



**UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS,
ESCUELA DE DERECHO.**

TÍTULO:

**“LA FALTA DE MOTIVACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR AL DICTAR LA
MEDIDA EXCEPCIONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA, VULNERA
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS PROCESADOS,
DENTRO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR,
PERIODO 2009 - PRIMER SEMESTRE 2012”**

**TRABAJO DE TESIS PREVIA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR.**

AUTORA:

HILDA VALESKA VÁSCONEZ ARAGUNDI.

DIRECTOR DE TRABAJO DE TESIS:

DR. GONZALO NOBOA.

GUARANDA - ECUADOR

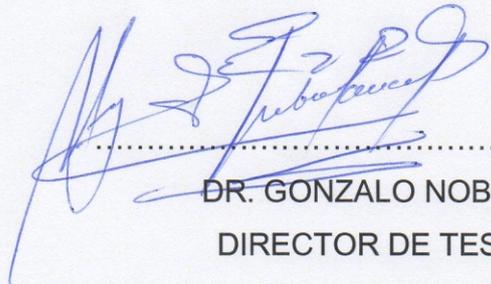
2013

CONSTANCIA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR.

Dr. GONZALO NOBOA, en calidad de Director de Tesis, designado por disposición del Consejo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, de la Universidad Estatal de Bolívar; cumpla en informar:

Que la egresada señora HILDA VALESKA VÁSCONEZ ARAGUNDI, ha culminado con su trabajo de investigación de tesis, previo a la obtención del título de Abogada, tema que se titula: **LA FALTA DE MOTIVACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR AL DICTAR LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS PROCESADOS, DENTRO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR, PERIODO 2009 - PRIMER SEMESTRE 2012**, quien ha desarrollado la indagación con la guía y asesoramiento del Director, por haber cumplido con los lineamientos y exigencias de la Facultad, se aprueba la misma, por lo que se autoriza a la interesada la presentación de la tesis para la obtención del grado.

Atentamente,



.....
DR. GONZALO NOBOA.
DIRECTOR DE TESIS

En la ciudad de Guaranda, capital de la provincia Bolívar, República del Ecuador, hoy día

**ACTA NOTARIADA DE VERIFICACIÓN DE AUTENTICIDAD DE
AUTORÍA.**

Yo, Hilda Valeska Vásconez Aragundi, portadora de la cédula de ciudadanía No. 020189794-9, egresada de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, escuela de Derecho, de la Universidad Estatal de Bolívar, domiciliada en ésta ciudad de Guaranda, declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación y elaboración de la presente tesis así como las expresiones vertidas en la misma son de autoría de la compareciente, cuyo tema es "LA FALTA DE MOTIVACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR AL DICTAR LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS PROCESADOS, DENTRO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR, PERIODO 2009 - PRIMER SEMESTRE 2012", que la he realizado basada en la recopilación bibliográfica de la legislación ecuatoriana, libros, obras, diccionarios jurídicos, revistas, folletos, publicaciones, doctrina y jurisprudencia, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.



Yo, Hilda Valeska Vásconez Aragundi, portadora de la cédula de ciudadanía No. 020189794-9, egresada de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, escuela de Derecho, de la Universidad Estatal de Bolívar, domiciliada en ésta ciudad de Guaranda, declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación y elaboración de la presente tesis así como las expresiones vertidas en la misma son de autoría de la compareciente, cuyo tema es "LA FALTA DE MOTIVACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR AL DICTAR LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS PROCESADOS, DENTRO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR, PERIODO 2009 - PRIMER SEMESTRE 2012", que la he realizado basada en la recopilación bibliográfica de la legislación ecuatoriana, libros, obras, diccionarios jurídicos, revistas, folletos, publicaciones, doctrina y jurisprudencia, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.

Atentamente,

.....H. Vásconez A.....

HILDA VALESKA VÁSCONEZ ARAGUNDI

2013-2-01-03-D000217

En la ciudad de Guaranda, capital de la provincia Bolívar, República del Ecuador, hoy día jueves cuatro de abril del dos mil trece, a las diez horas, ante mi **ABOGADA ELIANA GONZÁLEZ RUIZ, NOTARIA PUBLICA TERCERA DE ESTE CANTÓN GUARANDA**, comparece la señora **HILDA VALESKA VASCONEZ ARAGUNDI**, portadora de la cédula de ciudadanía número cero dos cero uno ocho nueve siete nueve cuatro - nueve, con el objeto de reconocer su firma y rúbrica puesta en el presente documento que ANTECEDE. Al efecto juramentada que fue en legal y debida forma, previa la explicación de las penas del perjurio y de la gravedad del juramento y de la obligación que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud dice: Que la firma y rúbrica, puesta en el presente documento, la reconoce como suya propia, la misma que la utiliza en todos sus actos públicos y privados. La compareciente firma en presencia de la Abogada Eliana González Ruiz, Notaria Pública Tercera del cantón Guaranda en virtud de todo lo cual Doy Fé.



H. Vasconez A

Sra. **HILDA VALESKA VASCONEZ ARAGUNDI**
C.C. 020189794-9

Eliana González Ruiz
LA NOTARIA



NOTARIA TERCERA

HILDA VALESKA VASCONEZ ARAGUNDI

DEDICATORIA.

Esta investigación que la he terminado con mucho esfuerzo la dedico a Dios, a mi abuelito, a mi esposo e hija, a mi madre, a mis hermanos, y todos aquellos que de una u otra manera me brindaron el apoyo necesario para poder llegar a alcanzar ésta meta que me he planteado en mi vida.

AGRADECIMIENTO.

A mi abuelito GONZALO VÁSCONEZ, a mi esposo IVÁN PATRICIO ALDAZ, y a mi hija CAMILA VALESKA, por el apoyo incondicional y por ser la razón de mi lucha constante de superación.

A mis maestros de la Universidad Estatal de Bolívar, por sus conocimientos transmitidos.

A mi Director de Tesis, Dr. Gonzalo Noboa, por haberme brindado de manera desinteresada sus conocimientos para sacar adelante este trabajo.

RESUMEN.

Dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, la función más importante de las juezas y jueces es garantizar los derechos de las personas; por lo que, la presente investigación se enmarca en el ejercicio del derecho procesal y procesal penal, el debido proceso garantizado por la Constitución de la República del Ecuador; con la finalidad de que en cada proceso penal que se lleva día a día se respete sin duda alguna en todas las instancias estrictamente la Constitución de la República, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, la Ley Procesal penal, el debido proceso, desde el inicio hasta la culminación del proceso.

Debido a la falta de aplicación de un principio de jerarquía constitucional como lo es el de "MOTIVACIÓN" al momento de solicitar y conceder una medida cautelar personal que considero extrema, la prisión preventiva, sin duda alguna ya que, se encarcela a una persona que aún no ha sido declarada culpable mediante sentencia en firme. Por ello, es importante que los hacedores de justicia comprendan que sus resoluciones o decisiones deben estar realmente motivadas; es decir, no pueden ser adoptadas de manera injusta sin un razonamiento sólido y fundamentado. Siendo importante plasmar este principio constitucional tal cual lo establece nuestra Carta fundamental en su Artículo 76 numeral 7 literal I) el cual dice que:

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

Por lo tanto, está claro que se debe indicar las normas que se aplica en cada caso y como estas se relacionan lógicamente con los antecedentes de hecho lo cual conlleva a que el convencimiento no solo quede en el fuero interno del decisor; sino, explicitarse y explicarse al destinatario y a toda la sociedad. La motivación es un necesario control en contra de cualquier atropello al tomar una decisión, aún más cuando estamos frente a una medida cautelar que pone en juego el bien máspreciado del hombre “la libertad” ... *La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos – enseñó don Quijote a su escudero - ; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni (los que) el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida; y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres...* sin duda alguna estas palabras nos hacen ver que para privar de la libertad a una persona el juez debe estar totalmente convencido; por ello, lo importante de este principio acertado, cuando se priva de la libertad mediante una medida cautelar, la motivación debe ser estricta toda vez que ésta medida cautelar es de naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional; a su vez, es importante tener en cuenta que el hombre bajo la protección de los derechos humanos es un ser constituido de derechos, cuya protección lo garantiza el Estado y cuyo incumplimiento afectaría al Derecho positivo ecuatoriano.

Dentro de una sociedad democrática, el proceso penal no debería constituir un simple instrumento de represión; sino, un conjunto de reglas que preservando las garantías procesales le permita al juez conocer la verdad de los hechos y aplicar la norma que corresponda según la Constitución y la ley.

**ÍNDICE DE CUADROS Y GRÁFICOS DE LAS ENTREVISTAS
APLICADAS A LOS JUECES DE GARANTÍAS PENALES Y
FISCALES.**

CUADRO Y GRÁFICO N° 1	132
CUADRO Y GRÁFICO N° 2	133
CUADRO Y GRÁFICO N° 3	134
CUADRO Y GRÁFICO N° 4	135
CUADRO Y GRÁFICO N° 5	136
CUADRO Y GRÁFICO N° 6	137
CUADRO Y GRÁFICO N° 7	138

**ÍNDICE DE CUADROS Y GRÁFICOS DE LAS ENCUESTAS
APLICADAS A LOS DEFENSORES PÚBLICOS, ABOGADOS EN
LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL, Y PERSONAS PRIVADAS
DE LA LIBERTAD MEDIANTE LA MEDIDA CAUTELAR DE
PRISIÓN PREVENTIVA.**

CUADRO Y GRÁFICO N° 1	140
CUADRO Y GRÁFICO N° 2	141
CUADRO Y GRÁFICO N° 3	142
CUADRO Y GRÁFICO N° 4	143
CUADRO Y GRÁFICO N° 5	144
CUADRO Y GRÁFICO N° 6	145
CUADRO Y GRÁFICO N° 7	146

ÍNDICE DE CONTENIDOS Y MATERIAS.

Portada	
Constancia de Aprobación por parte del Tutor	a
Acta Notariada de verificación de autenticidad de autoría.....	b
Dedicatoria	c
Agradecimiento	d
Resumen	e
Índice de Cuadros y Gráficos	g
Índice de Contenidos y Materias	i
Tema	m
Antecedentes	n
Planteamiento del Problema	e
Problema.....	q
Posibles causas que originan el problema	r
Justificación.....	s
Objetivos	u
Hipótesis.....	v
Variables	w
Métodos de la Investigación	x
Técnicas de la Investigación	y
Introducción.....	1

CAPÍTULO I:

1. DEL PROCESO PENAL

1.1 Definición del Derecho Procesal	2
1.2 Del Derecho Procesal Penal	7
1.3 Del Proceso Penal	12
1.4 Etapas del Proceso Penal	16
1.5 Principios Constitucionales y Legales del Proceso Penal	32
1.6 Finalidades del Proceso Penal	46

CAPÍTULO II:

2. DEL DEBIDO PROCESO

2.1 Definición del Debido Proceso	48
2.2 Características del Debido Proceso	52
2.3 Los Derechos Humanos en el Debido Proceso	54
2.4 Principios del Debido Proceso Penal	58
2.5 Garantías Básicas del Debido Proceso	60

CAPÍTULO III:

3. ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

3.1 Definición y Características de las Medidas Cautelares	63
3.2 Requisitos que deben Configurarse para la Procedencia de las Medidas Cautelares	70
3.3 Medidas Cautelares de Carácter Personal	73
3.4 Privación de la Libertad como Garantía Excepcional	80
3.5 Medidas Cautelares Alternativas	83

CAPÍTULO IV:

4. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

4.1 Concepto y Características de la Prisión Preventiva.....	85
4.2 Principios que Regulan la Prisión Preventiva.....	91
4.3 Efectos de la Prisión Preventiva	94
4.4 Plazo Razonable, Duración y Caducidad de la Prisión Preventiva	98
4.5 Fines de la Prisión Preventiva.....	105

CAPÍTULO V:

5. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1 La Motivación de las Resoluciones en Materia Penal.....	108
5.2 El Deber de Motivar las Resoluciones Judiciales.....	111
5.3 Análisis de las Solicitudes de Prisión Preventiva emitidas por Fiscales y Órdenes dictadas por Jueces	113
5.4 Responsabilidad del Estado por Inadecuada Administración de Justicia..	119

CAPÍTULO VI:

6. FORMALIDADES LEGALES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (IVESTIGACIÓN DE CAMPO, COMPROBACIÓN DE HIPOTESIS)

6.1 Consecuencias debido a la falta de Motivación al momento de solicitar y ordenar la Medida Cautelar de Prisión Preventiva.....	127
6.2 Entrevistas.....	131
6.3 Encuestas.....	139
Estadísticas	
Gráficos	

Balance	
CONCLUSIONES	147
RECOMENDACIONES.....	149
PROPUESTA.....	150
BIBLIOGRAFÍA.....	156

Anexos

TEMA:

“LA FALTA DE MOTIVACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR AL DICTAR LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LOS PROCESADOS, DENTRO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE BOLÍVAR, PERIODO 2009 - PRIMER SEMESTRE 2012”.

ANTECEDENTES.

El estudio a desarrollarse nos conlleva a realizar un profundo y detenido análisis sobre este tema tan delicado, la falta de motivación al momento de solicitar y dictar la medida cautelar personal (excepcional) de prisión preventiva; así como también, a establecer con precisión el avance histórico de lo que es y ha venido siendo el Derecho Procesal y Procesal Penal. La medida cautelar personal de prisión preventiva, lamentablemente ha tenido una equivocada aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cometiéndose excesos y abusos al momento de solicitar y dictar esta medida cautelar (Prisión Preventiva); ya que, como es de conocimiento la prisión preventiva es una decisión de excepción; por lo que, solamente debería dictársela cuando ninguna de las medidas cautelares personales que la anteceden hayan sido suficientes, para evitar que la justicia sea o quede burlada, cuando el procesado es una persona peligrosa o cuando hay suficientes razones para temer que evada la acción de la justicia. Pero, si estas razones no se presentaren y no existiere suficientes indicios o presunciones, no convendría dictarse orden de prisión preventiva sobre el procesado; lamentablemente a esto nos ha llevado la falta de motivación clara en la que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión tal cual manda la Constitución de la República; dentro de la aplicación de la prisión preventiva esta garantía debería ser aún más estricta, para que no se sigan cometiendo abusos, que han producido que se prolifere la vulneración de los derechos de las personas que han sido víctimas de ésta práctica. Por lo tanto, dentro de nuestro sistema judicial es raro el caso de aquel procesado que pueda en plena libertad ejercer su derecho a la defensa, convirtiéndose paradójicamente en la práctica la presunción de inocencia en presunción de culpabilidad; ésta ha generado una inaceptable aplicación de la prisión preventiva, que no ha hecho sino acrecentar el número de privados de la libertad en las cárceles del país sin sentencia.

El Ecuador al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, debe respetar el marco legal que lo rige, no se puede permitir que se efectúen atropellos jurídicos a través de libres interpretaciones de parte de los operadores de justicia; ya que, si anteriormente la administración de justicia dependía esencialmente de la solvencia ética de quienes ostentaban esta potestad y no siempre se resolvía con equidad y justicia; es así que, en la mayoría de ocasiones resolvían anteponiendo sus propios, o los de su clase; es decir, el de pocos, razón por la cual se transformaba sumamente difícil conseguir o llegar al objeto supremo del derecho, esto es sin duda la **Justicia**. Por ello, me conlleva a hacer un análisis meticuloso que oriente a la sociedad, con la finalidad de no solo establecer la realidad de los hechos sino la orientación del Derecho.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El tema de estudio parte de una realidad latente, suscitada frecuentemente dentro de los procesos penales, por falta de tutela jurídica o tal vez por negligencia de quienes son encargados de administrar justicia; el factor preponderante en éste problema es la violación constante de las garantías básicas del debido proceso, los derechos humanos a través de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva que al momento de ser aplicada carece de motivación, los administradores de justicia deben entender que se está vulnerando derechos y principios constitucionales como legales de los procesados, a través del uso injustificado, no motivado de la prisión preventiva, considerándose a este uso poco razonable que ha generado consecuencias negativas, dejando una alternativa al procesado, salir en libertad.

