentes penales no es gratuito. El último inciso del artículo 26 del Código de Procedimiento Penal establece la obligación de utilizaren el fundamento de la instrucción fiscal, para los y las fiscales, el registro de detenciones de los procesados. Al respecto, recordemos que el garantismo penal exige una validez sustancial de las normas; razón por la cual, la presente norma es inconstitucional, pues tiende a generar discriminación de las personas por su pasado judicial.

10. Del análisis de las actas, podemos observar que el requisito quinto tiene una escasa presencia al tiempo de requerirse o disponerse una prisión preventiva. El 25% del personal de la Fiscalía se limita a transcribirlo, en tanto que el 75% ni siquiera lo hace, y apenas un 10% enuncia un criterio para darle contenido. En el caso de los juzgadores, en un 100% ni siquiera lo transcribe, pero se puede deducir un intento por darle contenido, al hablarse de medidas alternativas, en

apenas un 5%, limitándose también simplemente al enunciado de criterios. En pocas palabras, este requisito tiene una alta ineffectividad.

11. Del análisis de las actas, se desprende en un 100% que tanto el personal de la Fiscalía como los juzgadores, al tiempo de indicar sus parámetros por los cuales requieren o disponen una prisión preventiva respectivamente, se limitan a señalar parámetros, pero no se preocupan por justificarlos. En consecuencia, se aprecia una arraigada tendencia de irrespeto al deber de motivación de las resoluciones de los poderes públicos.

12. Del análisis de las actas, se verifica que la carga de la prueba en un 100% recae en el procesado. Basta con que la Fiscalía enuncie algún parámetro para que el peso de su verificación recaiga en el procesado. La Fiscalía únicamente aplica el principio *nulla accusatio sine probatione* para elaborar y justificar una imputación provisional en contra de una persona, pero no lo aplica al tiempo de demostrarse los riesgos procesales. Todo lo cual, bajo la mirada pasiva de los llamados jueces de garantías penales.

13. Del análisis de las actas, se observa que el control judicial de los requerimientos de la prisión preventiva es escaso. De cumplirse con un control básico, debería rechazarse toda petición de prisión preventiva que no ha demostrado el riesgo procesal, que no utiliza términos objetivables, o que no ha sido debidamente motivada. Mas, en el presente caso, los juzgadores terminan por convertirse en cómplices del expansionismo penal, pues en un 100% ni siquiera, cuando dicen aceptar una prisión preventiva, se preocupan por fundamentar en forma clara y precisa todos los cinco requisitos que se deben cumplir para disponer tal medida coercitiva.

14. Del análisis de las entrevistas, se puede apreciar que no existen criterios uniformes sobre los parámetros de aplicación de la prisión preventiva, salvo los casos de la gravedad del delito por su naturaleza (no obstante, el problema recae en la consideración de qué delitos son graves por su naturaleza), el orden público y el restablecimiento de la vigencia de la norma. Por lo demás, se constata disparidad de criterios entre los mismos fiscales (por ejemplo: el arraigo social, la reiteración delictiva), o entre los mismos jueces (por ejemplo: la gravedad de la pena, la alarma social), e incluso contradicciones del mismo entrevistado (por ejemplo: el juez 2 y la fiscal 2 expresan que los antecedentes policiales no son un parámetro válido, ya que es discriminatorio, pero al hablar sobre la reincidencia deciden cambiar de opinión, y la consideran válida).

15. En síntesis, en un Estado garantista no se puede aplicar la frase de Maquiavelo: “El fin justifica los medios.” Esto, en razón de que contradice al modelo garantista penal y a su compañera la corriente procesalista, pues no se puede procurar la inmediación al proceso de los procesados con el cimiento de una prisión preventiva en cualquier parámetro, ya que el hacerlo degenera a tal inmediación de instrumental en irracional por sobredimensionar los fines de la prisión preventiva. Tal tergiversación termina por afectar a la seguridad jurídica en Ecuador. Lamentablemente, a todo esto, se suma la falta de desarrollo doctrinario y capacitación en nuestro país sobre el presente tema de tesis, lo cual ha coadyuvado a alimentar el círculo vicioso que perfila a la prisión preventiva como un instrumento penal de contención y lucha contra la criminalidad.

## RECOMENDACIONES

La prisión preventiva ha sido cuestionada incluso desde su propia existencia; sin embargo, su abolición sigue siendo una quimera.<sup>127</sup> Por otra parte, se ha cuestionado también su constitucionalidad, pero no se ha llegado lejos, considerándose un tema hasta superado.<sup>128</sup> Querámoslo o no, la prisión preventiva seguirá siendo pan de todos los días. De ahí que, en el escenario cultural actual, más bien se ha llegado a plantear la necesidad de establecer límites a su utilización, a fin de evitar su arbitrariedad.<sup>129</sup>

La propuesta, en nuestro caso, será la consideración y difusión de claridad de conceptos, que si bien parecen obvios, pues no basta con pronunciarlos, sino con entenderlos, a fin de poder desarrollar un espíritu crítico en el lector, y a la par constatar si aquellos tienen efectividad durante el ejercicio de los parámetros de aplicabilidad de la prisión preventiva.

Como ya se analizó en el capítulo primero, no olvidemos que el pensamiento penal que debe imponerse en Ecuador es el garantismo penal, esto a fin de que se evidencia como el modelo apto, idóneo o racional para buscar la certeza, control y minimización del empleo de la prisión preventiva. En consecuencia, si queremos evitar la arbitrariedad en la intervención del sistema penal, resulta básico tomar en cuenta los siguientes temas en pro de la defensa de la libertad ambulatoria como regla general: *onus probandi*, motivación, defensa técnica e incorporación de nuevas medidas cautelares.

### 1.0 ONUS PROBANDI

Desde el punto de vista de la escuela sustantivista, Georg Freund sostiene que “[...] aquel sujeto cuya culpabilidad puede probarse ha de ser plenamente

127 Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., p. 560.

128 Véase José Cafferata Nores, “Limitación temporal...”, op., cit., pp. 221-222.

129 Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 520. En sentido similar, véase Alberto Bovino, “Aporías. Sombras...”, op., cit., p. 8.

responsable de los peligros que surgen del hecho demostrado para la vigencia de la norma, sin que pueda reemplazar esta responsabilidad, por ejemplo, a los funcionarios encargados de la investigación.”<sup>130</sup> Con tal afirmación, el autor facilita el traslado de la carga de la prueba del acusador al procesado, bastando el grado de culpabilidad para generar la sospecha de que el imputado eludirá la acción de la justicia.

Si recordamos que nuestro modelo de Estado guarda tendencia hacia el garantismo penal, la afirmación de Freund no puede considerarse, en razón de que la decisión de encarcelar privativamente a una persona debe derivarse de la constatación de un peligro procesal, y no del simple mérito sustantivo sobre la participación del procesado en el hecho que se investiga,<sup>131</sup> “[...] sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano.”<sup>132</sup>

La existencia de un riesgo procesal no se puede simplemente presumir, pues al hacerlo se vacía de contenido la verificación del peligro, pudiendo ordenarse el encarcelamiento aún sin la existencia del correspondiente riesgo; por lo tanto, no basta con alegar, sino que hay que analizar las circunstancias objetivas y ciertas de cada caso concreto.<sup>133</sup> Al efecto, la investigación debe ser objetiva, debiendo el acusador público investigar no sólo los hechos en perjuicio del procesado, sino también aquellos hechos a favor del mismo,<sup>134</sup> tal cual dispone el inciso cuarto del artículo 65 el Código de Procedimiento Penal, que al respecto dice: Es obligación de la fiscal o el fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.

---

130 Georg Freund, “Sobre la función legitimadora...”, op. cit., p. 110.

131 Véase Alberto Bovino, “Aporías. Sombras...”, op., cit., p. 23.

132 Giudici, citado por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op., cit., p. 630.

133 Véase Alberto Bovino, “El encarcelamiento...”, op., cit., p. 450.

134 Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., pp. 508-509.

