

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMÓN BOLÍVAR”

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO,

**PROGRAMA DE MAESTRÍA, MENCIÓN
CONSTITUCIONAL**

“LA LIBERTAD Y LA PRISIÓN PREVENTIVA”

LUIS ALBERTO FERNÁNDEZ PIEDRA

2004

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 de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

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

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

Luis Alberto Fernández Piedra

Quito, Marzo del 2004

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMÓN BOLÍVAR”

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO,

PROGRAMA DE MAESTRÍA, MENCIÓN

CONSTITUCIONAL

“LA LIBERTAD Y LA PRISIÓN PREVENTIVA”

LUIS ALBERTO FERNÁNDEZ PIEDRA

2004

TUTOR: DR. ERNESTO ALBÁN GÓMEZ

QUITO - ECUADOR

RESUMEN DE LA TESIS: En la presente Tesis se ha realizado un estudio de las instituciones jurídicas de la detención y la prisión preventiva y su aplicación y vigencia en el Sistema Acusatorio. Se ha plasmado un análisis histórico de su desarrollo, detectándose en la práctica un irrespeto y abuso de estas instituciones, consecuentemente a las normas del debido proceso y a las establecidas en la Constitución, en la Ley y en los Tratados, Pactos Internacionales y Declaraciones, celebrados y ratificados por nuestro País. Señalándose asimismo, que se pueden solucionar estas fisuras del sistema y con ello, no se menoscabe el prestigio del país, su seguridad jurídica; y, de esta manera, se revitalice la garantía de la aplicación plena de los derechos humanos de las personas. Se ha analizando también la nueva institución de la detención en firme, así como la sustitución de la prisión preventiva, obteniendo conclusiones de menoscabo en la aplicación y respeto de los derechos humanos, en especial de la Policía Judicial, inaplicando los preceptos legales y constitucionales como norma jurídica de la más alta jerarquía, y del sistema procesal en general. En conclusión, estimamos que si se realizan correctivos institucionales y procesales, con una nueva visión y cambio de pensamiento y actitud, lo que previamente involucra un profundo conocimiento y capacitación eficiente del derecho penal de: jueces, fiscales, abogados en libre ejercicio, y en especial de la policía judicial que en su esencia debe ser revisada y finiquitar con su sistema de militarización policial y ésta sea técnica y científica, con personas capacitadas en la materia a su mando; y, la decisión política de quienes se encuentran al frente del gobierno y de las instituciones involucradas en la Administración de Justicia, se podrá llegar a efectivizar el respeto de los derechos humanos de las personas, como el más alto fin de la sociedad y del Estado, conforme lo establece en el Art.16 de la Constitución Política.

DEDICATORIA:

Con especial cariño y amor; y, con profundo respeto dedico este esfuerzo a mis pequeños y queridos hijos: Luis Alberto y Ariel Andrés.

Luis Alberto Fernández Piedra.

AGRADECIMIENTO

Consigno mi especial agradecimiento a la Universidad Andina “Simón Bolívar”, Sede Ecuador, al señor Dr. Julio César Trujillo, Director del Programa, al señor Director de Tesis, Doctor Ernesto Albán Gómez, a mis maestros y compañeros que han contribuido en mi formación académica y profesional. A la FENAJE y al Consejo Nacional de la Judicatura que me otorgó el permiso respectivo para seguir y concluir exitosamente con esta Maestría. En fin a todos quienes colaboraron desinteresadamente en la presente Tesis.

Luis Alberto Fernández Piedra

ESQUEMA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I:

LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

CAPÍTULO II:

LA PRISIÓN PREVENTIVA.

CAPÍTULO III:

LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

CAPÍTULO IV:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

INTRODUCCIÓN: La institución jurídica de la prisión preventiva es un tema delicado, ya que se trata de la privación de la libertad de las personas, que se justifica cuando, en un proceso legal se prueba la responsabilidad o su inocencia, garantizándose el respeto irrestricto y la observancia de los derechos humanos y constitucionales. Esta investigación estuvo encaminada a establecer si existen deficiencias en la aplicación de esta medida cautelar, tomando en cuenta que los derechos fundamentales del ser humano son en primer lugar la vida y segundo la libertad, por lo que las detenciones ilegales causan perjuicios morales, psicológicos y económicos graves a las personas. En el Ecuador se ha detectado que no se cumple en buena parte con el respeto de estos derechos fundamentales, en la aplicación de las medidas cautelares personales y en algunas ocasiones se ha mantenido encarcelados a infractores sin cumplir con el procedimiento establecido. El Art. 24 numeral 6 de la Constitución Política del Estado prescribe “Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita del juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá detenerse sin formula de juicio, por más de veinte y cuatro horas”, existiendo casos en los cuales no se cumplen con estas formalidades legales, ya que han sido privados de la libertad con orden de detención, pero transcurrido las veinte y cuatro horas que prescribe la norma suprema no son puestos en libertad sin que tampoco exista formula de juicio en su contra, por lo tanto ya no existe orden de juez competente para que permanezcan ilegalmente detenidos, incumpliendo con el mandato de las normas constitucionales que disponen que cumplido el tiempo señalado y de no existir mérito para procesarlos obtengan de inmediato la libertad, o de cumplir con los requisitos y presupuestos necesarios se ordene la prisión preventiva en la instrucción respectiva. Para la

aplicación de estas medidas cautelares, debe existir: a) Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; b) Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito, y, c) Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año. La falta de estos requisitos hace imposible la prisión preventiva, señalándose que es una medida de excepción, la misma que en la actualidad tiene un tiempo determinado de duración, y en los delitos sancionados con prisión no podrán exceder de seis meses y de delitos sancionados con reclusión exceder más de un año. Y si no han sido sentenciados por la autoridad competente, procede su libertad inmediata, esto ha servido, hasta antes de la reforma del 13 de enero del 2003 en que se dictó la detención en firme, para que delincuentes peligrosos se beneficien de esta norma constitucional. Señalándose también que estos plazos no son respetados y no se cumple, existiendo casos que aun de haber cumplido estos plazos los imputados y reunir los requisitos de procedencia, no son liberados. Frente a la ilegalidad de la aplicación de la prisión preventiva existen remedios y recursos aplicables para suspender su acción como es la revocatoria, la apelación, ofrecer caución cuando se trate de delitos sancionados con prisión, ya que en los delitos sancionados con reclusión no es aplicable la caución por la gravedad misma de la infracción cometida; así como también puede proceder la sustitución de la prisión preventiva de conformidad con lo prescrito por la ley. Por todo esto reiteramos, que en primer lugar haya la decisión política de invertir y proporcionar los recursos necesarios a las instituciones involucradas en la administración de justicia, y en segundo lugar la capacitación técnica y jurídica de jueces, fiscales, abogados en libre ejercicio y policía judicial, con lo cual cambiará la forma de la aplicación de justicia y del sistema mismo,

con estricta observancia de las normas legales y constitucionales que informan al sistema procesal penal ecuatoriano.

CAPÍTULO I:

1.- LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD:

LA APREHENSIÓN, LA DETENCIÓN, LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA DETENCIÓN EN FIRME.

1.1.- LA APREHENSIÓN: La Enciclopedia Jurídica OMEBA, manifiesta:

¹“De origen latino, este vocablo expresa la idea básica de coger o asir alguna persona o alguna cosa, para retenerla. (Del latín apprehensio, der, del verbo apprehendere, de ad, a y apprehendere, asir, tomar). En el lenguaje jurídico, tiene diversa aplicación en situaciones distintas, pero que tienen relación directa con la idea básica señalada.../...En el lenguaje del Derecho procesal se emplea la expresión con relación a la detención de las personas. Consiste en el acto de detener o apresar a un delincuente o sospechado de delito criminal”.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, señala: ²“Acción o efecto de aprehender. Detención o captura del acusado o perseguido.../...2. En Derecho Penal. La aprehensión ilícita de los bienes ajenos configura los delitos de hurto o robo, en grados que van desde la tentativa a la consumación, pasando por la frustración. Todo ello de acuerdo con las fases del apoderamiento y las actitudes de los legisladores.../...4. En Derecho Procesal Penal. La

¹ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Argentina, Driskill S.A. 1990. Tomo I, Pág. 742 y 743.

² Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición, Editorial Heliasta S.R.L., 1989. Tomo I, Pág. 341.

aprehensión de personas corresponde en unos supuestos a las atribuciones de las autoridades e incluso de los particulares, en caso de delito flagrante”.

La Constitución Política de la República, al hablar del debido proceso, en el Art. 24, numeral 6 manifiesta: “Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado”.

El Código de Procedimiento Penal, al referirse a la aprehensión manifiesta: “Art. 161.- Detención por delito flagrante.- Los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional pueden aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante de acción pública o inmediatamente después de su comisión; y la pondrá a órdenes del juez competente dentro de las veinticuatro horas posteriores. En caso de delito flagrante, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión, pero debe entregar inmediatamente al aprehendido a la policía y ésta, a su vez, al juez competente. Art. 162.- Delito flagrante.- Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se le descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. Art. 163.- Agentes de la aprehensión.- Nadie podrá ser aprehendido sino por los agentes a quienes la ley impone el deber de hacerlo, salvo el caso de delito flagrante, de conformidad con las disposiciones de este Código. Sin embargo y además del caso de delito flagrante, cualquier persona puede aprehender: 1.- Al que se fugue del establecimiento de Rehabilitación Social en que se hallare cumpliendo su condena o

detenido con auto de detención o con auto de prisión preventiva; y, 2.- Al imputado o acusado, en contra de quien se hubiere dictado orden de prisión preventiva, o al condenado que estuviere prófugo. Si el aprehensor fuere una persona particular, pondrá inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente de la Policía Judicial o de la Policía Nacional”.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, señala: ³“...Llevada ante el juez la persona que fue sorprendida en el momento de cometer el delito, basta la exposición de quien lo aprehendió, o el parte policial, para que sirva de suficiente fundamento para iniciar el proceso penal, sin que sea necesaria la presentación de la denuncia por parte del aprehensor que no fuera agente de la autoridad.../...Si el juez estima que el delito cometido por la persona aprehendida no es un delito pesquisable de oficio o, en su defecto, el delito es de aquellos cuya pena puede ser de ejecución condicional, o no llega a su máximo a un año, entonces ordenará la inmediata libertad del autor del hecho.../...la privación de la libertad sin orden, por “cualquier persona” es una privación provisional, momentánea, que así como puede ser confirmada por el juez, puede ser inmediatamente revocada por el mismo”.

El Dr. Walter Guerrero Vivanco, manifiesta: ⁴“De acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Policía Nacional, una de las funciones esenciales de la Policía es la aprehensión y la vigilancia de los infractores o presuntos infractores. Y más concretamente, el cuerpo de leyes mentado últimamente, expresa que la Dirección Nacional de Investigaciones es el organismo que tiene como finalidad fundamental la prevención e investigación de las infracciones comunes, incluyendo la recuperación de bienes robados o hurtados; así como la prevención e investigación del tráfico ilícito de

³ Zavala Baquerizo, Jorge, El Proceso Penal, Tomo III, Tercera Edición, Edino, 1990, Pág. 188 y 189.

⁴ Guerrero Vivanco, Walter, Derecho Procesal Penal, Tomo II, La Acción Penal, Tercera Edición, Puduleco Editores S.A. Quito, 1996. Pág. 323 y 324.

estupefacientes, drogas psicotrópicas, con la aclaración de que estas actividades las realizará conforme lo determinen las leyes especiales y los convenios internacionales. Por lo tanto, la Policía se encuentra facultada, en primer término, para aprehender a los infractores o presuntos infractores, es decir, para coger, para asir, para prender físicamente a la persona sospechosa de haber cometido un ilícito. Decimos que el empleo del término aprehensión es el correcto, porque nos interesa diferenciarlo del vocablo detención, que debemos reservarlo para los casos en los cuales la medida cautelar proviene de una autoridad jurisdiccional. Además, la idea de la sujeción material momentánea que nos da el término aprehensión, se distingue del arresto, que, aunque en forma impropia, se utiliza también, según el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas (T.I. pág. 221), como sinónimo de pena correccional, especialmente en la milicia o en los medios policiales. Por lo mismo, la policía se encuentra facultada para aprehender al infractor o al presunto infractor, con el único y exclusivo objeto de ponerlo a órdenes de la autoridad jurisdiccional competente, la única que puede legalizar la permanencia, dentro de un lapso determinado, de ese estado de aprehensión momentánea de presuntos infractores”.

En definitiva en nuestra legislación, debemos señalar, que para que proceda la aprehensión de una persona deben existir esencialmente dos condiciones: 1.- Que sea sorprendida en delito flagrante de acción pública; y, 2.- Que sea aprehendido inmediatamente después de la comisión del hecho si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. Teniendo la obligación de quien aprehende a una persona, de entregarla inmediatamente a la policía judicial y ésta al Juez respectivo.

En nuestra práctica diaria como Juez de lo Penal de Pichincha, expresaremos que desde que entró en vigencia el sistema acusatorio, observamos que si bien al principio no se cumplía con los requisitos previstos para la aprehensión, ya que solo se lo podría realizar en delitos flagrantes, se aprehendía a las personas después de tres, seis meses y hasta un año y se hacía constar en los partes policiales que eran aprehendidos en delito flagrante, al momento hay un significativo cambio de actitud en los agentes y miembros de la policía judicial, ya no se dan esos casos y hemos notado mayor respeto a esta institución jurídica.

1.2.- LA DETENCIÓN: La Enciclopedia Jurídica OMEBA, manifiesta: ⁵“La detención, considerada en sí misma, consiste en la privación de la libertad de una persona para ponerla a disposición de un juez o autoridad competente. Técnicamente es una medida transitoria que restringe la libertad de una persona, hasta tanto una resolución judicial o de la autoridad que determinó la detención, definan la situación jurídica causa de la misma. Cabe también decir, que la privación de la libertad, con el carácter de detención, puede ser determinada por una situación meramente inquisitiva, o por otra inquisitiva-preventiva. En cualquiera de los dos casos, la detención resultará un medio de instrucción legitimado por el propósito de que la verdad se averigüe, no se burle la justicia y la ley penal se cumpla. La inquisitiva-preventiva es la única que puede provocar esa situación legal que nuestro Código denomina prisión preventiva, pues la otra, la meramente inquisitiva, tiene la especialidad de cesar acto continuo de haberse llenado el objeto que la motivaba: la indagación. Las razones expuestas conducen a la

⁵ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VIII, Pag. 749, 750 y 751.

siguiente conclusión: la detención nunca puede consistir en la privación de la libertad como pena”.

Cabanellas, manifiesta: ⁶“1. Concepto procesal. La detención significa la privación judicial, gubernativa o disciplinaria, de la libertad personal, como medio de contribuir a la investigación de un delito o como sanción discrecional de una falta o contravención. Cuando existe delito o apariencia justificada del mismo, la ley autoriza la detención o privación de libertad de una persona, llevada a cabo por la autoridad pública, por uno de sus agentes e incluso por un particular, esto en caso de flagrante delito. La detención significa tanto la sujeción material, el echarle mano a una persona, como la permanencia de ésta en un lugar hasta que la autoridad gubernativa o judicial resuelva su libertad o procesamiento. En cuanto a la detención practicada por particulares, ha de agregarse que, aun estando justificada por la ley, no puede prolongarse; y, por lo tanto, hay que entregar sin dilación el detenido a la autoridad o informar a ésta de la detención efectuada. Con respecto a la detención realizada por la autoridad, para la cual constituye siempre un deber en caso de delito, incluso cuando signifique riesgo de su vida, debe decirse que se convierte en arbitraria, y en consecuencia ilegal, cuando el detenido no es puesto, dentro del término legal, a disposición de la autoridad competente. Además, si la detención es absolutamente improcedente, constituye el delito de detención ilegal.../...La detención es por esencia, en el proceso penal, interina; ya que procede, desvanecida la sospecha, la libertad; o, al contrario, por confirmarse los indicios acusatorios, se transforma en procesamiento, e incluso en prisión preventiva si la gravedad del delito y los antecedentes del procesado lo determinan así”.

⁶ Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Págs. 222 y 223.

La Constitución Política del Estado, en el Art. 24 numeral 4, nos indica que toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer: 1.- En forma clara las razones de su detención; 2.- La identidad de la autoridad que la ordenó; 3.- La de los agentes que la llevan a cabo; y, 4.- Los responsables del respectivo interrogatorio.

El Código de Procedimiento Penal, señala: “Art. 164.- Detención.- Con el objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el juez competente podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad. Esta detención se ordenará mediante boleta que contendrá los siguientes requisitos: **1.** Los motivos de la detención; **2.** El lugar y la fecha en que se la expide; y, **3.** La firma del juez competente. Para el cumplimiento de la orden de detención se entregará dicha boleta a un agente de la Policía Judicial.- El Art. 165, señala el Límite de duración de la detención, manifestando que: La detención de que trata el artículo anterior no podrá exceder de veinticuatro horas. Dentro de este lapso, de encontrarse que el detenido no ha intervenido en el delito que se investiga, inmediatamente se lo pondrá en libertad. En caso contrario, de haber mérito para ello, se dictará auto de instrucción fiscal y de prisión preventiva si fuere procedente.- Y, en Art. 166 determina: Comunicación.- Toda persona al ser detenida tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente”.

En nuestra práctica al frente del Juzgado Tercero de lo Penal de Pichincha, observamos que se nos requiere por parte de los fiscales que investigan diferentes delitos, las detenciones de personas sospechosas, la misma que si está bien fundamentada se la concede de conformidad con la ley; asimismo en éstos turnos, remiten las autoridades policiales de Migración, Antinarcoáticos y Policía Judicial, los respectivos partes de aprehensión, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 209, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que se confirme la detención o se la revoque.

Estimo que actualmente en que nos encontramos realizando los Juzgados Penales, los turnos rotativos, se ha subsanado una serie de hechos y arbitrariedades que se daban, especialmente con el doble sorteo de causas, duplicidad de partes y peticiones de detención, etc., ya que es de recordar que ingresaban al sorteo tanto las diligencias previas como las instrucciones fiscales, lo que ocasionaba el caos en la competencia de los jueces, e inclusive salas de la Corte Superior de Justicia declararon la nulidad de algunos procesos. Por lo que considero acertada la decisión del Consejo de la Judicatura de implementar estos turnos, lo cual ha permitido actuar a los Jueces Penales, con agilidad y prontitud en el despacho de estas diligencias, lo que conlleva al respeto de los derechos de las personas establecidos en la constitución y en la ley.

Pero asimismo hay que señalar que si bien llegan los partes policiales informativos de las aprehensiones y de las solicitudes de diligencias urgentes y previas, algunos peligrosos delincuentes salen libres, por cuanto como se ha dicho, la policía judicial, antinarcoáticos, de migración remiten los partes para que se confirme o se revoque la detención, estimo que ciertos Juzgadores obran con mucha ligereza y ponen en inmediata libertad a peligrosos delincuentes, y posteriormente cuando ya presentan

los señores Fiscales la respectiva instrucción fiscal, se observa que ya no se encuentran detenidos, inclusive algunos miembros de bandas de roba carros, asaltantes, violadores y más, que son recapturados cometiendo otros delitos de la misma naturaleza o peores. También a esto se suma que la policía judicial remite copias completamente ilegibles de los partes, sin suficiente información y sin los antecedentes personales de los aprehendidos o detenidos.