Otro de los factores de este estudio es que, se violenta la regla de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva que ha concebido el uso excesivo de esta medida; ya que, ésta opera penosamente automáticamente, quedando envuelto en libres interpretaciones como que este sería de aplicación directa, mala interpretación que ha hecho que se prolifere el acrecentamiento de procesados en las cárceles del país; violando el derecho internacional de los derechos humanos al concebir a la prisión preventiva como una regla que trae como consecuencia una pena anticipada, dejando así a una gran parte de la población carcelaria en prisión sin condena; así como también, es latente que no se mide las consecuencias jurídicas que la mala práctica acarrearía dejándose llevar tal vez por intereses personales o por connotaciones políticas. Hay que clarificar los elementos y procedimientos para que no se sigan cometiendo abusos en nombre de la justicia.

PROBLEMA:

¿SE RESPETA LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES, AL MOMENTO DE SOLICITAR Y ORDENAR LA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL EXTREMA DE PRISIÓN PREVENTIVA?

POSIBLE CAUSA QUE ORIGINA EL PROBLEMA.

El problema en el Ecuador empieza cuando a nadie le importa la libertad ajena, por lo contrario se exige prisión preventiva a cualquier desventurado que enfrenta un proceso penal. La falta de motivación al momento de solicitar y ordenar ésta medida cautelar personal (excepcional) de prisión preventiva por parte de los operadores de justicia; así como también, las mañosas dilatorias de abogados y el mismo procesado encaminadas a retardar o evadir el juzgamiento para acogerse al plazo de caducidad y salir en libertad sin ser juzgado, misma que se encuentra establecida en la Constitución de la República y la Ley, la falta de limitantes claras o debido al desconocimiento del verdadero fin de ésta medida cautelar; otro de los factores es que, se está vulnerando principios determinados en la Constitución y en la Ley Procesal; por lo que, se hace una mención equivocada acerca de la prisión preventiva, no se presentan pruebas suficientes para demostrar que es necesario privar de la libertad a un procesado, dando como imagen de la prisión preventiva como si solo sirviese para asegurar el cumplimiento de la pena. Lo cual ha hecho que se comenten arbitrariedades; hay que reflexionar en que, las medidas alternativas deben ser consideradas en primer orden, y a la prisión preventiva como de último ratio, pero aún se presentan casos en que se dicta la prisión preventiva sin considerar las medidas alternativas, dando lugar a casos que no pueden ser tolerados, procesados que pueden ser hasta inocentes y deben permanecer de seis meses a un año encarcelados, dependiendo del delito que se les acuse. Por ello, es importante que éste problema deba ser analizado con profesionalismo técnico-jurídico.

JUSTIFICACIÓN.

La presente investigación, demostrará a que nos ha llevado el olvido por parte de los operadores de justicia de que las libres interpretaciones quedaron en el pasado; y que, gracias al avance de la sociedad se fue normando la forma en que ha de entenderse el derecho, existe un derecho procesal y debido proceso que debe ser respetado por todas y todos, debiendo agotar todas las instancias, realizar todas las diligencias y obtener todas las pruebas, para llegar a privar de la libertad a una persona sometida a un proceso penal, que debe ser considerada como inocente.

La falta de motivación, en las solicitudes y órdenes de prisión preventiva han hecho que se vulnere la normativa legal de un país que se hace llamar así mismo Estado Constitucional de Derechos y Justicia; y, justamente la motivación de las resoluciones, es un instrumento para evitar la arbitrariedad del poder.

Pero cuando se rompe el orden público, el fiscal solicita y el juez de garantías penales ordena la prisión preventiva, para tranquilizar a la comunidad, cuando se podría hacer uso de otra medida cautelar, que no afecte los derechos inherentes de las personas; y que, alivie el sufrimiento de quien se somete a un proceso penal y el de su familia, ellos se ven afectados por las leyes que coartan la libertad cuando aún no ha sido probada su culpabilidad.

Se busca la manera de solucionar el problema detectado, valiéndonos de mecanismos legales correspondientes, para que, se pueda administrar justicia

verdadera que lleve a la sociedad a vivir en armonía, en base a la tranquilidad que brinda la seguridad jurídica de un Estado de Derecho.

Por lo tanto, considero sumamente importante realizar éste estudio; ya que, éste es un problema de trascendencia social porque no podemos regresar al inicio dónde quiénes ostentaban el poder de administrar justicia resolvían o sentenciaban anteponiendo sus propios intereses o los de su clase, y tiene que ser analizado con profesionalismo.

OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL:

- ✓ Determinar si las solicitudes y órdenes de prisión preventiva emitidas por fiscales y jueces respectivamente, reúnen los preceptos constitucionales y legales.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- ✓ Diseñar un plan que garantice la seguridad jurídica del proceso y armonice la legislación existente.
- ✓ Realizar un estudio minucioso del Derecho Procesal y Procesal Penal.
- ✓ Realizar un estudio jurídico legal a la Prisión Preventiva.
- ✓ Fundamentar teóricamente los principios y garantías constitucionales y legales.
- ✓ Establecer si los operadores de justicia agotan todos los recursos cautelares antes de dictar la prisión preventiva.

HIPÓTESIS:

Cómo influye dentro del proceso penal la falta de motivación clara que sacie de suficientes razones para dictar la medida cautelar excepcional de prisión preventiva; y, a falta de ésta se deja a la libre interpretación de los hacedores de la justicia.

VARIABLES:

VARIABLE DEPENDIENTE:

La falta de motivación, por parte de los hacedores de justicia al dictar la medida cautelar extrema de prisión preventiva.

VARIABLE INDEPENDIENTE:

La prisión preventiva, no motivada, vulnera principios constitucionales y legales de los procesados.

DISEÑO METODOLÓGICO:

MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

Para el presente tema de investigación es necesario utilizar los siguientes métodos:

Método Inductivo: El que, partiendo de las observaciones de los fenómenos o hechos jurídicos, elabora los principios que rigen o deben regir una institución.

Método Deductivo: El fundado en los principios admitidos generalmente como ciertos o establecidos previamente cual verdaderos, ya por su evidencia, ya por su demostración lógica.

Método Comparativo: En el estudio del Derecho, el que se apoya en la exposición de las diferencias entre las diversas instituciones jurídicas, para apreciar su coherencia o precisar sus peculiaridades.

Método Jurídico: La suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y de los fines del derecho, para el conocimiento e interpretación de sus fuentes, para la estructura de sus textos positivos y técnicos y para la enseñanza y difusión del mismo, principio rector y obligatorio de la convivencia social en sus categorías fundamentales.

Método Histórico: Considera que el estudio de la historia demuestra que cada pueblo tiene, en cada época de su vida, leyes e instituciones adecuadas a su manera de ser, reflejo del espíritu del pueblo, el cual actúa sobre las costumbres y tradiciones hasta convertirse en normas jurídicas de aplicación coercitiva.

TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN:

Debo señalar que las técnicas en una investigación, son los instrumentos por medio de los cuales se obtiene y ordena información; por lo que, analizaré las siguientes técnicas de investigación:

TÉCNICAS DE GABINETE: Está constituida por diferentes fichas, pero utilizaré dos de ellas, las Fichas Bibliográficas, que son aquellas que me permitirán identificar la mayor cantidad de obras de consultas con los datos biográficos del autor correspondiente; y, las Fichas Nematécnicas, que son aquellas que me permitirán extraer de las obras: pensamientos, ideas y citas textuales de los tratadistas más importantes sobre el tema materia de la investigación.

TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO:

Entrevista: Es una técnica utilizada para obtener datos, la misma que consiste en un diálogo entre dos personas: el entrevistador (investigador) y el entrevistado, con la finalidad de obtener datos relevantes, precisos a través de las personas entendidas en esta materia de investigación, y que son principalmente los Agentes Fiscales, los Jueces de Garantías Penales.

Encuesta: Es una técnica destinada a obtener datos de varias personas, utilizando un listado de preguntas escritas que se entregan a las personas por escrito para que sean respondidas de la misma forma, para lo cual se recurrirá a los procesados, abogados en libre ejercicio profesional y defensores públicos.

Observación: En el transcurso de la investigación observaré hechos relativos al trabajo, que me permitirá conocer acerca de los acontecimientos.

INTRODUCCIÓN.

Con la finalidad de contribuir con éste aporte, en aras de conseguir y hacer realidad la tan ansiada paz y sana convivencia social; consciente de que, “el derecho se aprende estudiando y se ejerce pensando” de tal forma que despierte la inquietud por la profundización del tema investigado. La vigente Constitución de la República, como garantista de los derechos de las personas, consigna principios constitucionales en la administración de justicia; la pretensión del presente trabajo nos conlleva a establecer la importancia del Debido Proceso Penal; ya que, sin darse cuenta este ha venido siendo magullado por una evidente falta de motivación que ha llevado a una equívoca aplicación de la medida excepcional de prisión preventiva, que ha producido una proliferación de vulneración de los derechos de las personas que han sido partícipes de ésta práctica. Siendo ésta la generadora del acrecentamiento del número de privados de la libertad sin condena en las cárceles del país. Por lo que, se debe respetar el marco legal que nos rige, no se puede permitir que se efectúen atropellos jurídicos, a través de libres interpretaciones dictadas por los administradores de justicia.

No solamente que se atenta contra las garantías básicas del proceso penal, sino también contra la seguridad jurídica de un pueblo organizado, adscrito a los convenios internacionales de los Derechos Humanos, razón más que suficiente para entablar una discusión que no solamente debería interesar dentro de la Asamblea Nacional, sino de la sociedad en su conjunto, en la que deben tomar partido las escuelas de Derecho del país a fin de establecer armonía jurídica siendo sumamente importante determinar las conductas antropológicas y sociales. Esperando sea perfeccionado día a día con el afanoso aporte de los estudiantes y por todos los usuarios del presente material.

CAPÍTULO I

1. DEL PROCESO PENAL

1.1 DEFINICIÓN DEL DERECHO PROCESAL.

Antes de entrar al estudio del Proceso Penal, debemos establecer la definición del Derecho Procesal, por lo tanto, y antes de hacer una fría transcripción de algunos tratadistas y de algunas enciclopedias respecto a lo que constituye el Derecho Procesal, me voy a permitir efectuar un breve estudio de sus antecedentes y expresar mi criterio personal. El Derecho tiene como principal finalidad el ordenamiento de la vida social, y cuando este es incumplido entra en juego el Derecho Procesal, mismo que surgió como una necesidad de la sociedad de regular de manera ordenada la forma en que ha de pretenderse el derecho a la tutela jurídica, que el Estado se encuentra obligado a brindar a través del Poder Judicial.

El derecho material o sustantivo como también se lo conoce fue el primero en aparecer, tratando de describir las conductas y resolver los conflictos; en un inicio la forma de aplicación de esta era potestad de quienes ostentaban el poder por lo que era muy difícil llegar al objetivo supremo del derecho esto es sin duda la justicia; ya que, no siempre se resolvía o sentenciaba con equidad y justicia, siendo así, que en la mayoría de los casos se anteponían propios intereses de quienes estaban encargados de “administrar justicia” o los intereses de los de su clase. Con el avance de la sociedad a través del tiempo se fue normando la forma en que debía realizarse o aplicarse el derecho

material o sustantivo naciendo así el derecho procesal, como derecho positivo de carácter público y obligatorio.

El derecho procesal ha evolucionado con el devenir de los años; y, por ende su concepto. Para hablar de derecho procesal necesariamente se ha de mencionar al proceso, que tiene como antecedente la **acción** que puede ser ejercida por un particular o un ente estatal, con la que, se pretende obtener la tutela jurídica por parte del Estado y lograr la aplicación del derecho sustantivo; de la **jurisdicción** que es la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a través de los jueces y tribunales determinados en la Constitución y la Ley; y, el **conjunto de actos jurídicos procesales** que hagan viable la aplicación de justicia. Todo el contenido del derecho procesal gira en torno a estos tres elementos, que son los que constituyen el proceso y son el objeto de derecho procesal.

A continuación citaremos algunas definiciones de derecho procesal y de tales definiciones partiremos para llegar a un estudio más profundo de este. El Diccionario de la Real Academia Española, define al derecho procesal como “el relativo a los procedimientos civiles y criminales”.¹ A su vez el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, define al derecho procesal como “el que contiene los principios y normas que regulan el procedimiento, la administración de justicia ante los jueces y tribunales de las diversas jurisdicciones. El derecho presenta tantas especies, y muy similares, como jurisdicciones existen...”². Devis Echandía dice “El derecho procesal puede definirse como la rama del derecho público que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para

¹ Diccionario de la Real Academia Española, DRAE.

² Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Editorial Heliasta, Argentina, pág. 147.

obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla...”³. José María Asencio Mellado considera que: “El derecho procesal es un conjunto de normas jurídicas, parte integrante del ordenamiento estatal que se caracteriza por servir para la aplicación del derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales al caso concreto...”⁴. En la Enciclopedia Jurídica Omeba, al referirse al derecho procesal en general, en el numeral 6 que contiene las conclusiones se dice: “El Derecho Procesal, cuya noción, carácter y problemas fundamentales se han perfilado, forman parte o constituyen una rama de las ciencias jurídicas y regula o disciplina el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado en la aplicación del Derecho Material o Sustantivo, sin embargo, aun cuando aquel Derecho Procesal está integrado por un conjunto de ramas procesales (civil, penal, laboral, etc.), todas ellas, al sustentarse en el tronco único, reconocen un nexo que a todas las liga y que está dado por una base común de principios o teoría general. Esta posición unitaria, además de científica, porque deriva de la unidad de su objeto de conocimiento, posibilita la formación de nociones fundamentales y de principios comunes a todas las disciplinas en particular, aunque se den diferentes particulares entre éstas, emergentes de la distinta naturaleza del derecho sustantivo o material cuya actuación procura realizar...”⁵. El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, dice del Derecho Procesal que: “es una ciencia independiente y complementaria que forma parte del conjunto de ciencias jurídicas o ciencias del derecho. Es el derecho procesal una consecuencia de las normas establecidas para regular la actividad realizadora del Derecho. Cometida la violación de una norma jurídica (civil, penal, laboral, etc.) es necesario reintegrar el derecho, realizarlo, y esta labor está reservada al proceso (civil, penal, laboral, etc.). En consecuencia, las normas de

³ Devis Echandía, Hernando, (1985) Teoría General del Proceso.

⁴ Asencio Mellado José María, (1997) Introducción al Derecho, pág. 254.

⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VIII, Editorial Driskill S.A., Argentina, pág. 82.

procedimiento están dirigidas a la iniciación, desarrollo y perfeccionamiento del proceso... De lo dicho se infiere que el derecho procesal, en principio tiene por objeto el proceso, es decir el estudio del proceso y de las normas de procedimiento que le permiten tomar vigencia dentro de la realidad...”⁶. La actual Constitución de la República, dice “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia...”⁷.

Consecuentemente hemos de concluir que el derecho procesal es una rama del derecho público que tiene por objeto el estudio del proceso, como ese todo que es la acción, la jurisdicción; y el conjunto de actos jurídicos procesales que lo integran; que el Estado a través de los organismos que tienen jurisdicción pueda brindar de manera eficiente la tutela jurídica a los miembros de la sociedad. El derecho procesal dependiendo de cuál es el campo en que se deba aplicar se divide en civil, penal, laboral, tributario, etc.

⁶ ZABALA JORGE, “El Proceso Penal”, Tomo I, Editorial Nomos, Colombia, pág. 3

⁷ Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Cuarto, Artículo 169, año 2008.

1.2 DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

Habiéndose determinado en qué consiste el derecho procesal en general, corresponde entrar al estudio del derecho procesal penal; por lo que, de manera sucinta haremos una referencia histórica de éste, para luego profundizar en el mismo, con espíritu analítico.