Siempre debemos tener presente que el procesado no tiene el deber de estructurar su inocencia, puesto que ya está investido por el principio de inocencia.<sup>135</sup> En consecuencia, quien requiera su encarcelamiento preventivo, es quien debe demostrar no sólo la existencia del riesgo procesal, sino también la existencia de indicios suficientes que permitan en el juzgador generar la certeza de que otras medidas cautelares no permitirán cumplir los mismos fines que persigue la prisión preventiva. En pocas palabras, la carga de la prueba recae en la acusación,<sup>136</sup> afirmación que la podemos apreciar en el inciso primero del artículo 167.1 del Código de Procedimiento Penal, que al respecto dispone: La solicitud de prisión preventiva será motivada y *el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar*. El juez de Garantías Penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada (destacado nuestro).

Como podemos apreciar, la doctrina y la normativa sobre el tema se muestran claras. Mas, y sin ánimo de generalizar, ocurre que al menos en las actas de calificación de flagrancia recabadas, en donde se requirió prisión preventiva (salvo la número 149, en donde a la aprehendida se le da una medida alternativa por estar embarazada), no hay efectividad del respeto al *onus probandi*, pues irracionalmente no recae en la Fiscalía, lo cual lo podemos apreciar con el siguiente cuadro:

Onus probandi en actas de calificación de flagrancia recabadas

No. Acta	Tipo de delito	Onus probandi recae en procesado
100	Extorsión	√

<sup>135</sup> Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 507.

<sup>136</sup> Véase Daniel Pastor, “Las funciones de la prisión preventiva”, en Edgardo Donna, dir., *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 113.

124	Robo calificado	√
109	Robo calificado	√
134	Robo calificado	√
138	Tentativa de robo calificado	√
168	Robo calificado	√
15	Tentativa de robo calificado	√
19	Robo calificado	√
31	Tentativa de robo calificado	√
193	Robo calificado	√
191	Robo calificado	√
224	Ocultación de cosas robadas	√
52	Robo calificado	√
58	Robo simple	√
57	Ocultación de cosas robadas	√
236	Robo calificado	√
202	Robo calificado	√
208	Robo calificado	√
83	Robo calificado	√
98	Robo calificado	√

## 2.0 MOTIVACIÓN

Las resoluciones de los poderes públicos pueden ser estudiadas desde dos puntos de vista, el primero relacionado con la tarea de explicar, y el segundo vinculado a la tarea de justificar. Al efecto, podemos entender por explicar una decisión simplemente al hecho de indicar las causas que permiten considerarla como consecuencia de dichas causas; mientras que, justificar una decisión o consiste en establecer las razones que llevan a considerar la resolución como aceptable.<sup>137</sup>

Con la diferencia expuesta, y en pro de la minimización del empleo de la prisión preventiva en un Estado garantista, pues motivar una resolución implicará

<sup>137</sup> Véase Manuel Atienza, “Argumentación y Constitución”, Universidad de Alcalá, p. 24, en [http://www2.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

elaborar una justificación y no una mera explicación.<sup>138</sup> A lo cual, vale agregar que la fundamentación de la resolución o decisión, para no incurrir en arbitrariedades, deberá fundamentarse en razones objetivables,<sup>139</sup> impidiéndose así la utilización de criterios vagos como la alarma social para requerir una prisión preventiva.

Ahora, trasladándonos al ámbito normativo, cabe señalar que la motivación de las resoluciones de los poderes públicos no ha sido ajena a la apreciación reguladora del asambleísta. Es así que, se encuentra registrada en el artículo 76 de la Constitución, literal 1) del numeral 7, que expresa:

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

Lo expuesto, nos permite indicar que la motivación está integrada por dos elementos: enunciar las normas o principios jurídicos en que se basa la resolución, y establecer la pertinencia de su utilización a los antecedentes de hecho. Mas, vale destacar que la pertinencia no debe limitarse sólo a los antecedentes de hecho, sino también a su compatibilidad con los principios de nuestro Estado garantista, pues todo aquello nos permitirá llegar a considerar una resolución como aceptable, esto es justificable y no simplemente explicable.

Dentro de la justificación, Wroblewski señala la existencia de dos campos: el primero interno, que hace referencia a que debe existir coherencia entre las premisas planteadas y la conclusión a la que se llegue; y, el segundo externo, referente a que exista una racionalidad probatoria de las premisas fácticas.<sup>140</sup> Al efecto,

---

138 Véase Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional...*, op., cit., pp. 392. En sentido similar, véase Manuel Atienza, *Las razones del Derecho...*, op., cit., pp. 6-7.

139 Véase Perfecto Andrés Ibáñez, "La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia", en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 36-37.

140 Véase Jerzy Wroblewski, citado por *ibidem*, p. 37.

Copi sostiene que para que una hipótesis pueda ser tomada en cuenta debe reunir los siguientes elementos: relevancia; susceptibilidad de control; compatibilidad con hipótesis previamente planteadas; aptitud para explicar; y, simplicidad.<sup>141</sup>

Como puede apreciarse, la motivación implica autoimponerse límites.<sup>142</sup> En consecuencia, no puede ser fruto de prejuicios, de una corazonada, del ánimo del momento, de la empatía, ya que aquello si bien explica una conclusión, pues no llega a justificarla.<sup>143</sup> A más de que, el utilizar terminología vaga para imputar responsabilidad sobre determinado hecho a una persona, afecta la presencia de una defensa eficaz.<sup>144</sup>

Finalmente, vale indicar que dependiendo de la complejidad de una hipótesis (verbigracia el peligro de fuga), para probarse, requerirá ser tratada por pasos, esto es fragmentada en subhipótesis<sup>145</sup> (gravedad del hecho, arraigo social, etc.). A lo presente, no debemos olvidar que durante el proceso de motivación se debe ir construyendo un por qué, no sólo de la hipótesis, sino también de sus subhipótesis. Este peso recae principalmente en el juzgador, quien en la respectiva causa, y en cada paso dentro de la misma, deberá ir sosteniendo el por qué de su decisión de aceptar o negar las hipótesis o intentos de explicación que le fueron planteados.<sup>146</sup>

De lo expuesto, se aprecia que la doctrina y la normativa sobre el tema, en forma similar al *onus probandi*, se muestran claras. Empero, y sin ánimo de generalizar, ocurre que al menos en las actas de calificación de flagrancia recabadas, en donde se estructuró la prisión preventiva (salvo la número 149, en

141 Véase Irving Copi, citado por ibidem, p. 41.

142 Véase ibidem, p. 42.

143 Véase Perfecto Andrés Ibáñez, "La argumentación probatoria...", op., cit., p. 42.

144 Véase Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 553.

145 Véase Perfecto Andrés Ibáñez, "La argumentación probatoria...", op., cit., pp. 38-39.

146 Véase ibidem, p. 40.

donde a la aprehendida se le da una medida alternativa por estar embarazada), no hay efectividad de la obligación de motivación.

Como veremos en el siguiente cuadro, los requerimientos de prisión preventiva realizados por la Fiscalía si bien se explican en un 100%, ya que indican los criterios en los cuales se basan sus requerimientos, pues también en un 100% no se los justifica o motiva debidamente, en razón de que no se manifiesta o desarrolla el por qué tal o cual criterio puede afectar a que el procesado no mantenga inmediación para con el proceso. En similar práctica, las órdenes de los jueces para imponer a un procesado su prisión preventiva, si bien se explican en un 100%, en vista de que indican los criterios en los cuales se basan sus resoluciones, pues también en un 100% no se las justifica o motiva debidamente, debido a que no se manifiesta o desarrolla el por qué tal o cual criterio puede afectar a que el procesado no mantenga inmediación para con el proceso.