Con esto no quiero decir que estoy en contra de la libertad de las personas, pero si la detención por 24 horas prevista en la Constitución y en la ley, sirve para investigar el delito y no quede burlada la justicia, estimo que debemos actuar con prudencia y mesura, a fin de que la sociedad se sienta protegida con el actuar de la justicia, naturalmente con la observancia y respeto a los derechos fundamentales de las personas. Pero si considero incomprensible, por decir lo menos, que cuando llegue a manos de un juez de turno un parte policial con la narración e indicación del delito cometido y ha sido capturado en forma in fraganti, sea puesto en inmediata libertad.

Además, también hay que indicar que los plazos para la detención no se cumplen, tampoco para la presentación de la instrucción, y eso se debe, primero al exceso de trabajo que tienen tanto la policía como los fiscales; segundo, por los plazos reducidos que se tiene de 24 horas; y, tercero por la insuficiencia de personal de éstas instituciones, que tienen que laborar con los escasos recursos materiales y humanos con los que cuentan. Por lo que de hecho convendría la atención preferente y permanente del Estado en la concesión de recursos y la respectiva capacitación.

1.3.- LA PRISIÓN PREVENTIVA: Este tema enunciado lo trataremos con toda profundidad en el capítulo III, de la presente Tesis, en el que hablaremos y nos referiremos exclusivamente a la prisión preventiva.

1.4.- LA DETENCIÓN EN FIRME: El Código de Procedimiento Penal al tratar sobre las medidas cautelares por regla general las fundamenta en la necesidad de asegurar: a) La inmediación del imputado o acusado con el proceso; y, b) El pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, las penas pecuniarias, las costas procesales. El actual Código al igual que el anterior mantiene la clasificación en medidas cautelares personales y reales, lo nuevo es que se presenta la obligación de aplicar las medidas cautelares en forma restrictiva a favor del imputado o del acusado, así como también se traslada el principio de Legalidad a la aplicación de medidas cautelares prohibiéndose la imposición de las que no estén previstas en el Código; y, debiendo imponérselas una vez cumplidos los requisitos de Ley.

El Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, al hablar de las clases de medidas cautelares, señala: “Las medidas cautelares de carácter personal son la detención y la prisión preventiva. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo”.

De conformidad con la Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal del 13 de enero del 2003, LA DETENCIÓN EN FIRME se dispondrá en todos los casos en que se dicte auto de llamamiento a juicio, de conformidad con el Art. 232 de este Código y sólo podrá ser revocada mediante sentencia absolutoria y suspendida en los delitos sancionados con prisión. Al observarse el articulado tenemos que las medidas cautelares personales son: a) La aprehensión; b) La detención; c) La prisión preventiva; y, d) La detención en firme. Se señala que al menos son cuatro las medidas cautelares, ya que puede calificarse como tal a la aprehensión que puede ordenar el Tribunal Penal contra el acusado que no comparece a la audiencia.

Como vemos a partir de la reforma al Código Procesal Penal se incluye ésta nueva medida que es una figura jurídica innovada en nuestro país que sirve exclusivamente para evitar la caducidad de la prisión preventiva que se hubiere dictado dentro de un juicio penal, por lo que a fin de contar con la presencia del acusado en la etapa del juicio y evitar la suspensión, en el auto de llamamiento a juicio, el Juez que conoce la causa debe obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado, con excepción de: 1.- Para quien haya sido calificado como presunto encubridor; y, 2.- Para quienes estén siendo juzgados por una infracción cuya pena no exceda de un año de prisión. Si el acusado tuviera en su contra orden de prisión preventiva, al dictarse el auto de llamamiento a juicio se le cambiará por la detención en firme”. Además si se interpusiere recurso de apelación del auto de llamamiento a juicio, la orden de detención en firme no será suspendida.

De modo que quien es llamado a la etapa del juicio, se le ordena la detención en firme, medida cautelar de diferente nombre a las que establece la Constitución Política del Estado, a fin de evitar que los imputados salgan en libertad una vez transcurridos los seis meses o el año según se trate de delitos penados con prisión o reclusión respectivamente, y pese a no tener sentencia dentro de estos plazos continúen detenidos.

Para una mejor comprensión de lo que significa esta nueva institución jurídica de la DETENCIÓN EN FIRME, transcribo sucintamente lo manifestado por el señor ex Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia a este respecto; asimismo, lo esencial de la Resolución del Pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia respecto a la irretroactividad de la aplicación de la detención en firme; y, finalmente lo medular del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, respecto a la constitucionalidad de la vigencia y aplicación de la detención en firme, con lo cual tendremos un cabal

conocimiento y el significado exacto de este figura jurídica nueva denominada detención en firme.

El señor Dr. Armando Bermeo Castillo, en su calidad de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en su Conferencia “La detención en firme y la detención preventiva frente a la misión policial”, señala .../... La prisión preventiva y la detención en firme: La prisión preventiva y la detención en firme, van de la mano en cuanto nos referimos a medidas cautelares de tipo personal, porque son una limitación al derecho a la libertad deambulatorio de la persona, procediendo en el caso de la primera, cuando existan indicios del cometimiento de un delito de acción penal pública e indicios de la participación del imputado como autor o cómplice, excluyendo en consecuencia al encubridor, y que la pena para ese delito sea superior a un año. Al tratarse de la detención en firme, el juez debe dictar cuando considere que existen presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre a participación del imputado como autor o cómplice, por lo tanto no procede contra el que se le suponga o presuma encubridor del hecho, e igualmente cuando se trate de un delito cuya pena no exceda de un año. Evidentemente, la Policía Nacional, sus agentes deben proceder a la detención de aquella persona contra la cual se ha dictado auto de prisión preventiva o detención en firme, por mandato del Código de Procedimiento Penal. La detención en firme es una innovación del legislador ecuatoriano, y que nace frente a la realidad de la prisión preventiva y la caducidad de esa medida, por mandato constitucional del Art. 24 No. 8. En la exposición de motivos de la Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal, y a la que nos hemos referido en líneas que preceden, el legislador ha dicho, "Que la caducidad de medidas cautelares de orden personal, hacen indispensables la introducción de reformas a la legislación nacional en las disposiciones de carácter

procesal penal y judicial; a través de la implementación de la figura jurídica de la "detención en firme", medidas cautelares de apremio real; y, elevación en consulta al órgano judicial superior, que soslaye la evasión del infractor". De lo anotado se observa que el espíritu de la reforma es evitar que la pretensión punitiva del estado sea burlada por los infractores de la ley penal, y para ello, incluso el legislador ha establecido sanciones para jueces y fiscales que por negligencia o dilatación en la resolución de las causas, ocasionan la caducidad de las medidas cautelares de apremio personal. Efectivamente se ha reformado la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura y la Ley Orgánica del Ministerio Público, en donde se determinan responsabilidades civiles, administrativas y penales para jueces, fiscales y tribunales, en los casos de caducidad de la prisión preventiva. Frente a la reforma, podemos advertir la necesidad de la misma, pero no es menos cierto, que no toda la responsabilidad está hoy en día en el operador de la justicia penal, puesto que existen muchas actuaciones que llevan a la caducidad de la prisión preventiva, y que son ocasionadas por los abogados y los litigantes. Por ejemplo, se ha evidenciado que en la ciudad de Guayaquil, muchos sindicados o imputados, incluso atentaban contra su vida en el momento de la audiencia o se escondían para no ser llevados a los tribunales para la audiencia pública, con el fin de beneficiarse de la norma constitucional. Finalmente, estimo y me ratifico en el sentido que la prisión preventiva y la detención en firme, deben ser medidas excepcionales frente al derecho a la libertad, pero necesarias para poder cumplir con la sociedad frente a la peligrosidad que entraña la delincuencia organizada".

La Corte Suprema de Justicia, al referirse a la vigencia y aplicación irretroactiva de la DETENCIÓN EN FIRME, en el Registro Oficial No. 255 de Viernes 23 de Enero del 2004, RESUELVE: "En los procesos penales iniciados antes del 13 de enero

del 2003 no procede dictar la orden de detención en firme a que se refieren los Arts. 10, 16, 28 y 34 de la Ley 2003-101 reformativa del Código de Procedimiento Penal, promulgada en el Registro Oficial No. 743 de 13 de enero del 2003. Por consiguiente en esos procesos el Juez o Tribunal que se encuentre conociendo la causa, debe dejar sin efecto - por ineficaz - la orden de detención en firme que se hubiere dictado, inclusive las contenidas en autos de llamamiento a juicio, y, en su lugar ordenar o confirmar la prisión preventiva, así como dejarla sin efecto cuando corresponda, por haber transcurrido los plazos previstos en el numeral 8 del Art. 24 de la Constitución Política de la República.- La presente resolución tendrá obligatoriedad general mientras la ley no disponga lo contrario y regirá desde su publicación en el Registro Oficial”.

El Tribunal Constitucional, al respecto de la DETENCIÓN EN FIRME, se ha pronunciado desechando la inconstitucionalidad de esta figura jurídica, dentro del caso No. 002-2003-DI, la misma que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 230 de jueves 11 de diciembre del 2003, manifestando: “En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, RESUELVE: 1.- Desechar la inconstitucionalidad del artículo 173-A del Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Nro. 743 de 13 de enero de 2003. 2.- Con la ejecutoria de esta declaratoria, publíquese en el Registro Oficial para su vigencia.- Notifíquese”.

De todo lo transcrito, tanto de lo expresado por el señor Dr. Armando Bermeo Castillo, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia; de lo resuelto por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; y, de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, tenemos las siguientes conclusiones: 1.- Que la nueva figura de la DETENCIÓN EN FIRME, es de plena aplicación y vigencia, siendo una institución jurídica que han desechado su inconstitucionalidad, la misma que fue implementada por las reformas introducidas al

Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Registro Oficial No. 743 del lunes 13 de enero del 2003; y consecuentemente, ya no puede ningún Juez o Tribunal declararla inaplicable, pues estaría actuando en contra de la ley y prevaricando, por cuanto existe sobre este tema el pronunciamiento del pleno del más alto tribunal de justicia constitucional, mediante resolución No. 002-2003-DI, de fecha, martes dieciocho de noviembre del dos mil tres, la misma que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 230 de fecha jueves 11 de diciembre del 2003; y, 2.- Que la DETENCIÓN EN FIRME, es irretroactiva, siendo aplicable desde el 13 de enero del 2003, fecha en que entró en vigencia, pues así lo ha resuelto el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución publicada en el Registro Oficial No. 258 del viernes 23 de enero del 2004, en la que inclusive se manifiesta que el Juez o Tribunal este conociendo estos procesos, deben dejar sin efecto - por ineficaz - la orden de detención en firme que se hubiere dictado, inclusive las contenidas en los autos de llamamiento a juicio, y en su lugar ordenar o confirmar la prisión preventiva, así como dejarla sin efecto, cuando corresponda, por haber transcurrido los plazos previstos en el numeral 8 de Art. 24 de la Constitución Política de la República. Resolución que tiene obligatoriedad general mientras la ley no disponga lo contrario, rigiendo esto desde la referida fecha de su publicación.

Consigno mi opinión sobre esta figura jurídica de la detención en firme, señalando ⁷que es una figura jurídica única, una creación ecuatoriana, pero esta figura no deja de ser prisión preventiva, lo que contraviene los preceptos constitucionales vigentes, en especial al principio de la caducidad de la prisión preventiva, al darle diferente nombre a esta prisión cuando un juez dicte auto de llamamiento juicio,

⁷ Fernández Piedra Luis Alberto, El Sistema Acusatorio y el Respeto a los Derechos Humanos. Quito. Junio del 2003. Pág. 69. Cuaderno Judicial Año 3, Número 7.

denominándole "detención en firme", pero que sigue siendo la misma prisión preventiva, constituyendo un mecanismo para burlar la constitución.

Como estudioso del derecho ratifico la inconstitucionalidad de la detención en firme, pese haber el pronunciamiento del más alto Tribunal de Justicia Constitucional, ya que esta figura implementada, es una forma de eludir la caducidad de la prisión preventiva prevista en el Art. 24, numeral 8 de la Constitución, ya que en esencia sigue siendo prisión preventiva, es decir, es inconstitucional, por cuanto se encuentra en contra de esta norma constitucional que esta vigente en nuestra legislación y a los preceptos de la supremacía constitucional previsto en el Art. 272, 273 y 274 de la Ley Fundamental, y al principio de presunción de inocencia de las personas contenido en el Art. 24, numeral 7, de la Norma Suprema. Pero como Juez Penal en funciones, y en acatamiento a la normatividad existente, debo aplicar la detención en firme conforme las reformas introducidas al Código Procesal Penal el 13 de enero del 2003.

CAPITULO II:

2.- LA PRISIÓN PREVENTIVA:

CONCEPTOS DOCTRINARIOS, DISPOSICIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES.

2.1.- CONCEPTOS DOCTRINARIOS: Las medidas cautelares, son creadas con el fin de precautar el bien común social, que son ordenadas por la autoridad competente, con la limitación de la libertad y la prohibición de la libre disposición de los bienes, hasta que de acuerdo a la prueba se establezca la responsabilidad del hecho punible haciendo posible se llegue al fin del proceso y los infractores cumplan con sus condenas o sean absueltos.

Como hemos señalado anteriormente, las medidas cautelares de carácter personal, son: aprehensión, detención provisional, prisión preventiva y la detención en firme. Y, las medidas cautelares de carácter real son: prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención, y el embargo.

La prisión preventiva es la figura de las medidas cautelares y del procedimiento penal más importante por que se relaciona con la privación de la libertad de las personas, que debe ser ordenada por el juez que conozca de la causa, reuniendo requisitos y presupuestos procesales legales para su aplicación, el encarcelamiento como su nombre lo indica es preventivo, para asegurar se cumpla con las obligaciones civiles y penales a los posibles infractores, cumpliendo con lo prescrito en el Art. 24,

numeral 7 de la Constitución Política de la República que establece, "Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada", la sentencia ejecutoriada y dictada por autoridad competente determinará la aplicación de las penas correspondientes a las infracciones.

El Dr. Edmundo Duran Díaz, manifiesta: ⁸"La libertad personal es uno de los derechos fundamentales del ser humano. La libertad esta consagrada en la Declaración de los Derechos Humanos de Las Naciones Unidas. La libertad es la capacidad del ser humano de decidir donde quiere estar, por cuanto tiempo quiere estar en ese lugar, cuando quiere trasladarse a otro, cuanto tiempo quiere permanecer fuera de su hogar, moverse con su voluntad, en eso consiste fundamentalmente la libertad personal."

El hombre a lo largo de la historia ha cuidado su libertad, y como medio de protección social, ha privado de la misma a quienes cometan un acto tipificado y sancionado dentro del ordenamiento jurídico legal de los Estados, tanto así que de acuerdo al pronunciamiento citado se declara a la libertad como un derecho internacional de las personas y nadie puede ser privado de esta, ya que se encuentra garantizada de acuerdo con lo prescrito en el Art. 23 numeral 4, de la norma Constitucional; mientras que en las leyes penales existen sanciones de privación de la libertad de acuerdo a la infracción cometida y para asegurar el cumplimiento, en la norma social, la privación de la libertad es la excepción.

El Dr. VITERI OLVERA MANUEL, sostiene que: ⁹ "la prisión preventiva es un acto procesal de carácter cautelar, provisional y preventivo, que emana del titular del órgano jurisdiccional penal y que surge en razón de un proceso; y frente al proceso, cuando se cumplen los presupuestos de carácter subjetivo y objetivo".

⁸ Durán Díaz, Edmundo, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito – Ecuador, Pág. 103 y 104.

⁹ Viteri Olvera, Manuel, Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Pág. 53.

Los representantes del Ministerio Público son competentes para conocer de los delitos Públicos, sean estos de instancia oficial o de instancia particular; los primeros sean por los medios legales que lleguen a conocimiento del Fiscal es investigado de oficio, los segundos de instancia particular procederán solamente cuando son denunciados por el ofendido, de acuerdo a la capacidad para denunciar que se prescriben en la Constitución Política del Estado y las normas penales vigentes, conociéndose la causa por medio de la indagación fiscal previa, institución no procesal en la que se investigan los hechos presumibles constitutivos de la infracción penal, y si se considera necesario la colaboración de los agentes de la policial judicial colaborarán con patrocinio del Fiscal, y de ser necesario para la determinación de la infracción, orden judicial, o adoptarse medidas de seguridad, se deberá conseguir primero la autorización judicial respectiva, si el fiscal considera que existen méritos suficientes para resolver sobre el inicio de la instrucción y de existir alguna detención por delito flagrante, resolverá en veinticuatro horas, con o sin solicitud de prisión preventiva, el Juez competente que avoque conocimiento debe confirmar o revocar la solicitud de la medida cautelar.

LEVENE H. RICARDO, indica: ¹⁰“La prisión preventiva se ha considerado una simple medida de seguridad con respecto a la persona del acusado y no un estado del juicio”. Siendo medida de seguridad provisional hasta que se pruebe en el proceso la responsabilidad del supuesto culpable del delito.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.- Para poder entender la importancia de la prisión preventiva y su instauración en la sociedad

¹⁰ Levene H., Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Bibliográfica Argentina – Buenos Aires, 1967, Pág. 265.

como medida de seguridad la analizaremos en las diferentes épocas históricas de nuestro país de acuerdo a la necesidad social, su trascendencia y desarrollo.

EPOCA PREHISTÓRICA.- ¹¹En lo que conocemos como nuestra heredad territorial, el Ecuador, se encontraban asentados grupos de indígenas en forma organizada, los mismos que tenían sus propias costumbres, usos y tradiciones, mecanismos con los cuales juzgaban ciertos actos de sus miembros, pero con formas primitivas en donde primaba la religión, y se castigaban a los infractores de acuerdo al concejo divino de sus dioses que eran transmitido por los magos a sus caciques, los que ordenaron castigos ejemplares para los transgresores. Las penas se aplicaban de diferente forma, si quien transgredía era una persona que pertenecía a una clase de castas, se aplicaban el derecho a atenuar, apelar, o a ser juzgados por el Inca, pero las penas eran severas si se afectaba al inca, la corte, las vírgenes del sol. Cuando estos contravenían la ley, las penas que se les imponían eran leves o condescendientes. En el territorio del antiguo Reino de Quito, existieron normas de respeto y defensa de la vida, de la integridad física, del patrimonio y del honor, constituyendo la base de su organización jurídica, y durante las invasiones de tribus se fueron intercambiando y perfeccionando estas normas, y en esas épocas existían administradores de justicia para proteger el cuidado de la vindicta pública que constituía en el respeto al Inca, a su familia, a las vírgenes del sol. Estos administradores de justicia tenían obligación de hacer respetar y cumplir las leyes o caso contrario eran castigados como delincuentes comunes sin tener privilegios, lo que quedaba en decisión el Inca.