En un inicio, las maneras, formas y procedimientos como los hombres administraban justicia penal (lo que hoy se conoce como Derecho Procesal Penal), respondieron básicamente a las costumbres de las familias, clanes y tribus; es decir, se suscribían en un reducido número de personas y a un pequeño espacio territorial, reglas que no estaban escritas y su aplicación dependía solamente del aspecto subjetivo de quien o quienes tenían el poder de hacerlo. Las normas de comportamiento que tenían que acatarse así como los castigos que debían imponerse a quienes las violaban, eran establecidas por las personas más influyentes de los grupos sociales ya mencionados; cuyo objetivo primario era cubrir las necesidades básicas de todo el grupo social en armonía y paz, siendo éstas la supervivencia de sus miembros y la perpetuación de la especie. *Por la propia dinámica de los grupos humanos, su organización fue desarrollándose, se unieron varios clanes y tribus, se formaron pueblos, reinos, imperios, hasta llegar al moderado Estado de Derecho*, cuya característica fundamental es que prevalece la obediencia o sometimiento al ordenamiento jurídico y no a la o las personas que ostentan el poder, si estas actúan contrariándolo. En éstas formas de organización social, a través de los tiempos se han establecido procedimientos propios, que responden a su cultura y desarrollo, o a las que tuvieron gran influencia en éstas a través de la dominación bélica o cultural. La cultura y desarrollo de las sociedades no son las mismas, razón por la que en una misma época y circunscripciones territoriales cercanas, han coexistido derechos procesales

diferentes, lo que sucede hasta la presente fecha. En la actualidad, dado el auge que tiene la globalización, la tendencia es implementar procesos tipo para juzgar las infracciones, basados en eficiencia y eficacia que tengan los mismos para reparar la ofensa social, con absoluto respeto a los derechos humanos; sin que esto implique cesión de soberanía.

Realizada esta pequeña ilustración, manifiesto que el desarrollo histórico del Derecho Procesal Penal, corresponde a épocas o espacios determinados; *no se trata de una historia universal, ha de plantearse el panorama con el criterio de los hechos o sucesos que han incidido de manera directa en los procesos penales, objeto del derecho procesal penal.*

Resulta difícil encontrar una referencia histórica concreta del nacimiento del Derecho Procesal Penal como ciencia, pero la mayor parte de los estudiosos de este tema coinciden en manifestar que han existido o se han implementado tres sistemas procesales, que son: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto. El primer sistema en aparecer es el Sistema Acusatorio, que se acunó en Grecia (Atenas) y luego se acogió en Roma, extendiéndose de allí a la mayor parte de Europa, se puede decir que su antecedente se encuentra en el Código de Manú. El Sistema Inquisitivo aparece con claridad en la época del Medioevo (edad media); y, el Sistema Mixto, luego de la Revolución Francesa. De lo manifestado no quiere decir que uno reemplazó al otro, todos subsisten, evidentemente evolucionados.

Para determinar el origen de nuestro Derecho Procesal Penal, es necesario hacer referencia al Derecho Procesal Penal Español; ya que, cuando conquistó la mayor parte de América, para afianzar su dominio, pretendió implantar su cultura y por ende su sistema procesal. En la América conquistada por España,

revestía primordial importancia la Legislación Española, que era aplicable a todas sus posesiones; y, la Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias. El procedimiento establecido era escrito, las pruebas se encontraban establecidas en las Partidas; en los juicios penales el sumario tenía el carácter de secreto; las penas que se imponían eran diversas e imprecisas; los fallos no eran motivados; existía doble instancia, siendo la última en asuntos criminales el Consejo de Indias.

Establecidos estos parámetros, ahora nos corresponde dar la definición de Derecho Procesal Penal, para lo cual citaremos algunos criterios que al respecto ameritan: por procedimiento estima Tomás Jofre, ha de admitirse a la serie de actos solemnes, mediante los cuales, el juez, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y sus autores, a fin de que la pena se aplique a los culpables. / El procedimiento penal es el conjunto de las formas que constituyen la justicia represiva y reglan su acción. ***El fin de la ley penal, es dar una sanción al derecho, mientras el fin del procedimiento es el de asegurar su completa manifestación. (Faustín Hiile).*** / Existe íntima relación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal; el primero sin el segundo, sería sólo un literal enunciado de los delitos y sanciones carentes de operatividad y de aplicación práctica... Leone, a su vez, escribe que se puede dar la definición siguiente: "Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas encaminadas: a la declaración de certeza de la noticia criminis (es decir, la declaración de certeza del delito e inflicción de la pena); a la declaración de certeza de la peligrosidad social y a la aplicación de las medidas de seguridad, a la declaración de certeza de las responsabilidades civiles conexas al delito y a la indicación de las consiguientes sanciones; a la ejecución de las providencias" (Leone, 1-17)" ⁸... Claus Roxin en su obra "Derecho Procesal Penal" dice que "El Derecho Penal material, cuyas reglas fundamentales están

⁸ Carlos J. Rubianes, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ediciones Depalma, Argentina, págs. 45-46.

contenidas en el Código Penal, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho".⁹ Y continua el eminente tratadista indicando que para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica, es preciso que ellas no permanezcan sólo en el papel, en caso de que se cometa un delito. Para ello, es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible, y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley., /Klaus Tiedemann en la obra "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal", señala que, "sólo en el proceso penal se aplica verdaderamente el derecho penal material, es decir, se impone la consecuencia jurídica "pena" amenazada en los tipos penales (o también una medida de corrección y de seguridad).."¹⁰. Para este autor, profesor de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, la meta del proceso penal es investigar la verdad respecto del hecho punible y castigar al autor; por medio de esta clase de esclarecimiento de la sospecha del hecho, dice, este autor "consigue la sentencia la *paz jurídica* y se restablece la validez de la norma penal lesionada...". Para el Dr. Walter Guerrero Vivanco "el Derecho Procesal penal es la ciencia que se encarga de orientar y disciplinar el amplio campo de la jurisdicción y de la competencia de los jueces; del ejercicio de la acción; de la pruebas que puedan introducirse en el proceso para comprobar la existencia del delito y la responsabilidad del infractor; del proceso que debe seguirse para hacer efectivo la pretensión punitiva del Estado; y la forma como deben ejecutarse las penas impuestas a los infractores"¹¹.

⁹ Claus Roxin, "Derecho Procesal".

¹⁰ Klaus Tidemann, "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal".

¹¹ Dr. Walter Guerrero Vivanco.

“Derecho Procesal Penal, es el conjunto de normas que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin: la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar (en caso de que así sea requerido) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso”¹².

Dentro del Derecho Procesal Penal existe un conjunto de normas que regulan el proceso desde el inicio hasta su finalización. Tiene el objetivo de investigar, identificar, y sancionar las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares de cada caso concreto. Siendo aquella disciplina jurídica encargada de proveer de conocimientos teóricos, prácticos y técnicos necesarios para comprender y aplicar las normas jurídicas-procesal-penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un Proceso Penal.

Indudablemente la mayoría de autores sostienen que el Derecho Procesal Penal forma parte del gran conjunto del Derecho Procesal; y es por ello, Derecho Público.

De todo lo anteriormente mencionado podemos concluir que: *“el Derecho Procesal Penal tiene como objeto fundamental de su conocimiento el proceso penal; que a través de éste se establecen las normas, se regula el accionar de la administración de justicia para la iniciación y desarrollo del proceso, así como para la imposición de la pena; y, que es el que permite la realización o aplicación del Derecho Penal.”*

¹² Enciclopedia Wikipedia de Internet.

El Derecho Procesal Penal goza de ciertas características y entre las más sobresalientes o fundamentales tenemos:

La Publicidad, en relación al carácter público, debido a la participación de Estado mediante el poder judicial y jurisdiccional, para mantener la convivencia social resolviendo los conflictos entre particulares. La relación jurídica procesal está determinada por normas de carácter público revestida de garantías constitucionales; su institucionalización se realiza a través de órganos públicos, que forman parte de uno de los poderes del Estado.

Además es público porque estructura los órganos estatales en sus funciones de solución de conflictos.

La Instrumentalidad, es un instrumento del que se vale el Estado para aplicar derecho, debido a que sirve para que se pueda tutelar los derechos de todos quienes conforman la sociedad cumpliendo una forma reguladora de la actividad dirigida a la realización jurisdiccional del derecho sustantivo garantizando la realización del orden jurídico.

La Unidad, por que regula las conductas de las personas que intervienen en el proceso, de todas ellas, el imputado o procesado, el Ministerio Público, la defensa, y el mismo juez, absolutamente todos deben ceñirse estrictamente al Derecho Procesal, y específicamente al Código Procesal Penal.

La Autonomía, el Derecho Procesal Penal es autónomo porque tiene individualidad propia; desde un punto de vista práctico es una rama autónoma del Derecho; su división es sólo para una mejor comprensión y estudio.

1.3 DEL PROCESO PENAL.

En el inicio de la aparición de la especie humana, como una respuesta a la necesidad de supervivencia, los hombres trataron de agruparse, se formaron los clanes, prevalecía el interés particular de cada uno de los miembros o de las familias que lo componían, en realidad no se hacía justicia como concepto de dar a cada uno lo que le corresponde; la venganza era el método realizado cuando se presentaban disputas de la naturaleza que fueran, prevalecía la fuerza. En la mayoría de los casos, la acción tomada por la persona o grupo que consideraba había sido lesionado su interés, no podemos llamarlo derecho, era totalmente desproporcionada, se atacaba no solo a la persona que supuestamente había actuado en desmedro de dicho interés, sino a toda la familia o clan; lo que a su vez originaba una respuesta igualmente desproporcionada, convirtiéndose esta conducta en un círculo vicioso, que de manera alguna permitía una convivencia pacífica que simiente el desarrollo social. Hasta este momento no se puede hablar ni siquiera de reglas de conducta, mucho menos de la existencia de derecho sustantivo o adjetivo de naturaleza alguna, sino de hacer prevalecer el interés personal o del grupo, a través de la fuerza.

La dinámica del desarrollo generó incipientes formas de organización social, los ancianos y guerreros ganaron espacios y poder, convirtiéndose en personas que influyeron en la comunidad y se les dio la facultad de resolver los conflictos, sin que tengan o existan parámetros para su accionar, es decir conforme su criterio; por norma general su actuación estaba sujeta a la petición de quien o quienes sentían vulnerado su interés. Tampoco podemos hablar de un sistema procesal penal, ni siquiera incipiente. Preponderante importancia en el desarrollo de las ciencias penales que tiene la llamada Ley del Talión, que

instituyó el criterio de proporcionalidad, bajo el aforismo de “ojo por ojo y diente por diente”.

“Algunos autores encuentran en el Código de Manú los primeros vestigios del sistema acusatorio oral privado. Otros, sostienen, con mayor rigor histórico, que la cuna de este sistema procesal se encuentra en Atenas, de donde se extendió a Roma y luego a toda Europa”¹³.

Como se indicó con anterioridad el Proceso penal puede descansar en uno de estos sistemas:

- 1.- El Acusatorio;
- 2.- El Inquisitivo; y,
- 3.- El Mixto.

Como lo hemos señalado no quiere decir que con la aparición de cada uno de los sistemas procesales penales, se remplazó uno al otro sino más bien, hemos de determinar que cada uno de estos sistemas existen pero evidentemente perfeccionados adoptando características uno del otro.

Hoy en día el Ecuador está bajo un sistema acusatorio oral moderno el cual evidencia el avance de una sociedad, propia de un Estado constitucional de derechos y justicia. Así es que, actualmente *el sistema acusatorio ya modernizado actúa cuando el órgano jurisdiccional se activa ante la acusación de un ente ajeno a la administración de justicia como lo es el Ministerio Público a través de la Fiscalía al momento de producirse un delito. No obstante que el*

¹³ Dr. Gurrero Walter, “El Sistema Acusatorio Oral”, Pudeleco Editores, Ecuador, pág. 44.

principio de oralidad es una de las características más relevantes del sistema acusatorio.

Se puede establecer que el Proceso Penal, es la serie de actos preestablecidos por la Ley, y cumplidos por él órgano jurisdiccional, que se inicia después de producirse un hecho delictuoso y termina con una resolución final. En el Proceso Penal se denuncia la comisión de un delito, luego se investiga, se actúan todas las pruebas, para que el órgano jurisdiccional resuelva la situación jurídica del procesado, archivando el proceso, absolviendo al procesado o condenándolo.

En los actuales momentos es inaceptable que una persona que haya ocasionado un daño, por más poder que tenga deberá obligatoriamente ser sometido al ordenamiento jurídico establecido, para que previo a seguir un procedimiento sea juzgado. El pontífice del Derecho Procesal Penal en el Ecuador, el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su obra el Debido Proceso Penal, manifiesta: “Es el Proceso Penal sede y reflejo de un pedazo de la realidad; es conocedor de justos y pecadores; es el origen de efectos dolorosos y traumatizantes. Es en definitiva, un proceso Jurídico humano, provocado y orientado por humanos, protagonizados por humanos, en donde siempre está presente la fase negativa de la sociedad”.¹⁴

Hoy en día ningún pretexto puede justificar la crueldad aplicada al castigar al infractor, claro que existen casos que nos molesta como sociedad cuando por la inoperancia de los operadores de justicia, se elige el camino equivocado

¹⁴ ZAVALA Baquerizo Jorge. “El Debido Proceso Penal” Edit. Edino 2002, pág. 25.

para pretender llegar a la verdad, y que aquellas decisiones que se toman a la ligera pueden ocasionar un daño fatal para el presunto infractor; hay veces en que las consecuencias se hacen peores y el arrepentirse no sirve de nada. Cuando se descubra que el presunto infractor era inocente. Debe recapacitarse, que es mejor perder todo el tiempo del mundo, y agotar todos los medios, antes de privar del bien más preciado que tiene el ser humano esto es sin duda la libertad de una persona que puede ser hasta inocente.

En torno a éste espacio encontramos como factores sobresalientes, al Estado como ofendido, con Derechos y el poder de sancionar, al infractor como figura principal, es quien quebranta la norma penal, y se encuentran los operadores de justicia que deben celosamente conocer y estudiar cada caso, para que a través del Proceso Penal puedan resolver de manera correcta. Los delitos son diferentes, cada caso tiene sus propias características; dando a cada una de las partes que conforman el proceso su propia responsabilidad, justamente por ello la Policía Judicial y los Señores Fiscales deben ir de la mano en la investigación de un delito, los señores Jueces oportunos, ágiles y eficientes para resolver; ***todos siempre encerrados dentro de un marco legal, que debe ser respetado de manera estricta y en igualdad de condiciones.***

1.4 ETAPAS DEL PROCESO PENAL.

Se dice que, las reformas del proceso penal y las instituciones políticas vienen unidas históricamente, surgiendo nuevas aspiraciones de reforma y nuevas exigencias como la tutela de los derechos humanos reivindicados; el proceso penal en los pueblos civilizados se encuentra regulado por códigos, de los cuales unos han servido de modelos de otros. Antes de hacer un sucinto análisis de las etapas o fases del proceso penal, es preciso recordar, que éste se activa o entra en juego, cuando se altera el orden social a través del cometimiento de un acto ilícito tipificado por la ley penal como tal, y la relación de ese acto con su autor, como ya lo mencionamos con anterioridad; una persona solo puede ser detenida por orden del juez competente; que, solo pueden detenerse en caso de delito flagrante y no más de 24 horas; no se debe detener si el hecho que se acusa no está tipificado en la ley penal como infracción, así como tampoco por deudas; hay que recordar que toda persona es inocente hasta que no se compruebe lo contrario; a que toda persona acusada de un ilícito tiene derecho a permanecer callado y a no autoincriminarse; a su vez que toda persona sometida a un proceso penal tiene el derecho de contar con la defensa técnica de un abogado defensor público gratuito; derecho a acceder a una justicia gratuita, rápida, completa e imparcial y a ser juzgado por un juez propio. Es preciso hacer esta reflexión del gran jurista italiano Francesco Carnelutti que dice: “Mientras el proceso civil es el proceso de lo mío y de lo tuyo, el proceso de la propiedad; el proceso penal es en cambio el de la libertad.”¹⁵

Hecha esta corta pero muy necesaria presentación creo preciso a su vez determinar quiénes son los sujetos que participan en un proceso penal, tanto

¹⁵ Francesco Carnelutti.

los sujetos procesales principales como los sujetos procesales secundarios; y, en virtud a nuestro ordenamiento adjetivo penal vigente son: el Juez, el Ministerio Público, el Imputado, el Ofendido, el Defensor Público, y si el caso amerita Acusador particular (siendo este último no indispensable)..., y, como secundarios, complementarios o auxiliares como quiera llamárselos están la Policía Judicial, el Secretario, el Perito, y, el Testigo.