Motivación en actas de calificación de flagrancia recabadas

No. Acta	Tipo de delito	Fiscalía explica, enuncia o indica requerimiento de prisión preventiva	Fiscalía justifica o expresa el por qué de su requerimiento	Juez explica, enuncia o indica su decisión	Juez justifica o manifiesta el por qué de su decisión
100	Extorsión	√	X	√	X
124	Robo calificado	√	X	√	X
109	Robo calificado	√	X	√	X
134	Robo calificado	√	X	√	X
138	Tentativa de robo calificado	√	X	√	X
168	Robo calificado	√	X	√	X
15	Tentativa de robo calificado	√	X	√	

19	Robo calificado	√	X	√	X
31	Tentativa de robo calificado	√	X	√	
193	Robo calificado	√	X	√	X
191	Robo calificado	√	X	√	X
224	Ocultación de cosas robadas	√	X	√	
52	Robo calificado	√	X	√	X
58	Robo simple	√	X	√	X
57	Ocultación de cosas robadas	√	X	√	
236	Robo calificado	√	X	√	X
202	Robo calificado	√	X	√	X
208	Robo calificado	√	X	√	X
83	Robo calificado	√	X	√	X
98	Robo calificado	√	X	√	X

### 3.0 DEFENSA TÉCNICA

A modo general, “[...] el derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe [...]”<sup>147</sup>

Si bien el procesado puede ejercer su autodefensa, se ha establecido por regla que la defensa debe ser técnica, esto es a través de la asistencia jurídica de un profesional del Derecho.<sup>148</sup> Es así que, el procesado puede nombrar como su patrocinador al abogado que él estime conveniente, o, a falta de este, ser patrocinado por un defensor de oficio, resultando la defensa técnica un servicio público imprescindible.<sup>149</sup>

Por lo expuesto, es indudable que la defensa legal del procesado debe ser patrocinada por un abogado, mas aquello si bien es una condición necesaria para

<sup>147</sup> Julio Maier, *Derecho Procesal Penal...*, op., cit., p. 547.

<sup>148</sup> Véase ibidem, p. 549-550.

<sup>149</sup> Véase ibidem, p. 551.

la existencia de la defensa técnica, pues no es de por sí una condición suficiente, ya que el título de abogado no constituye una garantía real de que el patrocinado tendrá una defensa técnica eficaz.<sup>150</sup> En tal sentido, Alfredo Vélez Mariconde, ha sostenido que la defensa técnica constituye “ [...] la asistencia jurídica que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención, casi siempre autónoma, durante el procedimiento, procurando a favor del imputado.”<sup>151</sup> En otras palabras, para que exista una defensa técnica real y no nominal, se requiere, como básico, un profesional del Derecho con conocimientos sólidos sobre la materia a debatirse, cuya intervención en favor del imputado sea oportuna.<sup>152</sup>

En lo que tiene que ver con la parte práctica, y sin ánimo de generalizar, en las actas de calificación de flagrancia recabadas, en donde se estructuró la prisión preventiva (salvo la número 149, en donde a la aprehendida se le da una medida alternativa por estar embarazada), se obtuvieron los siguientes resultados:

#### Defensa técnica en actas de calificación de flagrancia recabadas

No. Acta	Tipo de delito	Defensor refuta responsabilidad del procesado en el hecho	Defensor refuta que el onus probandi recaiga en el procesado	Defensor procura demostrar inmediación del procesado al procesado.	Defensor refuta que no se respete el deber de motivación
100	Extorsión	√	X	√	X
124	Robo calificado	√	X	√	X
109	Robo calificado	√	X	√	X

<sup>150</sup> Véase *ibidem*, p. 550.

<sup>151</sup> Alfredo Vélez Mariconde, citado por *ibidem*, p. 549.

<sup>152</sup> Un ejemplo de defensa técnica nominal lo podríamos extraer de lo dicho por uno de los abogados de Hickock, en el libro *A sangre fría*, quien al ser interrogado sobre su alegato por un periodista, con sinceridad, dijo: “¿Qué otra cosa puedo hacer? Diablos, no tengo ninguna carta en la mano. Pero no me voy a quedar ahí como una momia. Tengo que abrir la boca de vez en cuando.” (Véase Truman Capote, *A sangre fría*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana Narrativas, 2009, 7ma., ed., pp. 264 - 265).

134	Robo calificado	√	X	X	X
138	Tentativa de robo calificado	√	X	√	X
168	Robo calificado	√	X	√	X
15	Tentativa de robo calificado	√	X	√	
19	Robo calificado	√	X	X	X
31	Tentativa de robo calificado	√	X	√	
193	Robo calificado	√	X	X	X
191	Robo calificado	√	X	X	X
224	Ocultación de cosas robadas	X	X	√	
52	Robo calificado	√	X	X	X
58	Robo simple	X	X	X	X
57	Ocultación de cosas robadas	X	X	√	
236	Robo calificado	X	X	√	X
202	Robo calificado	√	X	X	X
208	Robo calificado	√	X	√	X
83	Robo calificado	√	X	X	X
98	Robo calificado	√	X	X	X

#### **4.0 INCORPORACIÓN DE NUEVAS MEDIDAS CAUTELARES: BRAZALETE ELECTRÓNICO**

Históricamente estamos pasando de la edad contemporánea a la edad de la Sociedad de la Información y el Conocimiento, en donde los sistemas telemáticos como el Internet han tenido gran desarrollo, tecnología que unida a otras, como el GPS o la radio - frecuencia, nos permiten ofrecer un mejor abanico en la búsqueda de una nueva medida que, teniendo como objetivo cumplir los mismos fines instrumentales de la prisión preventiva, pues coadyuvan a minimizar su impacto y existencia.

La presente medida tecnológica se encuentra representada por el llamado brazalete electrónico, pulsera electrónica o *electronic tagging*, que consiste en un dispositivo tipo pulsera que se puede ubicar en el antebrazo de una persona, como

el reloj, o bien se lo puede ubicar en la pierna del mismo. Entre los usos que se le pueden asignar, podemos indicar los siguientes: reemplazo de la prisión preventiva; medida de protección a la víctima; reforzamiento de la libertad condicional; reforzamiento del arresto domiciliario; o, también reforzamiento de la pena de prohibición de conducir vehículos.<sup>153</sup>

#### 4.1 Posiciones

La adopción del brazaletes electrónico trae cuestionamientos, concretamente por la defensa de los derechos humanos que se ven afectados, tal como ocurre con el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad, tanto personal como familiar. Al efecto, recordemos que el numeral 20 del artículo 66 de la Constitución reconoce el derecho a la intimidad, pero no dice nada sobre la privacidad; no obstante, complementando la disposición citada con el numeral 5 del artículo 11 *ibídem*, el derecho a la privacidad también queda reconocido, pues la Constitución debe interpretarse en el sentido que más favorezca a su efectiva vigencia.

Vale indicar que, doctrinariamente se diferencia entre lo que es el derecho a la intimidad y a la privacidad, entendiéndose individualmente por tales derechos lo siguiente:

La intimidad es el conjunto de sentimientos, pensamientos e inclinaciones más internos, como la ideología, religión o creencias, las tendencias personales que afectan a la vida sexual, problemas de salud que deseamos mantener en secreto u otras inclinaciones [...]. Mientras que privacidad hace referencia al ámbito de la persona formado por su vida familiar, aficiones, bienes particulares y actividades personales.<sup>154</sup>

Por la posible afectación a la vida privada personal o familiar, el Comité de Derechos Humanos, a través de su Observación General No. 16, se ha

<sup>153</sup> Véase Faustino Rodríguez - Magariños, *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 119-136.

<sup>154</sup> Concepción Conde, *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Madrid, Universidad de Cádiz y Editorial Dykison, 2005, p. 25.

mostrado contrario a la vigilancia por medios electrónicos o de cualquier otra índole.<sup>155</sup> A la par, puede sumarse la posible afectación general a la dignidad humana de quien es sometido a usar un brazalete electrónico.

La dignidad humana “[...] entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”.<sup>156</sup> En consecuencia, debe rechazarse la imposición de un brazalete electrónico que fácilmente propicie la ofensa o humillación del procesado, o en su caso impida el pleno desarrollo de la personalidad del procesado.

Un brazalete electrónico propiciará la ofensa o humillación del procesado si su fabricación y destino en el cuerpo humano es fácilmente identificable por otra persona, por ejemplo: un brazalete tipo diadema para la cabeza, tipo antifaz para la cara, tipo collar o corbata para el cuello, tipo anillo para los dedos, o cuando no se puede ocultar fácilmente bajo la ropa. Tales tipos de brazaletes electrónicos, también se encaminarán a impedir el pleno desarrollo de la personalidad del procesado, afectando fuertemente a la sociabilidad como base de la dignidad humana,<sup>157</sup> en razón de que el procesado podrá sentirse avergonzado de conocer nuevas amistades o parejas, podrá sentirse atemorizado de ir a sitios públicos para entretenerse por temor a agresiones físicas o verbales, o podrá sentirse intimidado de inscribirse en alguna institución educativa por miedo al qué dirán, al reproche.