¹¹ Páez Olmedo, Sergio, Génesis y Evolución del Derecho Penal Ecuatoriano, 1984, Quito – Ecuador, Pág. 25 y 26.

¹²Las leyes no eran escritas, se conservaban por medio de cantos, de esta forma aprendían los niños la ley y la historia, las que eran respetadas por ser emanadas por sus dioses, y si las transgredían era un sacrilegio. En los territorios que se encontraban sometidos a la autoridad del Inca, existieron formas de detención para los delitos más comunes e inclusive la muerte, la prisión se la ordenaba hasta que se organice el juicio correspondiente y se emita sentencia, juzgándose en cinco días en caso de los incas; los nobles tenían recintos especiales de detención en las que permanecían hasta ser juzgados y de no obtener su libertad eran trasladados a cárceles comunes. En la organización indígena se tiene grandes matices jurídicos, con respecto a las normas sobre la costumbre, la tradición, respeto a la religión primitiva, el cuidado a la vindicta pública, defender la vida, la integridad física, el honor, el patrimonio, a las difamaciones, la poligamia, el adulterio a uno y otro sexo, ya que era prohibido tener concubinas e inclusive esta prohibición también involucraba al emperador, que era conocido como hijo directo del sol, y tenían las vírgenes del templo. La ociosidad y la mentira eran castigadas en público. Además era prohibido comer carne humana aunque fuese de los prisioneros de guerra, y esta trasgresión era sancionada sepultando vivo al delincuente, también se perseguía la culpa a los descendientes de reo, destruyendo el lugar donde había nacido, sembrándolo de piedras y regándolo con sangre, en señal de eterna maldición. El apetito carnal de las vírgenes del sol, se castigaba sepultando vivos a ambos delinquentes así como también a sus padres y parentelas. Si bien estas penas pueden ser bárbaras a nuestra época pero sirvieron para satisfacer los derechos de la religión, del soberano, de la sociedad con proporcionalidad y equidad, de acuerdo a sus necesidades contemporáneas. De esta manera, estos pueblos, pudieron consolidar un

¹² De Velasco, Juan, Historia del Reino de Quito en la América Meridional, Historia Antigua, CCE, 1978, Tomo I, Quito – Ecuador, Pág. 367.

gran imperio, una sola familia con respecto a sus costumbres y tradiciones, una sola casa, bien proveída de cuanto era menester, con economía tan estupenda que jamás se vio un mendigo, un ocioso, un ladrón, ni un embustero. El idioma era la lengua Quichua, que era adoptada aún por las naciones conquistadas que tenían otro idioma, todo lo que llevó al progreso de las conquistas y la perfección de su idioma con la adaptación de diferentes lenguas, con las que se hacían conocer las leyes, su aplicación y las penas a los transgresores de estas, siendo el primer paso arrestar al delincuente para que sea luego juzgado y sentenciado.

¹³ “EPOCA COLONIAL.- La invasión ibérica, destruyó la floreciente cultura indígena que se desarrollaba en nuestro territorio, muchos abusos e injusticias, atropellos quedaban en la impunidad, se dictaron normas y leyes, que para su aplicación en los litigios y su arreglo se debía realizar un largo viaje a Lima que resultaba sumamente costoso, así que por lo general las cosas se dejaban sin arreglo y los pobres se resignaban con las injusticias cometidas en su contra, sosteniendo que solo los ricos podían realizar estos viajes para ser protegidos y amparados por la justicia, quienes cumplían como autoridades eran compañeros de armas que nada deseaban realizar en contra del otro que violaba la ley. Estos ordenamientos legales en su contenido se apegaba a la defensa de los derechos de los indígenas que en la practica no se llevaban a cabo, considerando al indígena como un esclavo o un objeto de trabajo, una herramienta que podía ser vendida con las propiedades de los terratenientes, considerándoles primero como animales y después como seres sin alma”.

“Audiencias, los Corregidores y los Alcaldes: La justicia se Administraba por el Supremo Consejo de Indias, para cuidar el ordenamiento público existía una institución

¹³ Ibídem.

que tenía el nombre de SANTA HERMANDAD, que cumplía con un desempeño similar a la policía nacional en la actualidad. Las leyes se reducían a las LEYES DE INDIAS y a las CEDULAS REALES, las primeras que tenían codificaciones generales y las segundas carácter particular, siendo estas leyes muy numerosas que incluso ni los abogados no conocían en su totalidad, siendo para los indios otras especiales. Los delitos se clasificaban igualmente en públicos y privados; de acuerdo a EMILIO UZCATEGUI, las penas que se imponían a los infractores eran severas: Consistían en multas, prisiones, azotes, mutilación de miembros, confiscación de bienes, destierro y muerte que se aplicaba ahorcando al condenado en forma cruel y aparatosa. Estas penas impuestas eran abusadas en su aplicación, incluso llegando a extorsionar a los presos quienes trataban de librarse de sus culpas. Los azotes se realizan en publico para lo que paseaban al infractor por el pueblo subido en un asno o mula con un pregonero que iba cantando su sentencia, cuando la condena era de muerte de igual manera al condenado se lo paseaba por las calles de la ciudad vestido de una túnica blanca y gorro rojo, engrillado los pies. Existía un tribunal especial creado por la Santa Iglesia Católica, que era el TRIBUNAL DE LA INQUISISICION, el que castigaba los actos de palabras u obras heréticas. Entre las principales y más importantes leyes y normas dictadas tenemos las siguientes: La Novísima de Carlos IV; Las de Felipe II; Las leyes de Toro; y La recopilación de las Leyes de Indias, en su Libro VI. Con un supuesto respeto a las creencias religiosas, con un total abuso de los derechos de los indígenas, se dictaban leyes, que tenían compromisos por status políticos, económico y social que en el momento reinaban. Las prisiones para los indios y pobres eran por demás inmundos, sin que estas tuvieran ni siquiera aire, mientras que para los ricos las cosas eran diferentes ya que recibían todas las comodidades que exigían, incluso los políticos, y las mujeres

honestas podían guardar prisión en sus residencias o en monasterios, los indígenas apresados se los inducía a vicios. La prisión preventiva tiene sus rasgos como medios de representación más aun cuando las leyes alcanzaban por lo general a los indígenas, que eran quienes si purgaban sus penas al pie de la letra y a veces de exageración, haciendo de esta época la más humillante para el originario de nuestro territorio.”

EPOCA REPUBLICANA.- Este tema, se analizará cronológicamente el desarrollo de las garantías Constitucionales que tienen trascendencia en la aplicación de la prisión preventiva durante la época republicana, que van tomando diferentes matices de acuerdo a la necesidad social, así tenemos que:

¹⁴En la Constitución de 1830 en su Art. 59 manifiesta: “Nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de doce horas a lo más del arresto de un ciudadano, expedirá el juez una orden firmada, en que se expresen los motivos. El juez que faltare a esta disposición, y el alcalde que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria”. “En esta Constitución se respeta la libertad cuya privación se ordenará solamente por la Autoridad competente quien deberá primeramente motivar y fundamentar la misma existiendo falta de otras garantías indispensables para el desarrollo de la sociedad como por ejemplo la presunción de inocencia, una persona que ha sido sorprendida cometiendo un delito puede ser arrestada por cualquier persona quien la debe poner en doce horas a disposición del juez, caso de no hacerlo recuperará la libertad, con la obligación del alcalde de solicitar la orden de prisión o de libertad en caso de existir esta pena de ser sancionados como reos de detención arbitraria”.

¹⁴ TRABUCO, Federico, Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 65 y 66.

“La Constitución de 1835 en su Art. 93 expresa "Nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente; a menos que sea sorprendido cometiendo un delito en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del Juez. Dentro de doce horas, a lo más, del arresto de alguna persona, expedirá el juez una orden firmada en que se exprese los motivos de la prisión, y si debe estar o no incomunicado el preso, a quien se le dará copia de esta orden. El juez que faltare a esta disposición, y el alcalde que no la reclame, serán sancionados como reos de detención arbitraria. El Art. 94 señalaba "A excepción de los casos de prisión por vía de apremio legal, o de pena correccional, ninguno podrá ser preso, sino por delito que merezca pena corporal, y en cualquier estado de la causa en que resulte no debérsele imponer esta pena, se pondrá en libertad al preso dándole la seguridad bastante".¹⁵ “De acuerdo a estas citas las personas privadas de la libertad tienen garantías en cuanto deben ser conocidas por Autoridad competente, pero contrario a las garantías Constitucionales actuales, se puede incomunicar a una persona, prácticamente privándole de la defensa, la libertad puede ser recuperada cuando el delito por el que se lo encarceló esté tipificado dentro de los delitos que merezcan pena corporal. Lo que es un atropello a los derechos de los ciudadanos ya que nadie puede estar privado de la libertad e incomunicado, atropellando los derechos humanos en relación a la legítima defensa.

En el año de 1839 se crea la primera ley de procedimiento penal, con penas represivas, correctivas y pecuniarias, entre las primeras se caracterizan la reclusión en una casa de trabajo, esto es el imputado se sometía a trabajos que el Estado le obligaba a cumplir claro está que éstos trabajos eran cuidando las normas morales y religiosas apegadas a las buenas costumbres, otra forma es la prisión en una cárcel o fortaleza o el

¹⁵ Ibídem

confinamiento, en estos lugares hasta la comprobación del delito y la responsabilidad del imputado o hasta que cumpla con la sentencia; el destierro, que consiste en expulsar de las propiedades y del Estado a una persona que ha cometido un delito que merezca esta pena; el arresto, que también era provisional. La privación de la libertad en esta época también era provisional, hasta que se pruebe el delito y la responsabilidad del encarcelado, una vez juzgado debía cumplir con las penas que se ha descrito. Esta suspensión de la libertad, la cumplían en cualquier recinto carcelario y dada la falta de estos se adecuaba materialmente a un recinto publico, existiendo también el arresto domiciliario para las mujeres honestas que sean imputadas de un delito, o también eran conducidas a un monasterio, los recintos para los detenidos para ser procesados y los sentenciados de acuerdo a la legislación debían ser diferentes, pero por la falta de presupuesto fiscal no se cumplía esta disposición, manteniendo a todos los detenidos provisionalmente y los sentenciados en un mismo local en condiciones no actas para seres humanos”.

“En la Constitución Política de 1843, se destaca la preocupación de los derechos de los ciudadanos, amplían las garantías de los mismos, en cuanto se refiere a la privación de la libertad se exige orden de autoridad competente por escrito, pero como acto sobresaliente se suprime el plazo de la autoridad para legalizar el arresto de un ciudadano cuando este sea detenido en delito flagrante o para investigaciones.” El Art. 90 de este cuerpo de leyes expresa, ¹⁶“Ningún ecuatoriano puede ser puesto fuera de la protección de las leyes, expatriado, privado de su vida, libertad, ni despojado de sus privilegios, e inmunidad, sino por los tramites legales y por los tribunales respectivos, y en virtud de una ley anterior al delito o acción.”

¹⁶ TRABUCO, Federico.- Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975 Quito.- Pág.91 y 92

¹⁷ “La Constitución de 1845, no tiene mayores cambios, el plazo para que una persona detenida sea puesta órdenes de Juez es de veinte y cuatro horas, garantizándose la presunción de inocencia y de gozar de buena reputación, mientras no se le declare delincuente en conformidad con las leyes, sobresaliendo la igualdad de los derechos”.

“Con el afán de solucionar la lentitud de los procesos el Congreso Nacional en 1848, promulgó el sistema de juicios por jurados, protegiendo la presunción de inocencia del imputado y acelerando el proceso, los miembros del jurado eran personas intelectuales, sobresalientes, de buena conducta, respetados, que eran convocados a examinar un delito y resolver sobre el mismo, apegados a las buenas costumbres y las leyes”.

“En la Constitución de 1850, según el Art. 124 es potestad de arrestar, solo a los funcionarios a quien la ley delega este encargo o por las personas que reciban comisión especial y por escrito por las autoridades competentes.”

“El Art. 126 dice: ¹⁸“Si le delito que se pesquisa no mereciese pena corporal afflictiva, se pondrá en libertad al reo, previa la fianza respectiva”. ¹⁹ “Se crea la figura legal de la fianza en defensa de la libertad de las personas, la misma que tendrá gran trascendencia en el futuro dentro del campo legal en especial en el penal, cuyo monto era calculado de acuerdo a las leyes pertinentes de esa época, en consideración al delito o al daño que pudo haber causado”.

“Las Constituciones de 1852, 1861 y 1869 no tienen cambios en cuanto a la prisión de las personas, la presunción de inocencia y el tiempo en que deben ser puestos a órdenes del juez, y la garantía de la libertad, el derecho a defenderse en cualquier estado de la causa, sin que exista, lo referente a la fianza”.

¹⁷ Ibídem

¹⁸ TRABUCO, Federico, Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág.171.

¹⁹ Ibídem

“En el gobierno de Gabriel García Moreno en el año de 1871, se crean nuevos Códigos Penal y de enjuiciamiento Criminal, clasificándose las infracciones en: Crímenes, Delitos y, Contravenciones. Sus penas se clasificaban en: Represivas; Correctivas y, Pecuniarias. Como un matiz que identifica la promulgación de estos cuerpos de leyes es que en esta época se obligaba a los sentenciados a cumplir con un determinado trabajo cuyo producto le pertenecía al Estado, le servía para mantener a la familia que se encontraba en libertad, para el pago de las indemnizaciones ocasionadas por daños y perjuicios, asegurando de esta forma el real cumplimiento de la obligación con terceros y el Estado. Se destaca la atribución y potestad que se otorgó a los tenientes parroquiales, comisarios de policía, alcaldes municipales, jueces letrados de hacienda, el jurado, las Cortes Superiores y la Corte Suprema, quienes eran competentes para conocer y procesar a los imputados, y de dictar medidas de seguridad o cautelares para asegurar el reparo del delito y cumplimiento de la sanción”.

“La Constitución de 1878 en su Art. 16 manifiesta “el reconocimiento de los derechos de los habitantes como base y objeto de las instituciones sociales, dando en su contenido prioridad al ser humano como eje de la sociedad para su desarrollo. En el Art. 17 numeral sexto de esta Constitución, el reconocimiento de los derechos a la seguridad individual de las personas, en su numeral primero, se destaca el respeto a la libertad asegurando su aplicación legal, perdiéndola solamente quien merezca pena corporal, obteniendo la libertad en cualquier estado que esta la causa cuando se pruebe que la infracción no merece esa clase de pena; en su numeral segundo, manifiesta que una persona puede perder su libertad solamente cuando exista orden de autoridad competente, reconociendo esta facultad a los jueces; los imputados que fueren sorprendidos en delitos flagrantes podían ser detenidos por cualquier persona que de

inmediato debía conducir a presencia de la autoridad, asegurando de esta manera no se fuguen los autores, en caso de arresto dentro de las veinte y cuatro horas se debía extender la orden firmada por la autoridad que lo dispusiera, expresando los motivos de esta, en las recintos carcelarios quien este a cargo debía exigir esta orden firmada caso contrario tanto quien ordene como quien custodie serían sancionados acusados de detención arbitraria siendo ilegal la privación de la libertad.”

²⁰En la Constitución de 1883 de igual manera prevalece el respeto a la libertad, para todas las personas que habiten en el Ecuador. En su Art. 22, señalaba "Nadie será detenido, arrestado, ni preso, sino en los casos y en la forma en que la Ley determina". De acuerdo a esta cita se deben cumplir con requisitos y presupuestos legales para que pueda ser aplicada.

²¹ “La Constitución de 1897 y 1906 tienen igual disposición sobresaliendo la forma como se cumplirá el arresto de las personas que favorezcan la invasión exterior, por tratarse de una época en que el Ecuador se encontraba en guerra con el Perú y se deban consecutivas invasiones a nuestro territorio”.

“Un nuevo Código de enjuiciamiento Criminal se dicta en el año de 1892, en el cual con el fin de asegurar la integridad de los denunciados y cuidar la vindicta pública se establece la denuncia reservada de igual manera los delitos deben ser probados en conformidad a esta ley la existencia y responsabilidad del imputado, y se dividen en: Perfectas, Imperfectas, Plenas y Semiplenas”.

“El General Eloy Alfaro, en su gobierno del año de 1906, crea nuevos Códigos de enjuiciamiento criminal y penal, en los que sobresalen el respeto a los derechos humanos de los detenidos, respetando la vida, el domicilio y la propiedad, aboliendo la

²⁰ TRABUCO, Federico.- Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975 Quito.- Pág.266

²¹ Ibídem.- Pág.383-387

pena de muerte y precautelando la integridad física y personalidad del detenido, el respeto a no allanar el domicilio con violencia, exigiendo como formalidad para que una persona pierda la libertad sea esta por orden escrita del juez competente, sancionando a quienes incumplieran con esta disposición legal, la institución pro-reo cobra su relativa importancia en defensa de los derechos de los ciudadanos”.

“Una nueva reforma a los Códigos Penales y de Procedimiento Penal dicta el General Alberto Enríquez Gallo durante su mandato en el año de 1938, la reforma de la ley Sustantiva Penal se codificó en 1971, y la mayor parte de sus artículos tienen vigencia hasta la actualidad, la ley Adjetiva Procesal Penal tiene sus bases y es una recopilación amplia de la reforma de 1906. Manifestando el respeto a los derechos humanos y de los ciudadanos imputados”.

“La Constitución de 1945 en el Art. 141, en su numeral cuarto, prescribe: "No hay prisión por deudas, costas, honorarios, impuestos, multas, ni en general, por obligaciones de carácter civil...". Se exalta la protección que tienen los habitantes a garantizar su libertad cuando se trate de actos meramente civiles que son sancionados de acuerdo a las leyes competentes para los casos determinados, dentro de este artículo igualmente se destaca la forma y el tiempo que una persona permanecerá detenida, ni incomunicada por más de veinte y cuatro horas. El mismo artículo de igual cuerpo legal en su parte dispositiva expresa: "...Toda detención se hará por orden escrita de autoridad competente, salvo el caso de delito flagrante. A lo más dentro de cuarenta y ocho horas del arresto de una persona, el juez o la autoridad que lo hubiese dispuesto expedirá una orden firmada en la que consten los motivos legales de la prisión...". Es obligación la de exhibir una orden expresa y firmada por autoridad competente para que una persona pueda ser arrestada, sobresaliendo la motivación que ha de tener cada

orden, expidiendo sanciones para quienes incumplan con estos preceptos Constitucionales, extendiéndose a cuarenta y ocho horas el plazo para formalizar la detención por parte de los administradores de justicia. El numeral 5 del mismo artículo dispone: "El habeas Corpus". "Quien considere que su detención, procesamiento o prisión infringe los preceptos constitucionales o legales, puede recurrir, por sí mismo o por otra persona, al Presidente del Consejo del Cantón en que se encuentre, quien deberá ordenar que el recurrente sea traído a su presencia. Esta orden será obedecida por el encargado de la cárcel o lugar de detención. Una vez informado de los antecedentes, el Presidente del Consejo, procediendo breve y sumariamente, decretará la libertad inmediata, o hará que se subsanen los defectos legales, o pondrá al individuo a órdenes del juez competente." "La figura de hábeas Corpus, garantiza la inviolabilidad de los derechos de los ciudadanos, pudiendo estos por su propia persona o por medio de representación exigir su libertad inmediata por no estar actuando de acuerdo a las leyes procesales o caso contrario ponerlo a órdenes del juez competente".

