



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**ESCUELA DE EDUCACION CONTINUA  
MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

**“LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO UNA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE  
CARÁCTER PERSONAL ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO”**

**TESINA PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE ESPECIALISTA EN  
DERECHO PENAL**

**DIRECTOR: DR. CARLOS CHIARA DÍAZ**

**AUTOR: DR.GUIDO ROLANDO CHALCO ESPARZA**

**CUENCA – ECUADOR**

**2009**

## **DEDICATORIA**

Sería el más necio e ingrato de los ingratos si, en mi dedicatoria no reconociera a Dios, como el ser supremo que a iluminado en estas cortas líneas a quien suscribe, sobre todo porque es el autor directo de todos mis logros. Así mismo, se lo dedico a mi querida esposa, quien con sabia paciencia me ha dado la fuerza anímica en momentos en que ya desertaba de mis estudios; dedico este pequeño trabajo a mis amados hijos Sebastián, Lisseth, y Gregory, quienes fueron y son el motivo de mi superación como ser humano, padre y profesional; a mis queridos padres, que teniéndolos cerca están tan lejos, a ellos de quienes recibí las primeras enseñanzas de amor, respeto, paciencia, fe, esfuerzo y trabajo; a mis hermanos (as) presentes y ausentes, que desde la distancia siempre han estado pendientes de mi persona y mi hogar, para ellos quiero seguir siendo el ejemplo de pujanza en los momentos mas adversos de la vida; a todos ellos que son quienes me han acompañado de una u otra manera en este largo pero sumamente valioso aprendizaje que ha significado la Maestría; de igual manera no puedo olvidarme este momento de mis compañeros de curso, quienes en su momento al compartir las vicisitudes de mi vocación, fueron el estímulo en el momento de agotamiento físico y anímico.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco la valiosa colaboración que me ha prestado la Universidad del Azuay como casa de estudio, a los distinguidos catedráticos, por ser amigos, colegas, mas que profesores, al compartirnos con entusiasmo sus conocimientos.

Un agradecimiento en particular al doctor Pablo Galarza por su don de gente, que en su calidad de coordinador de curso ha sido el guía afable en el transcurso de estos dos cortos largos años.

## RESUMEN

Medidas cautelares de carácter personal en el Proceso Penal Ecuatoriano, son la Detención, La Prisión preventiva, La Detención en Firme, considerando que después del bien jurídico vida, la libertad es un derecho inalienable del ser humano, que por una ligereza del juez, ya que está a su arbitrio la imposición de una u otra medida cautelar, es gravemente lesionado este bien jurídico libertad, involucrando inclusive a otros derechos individuales de la persona, como el honor, la dignidad, el respeto, el trabajo, y extendiendo sus males a terceras personas, principalmente a la familia que es la célula de la sociedad, esta se destruye, se aniquila económica, social, moral y afectivamente. Se pisotean principios constitucionales protegidos no solamente por nuestra Constitución sino en tratados Internacionales como son el principio de inocencia y el principio in dubio pro reo. Después de todo no importa, aquí no pasa nada, solo son quejosos, viva los hacinamientos en las cárceles, perdón, Centros de Rehabilitación. Viva la degradación de la sociedad.

## Abstract

The personal cautious measures within the Crime Ecuadorian process are: Arresting, Preventive arrest, Steady arrest, considering that after the law good known as Life, freedom is an inalienable right for the human being, due to a judge thoughtless act, since it is his adjudication to impose one or other cautious measure, the law good freedom is seriously damaged even involving other individual rights of the human being such as: honour, dignity, respect, job and extending its badness to third parties, specially the family which is the cell of society, it is destroyed, it kills it economically, socially, moral and affectively. Protected constitutionally principles, not only by our Constitution but also by International Treats, are trampled, such as the innocent principle and the “in dubio pro reo” principle. After all it doesn’t matter, nothing is going on, they are only claiming people, hurray for the crowds in jail, sorry, Rehabilitation Centres. Hurray for the degradation in society.

## **Introducción**

Como ya sabemos los derechos del hombre en las épocas antiguas eran desconocidos y existía una gran recelo por su reconocimiento, las épocas oscuras para que los derechos del hombre fueran reconocidos sufrieron lentamente los grandes cambios de la historia, desde la edad oscura hasta el inicio del renacimiento y la constitución de los primeros humanistas en el mundo.

En la última década, un partido político con mucho poder en el país, ha impulsado una serie de reformas a nuestro sistema penal buscando el endurecimiento de la respuesta del Estado contra todo aquello que signifique una grave amenaza contra sí mismo y contra aquellos bienes jurídicos que está obligado a tutelar. De esta manera, este partido político, olvidando que el Estado no es un fin en sí mismo sino un medio para la realización de los derechos fundamentales de los individuos, y que "toda responsabilidad delictual es una corresponsabilidad social", y que "delito y delincuente" son fenómenos del entramado social, que operan en virtud del espacio que ocupan en la red de implicaciones estructurales y sociales, ha conseguido a través de sus legisladores el aumento de las penas, la eliminación de los beneficios para reducir el tiempo de condena y ha creado dificultades para que, durante la tramitación procesal, los imputados puedan obtener su libertad a través de la imposición de la llamada Detención en Firme, dejando sin efecto de esta manera ingeniosa, el límite previsto para la prisión preventiva que contemplaba el Art. 24.8 de la Constitución Política del Estado

## CAPÍTULO I

### NORMATIVIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

Las medidas cautelares han sido entendidas de diversas maneras, es por ello que resulta pertinente poder precisar con cierto grado de exactitud tal noción, en este sentido se pretende revisar algunas de ellas, en particular aquellas que hacen relación a las medidas cautelares de carácter personal en el proceso penal ecuatoriano. La terminología procesal existente respecto a las decisiones Judiciales que nos ocupan es muy variada, denominándose a estas como medidas "cautelares", "de seguridad", "preventivas", "precautorias", de "garantías", etc.

En lo que respecta a este trabajo, nos referimos a las mismas como "medidas cautelares", así lo establece y determina nuestro ordenamiento jurídico, pues el código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, en su art. 159, libro tercero, capítulo primero, entre las reglas generales , en lo referente a las finalidades establece que *“ a fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real. Su aplicación debe ser restrictiva. Se prohíbe imponer medidas cautelares no previstas en este código.”*<sup>1</sup>

De igual manera se debe entender como medidas cautelares a todas aquellas que buscan de una u otra manera garantizar que el proceso llegue a aprehender eficazmente la realidad a la cual se dirige en la oportunidad procesal exacta.

Para tal efecto se debe tener en consideración que dichas medidas poseen ciertas virtudes y características las cuales nos enfocan a la noción de ellas mismas; considerando como la más importante de sus virtudes su finalidad asegurar las resultas de todo un proceso, y entre sus características debemos resaltar las siguientes, la **temporalidad**: aparecen en el presente para asegurar

---

1 Código de Procedimiento Penal

el futuro; la **consistencia**, debe ser concreta y variada; su **naturaleza**: puede hablarse en esta característica de una doble dependencia correlativa, la medida definitiva a la cual sirve la cautelar, en algún sentido depende de ésta para lograr su eficacia, por lo cual ambas están en dependencia, la principal de la cautelar para alcanzar su sentido propio en el proceso y por último lo teórico y lo práctico, entre la medida y la garantía, lo cual se comprende con la significación de la norma general del pensamiento del proceso que se va apoyando en la sucesiva elaboración de conceptos para lograr en la realidad judicial un proceso que responda mejor a las necesidades humanas de todos los que en el proceso se ven involucrados y por ende afectados del desarrollo del mismo, y de las consecuencias que de él se originan.

Resulta pertinente indagar desde la perspectiva teórica sobre alguna de las funciones de dichas medidas cautelares, en principio pareciese casi obvio que una de las funciones de dichas medidas cautelares tal como se describió anteriormente es el de distinguir las medidas cautelares del resto de las providencias procesales, pero cuando cualquier estudioso acucioso de las ciencias penales a judiciales se detiene a ahondar aún más acerca sus funciones, finalidades u objetivos, encontraría en ella implícita un carácter filosófico, humanista, muy significativo en su carácter instrumentalista, el cual en si mismo connota su sentido humanista cuando se expresa en el artículo 29 del Código Penal Ecuatoriano, que establece: "*son circunstancias atenuantes todas las que.....2. Ser el culpable mayor de sesenta años de edad*"<sup>2</sup> como también en el art. 57 del Código Penal Ecuatoriano, cuando establece: "*prohibición de recluir al mayor de sesenta años. Excepción.- no se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta años, excepto en los delitos sexuales y de trata de personas, casos en que el sindicado tampoco podrá cumplir prisión preventiva domiciliaria. El que en tal edad cometiere un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional.. Si hallándose ya en reclusión cumpliera sesenta años, pasará a cumplir su condena en una casa de prisión, conforme al inciso anterior....*"<sup>3</sup> de igual manera en el art. 171 del Código de Procedimiento Penal.- "*Sustitución.- .....cualquiera que fuere el*

*delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta 90 días después del parto....”<sup>4</sup>*

Otra de las funciones no explícitas de las medidas cautelares de coerción personal es la <sup>5</sup>posibilidad de que el imputado, que ha cometido un delito no gravoso permanecerá en libertad durante el proceso, hasta tanto el Juez dicte su sentencia en relación al delito, pudiendo mantenerse dicha libertad bajo cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 160 del C.P.P. en donde se establecen las clases.- *“las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva y la detención en firme. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo”<sup>5</sup>*. Tienen por función que la Justicia se aplique de manera oportuna y no como la “guardia bufa” – dice Abal -, “esta condenada siempre a llegar demasiado tarde”; de ser así, perdería ciertamente su sentido de justicia social, que al menos en teoría tienen las medidas cautelares. En este orden de ideas vale la pena acotar que ello permitirá recobrar por así decirlo la credibilidad del sistema judicial en la medida que funcione apegado a lo contemplado en el código, de allí que tales medidas en la actualidad pudiesen convertirse en válvula de escape al deteriorado sistema de justicia. Por lo que, es importante destacar que el Código de Procedimiento Penal no estaría completo, si no ofreciera esta gama de medidas cautelares sustitutivas menos gravosas que las relacionadas con la privación de libertad, en este sentido se puede traer a colación lo expresado por el conocido catedrático venezolano Dr. Arteaga (1999), quien señala lo siguiente: “Un Código Procesal Penal moderno prácticamente responderá a las exigencias de un modelo democrático en la medida en que preserve adecuadamente el bien de la libertad de los procesados y se coloque en posición bien distante de la

---

<sup>2</sup> Código Penal Ecuatoriano

<sup>3</sup> Código Penal Ecuatoriano

<sup>4</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

tentación autoritaria que aspira a convertir el procedimiento penal en un arma para intimidar o en un instrumento terrorista para el logro de fines muy alejados de la justicia. (p. 42)”

De la lectura de este comentario expuesto por el antes señalado autor, se puede afirmar con la absoluta seguridad del caso, que la norma adjetiva penal debe estar enmarcada con propósitos garantistas que ofrezcan un brazo fuerte que imponga justicia, sin perder la sensibilidad humana y jamás responder a intereses personales del gobierno ó de otras personas, para lograr de esta manera verdadera, una sana administración de justicia, en donde se pueda lograr un verdadero equilibrio entre las partes, Imputado y Víctima, donde a cada uno se le imponga su carga social según su comportamiento personal.

Las medidas cautelares establecidas en el art. 160 del Código de Procedimiento Penal, establece las clases de medidas cautelares, identificándolas como de carácter personal y de carácter real, siguiendo la línea de muchos autores que clasifican las medidas cautelares en personales y reales, según se haga referencia a las personas o a las cosas, cuando hablamos de personas se refieren a las que afectan directamente al imputado en su libertad física, pero antes que nada debemos recalcar que por imputado debe entenderse a toda persona involucrada como sujeto activo-participe de un hecho delictuoso, y cuando se refieren a las cosas se habla de objetos materiales tangibles que pudiesen llegar a ser parte de una medida cautelar, como en el caso de una fianza real en la cual se ha depositado dinero y/o valores.

## **MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL**

1.- La Detención

2.- La prisión Preventiva:

2.1. Fundamento Legal

3.- La Detención en firme

**1.- La Detención.-** entre los derechos garantizados constitucionalmente se encuentran la libertad personal y la inocencia, los cuales como se sabe, tienen una gran incidencia en el proceso penal. En el sistema jurídico Ecuatoriano, la norma general es la libertad individual de las personas, como lo establece el capítulo VI, de la actual constitución ecuatoriana, cuando en forma amplia hace mención a los derechos de libertad, en consecuencia, la privación de la libertad personal constituye una excepción y esta como tal, debe estar expresamente prevista y regulada por la ley, como en efecto lo está y se manifiesta en el art. 77, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador ***“1.- la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá.....”***<sup>6</sup>.