---

155 Véase Daniel O’Donell, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 526.

156 Héctor Gros, *La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, en <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/02120364/articulos/ANDH0303110193A.PDF> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

157 Sobre las bases de la dignidad humana véase Francis Fukuyama, citado por John Dalla Costa, *Magnificencia en el trabajo*, Bogotá, Editorial San Pablo, 2010, p. 35.

La dignidad humana también se vincula con el derecho al honor; por tal razón, la imposición de un brazalete electrónico en el cuerpo humano no debe facilitar la reacción de un efecto estigmatizante hacia quien lo utiliza. Tal hecho genera discriminación hacia el procesado, quien además puede verse afectado en otras de las bases que integran la dignidad humana como son el respeto a su sensibilidad y a sus emociones, no sólo por las posibles burlas, sino porque además un diseño de brazalete electrónico que no se pueda ocultar fácilmente bajo la ropa, termina por afectarle incluso al tiempo de buscar trabajo.

Por otra parte, a más de la tutela del derecho de las personas a desarrollar su personalidad, Daniel O'Donnell sostiene que el derecho a la intimidad también tiene como faceta la tutela del derecho a la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones y de las relaciones familiares.<sup>158</sup> Al efecto, si bien la intención del brazalete electrónico es vigilar la libertad ambulatoria del procesado para que guarde inmediación para con el proceso, pues aquel fin no debe desbordarse, ya que acarrearía un fuerte atentado a la vida privada personal y familiar del procesado, debiéndose rechazar su existencia si se incurre en alguno o algunos de los siguientes casos:

- 1) Registrar sensaciones del procesado o de las personas que lo rodean.
- 2) Registrar imágenes del procesado o de las personas que lo rodean.
- 3) Registrar audio del procesado o de las personas que lo rodean.
- 4) Se aplica automáticamente, sin analizar la utilización de otras medidas menos gravosas como podría ser la prohibición de salida del país.
- 5) Se aplica sin tiempo definido, pues al menos, su imposición debería ser como máximo los mismos tiempos que existen para el caso de la prisión preventiva:

---

<sup>158</sup> Véase Daniel O'Donnell, *Derecho Internacional...*, op., cit., pp. 522-523.

seis meses para delitos sancionados con prisión, y un año para delitos sancionados con reclusión.

De no respetarse los parámetros indicados, la imposición del brazalete electrónico se convertirá en un fuerte atentado a los derechos humanos, y por tanto su presencia debe ser rechazada. Es indudable que el brazalete electrónico puede causar cierta aflicción en el procesado por la vigilancia de su libertad ambulatoria, pero, bajo las condiciones expuestas, y en pro de los derechos a la intimidad, a la privacidad y al honor, tampoco podemos dudar que puede convertirse en una medida cautelar personal menos aflictiva que la vivencia del procesado bajo prisión preventiva.

Podríamos estimar, respecto al brazalete electrónico, que al no tener la familia del procesado que ir por ejemplo a visitarlo en un lugar controlado totalmente por el Estado y sujetarse a sus condicionamientos, su vida privada puede mantenerse en un nivel que no atente gravemente a sus derechos fundamentales: nadie ve cómo duerme, nadie ve qué come, nadie sabe si tiene problemas gástricos, nadie necesita permiso para visitarlo, puede acudir al médico que quiera, puede ir a trabajar, puede usar su celular, puede revisar personalmente el expediente en su contra cuando desee, etc. En cuanto a la prisión preventiva, la vigilancia estatal se extrema, siendo el procesado separado de su entorno, quedando así no sólo su familia, sino hasta su amigos y defensor, obligados a trasladarse al sitio en donde se encuentre el procesado si quieren volver a verlo, imponiendo el Estado incluso los días y el tiempo máximo que pueden compartir con el procesado, siempre y cuando se sometan primero a determinadas reglas.

Para ejemplificar la invasión a la vida privada familiar, podemos recordar el caso del mayor retirado Fidel Araujo<sup>159</sup>, cuya madre se vio obligada a

---

159 Véase El Comercio, *Durante los seis meses en prisión, la familia de Araujo fue su pilar*, El Comercio, en [http://www.elcomercio.com/politica/meses-prision-familia-Araujo-pilar\\_0\\_456554402.html](http://www.elcomercio.com/politica/meses-prision-familia-Araujo-pilar_0_456554402.html) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

cambiar drásticamente su rutina, debiendo trasladarse todos los fines de semana con comida, ropa limpia e implementos de aseo para su hijo (no olvidemos que el Estado destina apenas dos dólares diarios para el sostenimiento de cada persona privada de la libertad). En lo que respecta a su ex esposa, calificó a la visita carcelaria como uno de los momentos más traumáticos que ha vivido, pues debió esperar dos horas bajo el sol si quería entrar a ver al preso preventivo, a más de que tuvo soportar ser manoseada como fruto de la revisión carcelaria. En cuanto a su hija, las condiciones a las que era sometido su padre le causaban llanto.

Tal panorama, nos permite afirmar que la vida en prisión de una persona, definitivamente afectará también la vida privada de su familia, pues algunas actividades privadas se vuelven públicas (caso de la madre, respecto al tipo de alimentación que destinaba al procesado, implementos de higiene que le compraba, tipo de ropa le llevaba para dormir, etc.), el recato corporal queda sumiso a exigencias del Estado (caso de la ex esposa, sin perjuicio de que la madre y la hija también hayan sido sometidas a tal hecho), así como también el estado anímico o los momentos de dolor quedan expuestos a la vista de personas extrañas a la familia (caso de la hija).

Adicionalmente, el hecho de que una persona haya sido presa preventiva puede ocasionar estigmatización en su retorno a la sociedad, concretamente en el ámbito laboral, ya que su prisión queda registrada en el archivo de antecedentes penales. Situación que consideramos no debe suceder con el brazalete electrónico, pues para no incurrir en el mismo problema, y para no afectar a los derechos de cada persona al trabajo y a su buen nombre, no debe constar su imposición en un registro que a la luz de un proceso se haga fácilmente público. En apego

a los derechos humanos, consideramos que es un dato que, para evitar la estigmatización, debería protegerse tal como ocurre con otros datos de carácter personal como la ideología política, o la orientación sexual.

El auge del brazalete electrónico tiene como sustento las críticas que se han dirigido a la propia existencia de la cárcel, no necesariamente por ser poco humanitaria, sino además porque no resocializa, es fuente de pandemias, y más bien propaga un virus criminógeno, profesionalizando a los internos en la actividad delictiva.<sup>160</sup> Ante esto, algunos Estados, entre ellos México,<sup>161</sup> Perú,<sup>162</sup> Colombia,<sup>163</sup> Chile,<sup>164</sup> Panamá<sup>165</sup> han optado por implantar el brazalete electrónico como alternativa a la prisión, pudiéndose apreciar las siguientes ventajas para las personas portadoras del mismo:<sup>166</sup> pueden permanecer en su entorno social, no pierden el trabajo, se reduce el hacinamiento en las cárceles, se conserva la calidad de vida de la persona, no se sufren los efectos desocializadores de la prisión, el Estado ahorra en la alimentación de la persona, y se logra un mejor control.

El empleo del brazalete electrónico puede brindar un costo incluso cinco veces inferior al costo que representa la custodia física del procesado.<sup>167</sup> El brazalete electrónico es una tecnología bastante efectiva, de casi imposible quebrantamiento,<sup>168</sup> que puede ayudar a minimizar la violencia estatal hacia

160 Véase *ibidem*, p. 81.

161 Véase Claudia Bolaños, “Aconsejan usar brazaletes en lugar de prisión preventiva”, *El Universal*, 2007, en <http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/85873.html> (último acceso: 16 de diciembre de 2011).