²²“La Constitución de 1946 no tiene mayores reformas de consideración en cuanto se relaciona con el tema de análisis, ratificándose el respeto a la vida, la igualdad de condiciones, que la pérdida de la libertad se practicara por medio de orden de juez competente debidamente firmada”.

“En Constitución de 1967, se siguen precautelando el derecho a la vida y a solicitar de los poderes jurisdiccionales el amparo y el respeto a las garantías constitucionales existiendo una modificación y ampliación para la aplicación del hábeas corpus. El Art. 17, literal h, segundo inciso determinaba: " Sí no se presentare al detenido, o si no se exhibiere la orden, o si ésta no reúne los requisitos anteriormente

²² TRABUCO, Federico, Biblioteca del Congreso Nacional del Ecuador, 1975, Quito, Pág. 463 y 464.

prescritos, o si se hubiere fallado al procedimiento, o si se hubiere justificado - a criterio del Alcalde o Presidente del Consejo - el fundamento del recurso interpuesto, este funcionario dispondrá la inmediata libertad del reclamante. Quien desobedeciere tal orden será, sin más trámite, destituido inmediatamente de su cargo o empleo por el mismo Alcalde o Presidente del Consejo, quien comunicará la destitución a la Contraloría y a la autoridad que deba proveer su reemplazo." El hábeas corpus es más sustentado y reafirma las garantías en favor de las personas, para que las autoridades estén conscientes de que se debe proceder de acuerdo con la normativa legal para encarcelar a un ciudadano, por que la perdida de la libertad de una persona y su encarcelamiento sin contemplación, sufren graves perjuicios morales, económicos y psicológicos, que son irreparables”.

²³ “En la Constitución de 1979 y las reformas de 1996 y 1997 no existen cambios en los concerniente al tema de investigación, se sigue considerando las garantías de la presunción de la inocencia, que una persona debe ser detenida solo con orden escrita por un juez, que no puede permanecer más de veinte y cuatro horas sin formula de juicio, no puede estar incomunicado, caso contrario puede acogerse al recurso de hábeas corpus o de amparo de libertad. Pese a las garantías establecidas para los ciudadanos, existieron muchos abusos por parte de las autoridades, mas aun por la lentitud con la que se tramitan los procesos penales, guardando prisión sin sentencia durante largo tiempo un gran número de personas que se encontraban con órdenes de prisión preventiva, por tiempo superior a un año. Por estos atropellos en la Constitución de 1998 se crea en el Art. 24, numeral octavo, los plazos que han de tener esta medida cautelar, el mismo que manifiesta: “La prisión preventiva no podrá exceder de seis

²³ Constitución Política del Estado, Reformas aprobadas el 19 de agosto de 1998, Registro Oficial 11 de agosto de 1998.

meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión. Si se excediere esos plazos la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa...”

Estos plazos han beneficiado a muchos presos que por negligencia y abuso de autoridad han permanecido indebidamente detenidos sin poder recuperar la libertad durante mucho tiempo, pero de otra parte estos plazos también han servido para que ciertas autoridades y abogados con manejos fraudulentos, deslealtad, artificios y artimañas jurídicas, puedan poner en libertad a delincuentes que pese a tener pruebas en su contra sobre el cometimiento de un delito, una vez cumplido los seis meses tratándose de un delito sancionado con prisión y de un año cuando se trata de delito sancionado con reclusión, estos obtengan su libertad, quedando su responsabilidad penal en la impunidad.

Frente a estos actos que delincuentes experimentados salgan en libertad por haber cumplido los plazos señalados por la Constitución, en concordancia con el Art. 168 del Código de Procedimiento Penal, se crea una nueva figura incorporada a la Ley Adjetiva Penal Ecuatoriana que es la detención en firme, publicada el 13 de enero del año 2003 en el Registro Oficial No. 743, que se dicta en los autos de llamamiento a juicio del imputado, la misma que puede ser apelada pero no suspendida, cuya revocación se la obtendrá en caso de sentencia absolutoria y en caso que el delito sea sancionado con prisión.

De esta manera la prisión preventiva se ha ido ajustando a las necesidades de la sociedad de acuerdo a los diferentes periodos históricos, siendo la libertad la regla garantizada por la Constitución y su privación la excepción, que debe gozar de derechos de acuerdo a la Carta Magna y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

CARACTERISTICAS DE LA PRISION PREVENTIVA.- La prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal, es la excepción siendo la regla social la libertad, que es garantizada por los tratados, manifestada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la Constitución Política de la República, por ser preventiva no puede prolongarse por mucho tiempo, caso contrario se violaría el precepto de la norma suprema que es la presunción de inocencia, debiéndose probar por parte del Estado durante el proceso, la culpabilidad del imputado. Ya que ninguna persona puede pagar una pena anticipada sino cuando ha sido declarada judicialmente su responsabilidad penal.

El Dr. José C. García Falconí, manifiesta: ²⁴"...La prisión preventiva es provisional, esto es que debe concluir cuando no resulta necesaria a los fines del proceso, pues como queda manifestado la prisión preventiva afecta al bien jurídico de la LIBERTAD, y por tal debe estar bien regulado y su afectación sólo debe darse por excepción."

La aplicación de ésta medida es muy delicada por la privación misma de la libertad, su ordenamiento sin bases legales de conformidad al ordenamiento jurídico trae como consecuencia responsabilidades civiles, como lo expresa el Art. 22 de la Constitución Política del Estado, que manifiesta: ²⁵"El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación a las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable."

²⁴ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y Las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito – Ecuador, Pág. 103.

²⁵ Constitución Política de la República del Ecuador.- GAB.

²⁶ “Son características de la Prisión Preventiva: a.-) Es facultativa; b.-) Es motivada; c.-) Es revocable; d.-) Tiene tiempo de duración; y, e.-) Su duración es imputable a la pena.- a).- *Es facultativa.*- Esta solo será ordenada por Autoridad competente, que es el juez que conozca de la causa. b).- *Es motivada.*- El numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado, prescribe: “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaran normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción no se podrá empeorar la situación del recurrente;”²⁷ la protección de la correcta aplicación es un derecho y obligación de los administradores de justicia, que deben reunir los requisitos que establece la Ley Adjetiva Procesal Penal en su Art. 167. c).- *Es Revocable.*- La Autoridad competente para revocar esta medida es el mismo juez que la dictó, siempre que mediante el proceso se demostrare la inocencia del imputado, o tratándose de un delito sancionado con prisión se rindiera caución satisfactoria, a solicitud del encarcelado o del representante del Ministerio Público. Se suspende en los siguientes casos, según el Art. 170 del Código de Procedimiento Penal: 1.- "Que se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron. 2.- Cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído o absuelto. 3.- Cuando el Juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa. 4.- Cuando su duración exceda los plazos previstos por la ley.” d).- *Tiene tiempo de duración.*- La duración de esta medida cautelar esta prescrita en el Art. 24 numeral 8 de la Constitución Política del Estado; La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año,

²⁶ *Ibíd*em

²⁷ Constitución Política de la República del Ecuador.- GAB.-

en los delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa." El Art. 169 de la Ley Adjetiva Procesal Penal Ecuatoriana, expresa lo mismo, determinando que cumplido estos plazos obtendrán de forma inmediata la libertad, calculándose desde la fecha en que se dictó la orden de prisión preventiva, en los procesos que se hubieran cumplido estos plazos el juez que conozca la causa será el único responsable por no haberlos procesado debidamente cumpliendo con las formalidades legales, con los plazos y los términos dispuestos para el cumplimiento de cada etapa y diligencia procesal. e).- *Su duración es imputada a la pena.*- Una vez que terminó el proceso, probado el delito y la responsabilidad del inculpaado se dictará sentencia de acuerdo a las normas legales pertinentes, debiendo descontarse el tiempo de la pena desde la fecha en que se encuentre detenido con orden de prisión preventiva”.

2.2.- DISPOSICIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES: NORMAS INTERNACIONALES. En la legislación ecuatoriana las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones conforme el Art. 10 del Código Penal Ecuatoriano, los primeros que son sancionados con prisión y reclusión, los segundos sancionados con penas de pérdida temporal de libertad y multas.

El Dr. ENRIQUE ECHEVERRIA G., en su obra de Derecho Penal Ecuatoriano clasifica al delito de acuerdo al carácter de la acción judicial a que da lugar, sosteniendo que es de: De acción pública. De acción privada. Y de acción mixta. Entre las varias definiciones del delito el Dr. JIMÉNEZ DE ASUA, manifiesta: "Es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable

a un hombre, y sometido a una sanción penal”²⁸, siendo el delito la infracción de un derecho individual o colectivo, que se encuentra escrito de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el mismo que cambia de acuerdo a las necesidades de la sociedad en el tiempo y el espacio, determinado por una sanción a los infractores.

Delitos de acción publica son todos aquellos pesquisables de oficio, investigados por el Ministerio Publico en nombre y representación del Estado en cuidado de la sociedad; entendiendo por pesquisable: ²⁹“La investigación, la indagación para descubrir algo o cerciorarse de su realidad y circunstancia.” y de oficio “...lo que se tramita o resuelve por iniciativa o impulso del juez o tribunal, como opuesto a lo que se designa a instancia particular...”, siendo obligación del estado la de proteger y garantizar la seguridad y los bienes de los habitantes.

³⁰ “La regla general establecida en cuanto a la presunción del delito es que deben ser los agentes de la sociedad quienes se encarguen de la tarea. Todo delito y toda contravención debe perseguirse de oficio aunque el afectado particular no reclame ni denuncie, ni haga nada en absoluto por buscar una sanción del delito por el hecho de haberlo cometido no depende de la voluntad del particular ofendido, sino de la voluntad de la ley.”, es regla general que los delitos de acción publica sean perseguidos de oficio por parte del Ministerio Publico, pero esto no quita derecho a que los particulares, dentro de sus capacidades establecidas por la ley también puedan seguir esta acción.

³¹“Son delitos de acción Privada aquellos que por regla general su acción de defenderse se deja al individuo, quien se lo conoce como querellante, que es quien debe

²⁸ Echeverría G., Enrique, Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo I, CCE, Quito – Ecuador, Editorial Gráficas Nacionales, 1954, Pág. 161.

²⁹ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Edt., Viracocha S.A. Buenos Aires, 1953, Tomo III, Pág. 188-296.

³⁰ Echeverría G., Enrique, Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo III, CCE, Quito – Ecuador, Pág. 150.

³¹ Ibídem

presentar acusación particular para hacer valer sus derechos. “El delito tiene un valor de ofensa a la sociedad, y la pena tiene valor de retribución en interés social...”. Es así que toda persona que ha cometido un delito debe ser sancionada, siendo esta mayor o menor de acuerdo a la infracción que haya realizado”.

Con el Registro Oficial No. 360 del 13 de enero del año 2.000, entra en vigencia el Código de Procedimiento Penal, en el que la acción penal se clasifica: a).- Pública de instancia oficial; b).- Pública de instancia particular; y, c).- Privada.

³² “Siendo la instancia oficial y particular de carácter publico, diferenciándose que la primera su investigación es pesquisable de oficio por el Agente Fiscal, para probar indicios de la existencia de un delito y la responsabilidad del encausado, para resolver inicio de instrucción fiscal solicitando al juez competente ordene prisión preventiva de acuerdo al caso, pudiendo existir acusador particular, participando conjuntamente con el Ministerio Publico, los interesados en el proceso, en cambio la segunda que es de instancia particular debe ser presentada ante el fiscal por medio de denuncia, para que este realice las diligencias necesarias para verificar si existen los requisitos necesarios para resolver el inicio de instrucción fiscal solicitando al juez se ordene medida cautelar, expresándose que "El denunciante no será parte procesal"

NECESIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA.- La prisión preventiva asegura la presencia del imputado a juicio, para que pueda probarse el delito y la responsabilidad del encausado, pero esta medida de privación de la libertad puede agredir a los derechos Constitucionales, a los Pactos, Tratados, Convenios, Declaraciones y Convenciones Internacionales sobre los Derechos Humanos del detenido, por lo tanto las leyes procesales penales deben ceñirse a las garantías de las personas.

³² Código del Procedimiento Penal Ecuatoriano.

El Dr. ARTURO J. ZAVALETA, explica ³³ “Es la necesidad la que justifica el derecho del Estado de constituir al imputado en estado de prisión preventiva, esa necesidad la motiva el hecho de evitar que eluda el juicio o se sustraiga a la ejecución de la pena”

El Dr. VITERI OLVERA expresa: ³⁴“Debo indicar que los medios coercitivos a la libertad personal como fundamento representan la necesidad del Estado de aplicar esas medidas, a fin de mantener el orden jurídico preestablecido en beneficio de la sociedad a la que está obligado a proteger, aunque para ello sea necesario el sacrificio de un derecho individual, por tal el derecho a la libertad del Estado tendiente a mantener la estabilidad social, mediante el efectivo cumplimiento del derecho”

“Como la regla social es la libertad, satisfaciendo esta norma a las exigencias sociales, que es protegida y garantizada Constitucionalmente, la pérdida de esta es una excepción, que para cuya aplicación debe cumplir con requisitos necesarios, y una correcta fundamentación legal, estrictamente apegada a derecho de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, en favor de la sociedad”.

LOPEZ MORENO, manifiesta: ³⁵“La arbitrariedad judicial, en cuanto se relaciona con la libertad, puede ser funesta: entre que huyan delincuentes eludiendo la acción judicial, o que pueda ser reducido a prisión por abuso del juez un solo inocente, es cien veces preferible lo primero”. Existen muchos casos en los que personas inocentes se encuentran guardando prisión preventiva por abuso de la autoridad, y de otro lado existen delincuentes que eluden la justicia; para evitar estos actos se debe

³³ Zavaleta J., Arturo, La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria, Editorial ARAYU, Buenos Aires, 1954, Pág. 122.

³⁴ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y Las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito – Ecuador, Pág. 105.

³⁵ Zavaleta J., Arturo, La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria, Editorial ARAYU, Buenos Aires, 1954, Pág. 123.

investigar adecuadamente la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, de forma eficaz e imparcial, para no caer en estos atropellos y con la oportuna intervención de la Autoridad para evitar la fuga de los delincuentes, asegurando la comparecencia a juicio y evitando mayor daño social.

FENECH., manifiesta que existen razones necesarias para aplicar esta medida cautelar: 1.- " Asegurar los fines del proceso. 2.- Garantizar la eventual ejecución de la pena".

El Dr. VITERI OLVERA, señala: ³⁶ "1.- Mantener al sujeto pasivo del proceso unido a este por el principio de inmediación. 2.- Impedir que el imputado obstruya la administración de justicia, 3.- Impedir que se suspenda la sustanciación del proceso penal."

³⁷ "En consecuencia para la prisión preventiva es necesaria dentro de la sociedad para: 1- Asegurar que el imputado se vincule con el proceso penal del delito que se le acusa. 2.- Asegurar la comparecencia a juicio ante los tribunales penales, para garantizar las pruebas. 3.- Evitar se eluda la responsabilidad del delito con la fuga del imputado. El Código de Procedimiento Penal en relación a los requisitos legales para que se aplique la prisión preventiva señala tres importantes, en cuya falta de estos no procede esta medida, siendo los siguientes: "1.- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2.- Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y, 3.- Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año."

³⁶ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito – Ecuador, Pág. 107.

³⁷ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

³⁸ “Por este motivo no es necesario probar si existe delito, ni que el sindicado sea autor o cómplice de la infracción, sino tan solo que hayan indicios del cometimiento de una infracción, estando dentro de las facultades del juez determinar si estos indicios conducen a la presunción de responsabilidad, para llegar a deducción de que se ha cometido un delito y que el imputado es autor, cómplice o encubridor de la infracción, decisión que queda dentro de la potestad del juez de acuerdo a la sana crítica. “Es decir, nos encontramos ante un juicio de valor subjetivo del juez, nadie puede pedir que sea objetivo en sus conclusiones”

Sobre la detención de los encubridores se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia que dictó la jurisprudencia obligatoria manifestando: ³⁹ “que han surgido dudas en la aplicación del Art. 253 del Código de Procedimiento Penal, respecto a la prisión preventiva que el juez debe ordenar contra el sindicado en el auto de apertura de la etapa del plenario, si antes no se hubiera dictado; en ejercicio de la facultad que le concede el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional; resuelve: Conforme al Art. 177 del Código de Procedimiento Penal (Art. 167 del C. P. P. actual), norma clara y explícita sobre el particular, el sindicado como encubridor no es sujeto de prisión preventiva y el juez, por tanto, no puede ordenar en auto de apertura de la etapa plenaria; la referencia de dicha medida cautelar de carácter personal en el Art. 253 del mismo Código, debe guardar concordancia con el Art. 177 que preceptúa que la prisión preventiva no comprende al sindicado como encubridor. Quito, 30 de octubre de 1985”

⁴⁰“El fiscal debe fundamentar su petición de Prisión Preventiva, pues se debe necesariamente garantizar el derecho salvo casos de extremada necesidad judicial. No se

³⁸ Guerrero Vivanco, Walter, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Pág. 339.

³⁹ *Ibíd.*, Pág. 340.

⁴⁰ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito – Ecuador, Pág. 111.

puede dictar orden de prisión preventiva a base de pruebas insuficientes, incompletas e inidóneas"

“Los indicios que manifiesta el Código de Procedimiento Penal de la existencia de un delito y la responsabilidad del sindicado, deben ser claros, en tal virtud que no se cometan errores al apresar a un inocente, exigiendo que la orden sea debidamente fundamentada en derecho sobre la pertinencia de su aplicación. La prisión preventiva procederá solamente cuando sea indispensable asegurar el descubrimiento de la verdad, asegurando que no desaparezca la prueba, para evitar que el presunto autor o cómplice se de a la fuga, que se continúe con la actividad delictiva, o existan amenazas graves en contra de los testigos, para que actúe la ley, de conformidad con el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal”.

LA PRISION PREVENTIVA DEBE FUNDAMENTARSE.- La Constitución Política de la República, en su Art. 24 numeral 13, manifiesta que ⁴¹“Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas y principios jurídicos en que se hayan fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho”; siendo que la prisión preventiva es una medida que afecta directamente al imputado, y emitida por organismos de la función judicial, los jueces están dentro de la obligación de fundamentar su pertinencia, entendiendo por fundamentar según el Dr. GALO ESPINOSA M., ⁴² “Es establecer, asegurar y hacer firme una cosa. Razonar, argumentar. Articular los considerandos y resultados de una sentencia con adecuado razonamiento y base legal”, razonamientos objetivos de los jueces que deben resolver sobre la solicitud de los fiscales que se ordene esta medida cautelar, limitando la

⁴¹ Constitución Política de la República 1988, Pág. 10.