“La libertad, ha dicho Montesquieu\*, es el derecho de hacer lo que las leyes permitan”

La inocencia es una situación natural y jurídica por la cual el hombre está libre de toda culpa, toda persona desde que nace es libre e inocente. La libertad y la inocencia son bienes naturales que están en la persona, los cuales al igual que la vida, el honor, y la integridad física, son bienes que generan los respectivos derechos que el estado, al reconocerlos expresamente, se obliga a garantizarlos como en efecto se hace. *“la privación de la libertad con fines de investigación es un rezago del sistema inquisitivo y una verdadera afrenta al bien jurídico de la libertad.”*<sup>7</sup> entonces si la prisión provisional es una institución que se encuentra cuestionada por la doctrina contemporánea por lo que ella tiene de negativa y lo poco que tiene de positiva, con mayor razón debe ser expulsada de las leyes procesales la detención que carece de fundamento para estar enraizada en las legislaciones actuales de algunos países como el nuestro. Parece que algunos legisladores e inclusive algunos abogados, creen en la detención como uno de los medios para combatir la delincuencia.

---

<sup>6</sup> Constitución de la República del Ecuador

\*Carlos de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu. Del Espíritu de las Leyes

<sup>7</sup> Tratado de Derecho Procesal Penal. Jorge Zabala Baquerizo. Tomo VI. EDINO

Fenech<sup>8</sup> define la detención como “*un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad de carácter provisional, y que tiene por fin ponerla, a disposición mediata o inmediatamente, del instructor del proceso penal para los fines de este, en expectativa de su posible prisión provisional*”, según este autor, la detención es la antesala de la prisión provisional y cuya finalidad es la de entregar al detenido al instructor para los “*fines de éste*”, cuando en realidad se sabe, que la detención tiene un fin en sí misma, y que es el de facilitar la investigación de un delito y conocer a las personas que participaron en su comisión. Por tanto no comparo su definición doctrinaria, por cuanto, esta no contiene los elementos estructurales de la misma.

Ferrajoli<sup>9</sup>, se pronuncia contra la detención en cuanto limitación de la libertad personal antes del proceso, diciendo: “*la misma admisión en principio de la prisión ante iudicium, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en no poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sobre la base de un juicio. No existe en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso.....*” en efecto cuando la orden de detención surge a pedido del fiscal a base de la sola indagación previa y con fines de investigación, se quebranta el principio de judicialidad, por el cual los derechos del hombre garantizados constitucionalmente no pueden ser limitados sino en razón de un proceso penal en donde consten los motivos que hacen procedente tal limitación. No basta que la orden de detención la dicte un juez: para que sea constitucional es necesario que se fundamente en un proceso penal. La judicialidad no radica solamente en que la orden de detención, tenga su fuente en el juez, sino también que la judicialidad, surja legalmente y con motivo de un proceso penal.

El motivo que puede dar lugar al auto de detención, es la sospecha de que una persona ha intervenido activamente en la comisión de un delito. La sospecha no es una presunción. La sospecha es un estado mental al que se llega a base de elementos dispersos, inciertos, algunas veces equívocos, aparentes. La sospecha no tiene premisas ciertas. No se trata de

---

<sup>8</sup> Miguel Fenech. Derecho Procesal Penal. Volumen segundo

<sup>9</sup> Luigi Ferrajoli. Derecho y razón

indicios, pues estos dan lugar a la presunción; se trata de incoherentes apreciaciones o interpretaciones de ciertas circunstancias fácticas que pueden hacer creer que una persona está relacionada con la comisión de una infracción penal.

La finalidad de la detención es investigar la comisión de un delito de instancia oficial en el cual el fiscal sospecha que una persona ha intervenido de manera activa. Su única finalidad es conocer todo lo relacionado con el delito y las personas que lo ejecutaron. La detención debe ser ordenada por el juez pero a petición motivada por el fiscal, quien es el que debe proceder a efectuar la investigación del detenido y de conformidad con lo que establece la constitución y leyes respectivas.

La detención es provisional, pues tiene un límite fijo y que ningún juez puede sobrepasar ese límite, si lo hiciera, estaríamos frente a una prisión arbitraria e ilegal. El plazo límite para la detención es el de veinte y cuatro horas, vencido este tiempo, el detenido debe ser puesto inmediatamente en libertad, salvo que, durante el lapso de tiempo se hubiera obtenido los fundamentos necesarios para la iniciación del proceso penal y hubieran surgido los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión provisional.

La detención de una persona es un acto que no solamente afecta la libertad de una persona, que constitucional y legalmente es considerada inocente, sino también a bienes jurídicos importantes como el honor y la buena fama. La detención en general es una marca estigmatizadora socialmente, que se queda gravada en la personalidad del hombre. Ni la libertad inmediata o mediata del detenido puede borrar ese antecedente en la vida del hombre, por lo que reiteramos, la detención es una institución que solo en casos extremos debe ser utilizada.

## **2.- LA PRISIÓN PREVENTIVA.-**

La prisión preventiva es diferente a la orden de detención, no solo por el momento procesal en que se dicta, ya que la orden de detención es preprocesal, es decir procede en la fase de indagación previa; mientras que la orden de detención procede cuando ya existe un proceso penal, esto es, se ha iniciado la instrucción fiscal. El fundamento para dictar orden de

prisión según el art. 167 inciso primero, es para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso y para asegurar el cumplimiento de la pena. Se ha objetado estos dos fundamentos, porque si es para asegurar el cumplimiento de la pena, significa que ya se le ha condenado de antemano, pese a que la Constitución de la República del Ecuador, dice que toda persona es inocente mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada y, si es para asegurar la comparecencia al proceso, tampoco es suficiente el argumento, igualmente por la presunción de inocencia.

En otras legislaciones el fundamento es distinto, como por ejemplo que el imputado o el acusado, dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre, no amenace a los testigos o al ofendido, o que no intervenga borrando o desapareciendo las pruebas que sirvan en el proceso. En nuestra legislación la orden de prisión es facultativa, ya que si el juez considera que existe mérito dispone la prisión, a petición del fiscal, no de oficio, caso contrario niega la misma. Esta medida cautelar personal queda a criterio discrecional del juez, por su calidad de garante conforme el nuevo sistema penal procesal. El juez es garantista para dictar órdenes como el allanamiento de un domicilio, para ordenar se intercepte llamadas telefónicas, para ordenar medidas cautelares de carácter personal como son la orden de detención, de prisión, para ordenar la obtención de fluidos corporales, etc. El juez penal es garante de:

1. de los derechos del imputado; y,
2. de la legalidad del procedimiento.

La ley procesal en el art. 173 prohíbe ordenar la prisión cuando la pena por el delito que se investiga no excede de un año, igual cuando la pena es únicamente de multa, en los delitos de acción penal privada (querellas). El Código de Procedimiento Penal ordena que no procede la orden de prisión en contra del encubridor y en muchos casos si se observa que el juez no ordena la prisión cuando el fiscal solicita, argumentando que es encubridor, pese a lo cual en los procesos que se inician por delitos previstos en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se dispone la prisión así sea encubridor.

Existe el criterio de que como la ley establece la oralidad, se debe en lo posible dejar la escritura por la oralidad, de ahí que se afirma que para fundamentar la petición de la

prisión preventiva, se debe hacer una audiencia oral ante el juez en la que el fiscal exponga todos los argumentos. En este punto el juez debe tener en cuenta los siguientes indicios que en doctrina se anotan:

#### **Indicios de que no se va a fugar**

1. Que acuden voluntariamente a las diligencias que ordena el fiscal,
2. Que la pena por el delito cometido es baja,
3. Que tiene un buen trabajo, y,
4. Que tiene familia en el lugar

#### **Indicios de que se va a fugar**

1. Que no trabaja
2. Que la pena es alta por lo que puede fugarse
3. Que no tiene familia en el lugar
4. Que en otro caso dejó prescribir la acción penal, y, Que es de otra nacionalidad

#### **Principios que deben tomarse en consideración para dictarse la orden de prisión preventiva**

1. El principio de necesidad
2. El principio de proporcionalidad
3. El principio restrictivo
4. El principio pro homine
5. Principio de revocabilidad
6. Principio de provisionalidad
7. Principio de que la medida no puede exceder de la pena
8. Principio de excepcionalidad,
9. Judicialidad
10. Dignidad humana
11. Discrecionalidad, y
12. Lesividad

### **3.- LA DETENCIÓN EN FIRME.-**

El día lunes 13 de enero de 2003 con la publicación en el Registro Oficial 743, el invento procesal de la Detención en Firme tomó cuerpo para impedir que aquellos ciudadanos que

habían permanecido privados de su libertad durante más de seis meses y un año, según el delito por el que eran procesados, obtuvieran su libertad. Cuando los assembleístas en 1998, consideraron que el sistema procesal penal ecuatoriano convertía a los centros penitenciarios en bodegas humanas, por el retardo en la administración de justicia, creyeron conveniente establecer un límite para la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva y elevar a rango constitucional, precisamente para precautar la garantía fundamental más vulnerable del ser humano: la libertad. Así, el mismo Estado, a través de un pacto político, se imponía un límite para juzgar a las personas: seis meses y un año. De manera que, si el Estado a través de su órgano jurisdiccional, durante ese plazo no resolvía la situación jurídica de las personas que juzgaba, se imponía como un castigo la libertad de la persona procesada por su inoperancia y falta de efectividad.

Respetar este pacto político elevado a rango constitucional, en un Estado Social de Derecho, permite el fortalecimiento del sistema democrático y hace posible la seguridad jurídica. Pretender con una ley orgánica reformar la Constitución y aun crear disposiciones legales contrarias a la misma, equivale a crear el caos y hasta poner en vigencia el abuso y la arbitrariedad.

La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal enseña el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador. Por tanto, la Detención en Firme que nace por la reforma de una ley orgánica, Código de Procedimiento Penal, nunca podía imponerse al mandato constitucional y por tanto tenía que declararse su inaplicabilidad por la vigencia de la supremacía constitucional. Así lo ordena el Art. 428 de la Constitución de la República del Ecuador: *"Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos mas favorables que los reconocidos en la constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente."*<sup>10</sup>

Esta acción tutelar destinada a los jueces, precisamente por ser garantes del cumplimiento de las normas del debido proceso, fue adoptada por el doctor Carlos Poveda Moreno<sup>11</sup>, Con ello se produjo lo que ya se había advertido: hacinamiento, abuso de poder, falta de

resolución, lentitud en la administración de justicia,<sup>10</sup> etc. Debido a esto los internos de las cárceles de nuestro país, levantaron una ola de protestas para exigir entre otras cosas, la revocatoria de la Detención en Firme y<sup>11</sup> condiciones más humanas en su internamiento. La toma de rehenes, la destrucción de bienes, amenazas contra la vida e integridad física de los reclusos, tuvieron en vilo al país entero. Sólo a raíz de su protesta las tres funciones del Estado se comprometieron a adoptar reformas estructurales para que el sistema penitenciario cumpla su objetivo: rehabilitación y reinserción social.

Hoy es la Detención en Firme, ilegal e inconstitucional, la que ataca la vigencia misma del sistema democrático y la seguridad jurídica.

Cuando apenas comenzamos a desarrollar la tesis del garantismo, del Estado Social de Derecho, de las tesis constitucionalistas, nos vemos abocados a un retroceso sin nombre que busca a como dé lugar proteger al Estado (ente abstracto del que sólo se conoce el poder) contra cualquier amenaza interna, en detrimento de los individuos a quienes se obliga a proteger. Por ello el tratadista español Perfecto Andrés Ibáñez sostiene que aun las medidas cautelares legalmente autorizadas tienen una inquietante semejanza con gravísimas acciones delictivas: *"En efecto, hay actuaciones procesales que, incluso realizadas con el máximo de delicadeza que permiten, consideradas en la pura materialidad de las acciones en que se concretan, tienen una inquietante semejanza con gravísimas acciones delictivas. -Bajo ese prisma-: un registro domiciliario judicial no se distingue del delito de allanamiento de morada; una interceptación telefónica es asimilable a una escucha ilegal; una intervención corporal podría ser algo muy parecido a un acto de violencia sexual."*

Es verdad que hoy en día, los índices de criminalidad en nuestro país crecen en forma alarmante y sus métodos son cada vez más violentos. También es cierto que el Estado se ha declarado impotente para imponer medidas preventivas y de solución para brindar seguridad a sus habitantes. Por más que se han incrementado los operativos de seguridad,

---

<sup>10</sup> Art. 428 de la Constitución de la República del Ecuador:

<sup>11</sup> Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, quien declaró inaplicable la Detención en Firme por su contenido inconstitucional. No obstante, el Tribunal Constitucional, de mayoría afín al mismo partido político que introdujo las reformas al Código de Procedimiento Penal, en un análisis pobre en contenido y conceptos y traicionando su altísima misión, declaró que la Detención en Firme es constitucional.

las medidas de combate a la criminalidad no han sido eficaces. Resultado: Miedo, desconcierto, frustración, inseguridad de la ciudadanía, incremento de oficinas de seguridad privada, tasas ciudadanas para seguridad y tantas más.