162 Véase EFE, “Incorporarán brazalete electrónico para aliviar hacinamiento en cárceles”, *El Comercio*, 2009, en <http://elcomercio.pe/politica/353115/noticia-incorporaran-brazalete-electronico-aliviar-hacinamiento-carceles> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

163 Véase EFE y Caracol TV, “Colombia estrena brazaletes electrónicos para monitorear presos”, *Caracol TV*, 2009, en <http://www.caracoltv.com/noticias/justicia/articulo115617-colombia-estrena-brazaletes-electronicos-monitorear-presos> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

164 Véase Chile Ahora, *Fiscal estudia aplicar brazalete electrónico en todo el país*, Chile Ahora, 2009, en <http://chileahora.cl/leer.php?idnota=8476> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

165 Véase Dirección de Asistencia y Coordinación Penitenciaria, “Sistema de localización telemática, por medio del uso de brazalete electrónico de monitoreo. BEM”, Ministerio Público de Panamá, en <http://www.ministeriopublico.gob.pa/Brazalete.aspx> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

166 Véase *ibidem*. En sentido similar, véase Faustino Rodríguez - Magariños, *Cárcel electrónica...*, p. 85.

167 National Audit Office, *The electronic monitoring of adult offenders. Full report (link)*, National Audit Office, 2006, en [http://www.nao.org.uk/publications/0506/the\\_electronic\\_monitoring\\_of\\_a.aspx](http://www.nao.org.uk/publications/0506/the_electronic_monitoring_of_a.aspx) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

168 Pilar Oteló González, *Control telemático...*, op., cit., p. 21. En sentido similar, véase Faustino Rodríguez - Magariños, *Cárcel electrónica...*, p. 85.

quienes son procesados, y a la par dirigirse a satisfacer los mismos fines instrumentales de la prisión preventiva.

Pese a la tendencia, en nuestro país su uso se ve imposibilitado, en vista de que no se lo contempla expresamente como medida cautelar en la lista del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, es indispensable una reforma legal para su incorporación, pues no olvidemos que según el último inciso del artículo 159 del referido cuerpo legal, no se puede imponer medidas cautelares no establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

Con todo, el empleo del brazalete electrónico para minimizar la intervención del sistema penal mediante la prisión preventiva en la vida privada personal de los procesados, sin perjuicio de su familia, todavía está pendiente de debate en nuestro país. Anhelamos que, las breves líneas expuestas, sin perjuicio de las otras recomendaciones realizadas, contribuyan al debate y terminen por mermar la aplicación de la prisión preventiva. Todo lo cual, en pro de la dignidad del ser humano, y bajo la perspectiva de que, como ya habíamos indicado, siempre debemos tener presente que la intervención del sistema penal a través de la prisión preventiva es como una enfermedad terminal, pues el día de mañana puede afligir a cualquiera de nosotros.

## FUENTES DE CONSULTA

- Agudelo, Nódier, *Grandes corrientes del Derecho Penal. Escuela positivista*, Bogotá, Editorial Temis, 2008, 7ma., ed., 1ra., re.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia”, en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, Universidad de Alcalá, p. 24, en [http://www2.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).
- Atienza, Manuel, “Constitución y Argumentación”, en Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010.
- Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 2da., re.
- Ávila Santamaría, Ramiro, coord., *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del derecho penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Bolaños, Claudia, “Aconsejan usar brazaletes en lugar de prisión preventiva”, El Universal, 2007, en <http://www.eluniversal.com.mx/ciudad/85873.html> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).
- Bovino, Alberto, “Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”, en Ernesto Albán Gómez, edit., *Revista de Derecho Foro*, número 8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2007.

- Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, 2da., ed.
- Bustos Ramírez, Juan, y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, volumen II, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- Cafferata Nores, José, “Limitación temporal a la prisión preventiva”, en Jorge Buompadre, coord., *Derecho penal. Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1997.
- Cancio Meliá, Manuel, “¿”Derecho penal” del enemigo?”, en Universidad de Guayaquil, *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima - Perú, Ara Editores, 2005.
- Capote, Truman, *A sangre fría*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana Narrativas, 2009, 7ma., ed.
- Chile Ahora, *Fiscal estudia aplicar brazalete electrónico en todo el país*, Chile Ahora, 2009, en <http://chileahora.cl/leer.php?idnota=8476> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).
- Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 1998.
- Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, *Caso Paúl Guañuna: muerte a manos de la policía - Enero 2007*, en [http://www.cedhu.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=19&Itemid=5](http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=19&Itemid=5) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).
- Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, *Director Nacional de Rehabilitación Social impide hospitalización del Crnl. Rolando Tapia*, en

[http://www.cedhu.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=53&Itemid=10](http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=10) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

Comisión Ecuémica de Derechos Humanos, *Informe de las ONGs sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/CEDHU\\_Ecuador\\_HRC97.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/CEDHU_Ecuador_HRC97.pdf) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *E. Informes de fondo. Informe No. 2/97. Casos 11.205 y otros vs. Argentina*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 28, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 12/96. Caso 11.245 Jorge Giménez vs. Argentina*, University of Minnesota, párrafo 86, en [http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/Sargentina12-96.htm#\\*](http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/Sargentina12-96.htm#*) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

Conde, Concepción, *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Madrid, Universidad de Cádiz y Editorial Dykison, 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 154, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

Dalla Costa, John, *Magnificencia en el trabajo*, Bogotá, Editorial San Pablo, 2010.

Dirección de Asistencia y Coordinación Penitenciaria, “Sistema de localización telemática, por medio del uso de brazaletes electrónicos de monitoreo. BEM”, Ministerio Público de Panamá, en <http://www.ministeriopublico.gob.pa/Brazaletes.aspx> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

Duce, Mauricio, Claudio Fuentes, y Cristián Riego, “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en Cristián Riego y Mauricio Duce, eds., *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Quito, CEJA - JSCA, 2009.

EFE, “Incorporarán brazaletes electrónicos para aliviar hacinamiento en cárceles”, *El Comercio*, 2009, en <http://elcomercio.pe/politica/353115/noticia-incorporaran-brazaletes-electronicos-aliviar-hacinamiento-carceles> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

EFE, y Caracol TV, “Colombia estrena brazaletes electrónicos para monitorear presos”, Caracol TV, 2009, en <http://www.caracoltv.com/noticias/justicia/articulo115617-colombia-estrena-brazaletes-electronicos-monitorear-presos> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

*El Comercio*, *Durante los seis meses en prisión, la familia de Araujo fue su pilar*, en [http://www.elcomercio.com/politica/meses-prision-familia-Araujo-pilar\\_0\\_456554402.html](http://www.elcomercio.com/politica/meses-prision-familia-Araujo-pilar_0_456554402.html) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).

*El Comercio*, “El 54% de los presos no tiene sentencia”, en *El Comercio*, Quito, 14 de noviembre de 2010, p. C1-6.

- FAO, *El enfoque de género*, en <http://www.fao.org/DOCREP/004/X2919S/x2919s04.htm> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, 5ta., ed.
- Ferrajoli, Luigi, “El garantismo y el derecho penal”, en Miguel Rujana Quintero, comp., *Derecho penal contemporáneo*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo penal*, México D.F., UNAM, 2006.
- Fiscalía General del Estado, *Revista de estadísticas criminológicas*, No.4, 2010.
- Freund, Georg, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”, en Jürgen Wolter y Georg Freund, edits, *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Gómez Martín, Víctor, *El derecho penal de autor*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- Gracia Martín, Luis, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.
- Gros, Héctor, *La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, en <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/der/02120364/articulos/ANDH0303110193A.PDF> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).
- Grosso García, Manuel, “¿Qué es y qué puede ser el “derecho penal del enemigo”? Una aproximación crítica al concepto”, en Manuel Cancio

- Meliá y Carlos Gómez - Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006.
- Guardia, Diego, “Dos interesantes fallos acerca de la función de la prisión preventiva”, en Edgardo Donna, dir., *Revista de Derecho Procesal Penal. Excarcelación: Doctrina*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2005.
- Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, Buenos Aires, editorial Ad-hoc, 2003, 2da., ed., 1ra., re.
- Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003.
- Jakobs, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, en Universidad de Guayaquil, *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima - Perú, Ara Editores, 2005.
- Kaleck, Wolfgang, “Sin llegar al fondo. La discusión sobre el derecho penal del enemigo”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez - Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006.
- Maier, Julio, *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Lima, Palestra, 2008.
- Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, 2da., ed., 3ra., re.