⁴² Espinosa M, Galo, Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Quito – Ecuador, Pág. 323.

libertad de los encausados, asegurando el éxito de la valoración de las pruebas, el juzgamiento dentro de la etapa del juicio, para de ser el caso sean sentenciados los responsables de un delito. CAFFERATA NORES, explica que para fundamentar un hecho deben concurrir dos condiciones: 1.- ⁴³"Debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba descubriendo el contenido de cada elemento de prueba. 2.- Es preciso que estos sean meditados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo."

⁴⁴ "Siendo para este autor la concurrencia de estas condiciones indispensables para fundamentar debidamente un auto de prisión preventiva, para asegurar la validez de la prueba y la concurrencia de supuesto infractor a juicio. Esta medida debe cumplir formalidades para su cumplimiento como son: 1.- Motivos de la detención. 2.-El lugar y fecha en que se la expide; y, 3.- La firma del juez competente. Ordenándose esta medida por auto en el cual se dispone se gire la boleta Constitucional de encarcelamiento, que debe contener. "1.- Los datos personales del imputado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo; 2.- Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva; 3.- La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presuntos previstos en el artículo anterior; y, 4.- La cita de las disposiciones legales aplicables."

⁴⁵ "Como exige el Código de Procedimiento Penal, que la fundamentación de los indicios del cometimiento de un delito y de la responsabilidad del encausado deben ligarse a nuestro ordenamiento jurídico, pero muchas de las veces puede existir

⁴³ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y Las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito – Ecuador, Pág. 125.

⁴⁴ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano Pág. 15

⁴⁵ Vaca Andrade, Ricardo, Seminario de Derecho Penal y Criminología, 8 al 12 de mayo de 1989.

confusión de la responsabilidad de los participantes de una infracción, que debe ser ordenada por el juez competente a propia decisión o a solicitud del fiscal que conozca de la causa. Esta decisión del juez de ordenar esta medida de prisión preventiva sin haberse probado la existencia de los indicios de los delitos señalados en la ley, es frecuente, limitándose a ordenar lo que le faculta el Art. 167 del Código Procedimiento Penal, sin que se hayan analizado los indicios que demuestren que el sindicado es autor o cómplice del delito, que es el fin del proceso, siendo mal utilizada esta facultad en el Ecuador, por parte de los Administradores de Justicia, que es aplicada de acuerdo "a las reglas de la sana critica". ⁴⁶“Muchos fiscales y muchos jueces sobre valoran los partes policiales, llegando a tener convicciones erradas sobre el conocimiento del cometimiento de una infracción. "Ciertamente los jueces penales - pocos afortunadamente - que toman a los informes policiales como verdades incontrovertibles, ni entienden su papel de jueces ni ubican a la policía en su propia y limitada dimensión investigativa”

De no existir la boleta Constitucional de Encarcelamiento, o si se dejare de fundamentar o no se señale el delito por el cual se lo arresta, la prisión preventiva es ilegal, por lo que el sindicado puede presentar recurso de Hábeas Corpus Judicial o Amparo de Libertad.

El Dr. JOSE MARIA ASECIO MALLADO, manifiesta: ⁴⁷“La casi generalidad de autores del Derecho Procesal mantiene esta postura en base a las siguientes afirmaciones: primera: la fuga, y por tanto, la declaración de rebeldía del sujeto frustrando no solo el proceso, sino también la ejecución de la futura pena; segunda: la pena no es únicamente la consecuencia de la tramitación de un procedimiento penal,

⁴⁶ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Pág. 26.

⁴⁷ Asencio Mellado, José María, La Prisión Preventiva, Madrid, 1987, Pág. 36.

sino su finalidad mas importante, de modo tal que el ejercicio del ius puniendi penal, sin el cual los ciudadanos carecerían de toda garantía frente a la Administración"

Las penas tienen relación directa a la gravedad del delito cometido por los transgresores de la ley, cuyos logros se perpetra por medio del procedimiento en los juzgados y tribunales de justicia, que deben observar el debido proceso y las garantías fundamentales en todos y cada uno de los casos, ya que la omisión tanto de solemnidades y el incumplimiento de requisitos pueden afectar la validez de todo el juicio.

EN QUE PROCESOS SE DICTA PRISION PREVENTIVA.- Esta medida de carácter personal se dicta en todos los delitos de instancia oficial y los de instancia particular públicos ⁴⁸"El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al fiscal". "No se puede dictar orden de prisión preventiva en los delitos de acción privada". El mismo artículo 173 del Código de Procedimiento Penal determina que no procede cuando el delito merezca pena privativa de libertad que no exceda a un año. Por que caso contrario se violarían garantías Constitucionales y pasarían más tiempo preso hasta que se determine la responsabilidad ante los tribunales penales. De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano no procede dictar esta mediada en contra de los encubridores ya que ellos no tienen tanta responsabilidad como los autores del cometimiento del delito. En la práctica siempre al inicio de una causa se confunde la responsabilidad de los participantes en la comisión de un delito, por lo que es facultad del juez determinar los requisitos esenciales y los indicios que hagan presumir la existencia de una infracción y sus posibles responsables".

⁴⁸ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano Pag.7

EN LOS DELITOS DE ACCION PUBLICA DE INSTANCIA OFICIAL.- La prisión preventiva procede dentro de los delitos de acción pública de instancia oficial que son pesquisables de oficio en garantía de los bienes jurídicos de la sociedad, entre los ilícitos se reseñan los siguientes: El Asesinato; El Homicidio; La Violación; El Peculado; El Plagio; El Enriquecimiento Ilícito; El Narcotráfico, etc.

En el Atr. 33 del Código de Procedimiento Penal se prescribe: “El ejercicio de acción pública corresponde exclusivamente al fiscal.” El Art. 215 del mismo cuerpo de leyes prescribe, el fiscal, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio haya llegado a su conocimiento”.

⁴⁹ “De acuerdo al Registro Oficial No. 734 de fecha 13 de Enero de 2.003 se establece que la indagación previa se mantendrá en forma reservada al público en general, pero no de las personas investigadas quienes tienen acceso inmediato efectivo y suficiente de los hechos investigados, garantizando el precepto Constitucional del legítimo derecho a la defensa. El representante del Ministerio Público está obligado a investigar los delitos públicos de instancia oficial, mediante la indagación previa fiscal que es una etapa extra procesal reuniendo las pruebas necesarias para resolver iniciar instrucción fiscal, y de ser necesario solicitar al juez competente dicte alguna medida cautelar para asegurar la inmediación de la infracción. Si para el éxito de la investigación es necesario obtener una orden legal, se deberá solicitar al juez su consentimiento, caso contrario incurriría en un acto ilegal siendo sancionado por no haber actuado debidamente con apego a las normas legales ecuatorianas. Un ejemplo es cuando se necesita obtener una orden de allanamiento de domicilio para probar la existencia de un ilícito. Esta investigación que es pesquisable de oficio de acuerdo al

⁴⁹ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

Art. 216 de la ley Procesal Penal ecuatoriana prescribe: Son atribuciones del Fiscal: “1.- Las de recibir las denuncias presentadas por delitos de acción pública. 2.- Reconocer los lugares, resultados, huellas, señales, armas, objetos, e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar a sus posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el capítulo de la prueba material; 3.- Recibir del ofendido y de las personas que hubieren presenciado los hechos o de aquellas quienes constare algún dato sobre el hecho o sus autores, sin juramento, las versiones que dieren. Se las advertirá de la obligación que tiene de presentarse a declarar ante el Juez o ante el tribunal penal. Estos datos se consignarán en el acta que será suscrita por las personas intervinientes; 4.- Solicitar al juez que con las solemnidades y formalidades previstas en el Capítulo de la prueba testimonial, reciba el testimonio de quien se encuentra imposibilitado de concurrir cuando procesalmente le corresponda; 5.- Impedir, por un tiempo no mayor de seis horas que las personas cuya información sea necesaria se ausente del lugar sin haberla proporcionado; 6.- Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, a ordenes del juez competente; 7.- Solicitar al juez que realice la identificación del sospechoso o del imputado, cuando el agraviado o los declarantes no conozcan el nombre y apellido de la persona a la que consideran incriminada en el delito que es objeto del proceso, pero aseguren que la reconocerían si volvieran a verla. Esta diligencia, se cumplirá en presencia del abogado de la defensa de acuerdo a las siguientes reglas: a) El juez, el secretario y el agraviado, o el declarante en su caso pasaran al lugar donde se encuentre el sospechoso y, colocado este en el puesto que hubiere escogido entre diez o mas individuos, lo más análogamente vestidos, el juez preguntara a la persona que debe realizar la identificación, si en el grupo que tiene frente a el se encuentra el sospechoso;

b) Si el agraviado o el declarante respondiere afirmativamente, el juez ordenará que señale a la persona a quien se refirió en el momento de declarar; y, c) De lo practicado en el acto de identificación se sentará el acta correspondiente; con las firmas del juez, secretario, e identificante. Este mismo procedimiento de identificación se observara cuando se tratare de personas homónimas; 8.- Disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten. 9.- De ser posible y necesario, realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y que se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalistas; 10.- Practicar todas las demás investigaciones que juzgare necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo y para la fundamentación de la acusación. El fiscal podrá delegar la práctica de las diligencias a que se refieren los numerales 2, 3 y 5 a la Policía Judicial o investigadores especializados bajo la dirección de ésta. El denunciante o cualquier persona que, a criterio del fiscal deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, está obligado a concurrir a la fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo, para cuyo fin el secretario le notificara personalmente o por una boleta dejada en la residencia del notificado”.

⁵⁰ “En caso de incumplimiento, el fiscal o tribunal pueden hacer uso de la fuerza pública. Siendo los delitos de acción pública de instancia oficial facultad y obligación del fiscal la de conocer, investigar, realizando las diligencias necesarias para encontrar pruebas, indicios suficientes, para la presunción del cometimiento de un delito, que será puesto a conocimiento de los jueces competentes solicitando si es el caso medidas

⁵⁰ Ibídem.

cautelares, el procedimiento para éstas cuando son de carácter personal es el siguiente: El conocimiento del cometimiento de un presunto delito y de sus responsables llega a conocer el fiscal por cualquier medio legal, el mismo que como lo prescriben las leyes procesales penales es investigado, cumpliendo con las formalidades de ley, y cuando llegue a la conclusión que se ha cometido la infracción, terminará la indagación previa fiscal para darse comienzo al proceso con la resolución de inicio de la instrucción fiscal, solicitando las medidas cautelares necesarias; de ser el caso y de existir detenidos por delitos flagrantes, se pondrá en conocimiento del juez dentro de las veinte y cuatro horas de su detención, todo lo actuado por el fiscal se eleva al juez, que radica competencia mediante el sorteo que se realiza cuando existen más de un juzgado penal, con el conocimiento de los hechos y de existir méritos el juez revocará u ordenará la prisión preventiva, para que de esta forma se asegure y se cumpla con las obligaciones penales y civiles que se desprendan del cometimiento de la infracción, esta medida es extendida por orden expresa y firmada por Autoridad competente, debiendo ser notificado el imputado, el Centro de Rehabilitación Social, el abogado defensor, de no haberlo un defensor de oficio, el Ministerio Público, el ofendido o su representante legal, para que actúen dentro de proceso iniciado”.

Es de anotar, que con las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal el 13 de enero del 2003, los perjudicados e interesados que tengan capacidad pueden presentar la acusación particular desde el inicio de la instrucción fiscal hasta la finalización de la misma.

Asimismo, de acuerdo a los preceptos Constitucionales siempre debe estar debidamente motivada y fundamentada la prisión preventiva, con el suficiente sustento legal, de conformidad a lo que dispone el Art. 24 numeral 13 de la norma fundamental

EN LOS DELITOS DE ACCION PÚBLICA DE INSTANCIA PARTICULAR.-

Esta clase de delitos de acuerdo al Registro Oficial No. 734 de fecha 13 de enero del 2.003, en que se reformó el Código Procesal Penal, únicamente son los siguientes: 1.- Revelación de Secretos de fábrica; y, 2.- Estafa y otras defraudaciones.

A diferencia de los delitos públicos de instancia oficial, los de acción pública de instancia particular son conocidos solamente previa denuncia del ofendido a las autoridades que principia con la denuncia ante el fiscal o la policía judicial.

CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, indica que denuncia es ⁵¹ “el acto por el cual se da conocimiento a la autoridad, por escrito o verbalmente, de un hecho contrario a las leyes, con el objeto de que esta proceda a su averiguación y castigo”.

La denuncia es la manifestación de una persona que conozca del comedimiento de un delito o que sea víctima del mismo cuando tenga conocimiento la policía judicial, de inmediato deberá remitir al fiscal, quien es el facultado para su reconocimiento con las pruebas y diligencias necesarias, "La denuncia será publica" Art. 44 del Código de Procedimiento Penal.

No todas las personas tienen capacidad para denunciar dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, no se admite las denuncias de descendientes contra ascendientes, esto significa de hijos contra los padres, de ascendientes en contra de descendientes, de padres en contra de los hijos, de los cónyuges uno en contra del otro, de hermano en contra de hermano, con excepciones en los siguientes casos: a) Los previstos en la ley de la mujer y la familia; y, b) Cuando entre ofendido e imputado exista uno de los vínculos de ascendientes en contra de descendientes y viceversa, los cónyuges uno en contra del otro, entre hermanos entre sí; esta excepción para denunciar

⁵¹ Cabanellas De Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Pág. 92.

se efectiviza cuando por ejemplo ha existido violación de padre en contra de su hija, la tentativa de asesinato de un cónyuge en contra del otro, el robo de los bienes de un hermano en contra del otro, la estafa entre padres e hijos, etc. Es por ello que el Art. 53 del Código de Procedimiento Penal prescribe la capacidad para acusarse prohibiendo que se acusen los unos contra otros los herederos, los ascendientes, los descendientes y los cónyuges. Excluyéndose de estas prohibiciones: Los provenientes en la ley de protección de la mujer y la familia, de acuerdo a la misma son competentes los jueces de familia, los comisarios de la mujer y la familia, los intendentes y tenientes políticos, los jueces y tribunales de lo penal, determinándose de acuerdo al lugar donde se ha cometido el delito, o el domicilio de la víctima, considerándose las normas de competencia sobre la materia. La excepción de acusar o denunciarse entre parientes o familiares se encuentra establecida cuando éstos son los directamente agraviados, ofendidos o perjudicados.

“Esta prenombrada ley instaurada para proteger la violencia intra familiar, en contra de la mujer o de sus miembros, por toda acción u omisión que sea producto del maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro del núcleo familiar, considerando a los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y sus parientes hasta el segundo grado de afinidad. Estando obligados a denunciar sobre estos hechos a los Agentes de la Policía, el Ministerio Público, los profesionales de la salud donde se hagan atender las víctimas, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. Los jueces de paz que conozcan de estos casos tienen facultad para proveer a las víctimas de medidas de amparo, procediendo a la citación donde fijarán día y hora para que se cumpla con una Audiencia de Conciliación y Juzgamiento, debiendo en la emisión de la misma ordenar la practica de pericias necesarias, en caso de existir actos delictivos se enviara

el proceso al fiscal quien establecerá si es delito perseguible de oficio o de instancia particular. Y se exceptúan cuando entre ofendidos e imputados existan los vínculos que prescribe el Art. 45 de la Ley Adjetiva Procesal Penal. La denuncia presentada puede ser escrita o verbal, tratándose de la segunda esta deberá ser presentada por escrito, debiendo reconocer firma y rúbrica de la misma, así como la versión de los hechos sobre la existencia del hecho”.

EN LOS DELITOS DE ACCION PRIVADA.- El Art. 36 del Código Procesal Penal señala cuales son delitos de acción privada, y dentro de éstos no se podrá ordenar prisión preventiva, pudiendo valerse de las otras medidas cautelares de carácter real como son el secuestro, prohibición de enajenar, la retención, el arraigo; y son los siguientes: a) El estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho; b) El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor; c) La injuria calumniosa y la no calumniosa grave; d) Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio; e) La usurpación; f) La muerte de animales domésticos o domesticados; y, g) El atentado al pudor de un mayor de edad.

En éstos delitos se presenta directamente la querrela o acusación particular a la Sala de Sorteos de la respectiva Corte, para que se radique la competencia de la causa ante el juez competente.

ABRAHAM BARTOLONI FERRO, dentro de su obra el Proceso Penal y los Actos Jurídicos Procesales Penales expresa, “ querrela es el acto procesal por el cual se ejercita la acción penal por uno o mas delitos determinados contra sus indicados autores...”

MARIO EDERIGO, en su obra Derecho Procesal Penal, manifiesta:⁵² “Que querrela es el acto por la cual una persona legítimamente autorizada, ejercita la acción penal, pone en conocimiento de un juez la comisión de un delito”

⁵³ “De conformidad con estos autores la querrela es propuesta por quien se sienta ofendido directamente, para por medio de la vía judicial hacer valer sus derechos, debiendo presentar acusación particular ante los jueces para participar activamente dentro del procesamiento, cuyo procedimiento en los delitos de acción privada, tiene semejanza con una demanda que para su eficacia deberá cumplir con requisitos y formalidades establecidos dentro de nuestras leyes. Presentada la querrela el Juez deberá calificarla, asegurándose que cumpla con todos los requisitos y formalidades de ley, y caso de que faltaren mandara a completar en el plazo de tres días, misma que podrá ser propuesta "por si o mediante apoderado especial directamente ante el juez.”

El Art. 371 del Código Procesal manifiesta: “La querrela deberá ser por escrito y contendrá: 1.- Nombre y apellido, dirección domiciliaria, y numero de cédula de identidad del acusado; 2.- El nombre y apellido del acusado, y si fuere posible su domicilio; 3.- La relación circunstanciada de la infracción, con determinación del lugar y la fecha en que fue cometida; 4.- La protesta de formalizar la acusación particular una vez concluida la prueba; 5.- La firma del acusador particular o de su apoderado con poder especial, el cual deberá acompañarse. El poder contendrá la designación precisa del acusado y la relación completa de la infracción que se quiere acusar. Si el acusador no supiere o no pudiere firmar, concurrirá personalmente ante el juez y en su presencia, estampará la huella digital del pulgar derecho. Todo querellante concurrirá personalmente ante el juez para reconocer su acusación”

⁵² Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXIII, CCE, Pág. 176 y 177.

⁵³ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Art. 371, Pág. 55.