Hemos dicho que el Estado, frente a este aparente **caos** debe dar una respuesta de **derecho**, no de **poder**. No puede tomar como pretexto el combate a la delincuencia o la seguridad ciudadana para desconocer el ordenamiento jurídico. Su respuesta no puede ser el incremento de elementos policiales y militares, el incremento de las penas, la eliminación de garantías fundamentales como la caducidad de la prisión preventiva, la imposición de reformas inconstitucionales al sistema procesal penal como la detención en firme, la eliminación de la conexidad que destruye el principio de concentración y economía procesal y obliga a iniciar un proceso por cada acto punible, la eliminación de las rebajas carcelarias, la estigmatización de seres humanos como en los tiempos del viejo oeste ofreciendo recompensa para los más buscados.

La respuesta del Estado siempre tiene que estar enmarcada en el **derecho y no vulnerar** los derechos humanos de los procesados, porque entonces no tendría ningún sentido el principio constitucional de que *"el más alto deber del Estado consiste en respetar los derechos humanos que consagra nuestra Constitución"*. Al Estado no le está permitido cometer delitos para combatir delitos. De este modo el derecho penal no es un instrumento a favor del poder político sino apenas un medio para alcanzar la justicia

El tratadista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, sostiene que derecho penal: *"es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho"*.<sup>12</sup>

### **Inconstitucionalidad de la Detención en Firme**

El Estado, para enfrentar la crisis de inseguridad, dio una respuesta de poder, no de derecho. El poder político con mayoría en el Congreso Nacional, al aplicar reformas no respetó la supremacía constitucional prevista en el Art. 424 ni sus propuestas tuvieron

---

<sup>12</sup>Eugenio Raúl Zaffaroni. Citado por el dr.Jorge Zabala Baquerizo

como fundamento las modernas corrientes del pensamiento penal, como falsamente se afirma en los considerandos de las reformas introducidas al *Código de Procedimiento Penal*<sup>13</sup>, durante la presidencia de Gustavo Noboa Bejarano, sustituto del depuesto presidente de nefasta recordación Jamil Mahuad. La propuesta de la diputada Cynthia Viteri del partido Social Cristiano, sin un debate responsable de los parlamentarios, tuvo acogida y las reformas al sistema procesal penal ecuatoriano se aprobaron y con la publicación en el Registro Oficial<sup>1313</sup> se convirtieron en Ley de la República.

Para implementar estas reformas al Código de Procedimiento Penal, recién puesto en vigencia el día 13 de julio de 2001, los legisladores (de mayoría a la tesis social cristiana) señalaron en sus considerandos dos argumentos para destruir el ordenamiento constitucional: a) Que el Código de Procedimiento Penal fue aprobado en acatamiento a la Constitución Política de la República y a las modernas corrientes del pensamiento penal, pero que era necesario introducir algunas modificaciones y ajustes tendientes a: 1) armonizar de mejor manera determinadas disposiciones en él contenidas; y, 2) Que la caducidad de medidas cautelares de orden personal hacen indispensables la introducción de reformas a la legislación nacional en las disposiciones de carácter 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. Considero que es necesario realizar el siguiente análisis para demostrar que los argumentos de los legisladores carecen de validez legal: a) La introducción de la detención en firme es inconstitucional; b) Las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal no están armonizadas de mejor manera ni con los preceptos constitucionales, ni con las modernas corrientes del pensamiento penal porque *“la Detención en Firme no es una figura jurídica válida, pues no puede erigirse por encima de la arquitectura constitucional ni contravenir principios constitucionales y garantías previstas en pactos y convenios internacionales, que regulan la situación de las personas privadas de su libertad. La Detención en Firme se establece como un fraude a la Ley para evitar con dos términos gramaticales el uso de las palabras **prisión preventiva**.”*<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Dr. Miguel Antonio Arias. La detención en firme. Bgoffset. Primera edición. Cuenca Ecuador

¿Por qué razón la reforma contenida en el Registro Oficial 743 no guarda conformidad con el mandato constitucional? Porque mediante una reforma introducida al Código de Procedimiento Penal se crea la detención en firme como una medida cautelar de carácter personal. **La creación de la detención en firme, como medida cautelar de carácter personal, contraviene el principio de supremacía constitucional** consagrado en el Art. 424 de la Constitución y por tanto, **no tiene ningún valor** por no guardar conformidad con la norma suprema. Conviene citar al jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, quien señala: *"Ninguna privación de la libertad es indefinida. Si el Estado no admite la prisión perpetua como pena, menos puede admitir o tolerar, como medida cautelar, la detención o la prisión preventiva indefinidas."*<sup>15</sup> No obstante por obra y gracia del poder político, nos enfrentamos a una medida cautelar de duración indefinida. Ni una sentencia condenatoria puede considerarse firme, menos una medida cautelar. Este solo argumento bastaría para no aplicar la Detención en Firme por su contenido inconstitucional, no obstante, hay que anotar otro argumento adicional, la Constitución Política en su Art. 424 señala que: *"Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos."*<sup>16</sup> Los derechos Y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por Y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. ¿Cuál es el derecho vulnerado por la reforma en estudio? Precisamente la garantía prevista en el inciso tercero del Art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en 1948, que dice: "Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida, y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. "Este concepto de dilación injustificada es sustituida por los conceptos de plazo razonable en el Art. 9, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala: Toda persona detenida ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Igual garantía la encontramos en el Art. 7, numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José: Toda persona detenida ... tendrá derecho a ser juzgada

dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Con la detención en firme esta garantía de plazo razonable queda sin efecto, pues se elimina la caducidad de la medida cautelar de los seis meses y un año, que nuestros constitucionalistas consideraron como <sup>15</sup>plazo razonable para que las personas puedan ser juzgadas. No hay que olvidar que ya el Estado ecuatoriano fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el denominado caso de juzgar a sus justiciables dentro de un plazo razonable. ¿Es que acaso esperamos ser nuevamente avergonzados ante la comunidad internacional?

Las modificaciones efectuadas por los congresistas no tuvieron como objetivo armonizar de mejor manera el Código de Procedimiento Penal con las normas constitucionales ni con las modernas corrientes del pensamiento penal. En un Estado Social de Derecho, la doctrina imperante en derecho penal es la respuesta penal mínima, de última ratio, subordinada a los principios y garantías constitucionales y a los convenios y tratados internacionales que se ejecutan o aplican por sí mismos, lo que se denomina *self executing*. En este régimen legal, la tesis del garantismo tiene plena vigencia. Estas corrientes ius filosóficas proponen que el Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de los derechos más elementales de sus ciudadanos. Estas son las modernas corrientes del derecho penal. Quizá los legisladores ecuatorianos que acomodaron las reformas consideraron que estas tesis, que son aplicadas en todos los Estados modernos, no tienen razón de ser en nuestro país, por su alto contenido garantista. Por ello, con una sola reforma terminaron con el concepto mismo del Estado Social de Derecho, que obliga al Estado a subsumirse al derecho y a convertirse en un medio para la realización de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y adoptaron la tesis del Estado fin, subordinando al Derecho a los objetivos finalistas del Estado: su propia supervivencia. De modo que todo le está permitido para protegerse, porque es el Estado el que importa, no el ser humano. El ser humano queda relegado a un plano muy secundario.

Para el razonamiento del Estado finalista, la creciente tasa de criminalidad constituye una grave amenaza interna y por ello es necesario adoptar una serie de medidas para endurecer su respuesta punitiva. No importa si para cumplir con este objetivo e vulneren garantías constitucionales y supranacionales. Y si hay que reformar leyes en abierta contradicción con los mandatos constitucionales, igual; porque la colectividad lo único que desea es su propia seguridad. Mientras más delincuentes se encuentren privados de su libertad, en

---

<sup>15</sup> Dr. Jorge Zabala Baquerizo. Tratado de Derecho Procesal Penal. EDINO  
16 Constitución de la República del Ecuador. Reformada 20 octubre del 2008. R.O. 449

firme, por tiempo indefinido, sin poder recuperar su libertad, le será más fácil al Estado garantizar la seguridad y la paz social.

El objeto de la declaratoria de inaplicabilidad de la Detención en Firme para ese entonces, radicaba en que vulnera el contenido del Art. 24 numeral 8 de la Constitución Política del Ecuador, porque no es posible declarar la caducidad de la medida cautelar y por tanto vulnera lo dispuesto en el artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos Y el artículo 7 numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que exige a los Estados a juzgar a las personas privadas de su libertad en un plazo razonable o a ser puestas en libertad.

La Detención en Firme quebranta también los principios procesales garantizados en la Constitución de la República del Ecuador que señala en su art. 169: *"El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades."*<sup>17</sup> Por tanto, si la Detención en Firme elimina el plazo previsto por los constituyentes para que las personas sean juzgadas se vulnera el principio de celeridad en la administración de justicia.

En conclusión, el problema del hacinamiento carcelario no se origina en la utilización del término Detención en Firme, sino en su aplicación absolutamente inconstitucional. Una medida cautelar es eso y nada más. Por tanto es provisional, esencialmente revocable en cualquier momento, puede ser sustituida por el pago de una caución en los delitos sancionados con prisión y también en los casos del Art. 171 del C. de P. Penal. Pero no puede convertirse en una especie de **pre condena**, cuando el juez se ve impedido de revocarla o de suspenderla por vía de impugnación. La Detención en Firme vulnera en forma grave los convenios y tratados internacionales contenidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>17</sup> Constitución de la República del Ecuador. Reformada 20 octubre del 2008. R.O. 449

#### **4.- El Derecho a la libertad individual y las garantías del debido proceso frente a la prisión preventiva.**

El Derecho a la Libertad: En "La República", Platón soñaba con una nueva sociedad ideal, en donde impere el amor y la belleza del ser humano. Pero se trataba de un sueño, porque la sociedad platónica se encontraba estratificada en clases sociales, los mercenarios, los guerreros y los gobernantes, a cada uno de los cuales se asignaba un rol exclusivo y la misión común de contribuir a la felicidad del ciudadano, eliminando los extremos económicos: la opulencia excesiva e innecesaria de los unos y la miseria e ignorancia de los otros.

Felicidad y perfección para el ciudadano, exclusivamente, porque Platón conservaba la esclavitud en su Estado ideal. Platón no tuvo la menor idea de que la esclavitud constituía una lacra social, por lo que no se detuvo en "La República" a fundamentarla o justificarla, ya que la consideraba simplemente buena, justa e invariable. (\*)

(\*) "Falta todavía, en mi opinión (dice Platón por medio de Sócrates), consignar a otros ayudantes cuya cooperación en la sociedad no es precisamente debido a su inteligencia, pero que poseen la suficiente fuerza física para realizar los trabajos más penosos. Son los que venden, pues, el fruto de su fuerza, y como llaman salario al precio que se les paga, reciben, según creo, el nombre de asalariados", <sup>17</sup>

Pero podríamos decir que Platón olvidó eliminar la esclavitud en su "República", porque el campeón de la esclavitud fue Aristóteles, quien la defendió con fe y con ahínco, porque estimaba que el hombre devenía naturalmente libre o esclavo, o sea que Dios, desde lo alto de los cielos, Planificaba y construía el número de seres libres privilegiados y la "cantidad" de esclavos que les era necesario, de sub-hombres, de cuasi-hombres,

---

<sup>17</sup> La República.-Platón. - Editorial Iberia. - Barcelona, España, 1961; págs. 59 y 60

parecidos pero no semejantes a los hombres.

En fin, el genio era el fruto de su tiempo y de su medio. Pero sus ideas esclavistas, descubiertas embozadas, aún sirven de argumento a la burguesía actual. Mas, Aristóteles tenía razón cuando afirmaba que el esclavo era un cuasi-hombre, porque en verdad la libertad es consubstancial con la propia naturaleza del hombre, pero no porque el hombre esclavo sea por naturaleza cuasi-hombre, sino porque la esclavitud aliena y degenera al ser humano.