- Maier, Julio, “La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, comps, *La cultura penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Miranda Estrampes, Manuel, “Medidas de coerción”, en Escuela Nacional de la Judicatura, *Derecho Procesal Penal*, Santo Domingo - República Dominicana, Editora Amigo del Hogar, 2006.
- Muñoz Conde, Francisco, “De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo””, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez - Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006.
- Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2001, 2da., ed.
- National Audit Office, *The electronic monitoring of adult offenders. Full report (link)*, National Audit Office, 2006, en [http://www.nao.org.uk/publications/0506/the\\_electronic\\_monitoring\\_of\\_a.aspx](http://www.nao.org.uk/publications/0506/the_electronic_monitoring_of_a.aspx) (último acceso: 19 de diciembre de 2011).
- Neumann, Ulfried, “Derecho penal del enemigo”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez - Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006.
- O’Donell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

- Otelo González, Pilar, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
- Pastor, Daniel, “La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones”, en Luis Reyna, Gustavo Arocena y David Cienfuegos, coords., *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista Editores, 2007.
- Pastor, Daniel, “Las funciones de la prisión preventiva”, en Edgardo Donna, dir., *Revista de Derecho Procesal Penal. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, I, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2006.
- Perfecto Andrés Ibáñez, “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia”, en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo 2, Madrid, Espasa, 2001, 22da., ed.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo 9, Madrid, Espasa, 2001, 22da., ed.
- Rodríguez - Magariños, Faustino, *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- Roulet, Claude, y Dora Quintero, *Lucha contra la impunidad*, Ecuador Vivencias, en <http://ecuador-vivencias.org/caso-restrepo/resumen.html> (último acceso: 19 de diciembre de 2011).
- Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, 1ed., 2re.

- Rujana Quintero, Miguel, comp., *Derecho penal contemporáneo*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2002.
- Sanguiné, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
- Urquizo Olaechea, José, “Derecho penal del enemigo”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez - Jara Díez, coords., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, Buenos Aires, Edisofer y Editorial B de F, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio R., Alejandro Alagi, y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, 2da.
- Zaffaroni, Eugenio R., *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006.
- Zalamea, Diego, “Reporte del estado de la prisión preventiva en Ecuador”, en Cristián Riego y Mauricio Duce, eds., *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Quito, CEJA - JSCA, 2009.
- Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo VI, Guayaquil, Edino, 2005.
- Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010.

## **ANEXOS**

**ANEXO 1**

**FORMULARIOS DE ENTREVISTAS**

**A. FORMULARIO DE ENTREVISTA A FISCALES**

1. Considera usted que la gravedad de la pena constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

2. La gravedad de la pena depende de si el delito es sancionado con prisión o reclusión?

Sí.... No...

Por qué?

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

3. Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva?

Sí.... No...

Por qué?

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

4. (De contestar “sí” a la pregunta anterior) ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?

Robo calificado:                    Sí.... No....

Estafa:                                Sí.... No....

Extorsión:                            Sí.... No....

Homicidio simple:                Sí.... No....

Alteración de artículos alimenticios:    Sí.... No....

Aborto voluntario:                Sí.... No....

Acoso sexual:                        Sí.... No....

Concusión:                          Sí.... No....

Otros: .....

Por qué?

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

5. Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

6. Estima usted que los antecedentes policiales, son un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

7. Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

8. Estima usted que los antecedentes policiales o penales reflejan la peligrosidad del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

9. Considera usted que la alarma social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

10. Estima usted que el riesgo de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

11. Estima usted que el riesgo de reiteración delictiva es un parámetro para requerir la prisión preventiva?

Sí... No...

Por qué?

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

12. Considera usted que el orden público constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

13. Estima usted que el restablecimiento de la vigencia de la norma constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

14. Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

**B. FORMULARIO DE ENTREVISTA A JUECES**

1. Considera usted que la gravedad de la pena constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

2. La gravedad de la pena depende de si el delito es sancionado con prisión o reclusión?

Sí.... No...

Por qué?

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

3. Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva?

Sí.... No...

Por qué?

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

4. (De contestar “sí” a la pregunta anterior) ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?

Robo calificado:                    Sí.... No....

Estafa:                                Sí.... No....

Extorsión:                          Sí.... No....

Homicidio simple:                Sí.... No....

Alteración de artículos alimenticios:    Sí.... No....

Aborto voluntario:                Sí.... No....

Acoso sexual:                      Sí.... No....

Concusión:                         Sí.... No....

Otros: .....

Por qué?

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

5. Considera usted que el arraigo social es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

6. Estima usted que los antecedentes policiales, son un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

7. Considera usted que la reincidencia es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

8. Estima usted que los antecedentes policiales o penales reflejan la peligrosidad del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

9. Considera usted que la alarma social es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

10. Estima usted que el riesgo de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí... No...

Por qué?

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

11. Estima usted que el riesgo de reiteración delictiva es un parámetro para disponer la prisión preventiva?

Sí... No...

Por qué?

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

12. Considera usted que el orden público constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

13. Estima usted que el restablecimiento de la vigencia de la norma constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

14. Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?

Sí.... No...

Por qué?

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

**ANEXO 2**  
**ENTREVISTAS**

## FISCAL 1

Fecha: 12 de septiembre de 2011

Sexo: hombre

**1. Considera usted que la gravedad de la pena constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Por la misma medida de gravedad del delito.

**2. La gravedad de la pena depende de si el delito es sancionado con prisión o reclusión?**

Sí  No...

**Por qué?**

Por lo mismo dicho anteriormente.

**3. Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva?**

Sí  No...

**Por qué?**

Por el escándalo social y la afectación que sufre el ofendido como agraviado directo, y como agraviado secundario la sociedad.

**4. (De contestar “sí” a la pregunta anterior) ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?**

**Robo calificado:** Sí  No...

**Estafa:** Sí...  No

**Extorsión:** Sí  No...

**Homicidio simple:** Sí  No...

**Alteración de artículos alimenticios:** Sí  No...

**Aborto voluntario:** Sí...  No

**Acoso sexual:** Sí...  No

**Concusión:** Sí  No...

**Otros:** tráfico de drogas.

**Por qué?**

Por lo dicho en la pregunta anterior.

**5. Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí...  No

**Por qué?**

Nada tiene que ver con la gravedad del delito, ni con la segura presencia del procesado.

**6. Estima usted que los antecedentes policiales, son un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

No obstante la existencia de la presunción de inocencia de la persona, la reiteración está demostrando igualmente reiteración de conducta reñida con el ordenamiento jurídico.

**7. Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Lo mismo dicho en la pregunta 6.

**8. Estima usted que los antecedentes policiales o penales reflejan la peligrosidad del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Lo mismo dicho en la pregunta 6.

**9. Considera usted que la alarma social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

La sociedad se siente afectada por la gravedad del delito.

**10. Estima usted que el riesgo de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí...  No

**Por qué?**

Porque más para lograr la inmediación del procesado sólo se logra con el peligro de fuga.

**11. Estima usted que el riesgo de reiteración delictiva es un parámetro para requerir la prisión preventiva?**

Sí  No...

**Por qué?**

Por la conducta delictuosa que ya lleva.

**12. Considera usted que el orden público constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí...  No

**Por qué?**

No es suficiente. Es accesorio al orden la represión del delito, pero no su fundamento.

**13. Estima usted que el restablecimiento de la vigencia de la norma constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí...  No

**Por qué?**

No es fundamento sólido jurídicamente.

**14. Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Porque en especial en nuestros centros mal llamados de rehabilitación, en vez de rehabilitar, el procesado se corrompe, y las estadísticas evidencian la reiteración en infracciones aún más graves que con las que en primera, segunda o tercera instancia ingresó a un penal.

## FISCAL 2

Fecha: 14 de septiembre de 2011

Sexo: mujer

**1. Considera usted que la gravedad de la pena constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Los delitos contra la vida, sexuales, de bandas organizadas, y trata de personas causan gran alarma social, y necesariamente, debido a la peligrosidad, es necesario en esos delitos la prisión preventiva. No puede ser ahí excepcional.

**2. La gravedad de la pena depende de si el delito es sancionado con prisión o reclusión?**

Sí  No...