Esta clase de delitos se mandará a citar a los querellados, y una vez realizada esta diligencia el Juez señala día y hora para la realización de la audiencia de conciliación, de llegar a un acuerdo dentro de esta se cumplirá con lo que las partes convengan y se da por terminado el juicio, en caso contrario, de no existir acuerdo, concluida la audiencia se abrirá la causa prueba durante el plazo de quince días, en la que se practicarán las diligencias que estimen y pidan las partes. Cumplido este plazo el juez mandará a que se formalice la acusación por el término de tres días y con la contestación de esta se correrá traslado al acusado, para que conteste en el mismo término.

Si después de este término para formalizar, no la formalizare, el juez la declarará desierta con los mismos efectos del abandono, sin perjuicio de calificarla de maliciosa o temería de acuerdo a las tablas procesales. Contestado el traslado o en rebeldía el juez dictará sentencia en el plazo de cuatro días.

En esta clase de juicios no se ordena la prisión preventiva, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

REQUISITOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.- El Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, prescribe los requisitos que se deben cumplir para que se aplique esta medida cautelar que como manifiesta el Dr. José Gracia Falconí, el juez para ordenar esta medida cautelar de carácter personal debe estar completamente seguro que se ha cumplido con las formalidades y requisitos necesarios, estos requisitos son: 1.- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública. 2.- Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y, 3.- Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

Indicios que de acuerdo al Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO, “los denomina objetivos sin los cuales la prisión preventiva no sería jurídicamente procedente”.

Estos requisitos son esenciales, esto es, se deben cumplir para el empleo de esta medida, caso contrario será ilegal, sufriendo sanciones la Autoridad que la dictó, por violar el Art. 22 de la Constitución Política de la República Ecuatoriana, que señala "El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable".

“Atentar en contra de la buena fama y la reputación de una persona que ha estado en prisión y que después del proceso se pruebe que no tiene responsabilidad en el acto que se le imputaba, es un hecho que jamás nadie logrará resarcirle en la sociedad a parte de los daños psicológicos que le causan por que los centros de rehabilitación social ecuatorianos no cuentan con los medios suficientes para obtener el fin del encarcelamiento de las personas que infringen las leyes, sino en la actualidad se han convertido en un medio de represión en el que la ley del más fuerte es la que impera muchas de las veces convirtiéndose en la escuela de la formación para el delito. Por estos motivos es tan delicado ordenar la prisión de una persona y quien la dicta debe estar seguro que se cumpla con los requisitos que la ley establece para que no se cometa injusticias y no se obligue a una persona inocente a convertirse en delincuente por razones de sobre vivencia en los centros carcelarios del país, que lamentablemente no cumplen con el fin social para el que fueron establecidos”.

Nuestra Constitución Política establece que "Se presume inocente a toda persona mientras no se haya declarado su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada"

⁵⁴ “Como las personas pueden perder su libertad por indicios que le hagan presumir de responsabilidad de un delito como autor o cómplice, tratándose de delitos públicos, para lo que deben cumplir con estos requisitos; nuestro ordenamiento Constitucional, establece la presunción de inocencia del detenido pero que de acuerdo a los "actos cautelares singularizadamente con relación a la privación de la libertad que como prisión preventiva se regula en nuestro sistema procesal penal; que antes como medida para salvaguardar la presencia del procesado en el juicio, se considera como castigo, incluso por parte del propio juez que dicta la disposición pertinente. Que existan presunciones graves de responsabilidad del imputado que deben probarse mediante las pruebas que deben ser actuadas en la indagación previa fiscal y durante la instrucción fiscal para determinar si en verdad es procedente ordenar en contra de un ciudadano esta clase de medida”.

JOAQUIN ESCRICHE, sostiene ⁵⁵“que la presunción es la conjetura o indicio que sacamos, ya del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza; o bien, la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho para averiguar la verdad de un hecho desconocido o incierto"

“Como siendo requisito previo antes de dictar prisión preventiva la existencia de indicios graves de la existencia de un delito y la responsabilidad del encausado, también frente a estas presunciones graves se antepone la garantía constitucional que es la presunción de inocencia del imputado hasta que sea demostrada durante el proceso y

⁵⁴ Bucheli Mera, Rodrigo, El Proceso Penal en el Ecuador, Quito – Ecuador, 1991.

⁵⁵ Escriche J, Diccionario Jurídico Cabanellas, Tomo II, Edt. Heliasta, 1979.

sentenciada por un juez competente, siendo un estado jurídico la presunción de inocencia, esta una vez probada, se declara en sentencia en firme”.

INDICIOS SUFICIENTES SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DELITO DE ACCION PÚBLICA.- De acuerdo a este expresado se debe establecer indicios suficientes que hagan presumir la existencia de un delito de acción pública, que deben establecer de conformidad a las leyes procesales penales ecuatorianas; en segundo lugar que existan indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y en tercer lugar que se trate de un delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año.

⁵⁶“Al librarse una orden de prisión preventiva el juez tiene que justificar su decisión. Esta implica una serie de consideraciones jurídicas y objetivas que no pueden pasar por alto al criterio del juzgador. En primer término para ordenar esta medida de carácter cautelar es imprescindible como requisito la existencia de un delito o graves indicios de la existencia del mismo”

ABRAHAM FERRO, manifiesta: ⁵⁷“Siendo como es la prisión preventiva una institución muy representativa y significativa en un proceso penal, es evidente que uno de los requisitos para ordenarla es la certeza de la existencia de un delito, o muestras o expresiones objetivas de su indudable realización”

De acuerdo a estos autores debe existir un acto o hecho típico, antijurídico, culpable y responsable o por lo menos la presencia de indicios, que demuestren y conduzcan a deducciones o presunciones de la existencia de un delito, de la responsabilidad del imputado y que la pena sea mayor a un año, para que el juez ordene la prisión preventiva.

⁵⁶ Claria Olmedo, Jorge, Tratados de Derecho Procesal Penal, Editado por Ediar, Primera Edición, 1960, Barcelona – España, Pág. 518.

⁵⁷ Ferro, Abraham, Proceso Penal y los Actos Jurídicos Procesales Penales, Argentina, Tercera Edición.

⁵⁸ “Las circunstancias y antecedentes que teniendo relación con el delito, puedan razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de hechos determinados, para que constituya prueba plena es preciso que los indicios reúnan las condiciones siguientes: 1.- Que el cuerpo del delito conste por medio de pruebas directas e inmediatas; 2.- Que los indicios o presunciones sean varios, reuniendo, cuando menos, el carácter de anteriores al hecho y constantes con el mismo; 3.- Que se relacionen con el hecho primordial que debe servir de punto de partida para la conclusión que se busca. 4.- Que no sean equívocos, es decir que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas. 5.- Que sean directos, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que se trata. 6.- Que sean concordantes los unos con los otros, de manera que tengan íntima conexión entre sí y se relacionen sin esfuerzo, desde el punto de vista de partida hasta el fin de búsqueda. 7.- Que se funden en hechos reales y probados, nunca en otras presunciones o indicios”

De acuerdo a estas citas se establece que es un acto que guarda relación con los hechos que se investigan, existiendo probabilidades que deberán ser probadas procesalmente para la demostración del delito, que conducirá a que se ordene prisión preventiva en contra de los presuntos autores o cómplices de una infracción.

FRANCISCO CARRARA. expresa: ⁵⁹” Es cualquier hecho que sirve para indicar otro hecho, de modo que en el Derecho Penal se llame indicios a aquellas circunstancias que aun cuando no constituyen en sí mismas el delito lo revelan, sin embargo por una determinada relación que puede existir entre esas circunstancias y el hecho criminoso que se investiga. Todo indicio prescribe nuestra ley procesal a de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador del cual el funcionario infiere

⁵⁸ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, 1953, Tomo II, Edt. Viracocha, Pág. 366 y 367.

⁵⁹ Benthán, Jeremías, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XV, Pág. 487.

lógicamente la existencia de otro”. “Los indicios son los hechos conocidos que se desprenden de un acto criminal que se pudo producir, de acción pública que debe ser investigado por las autoridades, que determinan la aplicación de una medida preventiva para asegurar el cumplimiento de la responsabilidad sobre el hecho investigado”. "Todo hecho que guarda relación con otro puede ser llamado indicio o circunstancia".

INDICIOS CLAROS Y PRECISOS DE QUE EL IMPUTADO ES AUTOR O COMPLICE DEL DELITO.- El Art. 24 de la Constitución Política de la República, en el numeral 7 prescribe: “Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada”. Asegurándose los derechos Constitucionales de las personas pero que entran en contra posición con el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal en su numeral 2, “Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito.” Por indicios de la existencia de un delito y la presunta responsabilidad de una persona se ordena la privación de la libertad, por sospechas, sin que su responsabilidad todavía sea probada, de conformidad con las normas legales. Ante la prisión preventiva el juez debe precisar los indicios conducentes al descubrimiento de un delito que deben ser debidamente motivados, fundamentándose en derecho, entendiéndose por indicios claros y precisos aquellos que ayudan al Administrador de Justicia a formar un criterio de que el imputado puede tener responsabilidad como autor o cómplice.⁶⁰“El Juez debe tener cuidado en cada caso particular; debe analizar al hombre, al acusado, las circunstancias del hecho y la alarma que ha causado, para decir entonces privo o no privo la libertad del acusado”

⁶⁰ BENTHAN, Jeremías, Enciclopedia Jurídica OMEBA.- Tomo XV.- Pág. 487

Por lo que varias evidencias pueden conducir a los indicios y éstos a las presunciones de responsabilidad del imputado, llevado a concluir que el hecho desconocido es cierto, siendo una conjetura hipotética derivada de varios indicios.

Es decir que, hay que estar claros que con el recogimiento de las evidencias, nos llevan a tener indicios, y el conjunto de indicios a las presunciones y posteriormente a tener la certeza sobre la culpabilidad de un imputado, al cual en estas circunstancias se le impondrá la pena correspondiente.

CAFERRETA, expone ⁶¹"la presunción en sentido propio es una norma legal que suple en forma absoluta la prueba del hecho, pues lo da por probado si se acredita la existencia de circunstancias que basan la presunción." Se debe probar mediante las pruebas que se contemplan dentro del Código de Procedimiento Penal, el grado de responsabilidad que tienen los imputados, y no es suficiente tener la convicción que haga presumir la existencia y responsabilidad de un delito para que este sea prueba absoluta, nunca se puede hablar de prueba absoluta si no ha sido probado verdaderamente.

“El daño moral que se causa a una persona que ha estado en la cárcel sin probarle si es o no culpable es irreparable, es una sombra en su vida, más aun que resulte no tener responsabilidad alguna con el hecho que se le inculpaba, por este motivo los fiscales para solicitar y obtener esta medida cautelar deben estar seguros de cumplir con los elementos de convicción fundamentados en bases legales, para evitar atropellos en contra de los ciudadanos por encarcelamiento improcedente. Como es facultativo de los jueces penales confirmar la prisión preventiva o de revocar la misma, los jueces antes de adoptar esta medida tienen que apreciar claramente los indicios en

⁶¹ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y Las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito – Ecuador, Pág. 122 y 123.

conjunto, en relación con las evidencias que se tengan de la investigación de el presunto delito”.

QUE SE TRATE DE UN DELITO SANCIONADO CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO.- La legislación ecuatoriana dispone en el Art. 173 del Código de Procedimiento Penal: "No se puede ordenar la prisión preventiva en los juicios por delitos de acción privada, en los que no tengan prevista pena privativa de libertad, ni en las infracciones que se sancionen con una pena que no exceda de un año de prisión, independiente de la pena que pueda imponerse en la sentencia."

⁶² “En los casos de condena por primera vez, si es causada por un delito sancionado con una pena cuyo máximo no exceda de seis meses de prisión correccional o por un delito al que solo se aplique multa, los jueces podrán ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena”. ⁶³ “Mientras en el Código Adjetivo Procesal Penal no procede dictar auto de prisión preventiva por una infracción que no exceda de un año, se contradice en el Código Sustantivo Penal. En consecuencia si consideramos que la pena de corta duración es negativa, mucho más lo será la prisión preventiva cuando se trata de delitos enlazados con penas cortas de duración, por lo que si estos deben ser eliminados del catálogo de los delitos, con mayor razón debería evitar la prisión preventiva en el caso de la comisión de dichos delitos.”

⁶⁴ “En caso de que se aplicaría esta medida preventiva en los delitos de penas cortas o sancionadas con multas, se encontrarían detenidos ilegalmente hasta recuperar su libertad más tiempo del que duraría la pena. La lentitud extrema de los procesos, la paralización temporal del trámite, la ineficacia comprobada de las acciones del Tribunal, desnaturalizan la escénica de la garantía procesal, ya que en ese caso, la

⁶² Código Penal Ecuatoriano

⁶³ Zabala Baquerizo, Jorge, El Proceso Penal, Edino, Cuarta Edición, Guayaquil – Ecuador, Pág. 205.

⁶⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, El Derecho a la Libertad en el Proceso Penal, Edt. Menesis, Pág. 66.

prisión preventiva deja de ser un medio de aseguramiento de los fines del proceso, y pasa a ser una mera retención de la persona del sospechado que no cumple finalidad alguna"

Si en virtud de estos delitos se dictare esta medida cautelar preventiva, por parte de juez, se puede presentar el Recurso de Apelación ante el Superior, quien deberá revocar el mismo o confirmar su aplicación si existen los requisitos, la motivación debidamente fundamentada con las bases legales pertinentes, para su aplicación.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE PRISION PREVENTIVA Y DETENCION.- La detención es otra medida cautelar de carácter personal que de acuerdo a LEVENE H. RICARDO, la determina ⁶⁵"por su carácter de irreparable y la gravedad que implica, solo se efectúa cuando existe una vehemente doctrina y los últimos proyectos sostienen la necesidad de limitar la presunción de culpabilidad evitando en lo posible el error. Para eso es la detención". ⁶⁶ "Debiendo existir indicios suficientes que una persona tiene responsabilidad, con el delito, para asegurar las pruebas que puedan desaparecer, evitando que los presuntos autores se separen del lugar cuando en el momento de cometer un delito existan más de dos personas y no se puedan individualizar las responsabilidades y el actor del hecho."

En la actualidad se aplica a solicitud del fiscal con el fin de investigar un delito público, que debe contener: 1.- Los motivos de la detención. 2.- El lugar y la fecha en que se lo expide; y 3.- La firma del juez competente.

Esta orden se entregará a un agente de la policía judicial, quien se encarga de detener al investigado, de acuerdo a las normas legales, ésta medida durará solamente veinticuatro horas tiempo en el cual deberán ser puestos a ordenes de del juez, quien de

⁶⁵ Levene H., Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Bibliográfica Argentina – Buenos Aires, 1967. Pág. 261.

⁶⁶ Ibídem

existir méritos a solicitud del representante del Ministerio Público, dictará orden de prisión preventiva, o caso contrario deberán ser puestos en libertad cumplido este plazo; en la actualidad no se cumple con este precepto Constitucional, ya que existen en las cárceles ecuatorianas varias personas que se encuentran con esta medida cautelar durante mucho tiempo detenidos y sin que exista fórmula de juicio o se haya iniciado la instrucción fiscal en contra, y aun de interponer las acciones de amparo de libertad o hábeas corpus, éstos se tramita con gran lentitud atentando los Derechos Humanos y Constitucionales. La persona detenida tiene el derecho a conocer el motivo de su detención, el juez que la dicto, y a llamar a una persona de confianza o de su abogado defensor.

a.- SEMEJANZAS: 1.- La prisión preventiva y la detención son medidas personales, las dos son ordenadas por el Juez competente, cumpliendo ciertos requisitos para su validez legal. 2.- Son medidas excepcionales de privación de la libertad, impuestas a las personas vinculadas con un delito. 3.- La finalidad de estas medidas es la de asegurar se cumpla con la responsabilidad de los supuestos infractores de la ley, para que de acuerdo a un proceso se pruebe el delito y la responsabilidad de los implicados.

b.- DIFERENCIAS: 1.- La detención es un acto extra procesal, ordenado con el objeto de investigar un delito público, siendo la base para la iniciación de la instrucción fiscal; la prisión preventiva es una medida procesal por naturaleza. 2.- La detención es la privación de la libertad de forma temporal, ordenada en contra de quien se establezca presunciones de responsabilidad obteniendo su excarcelación si no existen méritos para que se aplique la prisión preventiva que recae sobre la persona contra quien existen presunciones claras y precisas extraídas de los indicios procesales, de la presunción de

ser autor o cómplice, de un delito. 3.- En cuanto al tiempo de duración, la detención dura veinticuatro horas y la prisión preventiva dura seis meses cuando se trata de delitos sancionados con prisión y de un año cuando se trate de delitos sancionados con reclusión, o cuando subsistan los presupuestos que la iniciaron.

De todo esto, concluiremos manifestando que la prisión preventiva en una medida cautelar personal de excepción, que solo se la deben dictar los jueces o tribunales competentes, bajo dos motivos fundamentales, conforme lo prescribe el Art. 167 de nuestro Código Procesal Penal: 1.- Para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o al juicio, es decir, para que este presente en la etapa del juicio; y, 2.- Para asegurar el cumplimiento de la pena, en el caso de que el imputado o acusado, sea hallado culpable y se le imponga una pena.

Con esta visión jurídica, entonces diremos que tiene sentido y lógica el mandato constitucional y jurídico de la presunción de inocencia, por que caso contrario, si el imputado ya esta pagando una pena anticipada sin haber sido condenado, se estaría vulnerando gravemente los derechos fundamentales y humanos de las personas. Tengo la seguridad y la certeza de que cuanto más nos adentremos a la plena vigencia del sistema procesal acusatorio, se respetarán éstos derechos, ya que cambiará de a poco la manera de pensar no solo de las personas involucradas en el que hacer de la administración de la justicia, sino de la sociedad en general, lo que conllevaría a la observancia plena de estos derechos y consecuentemente a manifestar que vivimos en un estado derecho, en donde se respete a las personas por el simple hecho de ser tales, sin diferencias ni discrimenes de ningún tipo, en donde quien transgreda las leyes serán efectiva y personalmente responsables por los mismos, pero previa a un procedimiento

con observancia y respeto a las normas del debido proceso, a los derechos humanos, la constitución y la ley.

En definitiva manifestaré que para dictar una prisión preventiva y privar de la libertad a un semejante, se debe tener la medida, conocimiento, probidad, sentido de proporcionalidad y justicia suficientes, prolijidad y cautela, ya que hay que recordar que para ser Juez, el primer requisito es ser, un ser humano.