En realidad, es de la esencia del hombre el ser libre, libre para pensar y disentir, y hasta Según unos, libre para amar y para morir; pero no solamente libre para pensar, disentir, amar o morir, sino también para realizarse en forma plena, lo cual exige contar con ciertos medios materiales que le den acceso a la: salud física, la alimentación conveniente, La vivienda, la vivienda adecuada y la cultura necesaria.

Es decir, libertad política y económica, sin temor ni miseria. Libertad económica, la cual no gozan nuestros pueblos subdesarrollados, que aún vegetan en el hambre, la enfermedad y la ignorancia; hambre, enfermedad e ignorancia que tornan la democracia representativa en una mascarada carnavalesca y que imposibilitan la vigencia de una libertad política verdadera y fecunda.

El fascismo cunde ya en casi toda Latinoamérica, desde el Brasil hasta Chile, pasando por Paraguay, Uruguay y Bolivia. La libertad política y la libertad económica son medios necesarios que nos abren las puertas del estrecho sendero que nos conduce hacia la felicidad. Es decir, sin libertad no hay felicidad, pero la simple posesión de medios económicos no es garantía absoluta de la felicidad. Una persona puede vivir en la opulencia y no ser feliz. Un alto porcentaje de la población de los países superdesarrollados ha alcanzado indiscutiblemente, un elevado "Standard" de vida; pero, en forma paradójica, registra al mismo tiempo, alarmantes estadísticas de delincuencia, alcoholismo, consumo de drogas y estupefacientes en general, enfermedades mentales y prostitución.

La sociedad de consumo ha fracasado. Al brindar a ciertos hombres determinada clase de recursos materiales los ha alienado y los ha hecho infelices, por falta de un equilibrio entre el mundo exterior y el interior. El hombre consciente de la sociedad de consumo se encuentra avergonzado de poseer esa riqueza material, frente al hambre, la guerra y la enfermedad del resto de la tierra. Es como un buitre que se engorda con los despojos del mundo. Pero un buitre humano que siente repugnancia de encontrarse convertido en ave de rapiña, que protesta y clama contra el sistema impuesto, lleno de contradicciones y falacias.

Pero, el Estado capitalista, superdesarrollado e imperialista, para mantener el sistema externo de abuso y pillaje de las riquezas del mundo y el mecanismo interno de vitrina de exposición (detrás de la cual se esconde también la desocupación y la violencia), no tiene otra alternativa que, el fascismo, o sea la negación misma de la libertad y de los derechos humanos.

Por lo mismo, la libertad está amenazada en todas las latitudes. Allá en la América rubia, rica y prepotente, convulsionada y violenta, que arrasa Vietnam y en Harvard protesta. Acá, en la América nuestra, indígena y rebelde, heroica y angustiada, combatiente y mancillada.

### **El drama del proceso penal:**

El 26 de agosto de 1789, hace 185 años, la Asamblea Francesa, proclamaba que "ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso más que en los casos determinados por la Ley. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados"; y el 10 de diciembre de 1948, apenas salida la humanidad de la barbarie de la guerra nazista, la Asamblea General de las Naciones Unidas, declaraba que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado" y que "todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de su persona".

Algo parecido decía la Constitución Política del Ecuador, promulgada en 1967: "*Nadie será privado de su libertad sino en la forma y por el tiempo que la ley prescriba, ni incomunicado por más de veinte y cuatro horas*".<sup>18\*</sup>

---

<sup>18</sup> Constitución Política del Ecuador, promulgada en 1967

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1945, la más avanzada de todas las que hemos tenido y que se hallaba en vigencia, expresa que: *"Nadie puede ser detenido, arrestado ni preso, sino en la forma y por el tiempo que las leyes prescriban; ni incomunicado por más de veinte y cuatro horas. 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 expedirán una orden firmada, en la que consten los motivos legales de la prisión. La Autoridad que faltare a este precepto y el guardián que no reclamare la orden dentro del expresado término serán castigados como responsables".*<sup>19</sup>

La privación ilegal y arbitraria de la libertad constituye un delito reprimido por el Código Penal. ¿Pero se respetan las normas del Derecho Internacional y Constitucional que hemos anunciado? Muchas veces se las quebranta por uno u otro sistema. Ciertas leyes de excepción, dictadas especialmente por los gobiernos de facto, han puesto Peligro adicional a aquellas disposiciones.

*La Ley de Seguridad Nacional, expedida mediante Decreto N0 2871, que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 395, de 15 de diciembre de 1964, faculta al Consejo de Seguridad Nacional, realizar "acciones y previsiones políticas, económicas, sico - sociales y militares", que se consideren convenientes para la "ejecución de la defensa continental ... , en lo que concierne al Ecuador, de acuerdo con los compromisos contraídos por el Estado" o cuando se presenten casos de "amenaza de invasión exterior, conflicto internacional, subversión interna o conmoción interior. .. ", que podrían ser utilizados en contra del pensamiento y la libertad individual, según el criterio de quien dirija el Estado y tome las decisiones políticas, pudiendo someter a los ciudadanos a los procedimientos sumarios de los Consejos de Guerra Extraordinarios, que se hallan autorizados para imponer penas severas e inapelables.*<sup>20</sup>

Más adelante mencionaremos algo sobre los Tribunales Especiales, de reciente creación, en donde se ha negado el derecho de defensa, se ha violentado las normas procesales y se ha aplicado en forma errónea las disposiciones sustantivas, todo en perjuicio de los

---

<sup>19</sup> Constitución Política de la República del Ecuador de 1945

<sup>20</sup> Los Tribunales Especiales fueron suprimidos mediante Decreto NQ 888, publicado en el Registro Oficial NQ 631 de 4 de noviembre de 1974.

sindicados y la negación del derecho de defensa, la violación de las normas procesales y la aplicación errónea de las disposiciones sustantivas, en materia penal, revisten excepcional gravedad, porque en *"ese lento y doloroso camino que han de recorrer mano a mano el juzgador y los juzgados"*<sup>21</sup>\*, que es el proceso penal, *"no se puede castigar sin juzgar, ni viceversa, juzgar sin castigar"*; *esta irresoluble identidad del juicio en la pena es, el secreto y también el drama del derecho penal. El castigo, desgraciadamente, no comienza con la condena; sino que comienza mucho antes, en el debate, con la instrucción, con los actos preliminares, incluso con la primera sospecha que recae sobre el imputado; tan castigo es el juicio penal que a menudo hasta se sujeta in vinctulis al imputado como si ya hubiese sido condenado. El drama consiste en que ha de ser castigado para saber si debe ser castigado ...*<sup>22</sup>.

## **CAPÍTULO 2**

### **LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO**

#### **1.- Prisión Preventiva: Concepto**

La Prisión Preventiva es un acto procesal de carácter preventivo, provisional y cautelar proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso cuando, al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarlo con la finalidad de asegurar la realización del derecho violentado por el delito.

El Artículo 167 del C. de P.P. reza: ***"Cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:***

---

<sup>21</sup> El Derecho Procesal Penal.-Fenech.-Tomo I.-Pág. 69

<sup>22</sup> La lucha del Derecho contra el mal.-Discurso de Carnellutti o lección inaugural del primer curso de Derecho Procesal Penal explicado a sus alumnos en Roma que se inserta en el Primer Tomo del Derecho Procesal Penal, de Fenech. Pág. 34.

**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.**<sup>23\*</sup>

Respecto a esta medida de aseguramiento existen fundamentos en pro y en contra en cuanto a la conveniencia de la misma, ya que en ocasiones se ha llegado al extremo de solicitarla para todos los ilícitos o plantear incluso que se elimine totalmente por cuanto solo sería posible la privación de la libertad cuando se compruebe plenamente la tipicidad de la conducta y la culpabilidad del reo.

Sin embargo no se puede negar que en la mayoría de las ocasiones se ha aplicado en forma indebida, bajo el principio social de asegurar al imputado de la infracción, para evitar su fuga y no permitir que el delito quede en la impunidad, que el infractor sea sancionado por su desviación, sin considerar que en muchas ocasiones se puede privar de su libertad personal a un inocente, producto de una acción mezquina y de engaño de una supuesta víctima del delito, para sasear sus deseos de odio y de venganza contra una persona.

En nuestro sistema la ley procesal penal, confiere facultades al fiscal para solicitar la prisión preventiva de un ciudadano y al Juez para aceptarla por cuanto existen indicios de ser el autor o cómplice de un delito de acción penal pública; pero esta medida debe aplicarse cuando de los indicios y presunciones exista la certeza de que el imputado es el autor de la infracción y que a su vez tenga la convicción de que al concluir el procedimiento judicial la persona en contra de quien se ha ejecutado un auto de prisión, recibirá la sentencia condenatoria. Sin embargo en la vida real, se la utiliza en forma exagerada, sin fundamento jurídico causando daños irreparables ya que una gran mayoría de personas privadas de su libertad con Auto de Prisión Preventiva, han recibido Auto de Revocatoria, auto de Sobreseimiento y sentencias absolutorias.

VELEZ MARICONDE, en relación con el abuso en la privación de la libertad dice *“El abuso consiste en ordenar ciega y automáticamente la detención del imputado cuando*

---

<sup>23</sup> Código de Procedimiento Penal

*bastaría su simple citación; en prolongarla innecesariamente, cuando no se comprueba que peligra la actuación efectiva de la ley; en confundir la prisión preventiva, que solo puede ser una medida cautelar, con una pena se comienza a imponer antes de la sentencia condenatoria; en olvidar que el imputado es inocente mientras no sea declarado culpable por una sentencia firme”<sup>24</sup> \**

## **2.- Características de la Prisión preventiva**

Del concepto anotado en líneas anteriores, se destacan las siguientes características de la prisión preventiva:

- Es un acto procesal, nace dentro del proceso penal y en razón del proceso penal una vez que hayan cumplido ciertos presupuestos señalados por la ley. Su nacimiento es solemne y solo surte efectos jurídicos cuando esas solemnidades que le preceden se encuentran en el mismo proceso y no fuera de él.
- El origen de la prisión preventiva lo encontramos en el titular del órgano jurisdiccional penal, no proviene de ningún otro sujeto procesal, su fuente es el juez competente que conoce el proceso.
- Es un acto procesal preventivo, ya que tiene por finalidad asegurar que el sujeto pasivo del proceso durante el desarrollo del mismo esté a disposición del órgano jurisdiccional penal para los fines legales pertinentes; esto es la extinción del auto de prisión Preventiva, cuando desaparecen uno o todos los presupuestos que lo hicieron procedente. o la suspensión de los efectos del mismo cuando el sindicado o procesado en los casos permitidos por la ley, presenta caución, personal o real para evitar que se haga efectivo el auto de prisión preventiva del auto, pues dicha caución solo suspende los efectos del auto, aunque esta subsiste procesalmente.
- Es un acto de carácter provisional, pues se extingue en el momento en que se dicta el auto de sobreseimiento, o la sentencia absolutoria. Así mismo al dictarse sentencia Condenatoria, el Auto de Prisión Preventiva es reemplazado por la indicada sentencia que transforma la prisión preventiva en pena.
- Es un acto Cautelar, porque constituye una medida de aseguramiento procesal y de defensa social, sin embargo este cautelar bien podría sustituirse por otros que

---

<sup>24</sup> Alfredo Vélez Mari conde. Derecho Procesal Penal

limitando también la libertad personal, mitigan el daño que la prisión preventiva generalmente causa a los sujetos pasivos del proceso.

- El Auto de prisión preventiva debe ser motivado, para que tanto la sociedad como el sujeto pasivo del proceso conozcan los fundamentos por los cuales se priva del derecho a la libertad al sindicado o del procesado, estos fundamentos surgen del análisis que del proceso realiza el Juez para establecer si se han cumplido los presupuestos legales necesarios para la procedencia del auto de prisión preventiva.
- Este auto es completamente revocable, ya que si la ley exige para su procedencia que se reúnan ciertos presupuestos procesales, el momento que desaparecen parcial o totalmente, el auto de prisión preventiva debe ser revocado no solo por el Juez que lo dictó sino por quien conoce el proceso en virtud de las reglas de procedimiento previamente señaladas por la ley.
- La prisión preventiva es la es la preparación anticipada del cumplimiento de una pena, es el acto asegurativo del acusado, para que si llegare el caso, cumpla la pena que le impone el Juez.

Para concluir el Auto de Prisión Preventiva únicamente debe proceder cuando el juez a base de los indicios que constan en el proceso presume que se ha cometido un delito perseguible de oficio y cuando a base de indicios constantes en el proceso presume que esa persona contra quien se dicta la prisión preventiva puede ser uno de los autores, o cómplices, aunque en la práctica lamentablemente ocurra todo lo contrario.