Una vez establecidos estos parámetros y sin olvidar que estamos bajo un Sistema Penal Procesal Oral Acusatorio corresponde citar las etapas o fases del proceso penal según el sistema que nos rige el cual implica, una fase de Indagación Previa, la Etapa Instrucción Fiscal, la Etapa Intermedia, la Etapa de Juicio, y, la de Impugnación.

Luego de haber citado cuales etapas o fases rige en nuestro ordenamiento jurídico vamos a entrar a determinar cada uno de ellos y cuál es su papel dentro del proceso penal.

INDAGACIÓN PREVIA, el sistema actual de justicia penal en nuestro país concibe y regula una etapa pre-procesal de investigación de hechos presumiblemente punibles; a esta fase o etapa se la define como el conjunto de actividades investigativas, que se desarrollan en el tiempo anterior al inicio de la Instrucción Fiscal, es una fase con objetivos y características reguladas por el ordenamiento jurídico, por lo cual debe ser explotada al máximo por el funcionario investigador; ya que, de los resultados de esta fase dependerá el inicio o no de un proceso penal por parte del Ministerio Público en contra del o los presuntos infractores. Esta fase es en la que el Fiscal de considerarlo a su criterio y de manera confidencial, importante señalar que se mantendrá en reserva del público en general, podemos decir secreta, no siendo así para el

ofendido y el imputado (sospechoso), la reserva no conlleva secreto ni puede obstaculizar el derecho a la defensa del investigado; la reserva es para el público, para los medios de información colectiva, tiene por finalidades proteger al investigado en su vida privada, su honra, pues podría resultar inocente; en su integridad psicológica evitándole la exposición a la publicidad y el daño que ella conlleva. De otro lado se protege el caso pues al no exponerlo se precautelan a los testigos, las víctimas, las evidencias, que pueden ser amenazados, agredidos, destruidos o alterados por los interesados en que no se descubra la verdad. Su duración es por un tiempo que no podrá exceder más de un año, para que el Fiscal y la Policía Judicial acopien las evidencias del acto y de la vinculación de una persona, identificándolo plenamente, antes del plazo previsto para la prescripción de la acción. Por lo que, se procede a investigar los hechos que se presumen delictivos y una vez investigado el Fiscal si cuenta con los elementos suficientes que determinen la autoría y responsabilidad en una o varias personas determinadas, iniciará la Instrucción Fiscal. Para que la investigación tenga éxito esta debe llevarse de una manera seria y veráz sin dilaciones, en donde el Fiscal con profundo conocimiento de la cuestión procesal practique las pruebas concordantes y suficientes para el esclarecimiento de los hechos, a efectos de determinar los fundamentos equivalentes a la existencia del delito, y, a su autoría o participación en el hecho punible, solo así podemos hablar de una verdadera justicia social apegada al marco legal penal y procesal penal y sobre todo a las garantías del debido proceso constantes en la Constitución.

La decisión del Fiscal de iniciar un proceso no debe ser un acto discrecional, al contrario, debe estar fundamentado en la existencia de actos que presumiblemente constituyan infracción penal; y, que en los mismos se presuman la participación de una o más personas.

El Código de Procedimiento Penal, en su Art. 215, permite al Ministerio Público a través de su funcionario autorizado, que es el fiscal, realice una indagación pre-procesal con la colaboración de la Policía Judicial, que le lleva a obtener y reunir evidencias del acto y de la vinculación del sospechoso en la acción u omisión investigada. Con lo que, se consigue evitar procedimientos innecesarios; no abusar del poder del Estado de procesar dado al Ministerio Público; y lo más importante, plantear casos con la suficiente certeza para ser mantenidos y sustentados en las etapas del proceso penal.

La indagación se inicia por denuncia del ofendido (Art. 42 a 51 Código de Procedimiento Penal) o cuando por cualquier vía llegue a conocimiento del Fiscal la comisión de una actuación que revista carácter de infracción penal (Art. 215 Código de Procedimiento penal); tiene como marco de actuación a los artículos 195 de la Constitución de la República y 215 del Código de Procedimiento Penal. Durante la fase investigativa deben respetarse los derechos del sospechoso como ser humano (Art. 211; 70 Código de Procedimiento penal); debe investigarse la existencia de un acto presumiblemente constituido como delito; así como, quien es la persona involucrada como autor, cómplice o encubridor.

La recolección de evidencias podrá ser descubierta en la escena del delito o en otros, consiste en localizar, reunir, asegurar y ocupar las versiones, huellas, vestigios, señales, armas u otros objetos, incluidos los documentos que tengan alguna relación con el acto investigado, bien sea por encontrarse directa o inmediatamente asociados al acto como aquellos que se obtienen de un delito flagrante, o de los que se van consiguiendo como fruto de la aplicación de técnicas investigativas criminalísticas. Los objetos encontrados o los frutos de la investigación relacionados con la infracción tienen que ser puestos bajo el cuidado y la responsabilidad de personas que tienen conocimientos e

instalaciones suficientes para almacenarlos (cadena de custodia), hasta que el Fiscal los requiera para alguna diligencia de reconocimiento o para algún examen; o para judicializarlos, o porque la parte procesada los requiera a través del fiscal. Siendo la institución idónea para conservar la evidencia la Policía Judicial, con lo que se consigue que las cosas que son evidencias no sean manipuladas y el cuidado será técnico, sin que se altere el objeto, sus características, peso, cantidad, huellas; se asegurará la integridad de las evidencias, manteniéndose así la seguridad que se trata del mismo objeto que fue encontrado y calificado como evidencia por su relación al acto o al procesado.

Las pericias técnicas y científicas son el sustento para la presentación del caso por parte del Fiscal. Si, el Fiscal apoyado por la Policía Judicial realizan un buen trabajo de recolección de evidencias y su análisis, la indagación será el momento más provechoso e importante de su actividad pues al llegar a la Instrucción lo único que hará será ponerla en consideración del Juez y de la contraparte, quién ante su relevancia tendrá pocas opciones; de allí, la sugerencia que hago a los señores fiscales en general en el sentido que exploten ésta fase al máximo y no la tomen con ligereza la opción de instruir. De los resultados que se obtengan de la indagación el Fiscal estará en condiciones de decidir si se justifica el ejercicio de la acción penal (Art. 217 Código de Procedimiento penal), resolverá entonces el inicio de la Etapa de Instrucción Fiscal. Abstenerse de iniciar el proceso cuando los actos llevados a su conocimiento no se encuentran tipificados en la ley penal; o cuando no se cuente con evidencias suficientes tanto de la infracción como de la participación del sospechoso.

De encontrarse una persona que ha sido privada de la libertad por haber sido aprehendido en delito flagrante (Artículos 162; 163; 154; y, 165 Código de

Procedimiento Penal), el Fiscal deberá acompañar la evidencia y practicar las diligencias pertinentes dentro de las siguientes 24 horas, para así decidir si inicia o no la Instrucción. (Art. 77 numeral 1, de la Constitución de la República).

ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL, se hace necesario tener un conocimiento del desarrollo histórico legal de esta etapa procesal, el autor Joaquín ESCRICHE, la define como: “**Instrucción**.- la reunión de pruebas, procedimientos y formalidades para poner un asunto en estado de ser juzgado.”¹⁶

Según el autor, esta etapa es crucial, a su razonamiento, es esta una antesala pertinente, decidora, clave, oportuna y legal, que al reconstruir los actos, calificar las pruebas, analizar los resultados; indica si existe o no responsabilidades que deban juzgarse en el proceso penal, razón por la cual la actuación del Fiscal, debe ser idónea y transparente.

El carácter adversativo del sistema acusatorio implica que existe igualdad de armas durante la investigación entre las partes, si bien el conocimiento oportuno de la imputación se torna necesario para ejercer la defensa como para la producción de elementos de convicción.

Debo distinguir que en este sistema garantista penal, el fiscal al estar bajo la tutela de los principios constitucionales como el debido proceso entre otros, de la misma manera lleva en la indagación previa como la instrucción fiscal,

¹⁶ Joaquín Escriche.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.- Tomo Tercero.- Fondo de Cultura ecuatoriano.- 1986, pág. 306.

principios de prueba que cumplen con los mismos requisitos que los amparados por la norma fundamental; es decir, la vigencia de los derechos fundamentales está implícita en los elementos de convicción.

Esta etapa procesal, como bien señala la Carta Magna, la dirección e impulso corresponde al fiscal como titular de “la acción y persecución penal”¹⁷, la ejerce con auxilio de la Policía Judicial, esta realiza el trabajo de campo investigativo, en la inspección de la escena del delito, recolección y fijación de evidencias, como la preservación mediante una cadena de custodia de lo que serán los elementos de convicción.

“La actividad de la Fiscalía se dinamiza con la notitia criminis, entonces los elementos materiales probatorios que se recauden o las informaciones o disposiciones que se obtengan no son pruebas en estricto sentido, solo es prueba la que se produce y controvierte oral y públicamente en forma concentrada con la intermediación del juez en el juicio oral.”¹⁸

La investigación se debe formalizar en audiencia oral pública para hacer saber al sospechoso de su existencia y vincularlo a ella, poder imponer las medidas cautelares, permitiendo la contradicción de los elementos de convicción reunidos.

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁸ GARCIA Valencia Jesús Ignacio, “El Proceso Penal Acusatorio”, Gustavo Ibáñez Ltda. 2005 Bogotá Colombia Pág. 49.

“La actividad investigativa que despliegue el fiscal en la investigación que afecte derechos fundamentales debe estar sometida al control del juez de garantías”¹⁹

Formulada la imputación el fiscal dispone de treinta días en caso de delito flagrante (Art. 161.1 Código de Procedimiento Penal) o noventa días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal, para concluir la Investigación en la Instrucción Fiscal, existiendo la excepción en el caso de una vinculación, donde se prolongará por treinta días más.

Hablar de Terminación de la Instrucción Fiscal, significa haber agotado la investigación, de los hechos que llegaron como “notitia criminis” al fiscal, a través de la coordinación, control jurídico y verificación técnico científico de las actividades desarrolladas en coordinación con la Policía Judicial, que ha dado como resultado la obtención de elementos probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, de la cual se puede inferir con seguridad indiscutible, la inocencia o culpabilidad de una o varias personas, que hubieren sido investigadas por la comisión de un delito.

Es en esta etapa procesal, donde se valoran todos los elementos de convicción por el juez de garantías penales, él cómo garantista del proceso determina si procede o no llamar a juicio al o los procesados. Sin lugar a dudas, este es un momento crucial en el desarrollo del proceso, de una gran lógica jurídica, de razón legal, que precautela, aplica derechos inherentes al inocente o induce a la confirmación de la existencia del delito, con aplicación directa del Debido

¹⁹ GARCIA Valencia Jesús Ignacio, “El Proceso Penal Acusatorio”, obra citada, pág. 50.

Proceso, ***es decir, el sismógrafo de la Constitución se activa en este acto procesal, en beneficio del o los procesados sea para absolverlos o acusarlos.***

De acuerdo al Código de Procedimiento penal, a los criterios extraídos, la etapa de instrucción fiscal, termina con el pronunciamiento de la Fiscalía a través del Fiscal al que corresponde emitir el dictamen fiscal sea abstentivo o acusatorio, para el sobreseimiento o juzgamiento del o los procesados.

Según la norma adjetiva penal, el Fiscal de la investigación, solicita al Juez de Garantías penales que previno en el conocimiento en la formulación de cargos, que señale dentro de las veinticuatro horas audiencia para formular el dictamen, entonces entendemos que se ha cumplido el tiempo señalado por la ley o el acuerdo de las partes en la formulación de cargos, audiencia que se “desarrollara en los próximos quince días”²⁰.

En definitiva, la petición de la fiscalía, del defensor del procesado o del defensor público, para que el Juez de garantías penales convoque a la audiencia, para la sustentación del dictamen, anuncia legalmente que la instrucción fiscal ha terminado.

El dictamen fiscal como formalidad procesal, sirve para dar por concluida esta etapa, no obstante, la práctica, sustituye el vacío y lo usual es que al dictarse dicha pieza procesal, el dictamen hace concluir la fase procesal de la Instrucción fiscal.

²⁰ Código de Procedimiento Penal, Ecuador, artículos 223 y 224.

La etapa de instrucción fiscal, no puede durar más allá de noventa días, más en la práctica, este plazo no se cumple en la mayoría de causas, pese a la claridad del vocablo “improrrogables” cuando por principio constitucional del Debido proceso, es importante cumplir con los plazos legales.

Por lo tanto, la primera etapa en la que se ventila cualquier asunto, es la instrucción fiscal que termina con el dictamen del Fiscal a cuyo cargo se encuentra la denuncia hasta que sea formalizada como acusación, considerando que dentro de ella, la Policía Judicial juega un rol de importancia, ya que unidos la Fiscalía y Policía Especializada, permiten la procedimentalidad de la Etapa de Instrucción Fiscal.

En síntesis, podemos decir que en ella el señor Agente Fiscal practica todas las diligencias de una investigación con la ayuda de la Policía Judicial, el Fiscal dirigirá la investigación y de ninguna manera actuarán independientemente o por separado; si con las pruebas recogidas luego de haber agotado todos los medios necesarios existe el convencimiento de que se ha cometido un delito y que el imputado tiene participación directa en el ilícito, y le permitirá sustentar o no una acusación y si el caso amerita solicitará al señor juez que dicte las medidas cautelares que crea conveniente para asegurar la presencia del imputado al proceso. Esta etapa de investigación concluye con el dictamen acusatorio o de abstención del Fiscal. Cumpliendo con las garantías del debido proceso; ya que, en esta etapa hay una serie de garantías procesales a favor del procesado y de cargas y garantías para el Estado, está previsto así la asistencia legal obligatoria por parte de un defensor de confianza o a falta de este un defensor público gratuito, a lo cual me encuentro totalmente de acuerdo; ya que, no se puede quebrar el mandato constitucional, legal y procesal penal.

ETAPA INTERMEDIA, en ésta el Fiscal presenta al Juez el resultado de la investigación y su dictamen acusatorio, el Juez deberá escuchar a las partes procesales y evaluará si se debe o no llevar al imputado a juicio. En ésta etapa el juez puede dictar auto de llamamiento a juicio o auto de sobreseimiento provisional o definitivo.

Para Binder “la etapa Intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. Esta etapa consiste en una discusión preliminar sobre las condiciones de fondo de cada uno de los actos o requerimientos conclusivos”²¹.

Esta etapa importante dentro del proceso por la transcendencia de las decisiones y actuaciones judiciales, porque de esta etapa depende la continuación del proceso penal.

J. Maier, nos habla que “el fin esencial que persigue el procedimiento intermedio es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público que hacen mérito de la etapa preliminar, por lo que la justificación política de esta etapa es de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones con defectos formales o insuficientemente fundada”²².

²¹ Binder.

²² J. Maier.

Nuestro texto procesal penal establece que en la etapa intermedia se decide si existe o no suficientes fundamentos para pasar a la etapa de juzgamiento. De esta manera el juez decidirá escuchando antes de las partes, si existen fundamentos para aceptar la acusación propuesta por el Fiscal o si, efectivamente debería dictarse sobreseimiento de la causa; el juez verificará la información a partir de lo que le es brindada por las mismas partes interrogando a ambas, es decir valorando los distintos puntos de vista existentes.

ETAPA DE JUICIO, una vez que hemos plasmado de manera comprensible las etapas que anteceden a esta etapa la de juicio, y recordando uno de los principios básicos del juicio, el cual es que “*sin acusación fiscal no hay juicio*”, tal como lo señala el Art. 251 del Código de Procedimiento Penal; corresponde entrar a esta etapa que para muchos es considerada como una de las principales o fundamentales del proceso Penal; por lo que, siempre ha merecido una especial atención y aún más cuando constitucionalmente es la más importante. Por lo tanto, en ella se viene a dilucidar el conflicto que surge entre la víctima y el imputado solucionándose de manera imparcial, es donde se observan más los principios del debido proceso; en ella se resolverá el interés de la víctima, como la acusación que pesa sobre aquella persona sometida al sistema penal, el imputado, quien está cobijado con el principio de presunción de inocencia; aquí es donde realmente se desarrolla el proceso, la audiencia es oral, ahí se aportarán las pruebas obtenidas, es donde la prueba pasará el verdadero control de calidad conforme a derecho, se evacuarán las alegaciones, etc... para poder comprobar la existencia del delito y la participación del imputado, y luego concluir con la sentencia condenatoria o absolutoria. Tal cual lo señala el Art. 250 del Código de Procedimiento Penal, que dice “En la etapa de juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la

responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo”.