Estimo que para ser Juez Penal, ya sea de primer nivel, o de fuero de Corte Superior o Suprema, se deberían elegir a los mejores y destacados profesionales del derecho, con conocimientos suficientes en materia penal, procedimiento penal y la constitucionalidad de nuestro país, únicamente así garantizaremos el respeto a los derechos de las personas. Además, estimo que como sucede en otros países, el Juez debe tener inmunidad en sus decisiones judiciales, para garantizar el principio constitucional de independencia, ya que puede suceder que si un fallo, cualquiera que éste sea, simplemente no les agrade al acusador particular, al ofendido o imputado, o a la propia fiscalía, entonces se podría atentar contra el Juez que dictó el fallo, ya presentando una improcedente queja o ya proponiendo o iniciando una instrucción por el delito de prevaricato. Por lo que ante esta posibilidad, debe previamente el Consejo de la Judicatura, después del respectivo proceso administrativo y de haber mérito, podría imponer la sanción que corresponda y levantar la inmunidad del Juez. Asimismo deberían gozar de inmunidad los fiscales, y ésta ser levantada por el Consejo de Fiscales, por justa causa luego del expediente administrativo correspondiente, órgano que se lo debería crear con fiscales en funciones y no administrativos, además sería el organismo para autorizar y juzgar a la más alta autoridad del Ministerio Público, en caso de cometimiento de delitos, lo que llenaría el vacío actual del Código Procesal Penal.

CAPÍTULO III:

LA SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:

ARRESTO DOMICILIARIO, LA OBLIGACIÓN DE PRESENTARSE PERIÓDICAMENTE ANTE EL JUEZ O TRIBUNAL O ANTE LA AUTORIDAD DESIGNADA, LA PROHIBICIÓN DE SALIR DEL PAÍS, DE LA LOCALIDAD EN LA CUAL RESIDE O DEL ÁMBITO TERRITORIAL QUE FIJE EL JUEZ O TRIBUNAL.

En el Ecuador no se ha respetado a plenitud los derechos de sus habitantes en cuanto se refiere a la libertad perdida por causa de una orden de prisión preventiva, que es una medida cautelar para asegurar la presencia del imputado a la etapa de juicio para que sea responsable por el supuesto delito que haya cometido, más por causa de una deficiente aplicación por las autoridades competentes no se ha respetado sus plazos, sus formalidades, o los requisitos exigidos para que sea legal su aplicación; todo lo que ha llevado a que se busque y acoja las formas alternativas de prisión en el derecho comparado, para asegurar la comparencia del encausado a juicio, por lo que se establece dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal las siguientes formas substitutivas de la prisión preventiva: 1.- El arresto domiciliario, con vigilancia policial que el juez o tribunal disponga; 2.- La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;

y, 3.- La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal.

Esta sustitución de la prisión preventiva por estas medidas alternativas se dará solamente cuando no exista reincidencia y el delito no sea sancionado con prisión mayor de cinco años, en los casos que se traten de personas mayores de sesenta y cinco años, de mujeres embarazadas y hasta noventa días después del parto sea cual fuere el delito se aplicará el arresto domiciliario.

3.1.- ARRESTO DOMICILIARIO:⁶⁷ “Se puede sustituir la prisión preventiva por medio de esta medida, cuyo objeto es la de contar con la presencia física del imputado que guarda arresto no dentro de un centro carcelario, sino en su domicilio, que es custodiado por agentes de la policía, del mismo que no puede salir más que con autorización del juez, caso contrario cabría la prisión preventiva, el personal de la policía encargado de la custodia deberá informar a la autoridad que ordeno el arresto domiciliario periódicamente de la situación del sindicado.”

Para mejor entendimiento de este importante tema y su mejor ilustración se consigna un breve recuento de las últimas reformas realizadas en consideración a su aplicación; así tenemos: En el Registro Oficial No. 379, de lunes 30 de julio del 2001, se aplica esta medida expresada de la manera siguiente:⁶⁸ “Que mediante Decreto Ejecutivo No.- 1385, publicado en el Registro Oficial 390 el 16 de diciembre de 1982, se dictó el Reglamento General de Aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; Que habiendo transcurrido más de dieciocho años de la vigencia de dicho reglamento, en nuestra normativa jurídica se han introducido profundos

⁶⁷ Revista Judicial.

⁶⁸ Registro Oficial No. 379, Quito 30 de Julio 2001, Pág. 2.

cambios en la Constitución Política, y en las leyes penales, de Procedimiento Penal, de Ejecución Penal y de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; que entre los cambios sustanciales que introduce la Constitución Política vigente, en el segundo inciso del artículo 208 se establece que los centros de detención pueden ser administrados por instituciones privadas sin fines de lucro, supervisadas por el Estado; por otra parte, en el numeral 3 del artículo 24 se dispone que "Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado", y el numeral 8 del mismo artículo establece la caducidad de la prisión preventiva; y por último en el tercer inciso del artículo 18 de la Constitución se dispone que "no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos". Que en un afán de controlar el abuso de la prisión preventiva, el Art. 167 de nuevo Código de Procedimiento Penal establece restricciones para dictar dicha medida cautelar y en el numeral 1 del artículo 171 del mismo Código se establece el arresto domiciliario como medida cautelar sustitutiva a la prisión preventiva;..."

De acuerdo a esta cita se instaura, como alternativa a los graves perjuicios morales, económicos y psicológicos que causa la prisión preventiva, el arresto domiciliario, pero que fue cuestionado por partidos políticos, por varios analistas y juristas ecuatorianos en cuanto a su constitucionalidad, puesto que como consta en los Arts. 33 y 34 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de Aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social que manifiestan: Art. 33 " Sin

perjuicio de lo establecido en el nuevo Código de Procedimiento Penal, los valetudinarios, enfermos incurables, y quienes ejerzan o hayan ejercido las funciones de Presidente de la República, Vicepresidente de la República, Presidente del Congreso Nacional, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Presidente del Tribunal Constitucional y Presidente del Tribunal Supremo Electoral, cumplirán la prisión preventiva y la condena en su casa en su domicilio habitual o residencia y desarrollarán sus actividades controladas por el Director del Centro de Rehabilitación Social de su jurisdicción”. Art. 34.- “Para controlar el cumplimiento del arresto domiciliario, así como para ejercer la custodia y vigilancia de detenidos que se encuentren enfermos en centros de salud, unidades terapéuticas de tratamientos de toxicómanos o enfermos mentales, unidades especiales administradas por instituciones privadas sin fines de lucro supervisadas por las autoridades del sistema penitenciario y así como los detenidos en régimen de prelibertad, además de la vigilancia policial se podrá ejercer el control y vigilancia con el personal especializado de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, con personal especializado de empresas de seguridad privada legalmente reconocidas y calificadas por los órganos competentes del Estado, e inclusive mediante la utilización de dispositivos electrónicos que garanticen debidamente dicho control y vigilancia.”

De los artículos anteriormente emitidos versan los criterios de destacadas personalidades en el ámbito nacional, como de los señores:

Ex presidente Rodrigo Borja Cevallos asegura que ⁶⁹ “el nuevo reglamento busca favorecer directamente la corrupción. Se esta dando patente de corzo a todos los presidentes y vicepresidentes para que sean deshonestos y pueden empuñar los fondos

⁶⁹ Borja, Rodrigo, Nota del Diario El Comercio 2 de agosto 2001.

públicos, a sabiendas de que jamás irá a la cárcel." El gobierno asegura que el reglamento busca que el país "se ponga a tono con la legislación de la región". Borja asegura que detenciones domiciliarias de ex mandatarios como el de Chile y Argentina - Augusto Pinochet y Carlos Menem, responden a su edad y no al cargo que cumplían".

En el diario Hoy se publicó una nota emitida por el Dr. Ernesto López quien señala: ⁷⁰"precisa que se está creando un privilegio, una excepción que no establece la ley, y no puede ser creado por reglamento". El artículo 171 de la constitución señala que el presidente debe expedir los reglamentos "para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas o alternarlas." El reglamento también faculta ordenar arresto domiciliario para ancianos y enfermos incurables. "Si fuere para presidentes ancianos e incapaces podría estar bien, pero si es para gente que todavía tiene que responder al país, no cabe: Eso es con dedicatoria y está muy claro" señala el constitucionalista Luis Alberto Araúz "Si quieren proteger a ex presidentes, tiene que establecerse una ley para eso y no dentro de un reglamento", señala. López agrega que, a más del aspecto jurídico, se están generando mecanismos para consolidar la impunidad en los altos niveles."

El Dr. José Gallardo, en Quito señala "Todas las leyes hechas por personas de poder. Y ellas miran obviamente, los intereses de su clase e incluso los intereses de las generaciones que vendrán para que sus familias no salgan perjudicadas. Las últimas reformas permitirán que personas como los ex presidentes Abdalá Bucaram, Jamil Mahuad, el ex vicepresidente Alberto Dahik, y los banqueros regresen al país, a pagar una condena con arresto domiciliario o vigilancia policial".

El Dr. Luis Antonio Arzube, en Guayaquil expone ⁷¹ "Absolutamente no cabe por que está limitado exclusivamente a aquellos imputados que hayan cometido delitos

⁷⁰López, Ernesto y Arauz, Luis Alberto, Nota del Diario Hoy, 2 de agosto 2001.

⁷¹ Gallardo, José y Arzube, Luis Antonio, Notas del Diario Hoy 3 de agosto 2001.

o se les atribuya delitos que están sancionados con una pena de hasta cinco años de prisión. Tengo entendido, por que no he leído el proceso, que el delito por el cual a él se le persigue tiene una gravedad mayor que es con pena de reclusión, por un lado y con penas de mayor número de años, cinco, por otro, arresto domiciliario. Por lo tanto, esa norma no está en el Reglamento que ha expedido el Ejecutivo, sino en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal que tiene 20 días de vigencia. Entonces no se puede dar un retorno de Bucaram desde Panamá al Ecuador. Absolutamente no. El ha dicho que si puede retornar, pero para él es lamentable no tener toda la información a la mano”.

“Muchas fueron las críticas en contra del decreto del Presidente Gustavo Novoa Bejarano, cuya denuncia de inconstitucionalidad se presentó ante el Congreso Nacional, que resolvió dejar sin efecto para la parte considerativa de esta ley que expresa que los ex presidentes y vicepresidentes de cualquier edad, cumplan la prisión preventiva y la condena en sus casas y estos realicen sus actividades debidamente controlados por órganos especializados”.

De la Nota tomada del diario el Comercio de la ciudad de Quito, el Dr. Marco A Román expresa con el siguiente título:

⁷²“ECHARON ABAJO EL ARRESTO DOMICILIARIO” Luego de casi dos meses de debates, audiencias y expectativas políticas, el pleno del Tribunal Constitucional declaró inaplicable el artículo 33 de la reforma al reglamento del Código de Ejecución de Penas, que facultaba el arresto domiciliario a los ex presidentes de la República que sean enjuiciados. La votación tuvo como característica principal el hecho de que cuatro de los nueve vocales (Carlos Heloux, Hernán Rivadeneira, Guillermo

⁷² García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y Las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito – Ecuador, Pág. 200 – 221.

Castro y René de la Torre), decidieron abandonar la sesión ante la negativa del Presidente del Tribunal Marco Morales de invitar a audiencias al Ministro de Defensa, Hugo Unda, y al Procurador Ramón Jiménez. "La resolución se la tomó por unanimidad de los cinco vocales que se encontraban al momento de la votación", explicó Marco Morales que, junto con Hernán Salgado, Luis Chacón, Luis Mantilla y Oswaldo Cevallos, ratificaron que el PSC, y la ID, caminan juntos en determinadas posiciones políticas. BASES JURIDICAS. La resolución de inconstitucionalidad tiene como fundamento jurídico el precepto determinado en la Carta Magna (Art. 208 de acuerdo con el cual todas las personas que cometen delitos comunes deberán guardar prisión en una de las instituciones del Estado). El otro sostén jurídico se basa en el artículo 23 de la Constitución Política de Estado según el cual todos los ecuatorianos somos iguales ante la ley. "Desde el 8 de agosto en que llego la demanda a trámite hemos cumplido con todas las audiencias pertinentes dijo Marco Morales dando a entender que el pedido de los vocales rebeldes no procedía". De esta forma el acuerdo político que lograron el gobierno y los Roldosistas se vino abajo como un castillo de naipes, pero en la votación del Tribunal se comprobó que la DP, el Gobierno, y el PRE, mantienen un cuasi entendimiento".

⁷³ "Si bien es cierto que las cárceles están llenas de detenidos y que el encierro carcelario de ninguna manera, ayuda a reducir los indicios delictivos, que mas bien se han convertido en escuelas de perfeccionamiento del crimen, es de gran ayuda para una perfecta rehabilitación una media substitiva de la prisión preventiva como el arresto domiciliario, más no que se haya pensado dar privilegios a los ex funcionarios de Estado que se encuentren enjuiciados para que guarden prisión preventiva o cumplan su

⁷³ García Falconí, José Carlos, La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y Las Otras Medidas Cautelares, Primera Edición, Quito-Ecuador, Pág. 179 y 180.

sentencia en sus casas, quedando la sanción para éstas personas de forma simbólica e irrisoria dando albedrío a los mandatarios para que delincan por que sus delitos quedarán en la impunidad, más aun que se debe tener en cuenta las normas escritas en la Constitución Política de la República que manifiestan: la igualdad ante la ley, Art.23, numeral 3, pese que el presidente de la República tiene la potestad de dictar los reglamentos para que se pongan en práctica las leyes, esos reglamentos no pueden contravenir ni alterar la ley según el Art. 171 de la Constitución, el Art. 208 inciso tercero y ultimo de la Carta Política establece que la prisión provisional y prisión con condena se cumplirá en un Centro de reclusión del Estado, por estos fundamentos legales es imposible que se trate de dar privilegios a ex mandatarios y ciertos funcionarios de Estado, siendo inaplicable el Art. 33 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de Aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, para estas personas, siendo aplicable cuando el delito cometido no exceda de cinco años y que no haya sido condenado con anterioridad, de manera general sea cual fuere el delito para las siguientes personas: 1.- Cuando el imputado sea mayor de sesenta y cinco años de edad. Por considerarse que son personas de la tercera edad, cuya peligrosidad se ve disminuida, que por su avanzada edad, su salud biológica y física puede verse afectada si cumplieran el arresto dentro de las cárceles comunes. "...Para que proceda ésta debería ser necesario el estudio de la personalidad del imputado y de la naturaleza y modalidades del hecho punible que llevan a criterio del juez la conveniencia de cambiar el arresto domiciliario, esto es el juez debería considerar la seguridad de la conveniencia, cuestión que no lo exige nuestra ley."

⁷⁴ “Comparto el criterio del autor de la obra citada, puesto que se debe considerar la conveniencia de acuerdo a la gravedad del delito cometido así como la alarma que pueda haber causado en la sociedad, para que de acuerdo a este análisis se determine si es o no conveniente sustituir esta medida por la prisión preventiva a las personas que tengan edad avanzada. 2.- Cuando se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. La legislación ecuatoriana prescribe que una mujer embarazada de manera imperativa no puede estar arrestada, tampoco tener el parto dentro de prisión, por no contar las cárceles con la infraestructura adecuada, como es la atención médica, higiénica, alimenticia, necesaria para el recién nacido o de la madre embarazada. Este beneficio abraza también a la madre hasta después de 90 días de dar a luz, tomándose en consideración solamente el aspecto de estar embarazada y de dar a luz. Una vez que se haya cumplido el tiempo establecido la madre imputada debe nuevamente ser conducida a la prisión, que deberá cumplirla dentro de un Centro de Rehabilitación Social dispuesto para estos efectos. 3.- Cuando se trate de una persona que tenga enfermedad grave e incurable. En cuanto se refiere a la sustitución de la prisión preventiva por esta medida alternativa existe confusión puesto que se habla de enfermedad grave y no se determina si es o no incurable, más aun que dentro del Código de Procedimiento Penal se refieren a que se acogerán a esta medida sea cual fuere el caso los imputados de más de sesenta y cinco años de edad y las mujeres embarazadas y hasta 90 días después del parto, pero no menciona a los enfermos graves, pero los enfermos incurables y valetudinarios, pueden cumplir la prisión preventiva y la condena en su lugar habitual o residencia desarrollando sus actividades, que serán controladas por el Director del Centro de Rehabilitación Social, según lo prescribe el

⁷⁴ *Ibíd.*

Art. 33 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de Aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, publicado en el Registro Oficial No. 379 del 30 de julio del 2001”.

Como se había expresado al inicio de este capítulo que existe falta de aplicación y observancia a las garantías de los ciudadanos que han perdido su libertad, por abuso de las autoridades competentes a continuación expongo uno de los muchísimos ejemplos de estas violaciones y la falta de aplicación de las normas legales prescritas:

⁷⁵ “TRIBUNAL PENAL.- septiembre 05 del 2002 a las 14h15.- VISTOS: ...SEXTA.- Con la firme convicción que se encuentra fehacientemente comprobada conforme a derecho la existencia material de la infracción y con certeza la responsabilidad penal del acusado de conformidad con lo dispuesto por los Atr. 250 y 252 del Código de Procedimiento Penal y las reglas de la sana crítica; este Tribunal Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara a VICTOR T., ecuatoriano, de 69 años de edad, de estado civil soltero, agricultor, domiciliado y residente en Santa Cecilia, autor del delito de asesinato tipificado y reprimido por el Art. 42, numeral 1 y 4; 57 inciso primero; 51 numeral 5o del mismo Código, numeral 2 del Art. 24 de la Constitución Política de la República y le condena a la pena remplazada de CINCO AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL la cual la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social donde se encuentra detenido, debiendo imputarse a su favor el tiempo que estuviere privado de la libertad por esta causa, pena que lleva inmersa la suspensión de los derechos de ciudadanía del reo por un tiempo igual a la de la condena de conformidad con lo previsto por los Art. 59 y 60 Ibíden. Así como al pago de daños y perjuicios

⁷⁵ Archivos del Centro de Rehabilitación Social Quito No.2

ocasionados por la infracción ante el juez civil competente. Sin costas. LEASE Y NOTIFIQUESE.-"

Si bien es cierto aplican la norma del artículo 57 del Código Penal que impide que se imponga una pena de reclusión al mayor de sesenta años cuando haya cometido un delito sancionado con reclusión de otra parte no se aplica el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal en su parte final que expone, cualquiera que fuere el delito cuando sea que una persona mayor de sesenta y cinco años de edad guardara prisión preventiva e incluso con la reformas del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de Aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, en su Art. 33, dispone que la sentencia cumplirán en su domicilio, lo que observamos no se aplica.

3.2.- LA OBLIGACIÓN DE PRESENTARSE PERIÓDICAMENTE ANTE JUEZ O TRIBUNAL O ANTE LA AUTORIDAD DESIGNADA. Una posible forma de que una persona obtenga la libertad bajo palabra por la pobreza que atraviesa como una alternativa para que se sustituya la prisión preventiva es esta medida para lo que deberán cumplirse con requisitos como son que el delito por el que se le imputa no sea sancionado con prisión mayor de un año, pruebe buena conducta anterior y los ánimos por rehabilitarse, que ostente profesión, oficio, o alguna forma con la que pueda sostenerse o sostener a su familia, para que no sea una carga a la sociedad sino un hombre productivo, que no haya sido sentenciado anteriormente, ni tenga causa pendiente o alguna otra dependencia legal, en la actualidad existe otras alternativas como son:

La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que él designe.- Que de acuerdo al artículo 171, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, dispone que la prisión preventiva puede ser sustituida por la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que estos designen, un claro ejemplo cuando se rinde caución en cualquiera de sus formas con las formalidades y requisitos exigidos por la ley, ateniéndose incluso a lo que dispone el artículo 187 de la misma ley citada; para que el juez conceda esta medida alternativa deben cumplirse primero los siguientes requisitos: 1.- Que el delito por el que esté siendo juzgado no sea sancionado con prisión que exceda de cinco años. 2.- Que el imputado demuestre honorabilidad y que no haya sido sentenciado por otro delito anteriormente. Para cumplir con este último requisito deberá probarlo con certificados conferidos por los juzgados y tribunales penales, que certifique que no tiene causa pendiente ni ha sido sentenciado por ningún delito.