### **3.- Requisitos de la prisión preventiva**

El artículo 167 del Código de Procedimiento penal, luego de establecer el presupuesto subjetivo para la procedencia del Auto de Prisión Provisional, advierte que aunque el Juez lo crea necesario deben concurrir tres presupuestos, para dictar esta medida preventiva:

#### **3.1. Indicio suficiente sobre la existencia de un delito de acción pública**

La ley para que proceda el Auto de Prisión Preventiva, exige que dentro del proceso existan indicios suficientes que conlleven a la conclusión de que se ha cometido un delito, la ley no exige que se haya comprobado jurídicamente la existencia del delito sino que objetivamente a base de los indicios se concluya que entre la conducta del imputado y de la ley penal exista una coincidencia real que lleven al Juez a presumir que en efecto se ha cometido el ilícito; por su parte los indicios deben ser varios y concordantes o por lo menos mas de dos. Al respecto es necesario aclarar que ni en la denuncia , ni en la petición que realiza el fiscal para que el Juez decrete la prisión preventiva se encuentran indicios claros y suficientes, estos indicios se encuentran en el proceso y son el resultado de la investigación que obra en la instrucción Fiscal, estos pueden estar constituidos por pruebas testimoniales, o por los resultados de un reconocimiento pericial, etc., es decir por cualquier medio de prueba legalmente introducido en el proceso. Sin embargo es necesario a mas de los indicios claros y suficientes para presumir que se ha cometido un delito , es que el acto antijurídico sea de acción pública ya sea de instancia oficial o de instancia particular y se sustancie sin necesidad de impulso de parte o de un proceso de instancia particular, los mismos que conjuntamente con otros permitan que surja la presunción judicial de que se ha cometido un delito.

Pero además para que proceda el Auto de Prisión Preventiva es necesario que el delito que es objeto del proceso tenga prevista la pena privativa de libertad, y la sanción de una pena superior a un año de prisión.

### **3.2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito**

El Auto de prisión preventiva debe ser la consecuencia de varios indicios claros preciso y razonables que provoquen un alto grado de posibilidad de que el imputado es autor o cómplice de la infracción que se juzga y que el Juez comprenda que la prisión provisional, es razonablemente procedente, pero sin dejar de considerar también las características personales del imputado , los beneficios y perjuicios que individual y socialmente pueden provocarse al dictar el Auto de Prisión Preventiva..

MAIER, al respecto opina que “ *la privación de libertad del imputado resulta impensable si no se cuenta con elementos de prueba que permitan afirmar al menos en grado de gran probabilidad, que el es el autor del hecho punible atribuido o participe en el, esto es, sin un juicio previo de conocimiento que, resolviendo prematuramente la pretensión deducida culmine afirmando, cuando menos la gran probabilidad de la existencia de un hecho punible atribuible al imputado* “.\*

Por último esta medida de aseguramiento solo procede dictarla contra los autores o cómplices de una infracción, pero no contra los encubridores.

### **3.3. Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.**

Al establecer un límite en cuanto a la pena como un aspecto objetivo para procedencia del auto de prisión preventiva, lo que la ley aspira es que se use esta medida de aseguramiento solo en casos extremos como una excepción y no como una regla general, además al establecer este límite la ley procesal penal quiere significar es que el juez debe considerar y reflexionar sobre la verdadera gravedad de la infracción y la participación del imputado en el cometimiento de la misma, y la necesidad de adoptar la medida limitativa de libertad ya que si la pena por el cometimiento de un delito es por ejemplo un año o un poco más, el imputado no va a abandonar su hogar, su familia su trabajo para evadir la acción de la justicia, de tal manera si es que se llegara a dictar esta medida en estas circunstancias se estaría realizando un g daño irreparable al imputado.

## **4 Finalidad de la Prisión preventiva**

La prisión preventiva es una institución que no tiene finalidades concretas, así:

- Es una medida de aseguramiento para. :

**El Estado.-** Porque de esta manera se evita que el agente del delito continúe alterando el orden jurídico que el Estado está obligado a mantener.

**La sociedad.-** para asegurar la defensa de la misma evitando que se produzcan otros atentados contra los derechos colectivos e individuales, ratificando la confianza de los individuos y de la comunidad en el ordenamiento Jurídico.

**En cuanto al proceso.-** Su finalidad es mantener al sujeto pasivo del proceso, unido a este, para mantener la necesaria intermediación del titular del órgano jurisdiccional penal, con el sujeto con quien se estableció la relación Jurídica procesal.

Pretende impedir que el procesado o sindicado destruya huellas, vestigios, objetos de la infracción, esto es evitar que destruya la normal sustanciación del proceso penal.

Procesalmente hablando sobre la finalidad de la Prisión Preventiva, es impedir que se suspenda la sustanciación del proceso, pues si el procesado se encuentra prófugo el juez declarará la suspensión de la etapa hasta cuando sea aprehendido o se presente voluntariamente.

## **5 La Prisión Preventiva y el Delito Flagrante**

### **Detención o aprehensión por delito flagrante**

El Código de Procedimiento Penal en el Art. 161, indica que la aprehensión cabe únicamente cuando una persona ha sido sorprendida en delito flagrante, es decir, *"el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión ..."* (Art. 162 C.P.P.). Esta situación de flagrancia impone al Estado tres obligaciones que deben ser cumplidas en forma inmediata, sin demora:

- a) Llevar al detenido ante un juez competente;
- b) Que el Juez competente decida sin demora sobre la legalidad o ilegalidad de la aprehensión o detención. El juez no tiene que esperar las veinte y cuatro horas que ha previsto la Constitución Política para cumplir con su obligación de tutela judicial efectiva, pues tiene que calificar si la aprehensión es legal o no, en forma inmediata. De encontrada ilegal debe ordenar la inmediata libertad de la persona aprehendida; y,
- c) El Estado en el plazo de veinte y cuatro horas, a través del Ministerio Público, tiene que decidir si procesa o no a la persona privada de su libertad, de encontrar los indicios

suficientes tanto sobre la existencia de un delito como de la responsabilidad penal, como determina el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal.

Las dos primeras obligaciones del estado, derivan de la Convención Interamericana sobre Derechos humanos o Pacto de San José, Art. 6, del cual el Ecuador es signatario y como Estado Parte, obligado a su cumplimiento. En tanto que la tercera responsabilidad estaba contenida en el Art. 24, numeral 6 de la Constitución Política del Estado; como garantía de su estricto cumplimiento, ha previsto incluso la garantía del **habeas corpus** en el Art. 93 de la Carta Fundamental, actualmente en el art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador. No necesariamente el plazo fatal de la duración de la aprehensión nace de los convenios establecidos, pues se deja a criterio del Estado Parte para que regule este tiempo, en otros países este plazo puede ser de ocho días, dependiendo de la gravedad del presunto ilícito. De pronto, esta medida podría paliar en algo la verdadera razón de la indagación previa y permitir la aplicación de medidas cautelares en los casos que lo merecen.

Nótese que es el juez, en representación del Estado, quien debe velar porque las garantías previstas en los instrumentos básicos mencionados no sean vulneradas, pues de permitir una detención ilegal y arbitraria, el juez es el único responsable y como tal podría ser demandado por la persona afectada, al tenor de lo que se encontraba previsto en el Art. 20 de la Constitución Política del Estado o lo que establece el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal sin perjuicio de los delitos contra la libertad individual, establecidos en el Código Penal.

Es necesario indicar que cualquier persona puede convertirse en agente de la aprehensión, como ya dijimos, en los casos de flagrancia delictual y por excepción, en los casos señalados en el Art. 163 del C. de P. Penal, que son: 1. Al que se fugue del establecimiento de rehabilitación social; y, 2. Al imputado o acusado, en contra de quien se hubiere dictado orden de prisión preventiva, o al condenado que estuviere prófugo.

## **6. Casos en que no cabe la prisión preventiva**

### **Artículo 173 CPP**

#### **Prohibición**

**“ 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 sancionan con una pena que no exceda de un año de prisión, independientemente de la pena que pueda imponerse en la sentencia.”**

#### **6.1 En los delitos de acción privada**

De conformidad con el art. 32 del C.P.P. el ejercicio de la acción penal se clasifica en tres grupos. A) Pública de instancia oficial. B) pública de instancia particular y C) privada.

La prisión provisional es una medida cautelar de carácter excepcional, tiene sus presupuestos legales para que el juez pueda ordenarla. Por regla general presentes los presupuestos objetivos de procedencia del auto de prisión provisional y si el juez lo cree necesario, dicta la mencionada providencia. Sin embargo en ciertos casos, aún cuando el juez lo creyere necesario y se hubieren reunido procesalmente los presupuestos objetivos de procedibilidad , el juez penal no puede dictar la prisión provisional del sujeto pasivo del proceso. Son prohibiciones legales que la propia ley le resta legitimidad al auto de prisión provisional, se trata de procesos que tienen por objeto delitos cuyo ejercicio de la acción es privado, en estos delitos la ley prohíbe que se dicte el auto de prisión provisional cualquiera que fuere la pena para dichos delitos. El fundamento para el cual los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión provisional previstos en el Art. 167, no se toman en consideración para el caso de los procesos que tiene por objeto, delitos de

acción privada, radica en que los indicados delitos afectan solo al interés particular y por lo tanto son las personas particulares las que deben iniciar el proceso e incentivarlo

## **6.2 en los delitos que no tengan prevista la pérdida de la libertad.**

Es razonable esta disposición ya que de acuerdo con el principio de proporcionalidad en el caso de los procesos que tienen por objeto delitos que se encuentran vinculados con una pena pecuniaria, se prohíba la privación de la libertad del sujeto pasivo del proceso, pues sería una incongruencia jurídica que se limite la libertad al encausado que en el momento final del proceso en el caso que se le condene, solo deba satisfacer un pena pecuniaria y no privativa de libertad.

## **6.3 En los delitos sancionados con prisión que no exceda de un año.**

La ley prohíbe que en los procesos que tienen por objeto delitos que se encuentren vinculados con una pena que no exceda de un año de prisión, se dicte el auto de prisión provisional, pues se trata de conductas antijurídicas de poca relevancia social y que por lo general algunas de ellas admiten condena de ejecución conforme lo dispone el art. 82 del Código Penal. La prohibición de emitir el auto de prisión provisional en los procesos que tiene por objeto delitos cuya sanción no exceda de un año de prisión, es independiente de la resolución final contenida en la sentencia condenatoria, la cual puede imponer la pena que crea conveniente, esto es inferior a un año de prisión, lo que la ley no permite es que se mantenga privado de su libertad al imputado mientras se sustancia el proceso que dice relación con un delito que tiene como límite máximo el año de prisión correccional, sin perjuicio de que el juez competente en este caso establece la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, lo pueda condenar a una pena inferior al año de la condena.

# CAPÍTULO III

## MEDIDAS ALTERNATIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

### **Las Medidas Cautelares Sustitutivas frente a la Privación de Libertad.**

La aplicación de las medidas cautelares sustitutivas en contraposición con la privación judicial preventiva de libertad significa una serie de beneficios para el proceso que ayuda a todas las partes intervinientes en el mismo, como lo son el imputado y el Estado, y entre estos beneficios que se pueden distinguir se deben señalar que existen razones de naturaleza económica, política, social y por supuesto judicial. Económicas dado que la manutención del imputado a la sociedad ecuatoriana tiene un costo oneroso en dólares mensuales por cada procesado detenido, incluyendo en este hecho pago de personal, custodios, alimento desayuno, almuerzo y cena; personal de limpieza, traslados de los imputados a los recintos judiciales, por ende la desconcentración de los recintos penales es un factor positivo.

El juzgamiento en libertad absoluta, es decir, donde el imputado no es sometido a ningún tipo de medida cautelar, es perfectamente posible en el sistema acusatorio. Con ello se contribuye decisivamente a aliviar el problema de la superpoblación carcelaria.

También es menester traer a colación que un beneficio de estas medidas es que durante la imposición y vigencia de ellas sobre el imputado, éste último se verá más intimidado ó incluso imposibilitado (según la modalidad de la medida impuesta) de cometer un nuevo delito, o dicho de otra manera que el procesado prosiga con su actividad delictiva, es decir continúe atacando el orden jurídico.

Estos elementos son algunas de los beneficios más resaltantes de la instrumentación de las medidas cautelares y por ende del código, sólo así en definitiva, podrá lograrse de la mejor manera el tránsito de un sistema de justicia anacrónico a una administración de justicia moderna, ágil, eficiente,

menos costosa, más humana, accesible y transparente, en suma, que sea en la práctica, real y efectiva garantía de vigencia del estado de derecho.