El juicio oral tiende a probar todos los hechos objetivos y subjetivos relevantes, y, pone al órgano jurisdiccional en condiciones de formarse una opinión acerca de la existencia de la infracción y la culpabilidad del procesado. Esta etapa es abierta por el juez de Garantías Penales, por medio del auto de llamamiento a juicio el mismo que deberá estar debidamente fundamentado tal y cual manda la Constitución... debe desarrollarse oralmente de tal manera que desde su inicio hasta su final se apliquen todos los principios de origen constitucional respetando todas las garantías del debido proceso, a fin de que exista una defensa óptima para el acusado y se dicte una sentencia justa acorde con lo dispuesto en el Art. 76 numeral 7 literal I) de la Carta Fundamental, que estipula lo siguiente: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”.

“La idea de que el juicio oral constituye un derecho central del debido proceso, surge del análisis de los tratados internacionales de derechos humanos, en materia de garantías procesales... el juicio es considerado, por los estándares internacionales de derechos humanos como un marco de protección general para todas las garantías del procedimiento. Sin juicio es difícil concebir la existencia de un proceso penal capaz de respetar los derechos individuales.”²³.

²³ Baytelman Andrés y Duce Mauricio. “Litigación Penal y Juicio Oral”. Ediar Editores Ltda, 2006. Pág. 19 y 20.

Comparto las aseveraciones realizadas por BINDER, en torno a esta etapa procesal, cuando señala que el Juicio Oral es “un acto realizado por un juez que ha observado directamente la prueba, que ha tenido contacto directo con las partes fundamentalmente acusador y acusado, que se hace de un modo público, tal que los ciudadanos puedan ver por qué razones y sobre la base de qué pruebas un conciudadano será encerrado en la cárcel, y donde se garantiza la posibilidad de que el acusado se defienda”²⁴. La oralidad es consustancial al proceso penal, pero prevalece en la audiencia de juicio oral. Como lo dijo Chiovenda, “la experiencia derivada de la historia permite afirmar que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque comprende en lo más mínimo, antes bien, garantizado la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económica, más simplemente y prontamente.”²⁵.

ETAPA DE IMPUGNACIÓN, partiendo de que el término impugnar significa combatir, refutar, contradecir; dentro del Derecho Penal, ésta, es una actividad encaminada a atacar la validez o eficacia del asunto, prueba, documento o hechos que se imputan como válidos o que tienen dicha calidad, la parte contraria no las acepta como tales, a propósito el artículo 325 del Código de Procedimiento Penal, nos dice “para ser admisibles, los recursos deben ser interpuestos dentro del plazo y según la forma que determine la ley.”. Al concederse un recurso se emplazará a las partes para que concurran ante el superior para hacer valer sus derechos. Así determina la norma, la impugnación es una facultad, siempre que se refuten en la forma y condiciones previstas por el Derecho Procesal Penal. El autor, Ayán Manuel N., establece

²⁴ BINDER, Alberto. Política Criminal de la Formulación a la Praxis. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1997, pág. 218.

²⁵ Chiovenda.

un criterio general sobre estos mecanismos cuando se hacen uso de ellos y dice: “Los recursos son remedios procesales establecidos para discutir los efectos perjudiciales de una resolución, sean recursos ordinarios o extraordinarios, ambos tienen por objeto una resolución que agravia a quien interpone el recurso.”²⁶. El recurso de apelación está destinado a un juez diverso al que dictó la providencia impugnada, que es el que debe decidir sobre la impugnación... la apelación provoca una segunda instancia por lo que, no es que se inicia un nuevo proceso ante un juez ad quem, sino que se desarrolla la sustanciación ante este con miras a que se reforme o revoque la providencia impugnada.

El Dr. Jorge Zabala Baquerizo, opina lo siguiente: “El recurso de apelación es un acto procesal de impugnación, ordinario, suspensivo, devolutivo (general o singular) y extensivo, que contiene una manifestación de voluntad del recurrente, por la cual se opone a la ejecución de una providencia judicial que le causa agravio, con el fin de que un tribunal inmediato superior al que dictó la providencia impugnada, luego del examen del proceso, dicte una nueva providencia que reforme o revoque la recurrida”²⁷., sobre la cita es importante detenerse a pensar en cuanto a que este recurso es un activo volitivo, es decir, consciente, de necesidad porque cree que no se ha dado el debido proceso. Nótese que, quien se siente inconforme con las actuaciones del juez de garantías penales es el que apela, cuando por sentido vertical de la justicia, debería existir una cantidad insignificante de actores o acusados que hagan uso de este recurso; la ley determina si es procedente o no, como se destaca el uso de él se pretendió hacer como mecanismo de reclamo. Se da cuando las partes se encuentran inconformes con el fallo dictado, piden que conozca,

²⁶ María Cristina Barberá, del Riso.- *Los Recursos Penales Lineamientos*.- (Pensamiento de Ayán Manuel N). Editorial Mediterránea.- Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 17.

²⁷ Jorge Zabala Baquerizo.- “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”.- Tomo X.- Editorial Edino.- Guayaquil-Ecuador, 2007, pág. 6.

estudie y revise lo resuelto por el juez inferior a un órgano judicial superior; en la Ley están identificados como recursos los siguientes de apelación, de nulidad, de casación, de revisión o de hecho.

Así es la manera de mantener vivo el interés del Estado, en que, si se debe imponer una pena, ésta sea impuesta al verdadero culpable, debiendo agotar todos los mecanismos pre-procesales y procesales antes de que un juez dicte su veredicto. Hemos plasmado de manera comprensible las etapas o fases del Derecho Procesal penal, dejando claro como cada una de ellas deben ser desarrolladas. Se ha establecido la importancia que tienen cada una de ellas, desde la fase pre-procesal; pero si bien es cierto, la realidad que vive la administración de justicia es lamentablemente en un gran porcentaje contrario a lo que hemos expresado, no siendo estas etapas explotadas como deben de ser; ya basta de fiscales, abogados e inclusive jueces que no le dan el valor que se merece la justicia; se debe recuperar la confianza de la sociedad con un trabajo incansable que llegue a esa tan anhelada paz social, a través de la verdad, agotando todos los medios necesarios antes de dictar cualquier medida.

1.5 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL PROCESO PENAL.

Los principios del proceso penal están encaminados a mostrar el camino que debe seguirse desde la elaboración de las leyes hasta su aplicación. Un principio puede entenderse como el punto de partida, que nos orienta para adoptar el camino correcto. Los principios, dominan, encausan, explican el proceso que se ha derivado de la ciencia y la experiencia.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente, determina derechos y garantías que tiene cada persona y consagra principios que deben regir el proceso penal, los mismos que se constituyen en verdaderos limitantes del poder “punitivo o sancionador” del Estado. La actual Constitución es encaminada a la consolidación de un Estado de Derecho, entendiéndose a todos aquellos principios y procedimientos que garantizan la libertad individual. Sin embargo el apartamiento entre la Constitución y el proceso penal ha sido tal que, se administra justicia penal con criterios que desconocen la presunción de inocencia que conlleva la condición natural de libertad y dignidad del individuo. Tal es así que, desde el inicio el imputado es tratado como culpable, sometido al cumplimiento de graves y anticipadas penas restrictivas de sus elementales derechos; así es pues que, se genera la detención preventiva, el arraigo, etc., por lo que, se ve obligado a demostrar su inocencia y destruir la presunción de culpabilidad que pesa sobre todo aquel que atraviesa un proceso penal.

Por lo tanto, se entiende por principios del proceso penal a aquel conjunto de garantías, derechos e ideas fundamentales que rigen las actuaciones de quienes participan o toman parte en un proceso penal. No debemos

preocuparnos sí algunos de los principios que a continuación explicaremos no consten dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que, ellos ya sirvieron como guía para la creación del Derecho. Entre los principios que rigen en torno al proceso penal tenemos:

Principio de oficialidad, este principio nos refleja el poder punitivo del Estado, ya que, solamente el Estado puede acusar en los delitos de acción pública, cuya potestad es asumida a través de la fiscalía de oficio apenas llegue a su conocimiento que se ha cometido una infracción, debiendo el fiscal iniciar la investigación para perseguir el hecho delictivo. La presencia del fiscal comienza desde la fase indagatoria hasta la finalización del proceso con la sentencia en firme. El Art. 33 del Código de Procedimiento penal, determina que “el ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal”.

La razón fundamental de este principio, es el interés público que asume el Estado para que los hechos delictivos no queden en la impunidad, puesto que, muchas de las veces los particulares no están dispuestos o no se encuentran en condiciones de ejercer la acción penal. Por ello, la oficialidad no es sólo un derecho del Estado, sino también una obligación que tiene que perseguir penalmente, dejando al ofendido la posibilidad de presentarse con la acusación particular. Este principio en nuestro país tiene su excepción cuando prevé que determinados delitos solamente pueden ser perseguidos por acción privada, puesto que se considera que tiene una afectación de menor gravedad que el interés público.

Principio acusatorio, en éste las funciones de acusar y de juzgar caminan por separado, así es que, el fiscal asume las funciones de acusar y el tribunal la función de juzgar, es decir el juez y el acusador son personas distintas. El fiscal

es el que tiene el monopolio de la acusación, por lo tanto donde no hay acusador, no hay juez. El juez no está facultado para actuar de oficio peor aún para presentar elementos probatorios en el juicio siendo estas tareas exclusivas del fiscal.

Principio de legalidad, “Nullum crimen nullum poena sine lege” significa que no hay delito ni pena sin ley previa. Con esto se trata de limitar el poder punitivo del Estado y garantizar la seguridad jurídica de la persona frente a éste. Como bien dijo Roxin “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”²⁸, este principio aparece en algunos pactos internacionales con rango constitucional que ha firmado nuestro país.

Principio de presunción de inocencia, ninguna persona puede ser calificada de culpable de algún acto ilícito sin antes haber sido condenado mediante sentencia en firme que desvirtúe la presunción de inocencia que todo imputado goza. Es un procedimiento rígido que no debe admitir excepciones dentro de un Estado constitucional de Derecho; no se trata en realidad de una presunción de inocencia, sino más bien de un “estado de inocencia”. En nuestro país está garantizado en el Art. 76 de la Carta Fundamental, cuando prescribe en el numeral 2) que dice: “*Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada*”.

²⁸ ROXIN.

Cabe señalar que el imputado no necesita probar su coartada, sino que el que acusa debe probar su culpabilidad. No debe considerarse la presunción de culpabilidad, sino la presunción de inocencia, es un mandato constitucional.

Principio del juez establecido por la ley, es de suma importancia ya que se garantiza que una persona solamente puede ser juzgada por la autoridad previamente establecida por la ley, determinando que no podrá someterse a tribunales de excepción o sin rostro. La Constitución de la República en su Art. 76 numeral 3 determina que: *“... sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*, en relación el Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa: *“La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones”*.

Este principio constituye un avance fundamental en materia de derechos humanos, ya que tiende a evitar la arbitrariedad del poder punitivo del Estado.

Principio de imputación, este principio entra en juego cuando el procedimiento preliminar ha confirmado la sospecha; es decir, cuando el proceso penal debe proseguir con el procedimiento definitivo. Este principio está basado en la razón porque no se puede exponer al enjuiciado a un proceso definitivo sin haber antes verificado la sospecha surgida en contra de él. El Código de Procedimiento Penal en el Artículo 25, dispone al fiscal que de hallar fundamento, debe presentar acusación contra los presuntos infractores ante los jueces y tribunales de garantías penales, impulsando la acusación en la sustentación del juicio.

Principio de celeridad, con él se pretende contar con una administración de justicia rápida, puesto que los medios de prueba disminuyen su relevancia con el paso del tiempo. En consecuencia el procedimiento debe ser rápido, sencillo, sin complejos procedimientos burocráticos, estableciendo los términos y plazos que deben ser observados por los administradores de justicia de manera estricta. Al respecto el Código Orgánico de la Función Judicial prescribe en su Art. 20 “PRINCIPIO DE CELERIDAD.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, será imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley²⁹.

Principio de inmediación, le permite al juez presenciar la práctica de la prueba, obteniendo una precepción directa sobre las declaraciones de los testigos y peritos, y sin la presencia de intermediarios durante el proceso de juzgamiento. Es indispensable para conocer la verdad y basar el fallo en justicia, garantizando la imparcialidad en las decisiones judiciales.

Se precisa que el acto de juzgamiento es profundamente humano y el juez debe apreciar al testigo, al perito, al acusado, comunicarse con ellos para desentrañar el verdadero significado de sus posiciones dentro del proceso. Esto le ayuda a elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene de los medios de prueba.

²⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, Ecuador, Artículo 20.

La inmediación también hace referencia a que todos los elementos probatorios deben evacuarse en la audiencia del juicio, salvo excepciones legales. Antes del juicio no existe prueba propiamente dicha, solamente evidencia que será presentada en el juicio para que se valore.

Principio de oralidad, nos dice que el interrogatorio, la producción de la prueba, los alegatos, la fundamentación de la sentencia, deben ser expuestos oralmente durante el juicio. Este principio es propio del sistema acusatorio. Tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido.

El principio de oralidad está previsto constitucionalmente en el Artículo 168 numeral 6 cuando estipula *“la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”*.

Bajo este principio rector, todo lo que se efectúa durante la investigación, tendrá valor probatorio siempre que se evacue de manera oral en el juicio, pero no es suficiente una simple exposición oral, es preciso que se trabaje el debate entre el defensor y el que acusa.

Principio de publicidad, la publicidad garantiza la transparencia en el acto del juzgamiento y busca que la decisión judicial sea justa e imparcial; garantiza así mismo el conocimiento directo de la comunidad sobre la actividad probatoria y las decisiones que adoptan los jueces, le permite a la comunidad ejercer cierto control en los operadores de justicia. Nuestra carta magna en su Art. 76

numeral 7 literal d) anuncia: “Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento”.

Hoy se habla que la publicidad es el alma de la justicia y debe hacerse extensiva a todas las partes del proceso, logrando una participación protagónica del imputado y su defensor. El buen efecto de la publicidad influye sobre la veracidad del testigo, las miradas del público lo desconciertan si tiene un plan para no decir la verdad, percibe que en el público puede haber alguien que conozca la verdad, y que si miente quedaría descubierto. No obstante existen efectos negativos de la publicidad cuando participan los medios de comunicación social.

Principio de investigación, este principio entra en vigor con la presencia de la notitia criminis que activa la investigación. También se la conoce como principio de la verdad material o de instrucción, según el cual el Fiscal para demostrar la existencia de la infracción y su vinculación con el sospechoso, está obligado a descubrir la verdad recurriendo a técnicas de investigación avanzadas, con fiel observación de los derechos constitucionales.

Principio de necesidad de la prueba, este principio nos dice que la prueba debe ser producida con respeto de los derechos constitucionales, tarea que debe ser cumplida por el funcionario judicial dentro de los conceptos de justicia y equidad.

Principio de libre valoración de la prueba, versa sobre la libertad que tienen los tribunales para valorar los elementos probatorios expuestos en el juicio por

las partes procesales. El tribunal de acuerdo a su libre convicción formada directamente en la audiencia, obtiene la certeza indispensable para condenar o absolver, basándose en virtud de los hechos que permiten llegar a una conclusión sobre la base de circunstancias directamente graves.

Si existe una fase donde el conocimiento científico permite conocer un hecho, no debe el juez excluirlo para basarse supuestamente en la experiencia o en las reglas de la sana crítica, de ninguna manera se puede reemplazar la prueba objetiva por la apreciación subjetiva del juez.

En el caso de existir una prueba que vaya en contra de los derechos de los individuos, deberá ser ésta excluida del proceso, así manda la Constitución de la República en su Artículo 76 numeral 4 que dice: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

Principio de concentración, todo el material obtenido en la investigación se concentra en el juicio oral, a fin de que la actividad probatoria se desarrolle en una audiencia única y en el menor número de sesiones. Concentración expresa, continuidad, sin embargo podría permitirse excepcionalmente una interrupción moderada, tratando de evitar lesionar otros principios como los de inmediación y celeridad. En otras palabras, el principio de concentración se define como la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral.