**Por qué?**

Los delitos con reclusión sí merecen por el incremento de la violencia. Las normas son benignas en esos delitos, se requiere aumento. La excepcionalidad de la prisión preventiva no puede ser igual de aplicable para todos los delitos.

**3. Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva?**

Sí  No...

**Por qué?**

Porque se requiere distinción en la naturaleza del delito para restringir la libertad. Es un tema obvio.

**4. (De contestar "sí" a la pregunta anterior) ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?**

**Robo calificado:** Sí  No....  (se agrava más cuando hay muerte)

**Estafa:** Sí....  No

**Extorsión:** Sí  No....  (se agrava más con el plagio)

**Homicidio simple:** Sí  No....  (por ser contra la vida)

**Alteración de artículos alimenticios:** Sí  No....  (perjudica a todos)

**Aborto voluntario:** Sí  No....  (por la esperanza de vida)

**Acoso sexual:** Sí  No....  (ataca la libertad sexual)

**Concusión:** Sí  No....  (por la calidad de los intervinientes)

**Otros:** Trata de personas

**Por qué?**

Por lo ya indicado.

**5. Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

El arraigo social nos demuestra que la persona es útil en la sociedad. Hay tres arraigos: arraigo familiar, laboral y social. La persona debe ser reconocida socialmente con por ejemplo certificados de honorabilidad. Hay que demostrar que la persona es útil.

**6. Estima usted que los antecedentes policiales, son un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Porque no hay sentencia condenatoria. Es discriminatorio.

**7. Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Porque hay sentencia. La sociedad le ha dado oportunidad, pero no ha cambiado su conducta de vida.

**8. Estima usted que los antecedentes policiales o penales reflejan la peligrosidad del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Sólo la sentencia condenatoria refleja la peligrosidad, pero si no hay sentencia no hay sentencia no hay cómo reflejar la peligrosidad.

**9. Considera usted que la alarma social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Porque alarma = impacto en la sociedad sobre la naturaleza del delito, o la alevosía. Hay protesta de la gente, por ejemplo en Quito con el caso de la muerte de un dueño del KFC.

**10. Estima usted que el riesgo de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Sólo la posible fuga. Difícil de demostrar el entorpecimiento.

**11. Estima usted que el riesgo de reiteración delictiva es un parámetro para requerir la prisión preventiva?**

Sí... No

**Por qué?**

Que sea delincuente conocido no es parámetro para la reiteración. Difícil saber que volverá a reiterar, pero he visto que algunos fiscales sí lo usan.

**12. Considera usted que el orden público constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

No se puede fundamentar jurídicamente.

**13. Estima usted que el restablecimiento de la vigencia de la norma constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

**Sí.... No** ✓

**Por qué?**

No es necesario.

**14. Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

**Sí.... No** ✓

**Por qué?**

Aquí no hay esa política de Estado. El delincuente no es enemigo de la sociedad, sino fruto de la sociedad. No se podría aplicar, aunque el índice delictivo a subido un 70% según la televisión.

### FISCAL 3

Fecha: 14 de septiembre de 2011

Sexo: mujer

**1. Considera usted que la gravedad de la pena constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Al tener el procesado conocimiento de que puede ser impuesta una pena alta, hay más peligro de que no comparezca a juicio.

**2. La gravedad de la pena depende de si el delito es sancionado con prisión o reclusión?**

Sí  No...

**Por qué?**

En cuanto el tiempo de la pena, pero hay que considerar además agravantes y atenuantes.

**3. Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva?**

Sí  No...

**Por qué?**

Depende del bien jurídico que se lesione, por ejemplo la vida.

**4. (De contestar "sí" a la pregunta anterior) ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?**

**Robo calificado:** Sí  No...

**Estafa:** Sí...  No

**Extorsión:** Sí...  No

**Homicidio simple:** Sí  No...

**Alteración de artículos alimenticios:** Sí  No...

**Aborto voluntario:** Sí...  No

**Acoso sexual:** Sí  No...

**Concusión:** Sí  No...

**Otros:**

**Por qué?**

Causan alarma social, se afectan bienes jurídicos protegidos.

**5. Considera usted que el arraigo social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Debe tomarse en cuenta que para poder determinar que el procesado comparezca a juicio debe acreditar arraigo social, laboral, familiar.

**6. Estima usted que los antecedentes policiales, son un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Se puede determinar que el sospechoso ha hecho un modo de vida, el robo por ejemplo.

**7. Considera usted que la reincidencia es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Se verifica que constantemente se dedica a delinquir, y no comparecen a juicio.

**8. Estima usted que los antecedentes policiales o penales reflejan la peligrosidad del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Entre otras cosas, como por ejemplo la forma de cometer el delito.

**9. Considera usted que la alarma social es un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Porque afecta la tranquilidad de toda una sociedad.

**10. Estima usted que el riesgo de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí...  No

**Por qué?**

La investigación es un etapa en donde el fiscal tiene la obligación de obtener elementos de cargo y de descargo, por lo tanto el procesado tiene derecho para aportar elementos de descargo a su favor.

**11. Estima usted que el riesgo de reiteración delictiva es un parámetro para requerir la prisión preventiva?**

Sí  No...

**Por qué?**

La reiteración delictiva se puede determinar con los antecedentes policiales y judiciales.

**12. Considera usted que el orden público constituye un parámetro para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí...  No

**Por qué?**

No es trascendente.

**13. Estima usted que el restablecimiento de la vigencia de la norma constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí...  No

**Por qué?**

No es trascendente.

**14. Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para requerir la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Hay que precautelar la seguridad, tranquilidad de toda la sociedad.

## JUEZ 1

Fecha: 14 de septiembre de 2011

Sexo: hombre

**1. Considera usted que la gravedad de la pena constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Aumenta el peligro de fuga.

**2. La gravedad de la pena depende de si el delito es sancionado con prisión o reclusión?**

Sí  No...

**Por qué?**

Porque cambia la pena de acuerdo al delito.

**3. Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva?**

Sí  No...

**Por qué?**

Porque existe conmoción social a raíz de esa naturaleza.

**4. (De contestar "sí" a la pregunta anterior) ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?**

**Robo calificado:** Sí.... No

**Estafa:** Sí.... No

**Extorsión:** Sí.... No

**Homicidio simple:** Sí.... No

**Alteración de artículos alimenticios:** Sí  No....

**Aborto voluntario:** Sí.... No

**Acoso sexual:** Sí.... No

**Concusión:** Sí  No....

**Otros:** administración pública y derechos colectivos.

**Por qué?**

Por lo ya señalado.

**5. Considera usted que el arraigo social es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Demuestra que el imputado puede o no estar atado a un proceso.

**6. Estima usted que los antecedentes policiales, son un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí.... No

**Por qué?**

Es inconstitucional.

**7. Considera usted que la reincidencia es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Es inconstitucional.

**8. Estima usted que los antecedentes policiales o penales reflejan la peligrosidad del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Por la concurrencia de conductas.

**9. Considera usted que la alarma social es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Aunque el problema es establecer la alarma social. La alarma la da la prensa en la práctica. Sólo deberían dar alarma: afectación colectiva, conocimiento del caso y la naturaleza del delito.

**10. Estima usted que el riesgo de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Así lo dispone la doctrina y los tratados.

**11. Estima usted que el riesgo de reiteración delictiva es un parámetro para disponer la prisión preventiva?**

Sí... No

**Por qué?**

Se supone que la gente sale rehabilitada, y no va a delinquir otra vez.

**12. Considera usted que el orden público constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Es relativo, no contundente.

**13. Estima usted que el restablecimiento de la vigencia de la norma constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Sólo es doctrinario.

**14. Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

El Derecho Penal no trabaja para proteger a la sociedad, sino que actúa sólo contra el infractor.

## JUEZ 2

Fecha: 12 de septiembre de 2011

Sexo: hombre

**1. Considera usted que la gravedad de la pena constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

De acuerdo al nuevo marco constitucional, la prisión preventiva es excepcional. Todo es susceptible de otras medidas.

**2. La gravedad de la pena depende de si el delito es sancionado con prisión o reclusión?**

Sí... No

**Por qué?**

Lo mismo dicho anteriormente.

**3. Considera usted que la naturaleza del delito constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva?**

Sí  No...

**Por qué?**

Pero la prisión preventiva debe ser motivada. Sólo se aplica por riesgo de fuga y obstaculización de la investigación.