Ahora bien, con estos planteamientos quedo claro que efectivamente las medidas sustitutivas ofrecen una gran gama de ventajas en el proceso; pero en contrario la medida privativa de libertad no ofrece las mismas ventajas, ya que lo único que garantiza es la presencia segura del imputado durante todo el proceso judicial, cosa que por si sola ya es bastante importante; pero a todo evento la privación de libertad trae consigo una serie de desventajas en comparación con las medidas sustitutivas, y entre estas se podrían enunciar las siguientes:

1.- La poca preparación de los sujetos participes en la aplicación de las mismas, ya que por ser de una creación novísima no existen criterios exactos en cuanto a su aplicación que sirvan de norte para aplicarla adecuadamente según el delito y el perfil del imputado.

2.- Los recintos carcelarios no están calificados para albergar a los imputados según un sistema clasificatorio.

3.- La lentitud y entramamiento del sistema judicial son alguna de las desventajas que desdibujan aún más su implementación ya que se busca primordialmente la celeridad del proceso para lograr la pronta aplicación de la justicia, y mientras el proceso se retarda el imputado sufre una condena más que una medida privativa de carácter temporal.

Así mismo, en el proceso penal cuando se sobresee a un procesado o se dicta un fallo absolviéndolo de los cargos formulados en su contra, si la detención preventiva no cesare la misma dejaría de ser una medida cautelar para tornarse pura y simplemente en una sanción sin objetivo mediato de ninguna especie, ilegítima por demás, por lo cual también debe considerarse que durante el proceso fue ilegítima, ya que fue sobreseído y/o absuelto según el caso en particular, por ende se le impuso una medida en su contra que lo coloco en una

Capitis Diminuí máxima, desde este enfoque se observa una clara desventaja de estas medidas.

De igual manera, señalan algunos autores que una clara desventaja es que la medida privativa de libertad puede tener como finalidad legítima intimidar al procesado para obtener su confesión ó admisión de los hechos, como nadie puede ser obligado a admitir la responsabilidad de un determinado hecho sino a declarar no es posible asegurar la eficacia de la obtención de una confesión, en este caso la finalidad de la medida radica no en asegurar que va a poder tomársele declaración al imputado (esto es que no va a fugar u ocultarse), sino en obtener un determinado contenido de su declaración (con lo cual la medida sería instrumental pero no cautelar). Como nadie puede ser citado a confesar, sino a declarar, no es posible asegurar la eficacia de esa medida, es decir la obtención de una confesión.

Lo que ocurre en la práctica, es que debido a la desmedida extensión temporal que suelen tener los procesos penales, ha tenido andamio esta solución ilegal e inconstitucional de castigar al procesado antes de la sentencia, solución que resulta práctica en muchos casos, pero en otros tiene por lamentabilísima consecuencia castigar a quien en definitiva es inocente. Tampoco ha faltado quien ha señalado que muchas de estas medidas son impuestas para calmar la opinión pública por la comisión de un hecho punible significativo, ya que en ciertas oportunidades la gravedad de un delito ha originado tanto clamor público que solo puede ser calmada esa sed de justicia a través de la detención de algún supuesto culpable; pero esto no deja de ser un simple rumor que no se ajusta a nuestra normativa legal. Por la experiencia profesional, cortísima por supuesto, suelen algunos jueces, tratar de justificar a la prisión preventiva, en razón del alivio de la alarma social que la misma produce, lo que equivale a reconocer que tal cosa es una de sus posibles finalidades.

Es curioso que todos los ordenamientos jurídicos acusatorios, que proclaman el principio de libertad como regla, comienzan regulando, en primer término, la prisión preventiva y luego las medidas sustitutivas de ésta. Ello nos dice claramente que todavía hay que luchar muchísimo para erradicar aquello que

Carnelutti llamó "las miserias del proceso penal" y que todavía consideramos a la prisión preventiva como la más efectiva de las medidas precautelativas.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, en su Artículo 171, prevé tres medidas alternativas sustitutivas de la prisión preventiva que mas adelante las analizaré, facultad que tiene el Juez para decidir cual de ellas debe aplicar ya sea individual o conjuntamente pues las tres son acumulativas y siempre que existan los siguientes presupuestos:

- a.- Que el delito no se encuentre reprimido con una pena que exceda de cinco años, es decir que no se admiten los delitos reprimidos con reclusión, ya que solo los delitos reprimidos con prisión tiene como pena máxima cinco años de privación de la libertad.
- b.- Que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, desde este punto de vista las condenas por contravención carecen de trascendencia, ya que solamente se comprende las condenas anteriores, que para serlo deberá encontrarse la sentencia ejecutoriada, puesto que de lo contrario se vulnera la garantía del debido proceso de la presunción de inocencia.

El citado artículo contempla tres penas alternativas a la de prisión preventiva:

- 1.- El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga.
- 2.- La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o tribunal o ante la Autoridad que el designe
- 3.- La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Juez o tribunal.

### **1.- El arresto domiciliario.**

Esta es una de las medidas alternativas que deberá ser impuesta por la autoridad competente, al igual que las demás, considerando los siguientes factores:

- a) La naturaleza de la infracción.- En los delitos de lesa humanidad como el genocidio, el tráfico de infantes, la trata de blancas, el comercio de personas, el tráfico de drogas, la piratería aérea, los crímenes de guerra, el tráfico de órganos, etc., no cabe la posibilidad de imponer una sanción alternativa a la pena de privación de libertad; por la gran potencialidad ofensiva de estos delitos y porque sus autores y partícipes revelan una alta peligrosidad, por su insensibilidad humana ante el sufrimiento del prójimo.

Lo mismo ocurre con los delitos que cometen los funcionarios y empleados públicos, en abuso del ejercicio de sus funciones, no cabe la imposición de penas alternativas a la privación de libertad, porque son delitos que se los comete contra la colectividad y consecuentemente ocasionan gran alarma social, daño moral y económico colectivo; así como también el resquebrajamiento de las instituciones del estado y menoscabo del principio de autoridad. Igual ocurre con delitos como los homicidios por dinero o por razones sexuales, así como las violaciones de menores de doce años, etc; no cabe la sustitución de la pena privativa de libertad por una de las penas alternativas previstas en nuestra ley penal porque son cometidas por personas que revelan su alta peligrosidad social que solo pueden ser cometidos por personas que padecen quizás graves trastornos y frustraciones psíquicas que requieren tratamiento especializado y en condiciones de aislamiento.

b.- La personalidad del infractor.- Cada individuo tiene su propia personalidad, la cual determina su particular forma de reaccionar ante los estímulos de la realidad objetiva de su propio interior.

La personalidad social de todo individuo en cuanto al conjunto de características y rasgos Sociales, morales y formas de reaccionar ante los estímulos de la realidad objetiva y de su interior, se forman continuamente durante el transcurso de toda la vida, experiencia y relaciones sociales. Por eso en la conducta antisocial hay que tomar en cuenta la personalidad social, su formación y experiencia adquirida en un determinado medio social negativo que lo lleva a reaccionar de manera negativa a transgredir el orden penal, a convertirse en infractor. Los delincuentes no nacen, ni existen familias de delincuentes. Es la influencia de factores sociales negativos sobre los individuos lo que los conduce a delinquir.

Sin embargo a la influencia de los factores sociales negativos o criminógenos en la manifestación de la conducta antisocial, hay que añadir las anomalías síquicas o enfermedades mentales que afectan a las personas, sea por la influencia de dichos factores criminógenos o por origen genético o accidental; por lo cual no se puede prescindir del criterio de la imputabilidad, para la clasificación de los infractores, porque solo

responderán penalmente los imputables, esto es aquellos que presentan condiciones de normalidad biológica o salud mental.

c.- La reinserción social del sentenciado.- El último Factor que debe considerarse para imponerse al infractor una sanción alternativa a la pena de privación de libertad radica en sus condiciones de adaptabilidad al medio social en que habitualmente desarrollaron su actividad antes de delinquir, esto es que debe tratarse de sujetos bien adaptados y capacitados para ganarse la vida desempeñando una función útil para la sociedad, lo importante es que les permita ganarse honestamente los medios económicos para su subsistencia y de sus cargas familiares. Desde este punto de vista el sentenciado con un medida alternativa dispone de la capacidad de proporcionarse los medios suficientes para subsistir con su familia y además por sus condiciones de adaptabilidad social y personalidad no constituye un sujeto socialmente peligroso, porque llegó al delito presionado por circunstancias coyunturales irrepetibles.

De conformidad con el 171 del Código de Procedimiento Penal, inciso final, cualquiera que fuese el delito, la prisión preventiva será sustituida por **ARRESTO DOMICILIARIO**, en todos los casos en que el imputado o el acusado sea persona mayor de sesenta y cinco años o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. Entonces cuando la pena no excede de cinco años de prisión y no se ha condenado con anterioridad al imputado o al acusado por otro delito, el Juez tiene la opción de ordenar el arresto domiciliario, en cambio si es mayor de sesenta y cinco años de edad sea hombre o mujer y, si es mujer menor de sesenta y cinco años pero esta embarazada, es obligación del juez ordenar el arresto domiciliario.

Muchos casos habrán de arrestos domiciliarios de personas que vivan en las zonas rurales, en este caso es obligación del juez que conoce la causa, es disponer para que proceda el mismo, el futuro beneficiario designe el domicilio en la ciudad en donde se tramita el proceso, en donde va a cumplir el arresto domiciliario, ya que no puede cumplir en el campo en donde vive.

Las medidas alternativas tiene lugar únicamente, cuando existe orden de prisión, es decir que cuando está condenado ya no procede porque conforme lo establece la constitución,

ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación del estado.

Es decir si una persona se encontró con una medida alternativa como el arresto domiciliario, la pena ya no cumple en arresto domiciliario, sino que debe ir a un centro de rehabilitación social a cumplir la pena que le falta. Al respecto el pleno de la Corte Suprema de justicia el 30 de julio de 1999, resolvió:” que la prisión preventiva deja de ser preventiva desde el momento que se resolvió la sentencia, así se encuentre pendiente un recurso, esto significa a que desde el momento en que se dicta sentencia condenatoria, termina el arresto domiciliario y automáticamente pasa a un centro de rehabilitación social porque ya terminó la prisión preventiva.

En nuestro país se han presentado varios habeas corpus por las mujeres que encontrándose embarazadas y pese a que el juez a dispuesto la sustitución de la medida cautelar por el arresto domiciliario, la policía no ha cumplido con la orden del juez, con el argumento de que no tienen el suficiente personal para cumplir con dicha disposición, por lo que el tribunal constitucional se ha pronunciado al respecto: “ como se ha demostrado que se halla privada de la libertad, la mujer que se encuentra embarazada, debía el juez disponer el arresto domiciliario, de allí que el internamiento en el centro de rehabilitación social es ilegal, por lo que procede el hábeas corpus” \* “ si se encuentra embarazada o ha dado a luz y si el juez a ordenado el arresto domiciliario, lo que no ha cumplido la policía procede el hábeas corpus.” En nuestra legislación el arresto domiciliario, no es una figura jurídica nueva, ya que antes de que aparezca en el art. 171 del CPP., ya existía en el art. 64 inciso segundo de la ley orgánica de la función legislativa, que disponía que “si procediere prisión preventiva esta sería también domiciliaria. Posteriormente al expedirse el C. P.P. en vigencia en el art. 171, se creó el arresto domiciliario facultativo y el obligatorio. Para ser acreedor del arresto domiciliario facultativo es necesario que la pena no exceda de cinco años de prisión y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad; y es obligatorio para la mujer embarazada y para las personas mayores de 65 años de edad. Con la expedición del Código de la niñez y adolescencia el art. 23 al referirse a la protección prenatal ordena que procede entre otras medidas sustitutivas el arresto domiciliario para la mujer embarazada so pena de ser sancionado en la forma prevista en el código de la niñez.

En las reformas al C.P. publicadas en el año 2005, se sustituyó el art. 57 del mismo cuerpo en el sentido de que los imputados en los delitos sexuales y trata de personas no tienen derecho a la prisión preventiva domiciliaria. Desde este punto de vista existe una contradicción entre la disposición del Código penal con la del Código de procedimiento penal y con la disposición, del Código de la niñez y adolescencia sobre la procedencia del arresto domiciliario de la mujer embarazada, por lo que corresponde determinar cuál de las leyes prevalece, para lo cual es necesario realizar el siguiente análisis:

Tanto el Código de procedimiento penal, como el Código Penal son leyes ordinarias, es decir son de la misma jerarquía, mientras que el Código de La Niñez y adolescencia es una ley orgánica, por lo tanto tiene prelación sobre el CPP y el CP, entonces si el Código de la Niñez y adolescencia dice que a la mujer embarazada se le aplicará medidas sustitutivas o alternativas, es indudable que la mujer embarazada que se encuentra involucrada en la trata de personas y delitos sexuales procede el arresto domiciliario, porque así lo ordena dicho Código que se halla en el ordenamiento Jurídico sobre el Código Penal y Código de procedimiento Penal, ya que una ley inferior no puede reformar una ley superior.