Principio de ser oído de acuerdo a la ley, durante un proceso en que se resolverá sobre derechos y obligaciones, de las personas, todos tienen derecho

a ser escuchados como elemento fundamental del derecho a la defensa. La Constitución En su Art. 76 numeral 7 literal c) claramente manifiesta que el ciudadano tiene derecho a *“Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”*.

La ley regula este principio porque hay momentos procesales en los cuales debemos hacer prevalecer nuestros argumentos de defensa.

Principio in dubio pro reo, dispone que ante la duda que puede surgir en el juzgador, es preferible decidir a favor del acusado y no emitir una sentencia condenatoria, no se trata de fomentar la impunidad, sino de evitar que un inocente sea encarcelado. Este principio se aplica después de la finalización de la valoración de la prueba.

El principio in dubio pro reo no rige para el esclarecimiento de cuestiones jurídicas dudosas, solo se refiere a la comprobación de hechos y no es aplicable en el ámbito de interpretación de la ley.

Principio de un proceso justo, se refiere a que las partes procesales deben ser oídas en igual de condiciones durante el proceso y frente a la autoridad competente. Se trata de cuidar que el proceso se lleve con lealtad, que no sea abusivo y que no quebrante los derechos fundamentales.

El Art. 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República, expresa que, todo ciudadano tiene derecho a *“Ser juzgado por una jueza o juez*

independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.

Principio de oportunidad, este principio es una excepción al carácter obligatorio de la acción penal, pues autoriza al Ministerio Público y al Juez de garantías penales, a disponer de la acción penal en los casos expresamente contemplados en la ley. En este sentido, es un mecanismo procesal a través del cual se faculta al Fiscal titular de la acción penal para decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal. Representa un mecanismo de simplificación del procedimiento; es decir, una opción para obtener una solución para el caso por medio de procedimientos menos complejos que el común.

Algunos tratadistas cuestionan este principio porque manifiestan que lesiona el principio de legalidad, donde el Ministerio Público por medio de sus fiscales está obligado a perseguir todo hecho delictivo. A su vez precisan que este viola el derecho al debido proceso, el acceso a la justicia y el derecho a la igualdad, puesto que algunos se beneficiarían de su aplicación y otros en supuestos similares son perseguidos penalmente.

Principio nemo tenetur, de acuerdo a este principio ninguna persona está obligado a auto incriminarse. Así nuestra Carta Fundamental lo expresa en su Art. 77 numeral 7 literal c) cuando precisa: “Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”.

Principio de igualdad de armas, la Constitución en su Art. 76 numeral 7 literal c) contempla nuestro derecho a *“Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”*. La igualdad de condiciones supone que las partes tenemos la posibilidad de recurrir al juicio pero teniendo la misma oportunidad para investigar, argumentar y presentar elementos probatorios

Principio de contradicción, las partes tienen el derecho para poder pronunciarse sobre el valor probatorio, alude la posibilidad de exponer razones en contra de la evidencia que exhibe, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. Se encuentra garantizado en el Art. 76 numeral 7 literal h) de la Constitución de la República, al expresar que toda persona puede *“Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”*. Este principio es considerado fundamental dentro del procedimiento oral.

Principio de imparcialidad, este principio nos indica que el juez debe actuar con imparcialidad, sin pretender favorecer a una parte del proceso, sino observado fielmente los elementos probatorios y el mandato expreso de la ley. La relevancia de este principio la retoma el Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial al precisar que: *“La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes”*.

Es preciso señalar que los principios de oralidad, inmediación, concentración, contradicción, y publicidad, constituyen la mejor garantía de la imparcialidad judicial.

Principio de proporcionalidad, este principio nos dice que frente a un delito menor o de bajo impacto social, debe aplicarse de la misma manera una pena no muy drástica, ya que, caso contrario se está ocasionando otros problemas de carácter social. Está garantizado en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución al disponer que: *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*.

Principio de lealtad y buena fe, las partes procesales que intervienen en el juicio deben actuar con lealtad, la lealtad y la probidad deben ser los soportes de una correcta administración de justicia; lo cual significa, no utilizar procedimientos que no correspondan o que se aportan de la sinceridad del procedimiento judicial.

Principio de irretractabilidad, se deriva del principio de legalidad, según este principio no es posible para la fiscalía desistir de la acción penal luego de la apertura del procedimiento principal.

Principio de motivación de las resoluciones judiciales, en un Estado constitucional de derechos y de justicia, los operadores de justicia deben entender que están obligados a observar que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas, es decir, que no pueden ser adoptadas de manera arbitraria, sin razonar de manera sólida y fundamentada. Este principio se encuentra contemplando en el Art. 76 numeral 7 literal I) de la Norma Suprema

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

La motivación es justificación, exposición de las razones que el órgano judicial o poder público ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, constituyendo así, una exigencia del Estado de Derecho enemigo de la arbitrariedad del poder. Motivar puede significar explicar o mostrar las causas, los motivos para que una decisión sea considerada como correcta o aceptable.

El Derecho Procesal penal, es el camino para hacer efectiva la aplicación del Derecho penal, en relación estrecha con los contenidos que surgen desde un discurso de respeto absoluto a los Derechos Humanos y a la garantías propias de un Estado constitucional de derechos y justicia, pues con la vigente Constitución de Montecristi, las garantías procesales se han constitucionalizado y han adquirido el rango de verdaderos principios de aplicación inmediata y prevalentes, frente a cualquier disposición normativa prevista en códigos y leyes. Este es el principal reto, el de considerar y reconocer el Estado constitucional de derechos y justicia que vive el Ecuador de la época actual; que el único sistema procesal penal legítimo es aquel que respeta y aplica los principios constitucionales pro homine o a favor del ciudadano.

Dejando a un lado el romanticismo, en la actualidad la justicia penal vive un serio conflicto, ya que, por un lado se encuentra la protección de la sociedad y

por otro los derechos fundamentales de los individuos, el primero exigiendo que se sancionen los delitos y el segundo que se respeten los derechos inherentes del hombre, es así que, ningún Estado de Derecho puede aplicar su aparato punitivo a una persona con el propósito de proteger a la sociedad, desconociendo los derechos fundamentales que le son inherentes.

1.6 FINALIDADES DEL PROCESO PENAL.

Como principales finalidades del Proceso Penal tenemos: **la finalidad inmediata, la mediata, la práctica y específica.** Como finalidad **inmediata**, aquella que busca encontrar la verdad luego de ocurrido un delito siendo éste confuso, violento y de ofuscación pero que deberá ser esclarecido a través del cumplimiento de diligencias que permitan ir identificando quien o quienes dicen la verdad o a su vez quienes convencen por medio de estos actos procesales al señor Fiscal que lleva la investigación, para poder sacar conclusiones que permitan establecer responsabilidades. La finalidad **mediata**, es la aplicación correcta de los procedimientos establecidos, da confianza a los ciudadanos de que existe un marco legal que es respetado, que se cumple y que se hace cumplir, agota todo su esfuerzo por llegar a la verdad y a la aplicación de la pena. La finalidad **práctica y específica**, es la que se cumple en el actual Procedimiento Penal con la fase de Indagación previa, la Etapa de Instrucción Fiscal; la Etapa Intermedia, Etapa de Juicio, y finalmente la Etapa de Impugnación; las cuales fueron mencionadas y explicadas anteriormente.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su obra el Proceso Penal Ecuatoriano dice: “El fin del Derecho Procesal Penal es la realización del Derecho Penal protector de ciertas normas jurídicas, realización que la hace a través del Proceso Penal, que se desarrolla cumpliendo leyes de procedimiento preestablecidas. De esa manera se realiza la Justicia, se establece el imperio del Derecho en general y se garantiza el ordenamiento jurídico, protector de la sociedad y del individuo”³⁰.

³⁰ ZAVALA Baquerizo, Jorge. “El Proceso Penal”, Tercera Edición, Edit. Edino 2002.

También se dice que la finalidad del proceso penal es “dar solución al litigio planteado por las partes, a través de la sentencia que debe dictar el juzgador”³¹.

Por lo tanto, podemos decir que el fin del Proceso penal está orientado a la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, a través de una serie de investigaciones realizadas por el Ministerio Público y controladas por el juez de garantías de primera instancia competente, para que él al final llegue a comprobar o desvirtuar la existencia del delito, siempre que la acción penal no haya prescrito, determinando o estableciendo la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación, archivando el proceso cuando no se pruebe su responsabilidad durante la investigación. Demostrando que uno de los fines del proceso penal es llegar a la verdad real. Toda vez que está en juego derechos fundamentales, como la libertad y la justicia.

³¹ Herrera Vielma, Melisa. Resumen del Proceso Penal. www.ilustrados.com

CAPÍTULO II

2. DEL DEBIDO PROCESO

2.1 DEFINICIÓN DEL DEBIDO PROCESO.

Luego de haber analizado no solamente el proceso histórico del Derecho Procesal, sino su incidencia dentro del Proceso Penal, y, de él sus etapas, principios y fines que lo regulan. Siendo preciso detenernos o dedicar este capítulo que contiene una de las más grades garantías establecida tanto en la Constitución de la República como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Ya que, el hombre bajo la protección de los derechos humanos es un ser constituido de derechos cuya protección lo garantiza el Estado, en base a la Constitución.

El Debido proceso, es la salvaguardia de los principios constitucionales y de los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos; de tal modo que en un proceso penal DEBIDO, es aquel que se realiza con apego a las condiciones de ello, donde se hagan valer de modo efectivo los derechos y garantías básicas que tiene todo ciudadano que se encuentran contempladas en la Carta Magna. Se trata en fin, de una visión más humanista y civilizada del proceso y del sistema jurídico; es volver los ojos hacia la importancia del ser humano y otorgarle el tratamiento que como tal se merece.

El debido proceso se acunó en Inglaterra, pasando por todas sus colonias, por los países Europeos y por los Estados Unidos de América. Hoy en día podemos decir que posee una categoría universal y que compone la columna vertebral del sistema jurídico normativo de la actualidad. El termino procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión “due process of law” que significa “debido proceso legal”.

En la actualidad el debido proceso, es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

“El Debido Proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y, a permitir tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al Juez”³². El procesalista español Leonardo Pérez, dice: *“Es aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos por el constituyente en un Estado democrático, las cuales, acto seguido, deben ser recogidas y garantizadas por el legislador procesal”*³³. De tal modo que, el debido proceso es una garantía constitucional, de cuyo cumplimiento depende mucho la convivencia pacífica y la seguridad jurídica de un país, pues se garantiza una correcta administración de justicia; además, de una real vigencia y respeto de los derechos humanos; siendo así, el mecanismo por el cual se aplican los principios y garantías constitucionales del derecho penal y procesal penal. Por lo tanto, ha sido equipado a la calidad del derecho humano, resarciendo la paz social.

³² Cueva Carrión Luis.- El Debido Proceso.- pág. 61.

³³ Leonardo Pérez, procesalista español.

El Debido proceso penal, a su vez es el “conjunto de etapas formales secuenciales e imprescindibles realizadas dentro de un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada, y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente”³⁴. De manera general podemos decir que, la función del Debido proceso, es actuar dentro del Estado de Derecho para proteger a los ciudadanos del abuso de las ilegalidades que pudiere cometer un funcionario o un órgano estatal dentro de un procedimiento legal.

La Corte Constitucional para el período de transición define al debido proceso señalando, “El debido proceso, entonces, es el conjunto de principios a observar en cualquier procedimiento, no solo como orientación sino como deber, destinado a garantizar de manera eficaz los derechos de las personas.”³⁵. Con razón, Gozaíni define el derecho al debido proceso como “el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supera las grietas que otorga lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio”. El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, dice: “Entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla, y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente

³⁴ QUISBERT, Ermo. *¿Qué es el Debido Proceso Penal?*

³⁵ Registro Oficial No. 58-Suplemento del viernes 30 de octubre del 2009, Sentencia No. 027-09-SEP-CC, de la Corte Constitucional para el Período de Transición, pág. 19.

como un derecho.”³⁶ Carlos Bernal Pulido, define las dos dimensiones del derecho al debido proceso: “En primer lugar, se trata de un derecho que protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de auto-criticarse.”³⁷.

“... sin el respeto del derecho al debido proceso no puede existir jamás seguridad jurídica procesal para el titular del derecho conculcado.”³⁸.

Por lo tanto, el debido proceso es un principio general del Derecho, y la garantía que tiene toda persona a la recta administración de justicia; podemos concluir que el Debido proceso, es un conjunto de normas que regula los derechos y garantías que protegen y debe contar toda persona que es sometida a un proceso, librándolo de riesgos de abusos y excesos, llegando por él aun proceso justo, oportuno y equitativo.

³⁶ Jorge Zavala Baquerizo, “El Debido Proceso Penal”, Guayaquil, Editorial Edino, Año 2002, pág. 25.

³⁷ Carlos Bernal Pulido, “El Derecho de los Derechos”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005., pp. 337. Tomado del Registro Oficial No. 637-S., del Lunes 20 de julio del 2009, pág. 21.

³⁸ Abarca Galéas, Luis Humberto, La Independencia de la Función Judicial en la aplicación de las normas del debido proceso en el ejercicio de la Función de Grante [...], Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, pág. 12.

2.2 CARACTERÍSTICAS DEL DEBIDO PROCESO.

El país fue testigo de la desintegración, desorganización, lentitud procesal dentro de la administración de justicia, escoltado del descredito de jueces, magistrados y empleados judiciales producto del cual se fue fomentando la falta de credibilidad de la justicia; el Estado ecuatoriano, con el afán de poner fin a la lentitud e ineficiencia de la administración de justicia, plasmo en la Carta Magna el derecho a la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones; por lo que, hoy en día el Ecuador vive un proceso combativo en cuanto al ejercicio de los derechos y garantías que estamos revestidos todos los ciudadanos.

Definitivamente ningún operador de justicia puede inobservar o sobrepasar lo que reconoce la Constitución y los acuerdos, pactos internacionales que velan por el respeto de los derechos humanos; cabe recalcar que dentro de una sociedad civilizada se debe exigir al Estado el cumplimiento de las garantías constitucionales, de modo a que todos respetemos y cumplamos lo que determina la Constitución y la ley.

El debido proceso, es un *principio legal* por el cual el gobierno debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un *principio jurídico procesal* según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un veredicto justo y equitativo, permite ser oído y hacer valer sus pretensiones ante el juez de “**garantías**” penales.

Mario Madrid, al referirse al debido proceso dice: “El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem.”³⁹.

Siendo así la fundamental característica del debido proceso, el real ejercicio del derecho a la defensa, de la presunción de inocencia, de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley; de tal manera que constituya el eje fundamental del acceso a la administración de justicia.

Podemos señalar que, el Debido proceso es el más admirable y selecto instrumento de resolución de conflictos, pues el proceso tiene reglas que nos permiten llegar a una resolución justa y debida. Es decir, para que el Estado pueda castigar penalmente se exige siempre al existencia del proceso, pero no de cualquier proceso, sino, de uno en el que se respete las garantías y principios constitucionales, esto permite calificar a un proceso como justo o debido.

Lo que quiere el debido proceso, es una justicia adecuada a la medida de la dignidad humana, pues el proceso se realiza entre seres humanos, de tal modo que si finalmente se condena a alguien, se condena a un ser humano.

³⁹ Mario Madrid – Malo Garizábal, “Derechos Fundamentales”, Segunda Edición. Bogotá. 1997. 3R Editores, pág. 146.

2.3 LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DEBIDO PROCESO.

El primera origen de la Institución jurídica del Debido proceso la encontramos en los Convenios y Tratados Internacionales, y la Norma Constitucional; nuestra actual Constitución promulga un Estado Garantista. Por el mero hecho de ser personas, por haber nacido; decimos que tenemos derechos y están garantizados por la Constitución y la ley. Por lo que, decimos que no hay derecho cuando algo es injusto, cuando nos han hecho algo que no merecemos.