Se debe aclarar que la fase de pre-libertad o libertad asistida es diferente a la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal, la primera se concede a los sentenciados y concedida por el Director del Centro de Rehabilitación Social, la segunda es concedida por los jueces a la orden de prisión preventiva.

El Dr. JOSE ROBAYO CAMPAÑA, en relación a la libertad controlada manifiesta: ⁷⁶"Se denomina así a la fase del tratamiento de rehabilitación social mediante la cual el interno convive en su medio natural (familiar), bajo la supervisión del régimen penitenciario. Este beneficio es concedido por el director del respectivo centro de rehabilitación social. Con el beneficio de la libertad controlada el sentenciado pasa a vivir en libertad con su propio medio social; mientras dure el tiempo de la

⁷⁶ Robayo Campaña, José, Manual Práctico del Sistema Penitenciario Ecuatoriano, 1994, Primera Edición, Quito-Ecuador, Pág. 48.

condena se encuentra protegido por el régimen carcelario, que le controla tanto el proceso de readaptación al medio como el avance de su rehabilitación; con tal propósito el sentenciado esta obligado a presentarse periódicamente ante las autoridades de policía o del respectivo Centro de Rehabilitación Social"

La Fase de la libertad controlada que es parte de la supuesta rehabilitación social que se lleva a cabo dentro de los Centros de Rehabilitación Social, cuyas características, procedimiento, requisitos y formalidades se encuentran establecidas a partir del artículo 36 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de Aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.

3.3.- LA PROHIBICIÓN DE SALIR DEL PAÍS, DE LA LOCALIDAD EN LA CUAL RESIDE O DEL ÁMBITO TERRITORIAL QUE FIJE EL JUEZ O TRIBUNAL. Esta forma de arraigo obligará al imputado a no salir del país, o tratándose de casos extremos a abandonar la ciudad donde se encuentre ubicada su residencia, sin autorización judicial.

La Constitución Política de la República establece en el artículo 23 numeral 14 que: " La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por juez competente, de acuerdo con la ley."

En el artículo 171 en el numeral 3 se establece como medida sustitutiva a la prisión preventiva "La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal," de lo que tenemos como característica particular que debe ser ordenada por el juez competente que conozca de la causa y como requisitos que la sanción del delito cometido no debe exceder de cinco años, demostrar

el imputado que no ha sido sentenciado anteriormente ni tiene causa pendiente en los juzgados y tribunales penales.

En cuanto a estas medidas sustitutivas de la prisión preventiva, estimo que si bien al momento en las diferentes judicaturas no se las está generalmente aplicando, en algunas ya se está concediendo el arresto domiciliario, la obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o la prohibición de salir del país.

Si bien es cierto que nos enfrentamos a graves problemas, cuando se dispone el arresto domiciliario en casos relacionados con violación a la ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, pese haber la orden del Juez, simplemente por parte de la policía de antinarcoóticos no se cumple, señalando en primer lugar que no tienen disponibilidad de personal para realizar el respectivo arresto, y segundo, que deben cumplir sus actividades específicas, lo que ha llevado inclusive a que mujeres en días de dar a luz se encuentren detenidas y posterior a su alumbramiento, lo cual considero una transgresión de los derechos humanos de éstas personas.

El mismo problema tenemos con la policía judicial, del poco personal con que cuenta para estos efectos, pero el hecho cierto es que si bien los jueces disponemos la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, éste no ha sido cumplido por las autoridades policiales respectivas. Por lo que en casos de humanidad y justicia, nos hemos visto precisados, de conformidad con la ley, a no disponer la sustitución de arresto domiciliario, sino a disponer que se presenten cada semana en la Secretaría de nuestras judicaturas o de las Comisarías de Policía, según el caso, y ordenar que el actuario sienta la razón correspondiente y lleve un registro del mismo, con lo cual hemos logrado un avance significativo en el respeto a los derechos fundamentales de las personas

Pero si es de manifestar que por lo general, ni los fiscales piden las medidas alternativas a la prisión preventiva, como tampoco los abogados defensores, por lo que estimo que sería conveniente informar a los profesionales del que hacer de la justicia sobre los beneficios de estas instituciones jurídicas, lo cual sin duda alguna, contribuiría a descongestionar las cárceles de nuestro país, y a que en definitiva se respete el principio de inocencia de las personas, de la observancia de la normativa legal y constitucional y a la vigencia plena de los derechos humanos y consecuentemente de la seguridad jurídica de un estado de derecho.

CAPÍTULO IV:

4.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. De todo lo analizado y descrito en la presente Tesis, se pueden llegar en forma natural y fluida a las siguientes:

4.1.- CONCLUSIONES:

1.- La prisión preventiva ha ido cambiando de acuerdo a las necesidades de la sociedad, en esta investigación se ha analizado como fueron las primeras formas y la aplicación de ésta medida que era ordenada en contra de los infractores de las costumbres de las organizaciones aborígenes; durante la etapa colonial con la introducción de nuevas leyes procedentes de la corona española, se aplicó ésta pero con grandes abusos de parte de las autoridades civiles y religiosas, sobre todo en perjuicio de las personas pobres e indígenas, quienes guardaban prisión en dependencias públicas dispuestas para éstos casos, pero que carecían de todo elemento básico para la subsistencia digna de una persona, mientras que en desigualdad las personas adineradas y poderosas podían guardar prisión dentro de sus casas o de monasterios de acuerdo como dispongan las autoridades de la época, prácticamente en esta etapa las violaciones a los derechos de los seres humanos carecían de garantías y si las existían no fueron aplicadas, este periodo fue de atraso al desarrollo jurídico de la Nación;

2.- Con la proclamación de la libertad a los países sudamericanos, se inicia otra etapa que es la republicana, en la que se consideraron los preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como son el respeto a la vida, a la libertad e

igualdad de los seres humanos, en nuestras diferentes constituciones se van adoptando garantías nuevas para los ciudadanos, llegando a proteger estas garantías a los extranjeros residentes en el Ecuador, con apego a las leyes del Estado, incorporándose nuevas instituciones dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano como es el Hábeas Corpus, el Amparo de Libertad, la prohibición de incomunicación, establecer límites a la prisión preventiva y a las causas sin fórmula de juicio o que no esté a órdenes de autoridad competente, instituciones que se instauran con el fin de garantizar la libertad privada y el respeto a los Derechos Humanos, llegando a perfeccionarse hasta la actualidad con la creación de plazos de caducidad para la vigencia de la prisión preventiva en garantía a los excesos de la autoridades que mantenían a personas detenidas por mucho tiempo en las cárceles sin sentencia, que si bien es cierto este precepto constitucional, ayudó a muchas personas inocentes a obtener su libertad; por otro lado delincuentes contumaces con manejos fraudulentos han logrado beneficiarse de esta norma, quedando sus delitos en la impunidad y burlada la justicia y la sociedad.

3.- Con la vigencia del sistema acusatorio penal, siguen existiendo falencias por parte de los operadores de justicia, y constando términos que deben cumplirse rígidamente en cada etapa del proceso, algunos ciudadanos se encuentran detenidos mucho más tiempo del debido sin que ni siquiera se haya realizado la audiencia preliminar y sea llamado a juicio o sobreseídos.

4.- Que la nueva figura de la DETENCIÓN EN FIRME, es de plena aplicación y vigencia, siendo una institución jurídica implementada por las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal, y rechazada su inconstitucionalidad,

consecuentemente, ya no puede ningún Juez o Tribunal declararla inaplicable, pues estaría actuando en contra de la ley y prevaricando, por cuanto existe sobre este tema el pronunciamiento del pleno más alto tribunal de justicia constitucional;

5.- Que la DETENCIÓN EN FIRME, es irretroactiva, siendo aplicable desde el 13 de enero del 2003, fecha en que entró en vigencia, pues así lo ha resuelto el Pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia, en la que inclusive se manifiesta que el Juez o Tribunal que este conociendo estos procesos, deben dejar sin efecto - por ineficaz - la orden de detención en firme que se hubiere dictado, inclusive las contenidas en los autos de llamamiento a juicio, y en su lugar ordenar o confirmar la prisión preventiva, así como dejarla sin efecto, cuando corresponda, por haber transcurrido los plazos previstos en el numeral 8 de Art. 24 de la Constitución Política de la República. Resolución que tiene obligatoriedad general mientras la ley no disponga lo contrario, rigiendo esto desde la referida fecha de su publicación.

Sobre esta figura jurídica de la detención en firme, hay que señalar ⁷⁷ que es una figura jurídica única, una creación ecuatoriana, pero esta figura no deja de ser prisión preventiva, lo que contraviene los preceptos constitucionales vigentes, en especial al principio de la caducidad de la prisión preventiva, al darle diferente nombre a esta prisión cuando un juez dicte auto de llamamiento a juicio, denominándole "detención en firme", pero que sigue siendo la misma prisión preventiva, constituyendo un mecanismo para burlar la constitución.

Ratifico la inconstitucionalidad de la detención en firme, pese haber el pronunciamiento del más alto Tribunal de Justicia Constitucional, ya que esta figura

⁷⁷ Fernández Piedra Luis Alberto, El Sistema Acusatorio y el Respeto a los Derechos Humanos. Quito. Junio del 2003. Pág. 69. Cuaderno Judicial Año 3, Número 7.

implementada, es una forma de eludir la caducidad de la prisión preventiva prevista en el Art. 24, numeral 8 de la Constitución, ya que en esencia sigue siendo prisión preventiva, es decir, es inconstitucional, por cuanto se encuentra en contra de esta norma constitucional que esta vigente en nuestra legislación y a los preceptos de la supremacía constitucional previsto en el Art. 272, 273 y 274 de la Ley Fundamental, y al principio de presunción de inocencia de las personas contenido en el Art. 24, numeral 7, de la Norma Suprema. Pero como Juez Penal en funciones, y en acatamiento a la normatividad existente, debo aplicar la detención en firme conforme las reformas introducidas al Código Procesal Penal el 13 de enero del 2003.

6.- En la detención en firme se debe considerar que si bien es cierto que es una medida cautelar para asegurar la comparecencia del imputado a juicio para que responda por su responsabilidad en el cometimiento de un delito, también se debe pensar que es una herramienta para que las autoridades nuevamente abusen de los derechos de los imputados y no se respete los términos y plazos del sistema acusatorio penal, ya que ordenada ésta mediante providencia, practicada la audiencia preliminar el tribunal penal puede tomarse el tiempo que estime necesario para convocar a audiencia de juzgamiento por cuanto ya no existe peligro que salga en libertad, debiendo tomarse en cuenta que la caducidad solo sirve si se aplica hasta antes de la audiencia preliminar en la etapa intermedia, quedando la caducidad de la prisión preventiva casi sin efecto en la práctica y en mero enunciado en la Constitución Política del Estado.

7.- Por lo general, ni los fiscales piden las medidas alternativas a la prisión preventiva, como tampoco los abogados defensores, por lo que estimo que sería

conveniente informar a los profesionales del que hacer de la justicia sobre los beneficios de estas instituciones jurídicas, lo cual sin duda alguna, contribuiría a descongestionar las cárceles de nuestro país, y a que en definitiva se respete el principio de inocencia de las personas, de la observancia de la normativa legal y constitucional y a la vigencia plena de los derechos humanos y consecuentemente la seguridad jurídica de un estado de derecho.

8.- El Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, dispone la sustitución exclusivamente a la prisión preventiva, motivo por el cual se la puede sustituir únicamente durante la instrucción fiscal y la etapa intermedia, pero cuando se dicta la detención en firme, esta ya no se la puede sustituir y por tanto queda sin efecto la sustitución otorgada, debiendo comunicarse a las autoridades respectivas esta circunstancia jurídica, por lo que estimo que se debería también sustituir la detención en firme, por qué caso contrario, el período de duración de la sustitución preventiva sería muy breve convirtiéndose de suyo en ineficaz.

9.- En nuestra práctica diaria como Juez de lo Penal de Pichincha, desde que entró en vigencia el sistema acusatorio, observamos que si bien al principio no se cumplía con los requisitos previstos para la aprehensión, ya que solo se lo podría realizar en delitos flagrantes, se aprehendía a las personas después de tres, seis meses y hasta un año y se hacía constar en los partes policiales que eran aprehendidos en delito flagrante, al momento hay un significativo cambio de actitud en los agentes y miembros de la policía judicial, ya no se dan esos casos y hemos notado mayor respeto a esta institución jurídica.

10.- En definitiva, concluiremos manifestando que la prisión preventiva en una medida cautelar personal de excepción, que solo se la deben dictar los jueces o tribunales competentes, bajo dos motivos fundamentales, conforme lo prescribe el Art. 167 de nuestro Código Procesal Penal: 1.- Para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o al juicio; y, 2.- Para asegurar el cumplimiento de la pena.

Al momento esta medida cautelar de la prisión preventiva está siendo mal utilizada por los operadores de justicia, ya que se la está concediendo sin mayores elementos de juicio, y casi exclusivamente sólo ha pedido del fiscal. Por lo cual estimo que los señores jueces y fiscales deben actuar con absoluta medida y objetividad.

4.2 RECOMENDACIONES: Como conclusión de esta Tesis, me permito realizar las siguientes recomendaciones:

1.- Que si bien es cierto como lo hemos manifestado, que ha habido un pequeño avance en el respeto a los derechos de las personas, estimo pertinente que se siga con las campañas de capacitación material y humana implementadas por las instituciones relacionadas con el quehacer de la justicia, en formar y hacer conocer a sus operadores y a la policía judicial sobre la necesidad de respetar el debido proceso y los derechos humanos de las personas.

2.- Que los Administradores de Justicia, apliquen la normativa legal y constitucional respecto a la sustitución de la prisión preventiva, y dispongan el arresto domiciliario con vigilancia policial; la obligación de presentarse periódicamente ante juez o tribunal o ante la autoridad que se designe; o la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que designe el juez o tribunal. Tomándose en cuenta que se dictará el arresto domiciliario cualquiera que fuere el delito, en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de 65 años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta 90 días después del parto. Si bien es cierto que la policía judicial no da cumplimiento a las órdenes de arresto domiciliario, se debe hacer conciencia en estas instituciones de su responsabilidad tanto civil como penal, lo que permitirá que en forma efectiva se dé cumplimiento a éstas medidas alternativas. Caso contrario quedarán como en letra muerta en nuestro código procesal, ya que solo la manifestación de los jefes de las dependencias policiales de que no cuentan con personal suficiente para cumplir éstos mandatos judiciales, con esto no

pueden quedar burlados los principios humanos, legales y constitucionales de nuestra legislación. Por lo que los administradores de justicia deben exigir el inmediato cumplimiento de sus decisiones judiciales a este respecto, bajo prevenciones de ley en contra del jefe policial que no las cumpla.

3.- Que los jueces deban administrar justicia considerando la prisión preventiva como última medida para asegurar la comparecencia del imputado al juicio, tomando en cuenta que se causa un daño moral, psicológico, económico, irreversible al preso, ya que los centros de rehabilitación social en la actualidad son escuelas del crimen y los detenidos deben tratar de sobrevivir con amenazas constantes a su integridad física dentro de las cárceles, por este motivo se debe estar plenamente seguro de la responsabilidad del acusado con el delito.

4.- Que ante las violaciones al debido proceso y en especial a los cometidos a través de las medidas cautelares que tienen que ver con aplicación de la libertad de las personas, se nombren comisiones mixtas integradas por la sociedad civil y policías a fin de súper vigilar el cumplimiento de respeto a los derechos humanos por parte de la policía judicial, lo que estimo permitirá la observancia de éstos.

Quito, Marzo del 2004

Luis Alberto Fernández Piedra
A L U M N O.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ALMEIDA SANCHEZ, Víctor M, "INTERPRETACIONES INTERROGANTES Y APLICACIONES PENALES" Tomos I y U, Editorial Pofigráfica, Guayaquil, 1991.
- 2.- CORDOVA, ANDRES F., " DERECHO PROCESAL ECUATORIANO" Tomos I y II, Talleres Gráficos Minerva, Quito, 1953.
- 3.- DURAN, Díaz Edmundo. "LA LIBERTAD PERSONAL DEL SINDICADO EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO", en la revista jurídica, Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil, 1990 - 1991.
- 4.- GARCIA FALCONI, JOSE C., "LA PRISION PREVENTIVA EN EL nCPP Y LAS OTRAS MEDIDAS CAUTELARES". Primera Edición Quito - Ecuador. 2002.
- 5.- GUERRERO WALTER, "DERECHO PROCESAL PENAL" LAS MEDIDAS CAUTELARES, Biblioteca Municipal - Quito - Ecuador.
- 6.- GUZMAN, ANIBAL, "DICcionario EXPLICATIVO DEL DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1991.
- 7.- MARQUEZ MORENO, RAFAEL. "EL HABEAS CORPUS" en Rev. RUPTURA-As. Es. de Derecho, PUCE, 1985.
- 8.- PAEZ OLMEDO, S SERGIO. GENESIS Y EVOLUCION DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO.
- 9.- PEREZ ALVAREZ, FERNANDO. "FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO", Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca, 1994.
- 10.- TOBAR DONOSO, JULIO y LARREA, HOLGUIN JUAN. "DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO" Corporación de Estudios, Quito 1980.
- 11.- TORRES CHAVEZ, EFRAIN "BREVES COMENTARIOS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL NUEVO" Primera Edición, Quito Ecuador.2001

INDICE

	Pág.
Autorización a la Universidad.....	2
Resumen de la Monografía.....	4
Dedicatoria.....	5
Agradecimiento.....	6
Esquema de contenidos.....	7
Introducción.....	8
 CAPITULO I	
La Privación de la Libertad,.....	10
La Aprehensión.....	10 - 14
La Detención.....	14 – 18
La Prisión Preventiva.....	19
La Detención en Firme.....	19 - 26
 CAPITULO II	
La Prisión Preventiva.....	27
Conceptos Doctrinarios.....	27 – 48
Disposiciones Legales y Constitucionales.....	48 - 77
 CAPITULO III	
La Sustitución de la Prisión Preventiva,.....	76
Arresto Domiciliario.....	77 – 86
La Obligación de presentarse ante el Juez.....	86 – 88
Prohibición de salir del País.....	88 - 90
 CAPITULO IV	
Conclusiones y Recomendaciones	
Conclusiones	91 a 96
Recomendaciones	97 a 98
Bibliografía.....	99
INDICE.....	100