Esta es una más de las contradicciones que encontramos en nuestro ordenamiento legal y que el legislador no ha previsto, no ha tomado en cuenta la prelación de las leyes, olvidándose que existe un ordenamiento jurídico, que existen grupos vulnerables, no ha considerado que el estado protege la vida de la persona desde que se halla en el vientre materno, en todo caso su aplicación correcta corresponderá a la autoridad competente quien deberá analizar adecuadamente la procedencia o no de la medida alternativa analizada.

En todo caso hay que tener presente que el arresto domiciliario no permite que el arrestado pueda salir de su domicilio, salvo permiso expreso dado por el Juez para casos que exijan la presencia física del imputado, como por ejemplo un examen médico, o la práctica de un acto procesal especial. En estos casos el arrestado debe concurrir a las actividades que debe desarrollar acompañado de la vigilancia policial respectiva.

## **2.- Obligación de acercarse periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad que se designare**

Esta medida alternativa consistente en la presentación del sujeto pasivo del proceso, en forma periódica, ante la autoridad de policía que señale el juez, o ante el mismo, debería ser, a nuestra opinión, una presentación diaria e impuesta con la condición de que si omite el cumplimiento de la obligación, aunque sólo sea una vez, salvo justa causa comprobada, el juez deberá ordenar la prisión preventiva del acusado. Creemos que esta medida también podría ser aplicada a aquellos que han cometido un delito cuya pena no exceda de tres años de prisión correccional.

La presentación periódica ante un juez de policía es una medida que, con mayor aplicación práctica, sustituye mejor a la prisión preventiva. Sin embargo, si bien puede aplicarse en la zona urbana, sería casi imposible su aplicación en la zona rural, pues en ella sus habitantes viven en lugares distantes de la sede en donde se sigue el proceso o donde se encuentra algún destacamento policial.

Esta es una medida de control judicial periódico que tiene por finalidad mantener la vigilancia del afectado sin perjudicar su actividad normal durante el tiempo que se sustancie el respectivo proceso penal.

### **3.- Prohibición de salir del país**

La orden de prisión preventiva puede ser sustituida por la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal, como ordena el Art. 171 numeral tercero del Código de Procedimiento Penal, pero siempre que se trate de un delito cuya pena sea inferior a cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por la comisión de un delito, a estas se les conoce como medidas de control.

Esta medida tiende a restringir o limitar el área de circulación ambulatoria del afectado con la medida. La Constitución Política de la República garantiza al habitante del país el derecho a transitar dentro del territorio de la Nación, así como la libertad de entrar y salir del Ecuador, todo lo cual queda limitado cuando se decreta la medida cautelar analizada.

Respecto a la prohibición de salir del país la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema

de Justicia, en resolución de 19 de julio del 2003, entre otros aspectos resolvió:

**Primero.-** Entre los derechos de la persona prevé el ordinal 9 del Art. 19 de la Constitución: "El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia.- Los ecuatorianos gozan de libertad para entrar y salir del Ecuador. En cuanto a los extranjeros se estará a lo dispuesto en la ley"

**Segundo.-** De la garantía constitucional transcrita se desprende: a) que el inciso 2° de dicho ordinal distingue la situación del ecuatoriano de la del extranjero: respecto de éste se remite a lo que disponga la Ley. En lo concerniente a aquel no hace lo propio; b) que al establecer la libertad para que los ecuatorianos puedan entrar y salir el Ecuador, no contempla restricción limitación ni excepción. Y siendo ello así, mal puede hacerlo ni la ley ni reglamento alguno.

**Tercero** .- Contradiendo tal precepto constitucional el Art. 16 del Reglamento a la Ley de Migración prescribe: "Para autorizar que una persona sujeta al fuero territorial abandone el país, los agentes de policía verificarán en los archivos de la respectiva oficina de migración si no existe contra el solicitante ni prohibición de salida fundada en sentencia o auto judicial ejecutoriados ni orden de detención por delito imputado". De esta suerte, en la parte pertinente del artículo transcrito se crea una prohibición de salida que la Constitución no la admite; y, por tanto, no puede surtir efecto. Lo anterior, que se limita a examinar los textos constitucionales y reglamentarios, torna innecesario cualquier otro análisis. En esta virtud, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma la resolución sometida a conocimiento de la Sala. Notifíquese.- F: Dres:

En todo caso para que el Juez pueda ordenar la medida alternativa prevista en el numeral 3 del artículo que analizamos (171 CPP), si es que hubiere dictado con anterioridad el Auto de Prisión Preventiva, debe revocar éste y reemplazarlo por el auto en que conste dicha medida cautelar.

No obstante así como el auto de prisión preventiva es básicamente revocable, en cualquier momento en que se presenten las condiciones procesales para dicha revocatoria, así también las medidas cautelares alternativas pueden ser revocadas en el caso que el Juez

considere que el imputado incumple con las condiciones inherentes a dichas medidas alternativas.

#### **4.- Revocatoria o suspensión de la prisión preventiva**

Generalmente los mandatos judiciales contenidos en los autos y sentencias, pueden ser revocados una vez que se hayan cumplido los presupuestos necesarios para ello, uno de estos presupuestos es el temporal, pues si no se solicita la revocatoria del auto dentro de los tres días posteriores a su notificación a las partes procesales, pasa en autoridad de cosa Juzgada. El auto de prisión preventiva no está sujeto a limitación pues de manera expresa el artículo 170 del CPP establece los casos en que el Juez lo puede revocar sin tomar en consideración el tiempo para la procedibilidad de la revocatoria.

El principal fundamento para que el Auto de prisión pueda revocarse en cualquier tiempo radica en la garantía Constitucional que lesiona, esto es la libertad del Ciudadano, el cual solo debe estar limitado en su libertad el mínimo tiempo posible y solo cuando sea extremadamente necesario.

##### **4.1. Desvanecimiento de los indicios que motivaron**

El numeral 1 del artículo 170 del CPP, establece como una de las causas de revocatoria del auto de prisión provisional el que uno o todos sus presupuestos objetivos que le dieron vida se hayan desvanecido con el desarrollo del proceso penal respectivo, es decir que hayan desaparecido los indicios que hacían creer que el imputado había intervenido como agente en el delito que es objeto del proceso. Sin embargo aún en el caso de que en el proceso constaren presupuestos objetivos de procedencia del mencionado auto, si el Juez no creyere necesario el dictar la medida cautelar, puede abstenerse de hacerlo. Es decir el Juez que dictó el auto de prisión Provisional debe examinar si es que aún se mantienen las causas que le impulsaron a dictar el auto de prisión provisional ya sea de oficio o a petición de parte.

Por lo tanto no solo cuando se han desvanecido los indicios, que llevaron a dictar el Auto de prisión provisional, es que el Juez de lo penal puede revocar dicho auto, sino que también está legalmente autorizado para hacerlo cuando no crea que fuera necesario limitar la libertad del encausado, pues sobre los presupuestos objetivos de la misma se

encuentra el presupuesto subjetivo , esto es la convicción del juez sobre la necesidad de la medida cautelar., ya que lo que esta limitando es una garantía fundamental del hombre como es su derecho a la libertad.

Para finalizar, concluiremos que si no hay indicios de la comisión de un delito o de que el sujeto pasivo del proceso intervino en la omisión del mismo , no puede haber presunción de autoría o complicidad en la comisión de un delito .

En estos casos se impone la revocatoria del auto de prisión preventiva inicialmente fundado sobre los elementos objetivos que posteriormente desaparecieron en y por la sustanciación del proceso .

#### **4.2 cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído**

Para que proceda el auto de prisión preventiva es necesario que es necesario que existan indicios claros y precisos de la existencia de un delito y de la intervención del imputado en la comisión del mismo y para que se dicte el auto de llamamiento a juicio es necesario que se haya comprobado la existencia jurídica del delito y que exista el nexo causal entre este y el imputado si no se establece fehacientemente en el desarrollo del proceso lo uno y lo otro, no procede el mantener el auto de prisión provisional y en su defecto el Juez deberá revocarlo y ordenar la inmediata libertad del imputado. Este razonamiento se sustenta en que el sujeto pasivo del proceso es una persona inocente y que solo en casos extremos debe a la limitación de su derecho a la libertad, pues si el Juez no queda vinculado a la petición del fiscal para dictar la prisión provisional, con mayor razón no puede existir tal vinculación para revocar la medida anteriormente citada.

#### **4.3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa**

Esta disposición prevé la posibilidad de reemplazar el auto de prisión provisional por otras medidas cautelares prevista en el artículo 171 del CPP , en concordancia con el artículo numeral 11 del artículo 77 de la Constitución Política de la república , estas medidas son:

- El arresto domiciliario
- Obligación de acercarse periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad que se designare
- Prohibición de salir del país.

El juez puede revocar el auto de prisión preventiva por una de las medida cautelar alternativa. En este caso en el mismo auto por el cual revoca el limitativo de la libertad debe ordenar la imposición de la medida cautelar que remplaza a la privativa de libertad.

#### **4.4. Cuando su duración exceda los plazos previstos en la ley**

Cuando se hayan cumplido los plazos a los que se refiere el artículo 169 del CPP , esto es de seis meses en el caso de procesos que tiene por objeto delitos sancionados con penas de prisión correccional , y de un año en el caso de que la pena prevista sea de reclusión . La revocatoria del auto de prisión provisional, en este caso no necesita que sea solicitado por las partes procesales, ya que el juez está en la capacidad de dictar de oficio tal providencia en el momento en el conste procesalmente que se han vencido los plazos señalados en el artículo 169, ya que cuando se trata de revocar los mandatos judiciales que contienen limitaciones a los derechos consagrados en la Constitución política de la República , el juez no necesita excitación alguna sino que está obligado a devolver al ciudadano el pleno goce de sus derechos.

Una vez cumplidos los plazos a los que se refiere el artículo precedente , el Juez no podrá dictar por segunda ocasión el auto de prisión preventiva contra el mismo imputado o acusado cuya libertad fue otorgada por vencimiento de los plazos determinados en la ley , por cuanto el plazo cumplido fue suficiente para que el Juez hubiere satisfecho los fines procesales para los cuales fue impuesta la limitación de la libertad del imputado o acusado.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **Conclusiones**

La realidad contradictoria entre el deber ser y el ser del sistema penal genera falta de legitimidad en el mismo, lo que constituye una de las críticas más importantes y reiterativas a esta forma de control. Otra de las razones de incriminación del ejercicio de la Justicia Penal, radica en que el desempeño de la función retributiva o represiva implica la imposición de un sufrimiento

doloroso al detenido y colateralmente a su familia y otros individuos asociados al mismo.

Este subproducto dañoso de la acción del Sistema Penal es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la dignidad humana, recurriendo a actividades que implican coerción, privación de la libertad y desmedro de la dignidad humana. Se llega a afirmar, por algunos autores de tendencia abolicionista, que la violencia social que es condenada a través de las tipificaciones delictivas, se convierte en violencia justificada y legal cuando es usada como sanción o penalidad por el Sistema Penal. Conjuntamente con la violencia legitimada intrínseca a la aplicación de una sanción penal, encinramos un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; nos referimos a la estigmatización como efecto residual de la acción del Sistema Penal.

La violencia o intimidación de violencia física que implica la pena privativa de libertad significa una afectación corporal o limitación física de movimientos que se concentra en una temporalidad determinada; sin embargo, la estigmatización ó plus de la medida privativa de libertad, como se le denomino en el presente trabajo, se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta.

A su vez como parte dolorosa de la estigmatización, aparece la reducción de la autoestima del sujeto y consecuentemente la auto estigmatización. Más allá de la marginación real a que lo somete su medio social, comienza en el individuo un proceso de automarginación, generado por una autovaloración como ente anómalo, negativo y extraño al conglomerado social. Sus intereses vitales se atemperan a esta percepción negativa y como resultado el individuo estructura su actuar, proyectándose al cumplimiento del comportamiento antisocial que se presupone o se espera de él, en consonancia con la estigmatización y la auto estigmatización a que está sometido.

Se debe comprender que la visión crítica del Sistema Penal no debe limitarse a constatar la dosis de violencia que porta la imposición y ejecución de las penas o a reconocer la nociva secuela estigmatizante que victimiza al propio justiciable. El análisis holístico crítico que la realidad exige, debe extenderse además a la valoración en torno al funcionamiento de las instituciones, que dentro del propio aparato de justicia, son las encargadas de aplicar la concepción legislativa plasmada en las leyes.