Los Derechos Humanos son facultades inherentes al ser humano; cuyo grado de reconocimiento está en la evolución de la sociedad y del derecho; las declaraciones y pactos universales de derechos humanos, no son sino la confirmación legal y por ende política de algo connatural al ser humano para su existencia; los derechos humanos podemos decir que eternamente han existido, aunque no siempre han sido respetados, pero su reconocimiento terminó por imponerse.

A través de la historia, se ha buscado la defensa y protección de los derechos inseparables al ser humano; pero sin embargo, en un principio los derechos humanos no tenían alcance universal como tiene en la actualidad, antes se podía palpar un sinnúmero de formas de irrespeto a los derechos humanos, la humanidad tuvo que pasar por muchos sistemas de gobierno, tuvo que superar muchas taras para llegar a darnos cuenta que existe la igualdad y así poder consagrar un verdadero respeto al ser humano como tal, al menos por escrito en las distintas declaraciones universales a favor de los derechos humanos. El mayor logro del siglo XX fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de

diciembre de 1948, sin quebrantar las primeras declaraciones de derechos con verdadero sentido democrático y que han sido el antecedente histórico de las modernas declaraciones de derechos.

Se puede distinguir tres etapas en el proceso de nacimiento, afirmación y extensión de los derechos humanos. La primera comprende las clásicas tablas de derechos civiles y políticos considerados como derechos de primera generación. Los derechos civiles corresponden a la persona humana como tal, sin ningún tipo de distinción; por su parte los derechos políticos pertenecen a las personas en cuantos miembros activos del Estado; es decir, en cuanto son considerados ciudadanos. La declaración de los derechos civiles y políticos se propuso crear una esfera de protección de la libertad de cada persona y estuvieron motivados por el temor al Estado, el objetivo era crear vallas que detuvieran a la autoridad pública de posibles excesos. Todos los planteamientos de aquel tiempo tienen la inspiración en la teoría del Estado de Derecho.

La segunda etapa comprende los derechos sociales considerados de segunda generación, se creó a raíz del desenfrenado desarrollo del capitalismo, con el propósito de proteger a los grupos desafortunados. Los derechos sociales consisten en la prestación de servicios a cargo del Estado, a favor de los sectores desprotegidos de la población. Tiene un carácter esencialmente asistencial, son en realidad derechos de las capas pobres de la ciudad y del campo, y están contenidas esencialmente en las leyes laborales, agrarias, de seguridad social, etc. los derechos de segunda generación son exigibles del Estado.

La tercera etapa de derechos humanos, dada la dinámica social contemporánea, con sus nuevos retos, planteamientos y angustias, llegaron a descubrir los derechos de tercera generación considerados como nuevos derechos que protegen aspectos de la vida del hombre en comunidad, su característica principal es que se extiende más allá de las fronteras nacionales.

Los derechos humanos reconocidos en la actualidad gozan de ciertas características, como son: Irrenunciables, Inalienables, Intransferibles e Ilimitables.

Los Derechos Humanos tutelados en el marco del Debido Proceso, son fundamentalmente los de primera generación, es decir los derechos civiles y políticos, por cuanto en la instauración de un proceso judicial en la materia que fuere, se actúa ejerciendo presión directamente sobre el individuo como tal. Los derechos humanos que se encuentran garantizados en el marco del debido proceso son: Derecho a la Justicia; Derecho a la Integridad Personal; Derecho a la Libertad.

Según el Artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. Actualmente los derechos humanos como tales se encuentran garantizados por la Constitución y la Ley, garantizados por los diferentes tratados internacionales confirmados por el Estado Ecuatoriano. En el Ecuador existen dos organizaciones no gubernamentales que velan por el respeto de los derechos humanos como son la Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos (ALDHU) y la Comisión Ecuánime de Derechos Humanos (CEDHU), las cuales se encargan de proteger a las víctimas de atentados contra los derechos civiles y políticos y precautelar estos derechos. Pero por

encima de la ley y del derecho las violaciones a los derechos humanos se producen todos los días en distintas formas y desde distintas esferas. Como por ejemplo está en los Jueces al no dictar sentencias adecuadas para cada caso, dictar y extender sin piedad las medidas cautelares personales produciendo un hacinamiento inhumano en los distintos centros de rehabilitación. Lamentablemente la violación a los derechos humanos de los detenidos se siguen dando en forma alarmante; por lo que, es necesario insistir una y mil veces que los operadores de justicia actúen dentro del marco jurídico existente. El debido proceso, el sistema procesal penal garantizan tener una justicia independiente, respetando la Constitución, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la aplicación correcta de la Ley, hasta que en sentencia fundada y en el fiel cumplimiento de los principios supremos al procesado se lo absuelva o se lo condene. Así lo exige un Estado de Derecho.

El reconocimiento universal de los derechos humanos como inherentes a la persona significa una conquista para el conjunto de la humanidad, porque el Estado está en la obligación de reconocer, respetar y garantizar los derechos humanos.

2.4 PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL.

Hay que señalar que los principios del debido proceso configuran un conjunto abierto de preceptos, de manera que cualquier enunciación proporcionada solo será ilustrativa, pero no totalizadora, ello sin dejar a un lado a aquellos que la misma Constitución establece.

Si bien se ha conferido al Estado el monopolio del poder de decidir sobre los conflictos y de averiguar la verdad real, su ejercicio está limitado por una serie de principios cuyo objetivo común es de racionalizar el uso del Poder del Estado, evitando la arbitrariedad y procurando la seguridad jurídica del ciudadano, pues de poco sirve asegurar otros derechos sino se garantiza los procesos en los cuales esos derechos deben hacerse valer, siendo respetuosos de los derechos fundamentales; ya que, si no se respetan estas garantías constitucionales, las personas quedan absolutamente desamparadas.

El Código de Procedimiento penal, ha otorgado al debido proceso una importante relevancia; ya que, varios de sus principios han sido recogidos en el Artículo 5.1 que señala *“Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, e inmediación, concentración, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de fallos”*.

El libro de la Biblia denominado el Deuteronomio, señala varios principios en materia penal sobre el debido proceso, y entre ellos el de presunción de inocencia, al señalar que mínimo debe haber dos testigos para comprobar la responsabilidad del acusado.

El Artículo 13 del Código de Hamurabi (1729-1750 a.c.) señalaba que *“si los testigos de alguno de los litigantes no estuviesen a mano, los jueces le señalarán un plazo de seis meses para presentarlos, y si al término del sexto mes no los presenta perderá el proceso”*.

Sin embargo, ya en la Constitución de 1998 y en la actualidad la Constitución del 2008; así como los pactos y convenios internacionales de derechos humanos, señalan el derecho a un juicio justo o a un proceso equitativo, es decir derecho a un debido proceso en todos los juicios que se tramiten bajo nuestra legislación; pero sin duda alguna tiene más trascendencia el debido proceso en la legislación procesal penal, sobre todo en sus relaciones con los derechos humanos.

Es necesario que exista una Función Judicial capaz de resolver los conflictos jurídicos respetando estas reglas, pues de lo contrario no podríamos hablar de un juicio en el que se haya respetado el debido proceso.

2.5 GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO.

La Constitución por ser la norma suprema del Estado consagra ciertas garantías para que la persona que es parte de un proceso pueda defender sus derechos fundamentales y conseguir el resarcimiento de la paz jurídica quebrantada; es por esto que, la aplicación de dichas garantías es obligatoria aun cuando existan normas que discordaren con aquellas.

La Constitución es la que pone límites al poder punitivo del Estado, es la que diseña el espacio dentro del que tiene validez el derecho penal y procesal penal, referente a esto, el autor Claus Roxin, manifiesta *“con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal. El alcance de esos límites es, por cierto, una cuestión de la respectiva Constitución del Estado.”*⁴⁰. Este límite es el derecho al debido proceso, el cual asiste al individuo para exigir el cumplimiento de las garantías que involucra.

Las garantías que concede este derecho son:

- Principio de legalidad y de tipicidad;
- Presunción de inocencia;
- El derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente;
- El principio in dubio pro reo;
- Derecho a que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tengan validez alguna y carezcan de eficacia probatoria;
- Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales; y,

⁴⁰ Claus Roxin.

- El derecho a la defensa que incluye: contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, los procedimientos deben ser públicos, prohibición de ser interrogado sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto, ser asistido gratuitamente por un traductor o interprete si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento, ser asistido por un defensor de su elección o por defensor público.

Las garantías nacen como un instrumento de protección de la libertad del ciudadano y como principio limitativo del poder del Estado. Podemos definir a las garantías básicas del debido proceso, como los mecanismos que la ley pone a disposición de la persona para que pueda defender sus derechos, reclamar cuando corren peligro de ser conculcados o indebidamente restringidos; y, por último obtener la reparación cuando son violados. En el Ecuador de hoy, las Garantías de orden Procesal, han adquirido la mayor importancia posible especialmente en el orden Procesal penal, puesto que no podrá existir condena valida si en el camino seguido para su imposición el Estado no ha respetado las Garantías Constitucionales; y, estas garantías constitucionales deben ser respetadas desde el primer momento en que la persecución criminal comienza hasta la ejecución completa de la sentencia que se dicte en juicio. Es importante indicar que las garantías no constituyen un obstáculo para la correcta aplicación de la Ley Penal, pues es un remedio para prevenir la arbitrariedad; por lo que, no hay que pensar que el sistema penal será más eficiente cuanto más represivo y duro este sea, y cuanto menos derechos y garantías se le reconozca al acusado.

Es importante recordar que el Ecuador es un Estado democrático, así lo señala la Constitución de la República; y, si vivimos en un Estado constitucional de derechos y justicia, debe el Estado orientarse hacia el garantismo, logrando la eficacia de estas garantías constitucionales de contenido procesal, pues es un reconocimiento a la importancia de la persona y de sus derechos fundamentales, y el solo respeto de todas esas garantías son las que permiten calificar de justo o debido a un determinado proceso.

CAPÍTULO III

3. ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

3.1 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Las Medidas Cautelares son instrumentos procesales, que se aplican durante el curso de un proceso penal; con el objeto de restringir el ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas. Son cautelares porque tienden a evadir riesgos de obstaculización del proceso y buscan asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena; claro, si se comprobara la culpabilidad del imputado en juicio.

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; a su vez prevención, equivale a un conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. Dentro del campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho. Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo las normas del proceso, la ley faculta al órgano jurisdiccional para que adopte determinadas precauciones para asegurar que pueda realizar adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que la sentencia que se dicte sea eficaz. “La expresión medidas cautelares sigue siendo la de significar los mecanismos idóneos para asegurar un derecho sustancial, en ocasiones inclusive la efectividad del ius punendi del Estado, preservar pruebas, proteger

a la sociedad o asegurar el pago de los derechos patrimoniales vulnerados con la infracción penal, e inclusive proteger a la persona misma que quebranta las prohibiciones mismas del derecho material penal.”⁴¹.

En consecuencia la doctrina ha señalado que para dar una definición de medidas cautelares se ha de indagar en su finalidad, así, según comenta González Chévez, tanto Calamandrei como Carneluti, concuerdan en señalar que “la definición de las medidas cautelares, sin salirse del campo procesal, ha de buscarse más que en base de un criterio ontológico a base de un criterio teleológico; no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin a que sus efectos están preordenados”⁴², así, la definición de las medidas cautelares está íntimamente ligada con la finalidad que persiguen. Es por ello que en este intento por esbozar una definición, se ha establecido conjuntamente la finalidad de las medidas cautelares, así Calamandrei, señala “en las providencias cautelares hay, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva”⁴³. Desde ésta perspectiva las medidas cautelares serían aquellas que buscan asegurar la efectividad de la sentencia definitiva; González Chévez, agrega y resalta otra finalidad de las medidas cautelares “que es la de evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil o imposible reparación”;⁴⁴ así, la definición de las medidas cautelares modulando las dos visiones sería: Medidas cautelares, son aquellas que buscan asegurar la seguridad de la sentencia definitiva; así como evitar

⁴¹ GARCÍA Eduardo, GARCÍA Jeannette, 2005, pág. 281.

⁴² Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares*, México, Editorial Porrúa S.A., 2006., pág. 80.

⁴³ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, 1945, p. 45, citado por Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares*, México, Editorial Porrúa S.A., 2006., pág. 80.

⁴⁴ Héctor González Chévez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo*..... pág. 81.

que durante la disputa del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil reparación. Los dos puntos de vista no son contrapuestas, sino más bien complementarios.

Priori Posada, las conceptualiza en los siguientes términos: “La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo”⁴⁵. Elio Fazzalari, refiriéndose a las medidas cautelares, dice: “Son providencias jurisdiccionales, emitidas por el juez en espera y en vista de una sentencia de mérito, con la finalidad de asegurar sus efectos: las providencias cautelares operan sobre la situación presente, con el objeto que la sentencia, sobreponiéndose con éxito al proceso ordinario, no llegue demasiado tarde.”⁴⁶.

De las definiciones transcritas corroboramos que desde un pensamiento clásico, las medidas cautelares se encuentran inexcusablemente ligadas a la existencia de un proceso y tiene como objeto o finalidad asegurar los efectos prácticos de la posible sentencia estimatoria, evitando que dicha decisión judicial llegue demasiado tarde.

Según el Libro Tercero de nuestro actual Código de Procedimiento Penal, existen dos clases de medidas cautelares; “... de carácter personal y/o de carácter real”⁴⁷. Es así que, las medidas cautelares de carácter personal, tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar que obstaculice la averiguación de la verdad. A su vez las medidas cautelares de

⁴⁵ Priori Posada.

⁴⁶ Elio Fazzalari.

⁴⁷ Código de Procedimiento Penal, artículo 159.

carácter real tienen como finalidad garantizar la reparación del daño y el pago de costas y multas.

Es importante conocer las características generales de las medidas cautelares; ya que, esto nos ayudará a entender mejor el sentido de las mismas y saber aplicarlas con mayor criterio de justicia. Además es importante conocer cuáles son las características intrínsecas de las mismas; es decir, “la camisa de fuerza” que impide que sean aplicadas arbitrariamente. Se puede destacar como características generales de las medidas cautelares a las siguientes:

Excepcionalidad, que nace en vista del derecho a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia (que conoceremos con más detalle cuando analicemos la prisión preventiva), la regla sería la libertad y la excepción la aplicación de la medida cautelar; por lo que, esta nunca procedería de manera generalizada. “La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad es la de asegurar los fines del proceso a través de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad.”⁴⁸.

Proporcionalidad, ya que, deben estar en apropiada relación con el hecho que se imputa y con lo que se busca garantizar. “La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión... si se trata de delitos que tienen previstas penas menores o penas de multa leve, resulta claramente inadmisibile la aplicación de la prisión

⁴⁸ Alberto Bovino, Prisión Cautelar, El fallo Suárez Rosero, pág. 671.

preventiva. Si en el caso concreto se espera una suspensión de la pena, tampoco existiría fundamento para encarcelar preventivamente al imputado.”⁴⁹.

Empleo de la fuerza pública, implica que se puede hacer uso de esta para detener a un ciudadano, para imponer una medida cautelar, o a su vez puede amenazarse con aplicar la fuerza pública para hacer cumplir el mandamiento respectivo.

Instrumentalidad, porque la medida cautelar no tiene una finalidad en sí misma. “La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar un logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria- no son penas- sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Así por ejemplo, para evitar que el imputado intente amenazar o sobornar a testigos, alterar los rastros del delito, etc. - lo que haría peligrar el descubrimiento de la verdad-, se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención. Y si se temiera que, aún privado de libertad, pueda intentar todavía entorpecer la investigación por medio de terceras personas, se podrá disponer su incomunicación. Asimismo, cuando en el caso concreto sea presumible que el imputado preferiría darse a la fuga antes que someterse a la pena que se le pudiera imponer, frustrando así la efectiva aplicación de la ley sustantiva, se autoriza también la imposición de restricciones a su libertad (detención preventiva).”⁵⁰ Piero Calamandrei, refiriéndose a la instrumentalidad

⁴⁹ A. Binder, “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Edit. Alfa Beta, Bs. As. 1993, pág. 201.