**4. (De contestar "sí" a la pregunta anterior) ¿Qué delitos, estima usted, son graves según su naturaleza?**

**Robo calificado:** Sí... No

**Estafa:** Sí.... No

**Extorsión:** Sí  No....

**Homicidio simple:** Sí  No....

**Alteración de artículos alimenticios:** Sí  No....

**Aborto voluntario:** Sí.... No

**Acoso sexual:** Sí.... No

**Concusión:** Sí  No....

**Otros:** trata de personas (menores).

**Por qué?**

Por los elementos que giran alrededor de esos delitos.

**5. Considera usted que el arraigo social es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Hay discriminación.

**6. Estima usted que los antecedentes policiales, son un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Sólo dan a conocer el tipo de conducta, pero no su base. Hay discriminación.

**7. Considera usted que la reincidencia es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Porque está normado.

**8. Estima usted que los antecedentes policiales o penales reflejan la peligrosidad del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Se requiere análisis social.

**9. Considera usted que la alarma social es un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Es mal entendido.

**10. Estima usted que el riesgo de entorpecimiento, obstaculización o alteración de la investigación constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí  No...

**Por qué?**

Pero depende del caso y del delito, por ejemplo: narcotráfico, violación, atentado al pudor.

**11. Estima usted que el riesgo de reiteración delictiva es un parámetro para disponer la prisión preventiva?**

Sí... No

**Por qué?**

Eso es un campo social. Falla la rehabilitación, pero no es un tema que deba preocupar al juez.

**12. Considera usted que el orden público constituye un parámetro para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Habría sobrepoblación carcelaria.

**13. Estima usted que el restablecimiento de la vigencia de la norma constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Debemos aprender a vivir por principios. Hay que fomentar valores. El restablecimiento no es un tema de fondo.

**14. Considera usted que la protección de la sociedad constituye un criterio para disponer la prisión preventiva del procesado?**

Sí... No

**Por qué?**

Es un tema inquisitivo, dispositivo.

**ANEXO 3**

**ACTAS DE CALIFICACIÓN DE FLAGRANCIA**

(Véase esta tesis en documento físico)

**ANEXO 4**

**ANEXO METODOLÓGICO**

Una perspectiva sobre las limitaciones que se han presentado durante la elaboración de la presente tesis ya la desarrollamos en la introducción, tal cual indica el manual que la UASB establece para el efecto. No obstante, ampliaremos el panorama a fin de que el lector tenga mayor detalle sobre los inconvenientes que podría tener en la recolección de la información.

Partamos por la recolección de actas de calificación de flagrancia. Al respecto, se habló con un primer fiscal para que, y bajo la vigilancia de uno de sus subordinados, se nos permita revisar y sacar copias de las referidas actas, pues los procesos son públicos. Empero, se nos puso como trabas que el personal bajo su dirección estaba ya con demasiadas ocupaciones, y que si se requería una presencia constante del investigador en la Fiscalía, se debía pedir permiso al Ministro Fiscal de Pichincha, y solicitarle además que designe una persona para que vigile que las actas sean devueltas en el mismo estado en el cual se las recibe. Con lo indicado, acudimos a la oficina del Ministro, mas no se pudo siquiera hablar con él, pues se nos manifestó que también tenía demasiadas ocupaciones, había que presentar un oficio con auspicio incluso de la universidad y esperar a que se nos conteste con una fecha y hora para la correspondiente cita.

La demora en el trámite, ya que no se nos pudo indicar siquiera qué tiempo deberíamos esperar para tener aquella cita, nos condujo a hablar con otro fiscal, quien aceptó que podamos revisar las actas, siempre y cuando sea en presencia de una persona que él designaría, y siempre y cuando él no estuviese revisando el caso. Aparentemente sencillo, pero ocurre que la persona designada era multifuncional, a veces recibía versiones, a veces estaba dejando oficios, a veces acompañaba a algunas diligencias, en fin, había que coordinar el horario en que podría

estar en su escritorio. A esto, se suma las labores diarias del investigador, pues no es becado y no puede dejar de trabajar para solventar sus estudios.

Pese a lograr obtener permisos en el trabajo, y coordinar con la persona designada el día y la hora para la revisión de actas, había ocasiones en que sin aviso se nos hacía acudir y la persona designada no se encontraba, debiéndose coordinar nuevamente los días, y debiéndose requerir más permisos en el trabajo propio. Con todo, al tiempo de revisarse las actas, sólo se las podía revisar de una en una, y únicamente obtenida la correspondiente copia y devuelta la acta original en las mismas condiciones en que se nos entregó, se nos facilitaba la siguiente acta, obviamente siempre y cuando la persona designaba todavía estuviese en su escritorio, caso contrario había que esperar que regrese, sin saber a ciencia cierta el tiempo que se demoraría, podía ser media hora, una hora, o más.

A los problemas de coordinación de tiempo se sumó otro más, y este sí ya fue de mayor peso. Nos encontrábamos un mes y medio acudiendo frecuentemente a la Fiscalía, hasta que parece que colmamos la paciencia de un alto funcionario, quien nos manifestó que ya se nos había colaborado bastante con la revisión de actas, pero que la persona designada no podía continuar invirtiendo tiempo pagado por el Estado a la vigilancia únicamente de aquellas, pues tenía trabajo pendiente. Presentándose así las cosas, dando las gracias, tuvimos que retirarnos, llegándose a recolectar las actas de al menos cuatro meses.

En cuanto a las entrevistas de los fiscales estaba previsto contactar a cinco funcionarios. A efecto, se debió primero acudir algunos días a la Fiscalía, con el propósito de encontrarlos en sus oficinas, y así poder hablar personalmente con ellos, a fin de fijar un nuevo día y hora para realizar las entrevistas. Al

inicio, salvo un fiscal, manifestaron que estaban muy ocupados, y que era muy difícil conceder entrevistas, pero ante nuestra insistencia terminaron por aceptar. Empero, un fiscal definitivamente no cedió a su negación, indicando como excusas su falta de tiempo y una orden superior de prohibición de entrevistas; en tanto, otro fiscal, que supuestamente sí acepto darnos la entrevista, pese a acudir por cinco veces a su despacho, nunca cumplió con la cita establecida. Al final, logramos obtener tres entrevistas, mas los funcionarios no se dejaron grabar, pues caso contrario nos indicaron que no nos concederían las entrevistas.

En lo referente a las entrevistas de los jueces, se cumplió con lo planificado. Para lo cual, acudimos tres días a la sala de audiencias de calificación de flagrancia, en donde, durante el intervalo de algunas de ellas, pudimos contactar a dos jueces, quienes aceptaron concedernos las entrevistas siempre y cuando tengan un intervalo más o menos largo entre sus audiencias, caso contrario no nos podrían concederlas. Después de dos horas de espera, en el caso del primer juez, y de tres horas en el caso del segundo juez, se logró el objetivo, mas tampoco se dejaron grabar, indicando que no querían que la identificación de sus criterios se hagan públicos.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la recopilación de estadísticas, gracias al apoyo de una colega, se logró acceder una revista de estadísticas criminológicas que circula entre algunos funcionarios de la Fiscalía. Con el fin de ampliar la recopilación de datos, y pese a no corresponder a las intenciones y delimitaciones de la presente tesis, se pretendió recabar información también sobre las actividades laborales y recreativas que realizan los presos preventivos, a la falta o no de implementos de aseo para satisfacer sus necesidades, a la falta

o no de médicos y equipamiento farmacéutico, a su posible traslado o “integración” con personas condenadas, y a la limpieza de sus celdas.

Para esto, nos trasladamos al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, pero no se nos facilitó información al respecto, y más bien se nos envió a la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Una vez en la Dirección, se nos indicó que los datos requeridos se encuentran en proceso de levantamiento, y por el momento sólo se manejan interinstitucionalmente, así que mientras no se culminen y oficialicen, no se puede dar esa información al público (no se nos dio una fecha de culminación y oficialización). En consecuencia, tuvimos que apoyarnos en información proporcionada por otras fuentes, como investigaciones realizadas por diarios como El Comercio, así como también por investigaciones realizadas por organizaciones afines a los derechos humanos, caso de la CEDHU.