Aún cuando el análisis de la labor de las agencias ejecutivas del control social formal no constituye objeto de este trabajo; no podemos obviar el razonamiento de que la acción de estas agencias debe materializarse dentro del marco estipulado por los legisladores; sin embargo, la realidad de aplicación de las normas nunca coincide con la concepción legislativa originaria; pues a dichos aplicadores les queda espacio legal para interpretar las normas, para subsanar sus oscuridades o vacíos y, en fin, para decidir cuando se aplican y cuando no, lo que, comúnmente se traduce en una continuación de las selecciones, positivas y negativas, realizadas en la etapa de creación de las disposiciones penales.

Otro relevante aspecto a concluir en el contexto del Sistema Penal, lo constituye el exagerado uso de la sanción privativa de libertad. Las funciones de este tipo de penalidad se dirigen, según reconocimiento teórico, a imponer un castigo justo al delincuente función retributiva; a garantizar la separación de este individuo del cuerpo social, logrando su incapacitación para cometer nuevos ilícitos función neutralizante; la anterior finalidad se relaciona estrechamente con la demanda de protección o de defensa de la sociedad función defensiva; y como objetivo esencial más perseguido se encuentra la pretensión reeducativa que garantizaría supuestamente la reinserción del sancionado en su vida post-carcelaria función resocializadora. Estas pretensiones o finalidades de la pena, en la realidad se logran cumplir de manera parcial y solo desde la óptica retributiva y de la prevención especial negativa neutralización.

No resulta novedosa la afirmación de que la realidad carcelaria ha evidenciado ampliamente la pobre capacidad resocializadora de la pena privativa de libertad. La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los detenidos ó penados demuestra el fracaso de la cárcel como instrumento de control social, entre otras razones porque no se puede segregar personas y al mismo tiempo pretender reintegrarlas. La valoración en torno a la prisión adquiere matices peculiares en nuestra Latinoamérica, pues el descreimiento masivo, se potencia cuando se observa que mientras estos verdaderos resumideros multitudinarios de almas revelan cotidianamente su inutilidad y barbarie, la impunidad más descarada se obtiene de parte de quienes cometen enormes negociados, violentan sin pudor elementales deberes de cuidado que derivan en tragedias otrora impensables, lavan dinero, incurrir en actos de corrupción de alarmante envergadura, trafican drogas y armas.

Se demuestra con lo valorado hasta el momento, que la pena de privación de libertad debe ser usada solo en última instancia por la agencia judicial del Sistema Penal; teniendo en cuenta que a esta reacción enérgica solo debe recurrirse en los casos que sea conveniente y necesario, pues su empleo exagerado implica una saturación penitenciaria, que a la postre desvirtúa la utilidad y pertinencia del Control Social Punitivo.

Como resumen de esta evaluación crítica, conviene tomar posición respecto a los álgidos debates que en el seno de la doctrina jurídica y específicamente de la Sociología del Derecho se producen, debido a la existencia de dos perspectivas extremas y contrapuestas en relación con el uso del Derecho Penal, como parte del control social formal; nos referimos a la variante abolicionista y a la variante de maximización del Derecho Penal.

La pretendida abolición del Sistema Penal, en la etapa actual de desarrollo de la sociedad, solo garantizaría, una incontrolable anarquía social, pues los instrumentos controladores no penales sustitutivos del Derecho Penal se encuentran apenas esbozados en el nivel teórico y sin ninguna validación práctica. De otro lado, el uso hipertrofiado de la respuesta punitiva, propio de la maximización del Derecho Penal, solo significaría un aumento de la

criminalidad detectada como lógico correlato a la ampliación de la represión penal; lo que no se traduce necesariamente en una disminución de la criminalidad real. El uso desproporcionado de la vía punitiva, lo que lograría a la postre sería el desarrollo de un control penal desordenado y arbitrario. De igual manera, el presente investigador resalta puntualmente las siguientes conclusiones:

- Las medidas cautelares se clasifican en restrictivas y sustitutivas, el primer grupo conformado por una sola modalidad, la privación de libertad, y el segundo grupo compuesto de ocho (8) modalidades de medidas cautelares sustitutivas.
- \*-La Constitución Nacional y el Código Orgánico Procesal Penal, establecen y garantizan la libertad individual del ser humano, sin discriminaciones de ninguna índole.
- \*-La facultad que posee el sistema judicial para decretar la privación judicial preventiva de libertad, se encuentra fundamentada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, establecida en la Constitución y en el Código Procedimiento Penal, por lo que su procedencia e imposición goza de completa legalidad.
- \*-La facultad que posee el sistema judicial para privar de la libertad ó limitársela a cualquier ciudadano es una excepción al principio de libertad, que solo procede bajo interpretaciones restrictivas de la ley. La libertad es la regla y la detención es la excepción.
- \*-Existen ciertos requisitos indispensables para que proceda la medida privativa de libertad y estos extremos legales deben estar cubiertos para que se acuerde la misma, como son la justificación del peligro de fuga y el peligro de obstaculización; así como un delito que amerite pena privativa d libertad.

- \*-La medida restrictiva será aplicable cuando los supuestos de la ley sean suficientemente demostrables para privarlo de la libertad, teniendo como norte el siguiente axioma: la libertad es la norma y la detención la excepción, el cual es el alma y espíritu de el Código Orgánico Procesal Penal y por supuesto del sistema acusatorio y por supuesto de la Constitución Nacional.
  
- Esta medida de aseguramiento solo podrá dictarse contra el autor o cómplice de una infracción pero no en contra de los encubridores.
  
- \*-La medida privativa de libertad debe ser revisada de oficio cada tres (03) meses ó a petición de parte cuando así lo desee el detenido, para de esta manera examinar la necesidad de su mantenimiento.
  
- \*-Existen limitaciones a la medida privativa de libertad, cierto grupo de personas que por encontrarse en estados de salud físico ó mental determinados, madres en lactancia, personas mayores de setenta años (70) que la ley los exime de la imposición de la medida gravosa de libertad.
  
- \*-La medida privativa de libertad procede a solicitud del representante del Ministerio Público y a través de la decisión debidamente motivada de un Juez en materia Penal.
  
- \*-Los imputados impuestos de una medida privativa de libertad, son ubicados en centros penitenciarios sin clasificación alguna según el delito que hayan cometido; ubicando a personas violentas con detenidos por delitos sin violencia alguna.
  
- \*-Las medidas cautelares sustitutivas y la privativa de libertad se deben adecuar a la naturaleza del delito del cometido por el imputado y al perfil criminal que este pueda presentar; ya que son legisladas pensando en la generalidad para después aplicarla a casos específicos, sin que

estos permita que el Juez se salga de la restrictividad que la ley le impone.

- \*-El Código Procesal Penal por intermedio de las providencias judiciales puede desconcentrar los recintos carcelarios a través de las medidas cautelares sustitutivas, como el arresto domiciliario, la prohibición de salida del país , la obligación de acercarse periódicamente ante el Juez o autoridad que se designare.
- \*-Una de las funciones de las medidas cautelares sustitutivas es humanizar el sistema judicial penal.
- \*-Las condiciones materiales de vida de una sociedad en si mismo ameritan del establecimiento de normas, reglamentos, leyes, políticas carcelarias y de la rehabilitación de los individuos que han infringido de una u otra manera estos instrumentos legales.
- \*-Las medidas alternativas de la prisión preventiva, serán aplicables cuando la naturaleza del delito sea menos gravosa y para delincuentes primarios, aunque el termino delinciente no se ajusta a este momento procesal ya que bien podría salir absuelto el imputado y esto significaría lógicamente que jamás asumió una conducta delictual.
- \*-Las medidas alternativas de la prisión preventiva de conformidad con el artículo 171 del CPP son tres: arresto domiciliario; obligación de acercarse periódicamente ante el Juez o autoridad que se designare; y prohibición de salida del país..

Por ultimo, se puede determinar que la privación de libertad y las medidas sustitutivas solo buscan como norte que efectivamente se logre materializar los resultados de un proceso judicial penal, solo que la aplicación de las mismas siempre afecta de manera poderosa al que se la impone y mas aún cuando en

nuestro sistema es una decisión subjetiva que emana de la autoridad competente, ya que en ocasiones se cometen injusticias como por ejemplo el privar de la libertad a un individuo por supuesto robo, cuando no existen indicios suficientes de su participación, amparándose únicamente en la denuncia presentada por la supuesta perjudicada y en la declaración de un miembro de la policía, aspectos que en si no dan certeza ni constituyen indicios graves, claros concordantes que determinen que un sujeto es culpable y merecedor de la pena privativa de la libertad que analizamos..

## **RECOMENDACIONES.**

-Se debe aplicar la medida privativa de libertad solo cuando sea imposible imponerle al imputado una medida cautelar sustitutiva.; y por ende se debe adoptar y sostener este criterio en la columna vertebral del sistema judicial penal, para evitar criterios contradictorios entre los jueces.

-Se deben crear ó mejorar los centros de reclusión, para que cumplan con las normas mínimas señaladas por las naciones Unidas, para de esta manera evitar los males, ó plus, que traen consigo la privación de libertad sobre el detenido.

-Es importante que se establezcan políticas carcelarias para seleccionar a los detenidos según la naturaleza del delito cometido y su perfil criminal ó delictual, según sea el caso.

-La aplicación de las medidas sustitutivas deben ser objeto del estudio y revisión detenidamente antes de imponerla ya que se deberá evaluar la exacta imposición de las mismas teniendo en consideración el delito cometido, la gravedad de la medida y el perfil del imputado.

-La humanización del sistema judicial es una condición necesaria para mejorar los procesos

-Se recomienda a los entes gubernamentales y no gubernamentales contribuir a mejorar las condiciones materiales de vida de la población de escasos recursos

ya que estudios de criminalidad determinan desde cientos de años atrás que en los lugares con mayor pobreza es mayor el índice delictivo.

- Se recomienda crear los mecanismos necesarios para hacer cumplir en las instancias pertinentes los acuerdos establecidos por los organismos internacionales.

-Los recintos carcelarios en los cuales se encuentran delincuentes cumpliendo condena conviven con personas imputadas de un delito a quienes no se le ha condenado todavía, sino que se encuentran en un proceso judicial, y por ende estos procesados se encuentran en las mismas condiciones que un condenado, lo cual resulta ilógico y por ende se recomienda ser corregido con premura.

Por último en este capítulo final es necesario señalar la importancia que se le debe dar a materializar tan pronto como sea posible estas recomendaciones las cuales crearían un estado de completa seguridad jurídica penal, ya que cuanto mejor, rápida y exacta sea la aplicación de la justicia penal más seguros se sentirán tanto los agraviados como la colectividad en general al observar la pronta justicia a favor del débil jurídico, la víctima, y a la vez aunque jamás se toca este punto, cada imputado en su interior sabe la responsabilidad que posee en torno al delito por el cual se le juzga y aunque siempre se muestren inconformes adoptando un papel de víctima, él mismo en su interior reconoce la aplicación exacta de la justicia aunque sea en su perjuicio.

Finalizando la recomendación más significativa es la de ajustar debidamente la pena y la medida cautelar, ya que hay que superar, para ello dos dificultades, primero trasladar las medidas sobre las personas, lo que estableció una larga tradición para las que recaen sobre las cosas. En segundo lugar, vencer la ambigüedad de las medidas de privación de libertad, porque en la realidad prácticamente no se diferencian de la pena que en ello consiste sin perjuicio de que, cuando se disponga de otros medios materiales pueda alcanzarse alguna diferencia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Viteri Olvera, Manuel. **Medidas Cautelares en el proceso Penal Ecuatoriano**. Ediciones Soledad del mar
- Guzmán Bravo Moisés (2003). **Privación de la Libertad Personal**. Ecuador .Editorial jurídica del Ecuador
- Zabala Baquerizo, Jorge (2005). **Tratado de derecho Procesal Penal**. Ecuador. Editorial Edino. Tomo IV
- Código Procedimiento Penal Ecuatoriano (2000). AMBAR 2004
- Torres Chávez, Efraín (2000). **Breves comentarios al Código Penal del Ecuador**. Ecuador: Editorial U.T.P.L.
- Cancino M., A. (1972). **Diccionario de Derecho Procesal Penal**. Colombia: Publicaciones U. Externado de Colombia
- Constitución Política de la República del Ecuador. (1999).
- Echandía, R., (1997). **Tipicidad**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis s.a.
- Witker Jorge (1991). **Como elaborar una tesis en Derecho**. España: Gráficas Rogar
- Neuman, J. (1994). **Victimología y Control Social. Las Víctimas del Sistema Penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad
- Osorio, M. (1999). **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Argentina: Editorial Heliasta