⁵⁰ José I. Cafferata Nores. Medidas de Coerción en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Edic. Depalma, Bs. As. 1992, pág. 4.

de las medidas cautelares, señala: “No constituyen un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la resolución definitiva. Nacen del servicio de la sentencia principal, asegurando su resultado práctico, en prevención de la cual se dictan, preparando el terreno para hacer que sea eficaz, y fenecen con ella, contribuyendo así a garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia”⁵¹. De este modo la tutela cautelar está prevista como un medio a través del cual puede conseguirse que otro medio, el proceso funcione eficazmente, no llegando tarde con su resolución o sentencia; ya que, el efecto de esta se encuentra resguardado por la medida cautelar otorgada. En definitiva hace referencia a la dependencia que tienen las medidas cautelares del proceso principal.

Temporalidad, la medida cautelar solo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo. “Toda persona sometida a un proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante un proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza el recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.”⁵².

Revisabilidad, porque su imposición responde a una determinada situación de hecho existente al momento de adoptar la medida, que varía si las

⁵¹ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, p. 44, citado por Héctor González Chávez, *La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares*, México, Editorial Porrúa, 2006, pág. 85.

⁵² A. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Edit. Alfa Beta, Bs. As. 1993, pág. 201.

circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración o revocación.

Jurisdiccionalidad, pues su aplicación y control se encuentran reservados exclusivamente a los jueces. “Si son los jueces quienes tienen a su cargo la vigencia de los principios de juicio previo y de inocencia, es coherente –más aún dentro de la lógica de las garantías- que sean los jueces y sólo ellos quienes autoricen medidas excepcionales como la que tratamos. Carecerían de sentido que se les encomendara a los jueces la preservación de estos principios y se concediera a cualquier autoridad la posibilidad de autorizar las excepciones. Por lo tanto, la interpretación correcta de la norma constitucional indica que solamente se puede privar de libertad a las personas mediante una autorización judicial.”⁵³.

Es evidente que las medidas cautelares deben ser dictadas con mucha prudencia, de modo que no se pueda decir lo que afirma el Dr. Blum, al referirse a los jueces:

“... ellos, mediante las medidas cautelares, se han convertido en los dueños de vidas, honras, libertades y haciendas de los sindicados y agraviados...”⁵⁴.

⁵³ A. Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal. Edit. Alfa Beta. Bs. As. 1993. pág. 197.

⁵⁴ Blum Manzo, Maximiliano, Nuevo Código de Procedimiento Penal, 4ta, edición. Imprenta Gramagraf, Guayaquil-Ecuador, pág. 59.

3.2 REQUISITOS QUE DEBEN CONFIGURARSE PARA LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La Constitución no se refiere en su regulación de medidas cautelares a los requisitos que deben configurarse para la procedencia de las mismas, éstos se encuentran reglados en el Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que reza: “Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

No procederá cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interponga en la acción extraordinaria de protección de derechos.”⁵⁵.

En la regulación reproducida, encontramos básicamente dos condiciones o requisitos para la procedencia de las medidas cautelares la cuales son: **a)** la inminencia; y, **b)** la gravedad. La posibilidad de daños irreversibles así como la intensidad y frecuencia de la violación, según la transcripción son elementos indicativos de la gravedad de la violación del derecho, no un requisito, más bien de procedencia. Para poder comprender vamos a tratar de profundizar en estas dos condiciones o requisitos.

La Inminencia, según Cabanellas, es la “proximidad, inevitable por lo común de un mal”⁵⁶. De modo general la inminencia hace referencia a un hecho futuro

⁵⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ecuador, artículo 27.

que amenaza suceder prontamente. Pero jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atañe a hechos futuros sino también a hechos que están ocurriendo. La inminencia implica que el daño no es eventual ni remoto. Lo eventual, es lo que pueda suceder pero no existe certeza o mayor seguridad que suceda, se trata de una contingencia; lo remoto, es lo lejano. Las medidas cautelares nunca operan en el después de la violación del derecho. Siempre están orientadas a evitar la violación o suspenderla.

El artículo 29 de la Ley citada establece que “las medidas cautelares deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición.”. Esta urgencia con la que se deben otorgar las medidas cautelares se deriva de la inminencia del daño grave, de modo que cualquier demora resulta peligrosa (*periculum in mora*). Se mantiene la naturaleza de la emergencia, la inminencia del daño, la que hace imposible acudir a vías ordinarias de la justicia, o esperar la decisión final del asunto, por lo que se requiere la opción de acciones inmediatas que eviten o suspendan el daño grave. A modo de ejemplo un daño grave sería el asesinato de uno de los testigos claves por la rendición de su testimonio, ello configuraría la inminencia del daño grave.

La gravedad, para la procedencia de las medidas cautelares se necesita de un daño calificado como grave. Se trata de las medidas excepcionales cuya utilización se justifican cuando existe una amenaza o violación grave del derecho, a la que no se puede hacer frente con las garantías ordinarias existentes, dada la inminencia del daño grave. La gravedad de la amenaza debe ser la consecuencia de un peligro real, no meramente hipotético, y la violación del derecho debe ser de aquellas que se mantienen o persisten al

⁵⁶ Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta, Tomo IV, EDICIÓN 24^a, pág. 425.

momento de la solicitud de las medidas cautelares a fin de que las mismas las puedan suspender o interrumpir. Cabanellas, expone: “gravedad es un peligro o dificultad considerable”⁵⁷. El inciso segundo del artículo 27 de la Ley en mención expresa que “se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”. Un daño irreversible sería aquel que no se puede, preservar o restituir. Cabe recalcar que en el inciso del artículo citado se utiliza el subjetivo “*pueda*”, que indica posibilidad. De tal forma que el requisito de daños irreversibles no es una condición obligatoria.

⁵⁷ Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta, Tomo IV, Edición 24^a, pág. 197.

3.3 MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL.

Las medidas cautelares como ya hemos señalamos con anterioridad pueden ser de carácter personal o de carácter real, es decir, pueden recaer sobre los derechos personales de los ciudadanos o sobre los reales. El tema que estamos desarrollando nos vincula o relaciona a las medidas cautelares de carácter personal.

“Los actos coercitivos afectan por regla general al imputado, a quien se puede restringir en el ejercicio de sus derechos personales (por ejemplo, allanando su domicilio, abriendo su correspondencia, privándolo de su libertad de tránsito o locomoción, etc.), o patrimoniales (por ejemplo, embargando sus bienes). Pero también puede afectar a terceros, como por ejemplo al testigo que se ve obligado a comparecer a declarar, la víctima de lesiones que debe someterse a un examen corporal o el propietario de la cosa hurtada que se ve privado temporalmente de su uso y goce mientras permanece secuestrada con fines probatorios.”⁵⁸.

Nuestro Código de Procedimiento penal, reconoce las clases de medidas cautelares de carácter personal explícitamente en su artículo 160 que dice: “Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;

⁵⁸ José I. Cafferata Nores. Medidas de Coerción en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Edic. Depalma, Bs.As. 1992, pág. 4.

- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien este designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión de agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6ª. del Código Civil y de las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención; y,
- 13) La prisión preventiva.⁵⁹

Las medidas cautelares personales son una particular forma de injerencia estatal en las libertades del procesado, es un tipo de limitación de derechos tan

⁵⁹ Código de Procedimiento Penal, Ecuador, artículo 160.

recurrido con la finalidad de restringir la libertad personal de aquella persona en contra de quien se la dictó, siendo la más utilizada la “prisión preventiva”.

En el Ecuador las medidas cautelares de carácter personal son dictadas por las y los señores Jueces de Garantías Penales, cuando se pretende asegurar la sujeción del imputado al proceso penal; es decir, para contar con la presencia del presunto autor del hecho delictuoso ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el juez, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el juzgador. Por ello, la ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones en los diversos actos que conforman el proceso para que al término del mismo la sentencia sea plenamente eficaz.

Si bien se ha determinado la necesidad de garantizar el normal desarrollo procesal, también se debe velar por el cabal cumplimiento de los principios que rigen a las medidas cautelares, especialmente el de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad; porque, al adoptar una medida cautelar personal se está restringiendo la libertad de la persona en contra de quien se la dictó. En la administración de justicia ecuatoriana se produce una gran omisión respecto a estos principios especialmente al dictar la medida cautelar personal de la prisión preventiva, que la profundizaremos más adelante; pero es sumamente importante señalar que ha sido utilizada en forma excesiva a tal punto que existe un aumento en la población carcelaria de presos sin sentencia, lo cual trae consigo problemas de índole social por la sobrepoblación y hacinamiento en el sistema carcelario.

Entre las medidas cautelares más utilizadas por los jueces de garantías penales se encuentran como principal la prisión preventiva, la prohibición de

ausentarse del país, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que designare, y el arresto domiciliario.

En la Corte Provincial de Justicia de Bolívar existen seis Jueces de Garantías Penales distribuidos de la siguiente manera dos en la ciudad de Guaranda, uno en el cantón San Miguel, uno en el Cantón Echeandía, uno en el Cantón Chillanes, y, uno en el Cantón Caluma; quienes al igual que los juzgadores penales de otras provincias están facultados para dictar medidas cautelares de carácter personal en contra de presuntos responsables de actos delictivos, cuando así amerite el caso, pudiendo restringir el ejercicio del derecho a la libertad personal del procesado consagrado constitucionalmente, siempre y cuando exista suficiente justificación motivada para hacerlo. Por ello, los jueces de garantías penales para dictar una medida cautelar de carácter personal deberán considerar previamente la intensidad de cada caso, la actitud que presenta el sujeto activo del delito y los requerimientos expuestos por parte de Fiscal, del acusador particular (en caso de existir), y por parte del defensor público o abogado defensor particular. De los argumentos expuestos por las partes, así como también de la sana crítica del juzgador dependerá la resolución judicial que se tome; por lo que, tienen la obligación legal y moral de valorar cabalmente la situación del procesado y del proceso, con la única finalidad de que se haga justicia, pero sin la violación de derechos. Al igual que en otras provincias del Ecuador, en la provincia de Bolívar la medida cautelar personal de prisión preventiva también ha constituido como la mayormente utilizada dentro del proceso penal, perdiendo el carácter de excepcionalidad y adoptando el de la habitualidad.

La aplicación de estas medidas cautelares de carácter personal se la debe hacer bajo dos vertientes, la primera y como regla general, la consideración de

la libertad como estado natural de las personas; y la segunda y como la excepción, la privación de la libertad. Sin embargo, en nuestra localidad y en todo el país la regla general se ve amenazada en vista de que, tanto fiscales (al solicitar) como los jueces (al concederla), hacen uso de la medida cautelar de prisión preventiva en forma excesiva y no como la excepción y pese a que existen medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva, con las cuales se lograría evitar el uso excesivo de la misma y se lograría evitar que en las cárceles existan privados de la libertad sin sentencia y así poder cumplir con la excepcionalidad.

Es importante señalar que las medidas cautelares de carácter personal tienen principios propios; así tenemos:

1. **Principio de Excepcionalidad**, el cual se refiere a que las medidas cautelares personales deben ser administradas en un sentido restringido, pues así tenemos el consagrado en el Art. 66, numeral 14 de nuestra Constitución de la República: “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país...”, y a su vez señala que su ejercicio se regulará de acuerdo con la ley; y, que la prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por un juez competente...”, por su parte el Art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (1969), garantiza que “toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal”. El principio de excepcionalidad debe ser considerado especialmente al referirse a la prisión preventiva, por ser la medida cautelar personal más grave, la cual deberá ser impuesta únicamente cuando se considere que ninguna otra medida cautelar puede ser útil.

2. **Principio de Necesidad**, señala que las medidas cautelares personales deben ser adoptadas únicamente cuando el juez de Garantías Penales, luego del análisis respectivo, llega a la conclusión de que la única manera de garantizar el cumplimiento de las normas de procedimiento es limitando provisionalmente de la libertad del procesado a través de la prisión preventiva.
3. **Principio de Proporcionalidad**, la cual se refiere a que debe existir una relación *sine qua non* entre la medida cautelar adoptada, el hecho delictivo y lo que pretende garantizar; pues, si existe desproporcionalidad en la imposición de una medida se produce desigualdad e indefensión del procesado.
4. **Principio de Obligatoriedad**, no se refiere a que la medida cautelar personal deba ser obligatoriamente impuesta por el juez; sino que, una vez impuesta debe ser obligatoriamente cumplida por el procesado que la sufre.
5. **Principio de Instrumentalidad**, se refiere a que las medidas cautelares personales constituyen un instrumento coadyuvante para el desarrollo del proceso penal. Las medidas cautelares dependen de la existencia de un proceso, pues están subordinadas a él.
6. **Principio de Provisionalidad**, surge en función del plazo cierto que tiene la existencia jurídica de las medidas cautelares personales de acuerdo con las normas constitucionales y procesales penales.
7. **Principio de Revocabilidad**, se refiere a que la medida cautelar de carácter personal puede o debe ser revocada inmediatamente después de que desaparecen los presupuestos que le dieron valor, es decir se extingue por falta de causa procesal.
8. **Principio de Impugnabilidad**, nos dice que la resolución con la cual se adopta una medida cautelar de carácter personal admite impugnación, la impugnación se la hace a través del recurso de apelación, el cual se lo presenta ante el juez de garantías penales que la dictó.

9. **Principio de Judicialidad**, se refiere a que una medida cautelar de carácter personal sólo puede ser dictada por el juez de garantías penales competente, por ser el funcionario autorizado legalmente para hacerlo.
10. **Principio de Motivación**, la medida cautelar debe ser motivada, no sólo por el mandato constitucional que ordena que toda resolución de los poderes públicos que afecten a las personas debe ser motivada [Constitución de la República Art. 76, numeral. 7 literal I)], sino porque además, la ley de procedimiento penal así lo dispone de manera expresa. Es la mejor garantía que tenemos para saber si se ha cumplido con las normas y principios que nos son inherentes.
11. **Principio de Legalidad**, es fundamental del derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. En este caso, ninguna medida cautelar podrá ser impuesta si no se encuentra autorizada por la ley adjetiva penal (Código de Procedimiento Penal, Art.159 último inciso).

3.4 PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMO GARANTÍA EXCEPCIONAL.

La libertad personal forma parte del conjunto de derechos fundamentales consagrados en el Art. 66 de la Norma Suprema vigente, reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, reconocidos como derechos fundamentales. El Ecuador como ya lo hemos mencionado en reiteradas ocasiones es un Estado constitucional de derechos y justicia, así lo consagra el Art. 1 de la Constitución, lo que significa que nos encontramos cubiertos de garantismo; “Garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese “algo” que se tutela son derechos o bienes individuales”⁶⁰.

“La creencia de que la libertad se había asentado de un modo definitivo entre los hombres, se ha visto defraudada por las modernas instalaciones de dictaduras y derechos autoritarios.”⁶¹.

No hay duda, que la libertad personal es un derecho fundamental, limitado, esta limitación está dada por la privación de la libertad, la que podrá ordenarse de manera excepcional como último recurso. La Asamblea Constituyente de Montecristi rescató el contenido social y progresivo de los derechos y garantías, es decir avanzar en busca de terminar con la práctica judicial violatoria de derechos, la práctica de encarcelar para investigar, cuando lo lógico sería lo contrario, la práctica generadora del uso y abuso de la cárcel. Se

⁶⁰ Mariana Gascón Abellan, Garantismo y Derecho Penal, en Juan Oberto Sotomayor Acosta, Coordinador, Bogotá Colombia, Editorial Temis, Año 2006, pág. 13.

⁶¹ Jiménez de Asúa, Luis, Lecciones de Derecho Penal, volumen 3, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, Oxford, pág. 59.

consagró en la Constitución del 2008 en un inicio en el artículo 77 numeral 1 “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente...”, actualmente luego del referéndum y consulta popular del 2011, se establece en el artículo citado que “La privación de la libertad no será la regla general...”. Por lo que, continua existiendo un cierto consenso dentro de la comunidad jurídica de que el uso masivo de la prisión preventiva afecta a los Derechos Humanos de los procesados. Hoy como sociedad democrática y dado al avance de los Derechos Humanos consagrados en distintos tratados y convenios internacionales suscritos por el Ecuador; siendo así que, el debido proceso, la presunción de inocencia, la excepcionalidad y proporcionalidad en el uso de la prisión preventiva, y hoy más que nunca la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, entre otros, constituyen limitantes por decirlo mínimos que obligan a una concienciación del uso de la prisión preventiva. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por el Ecuador, en el Artículo 7 numeral 2, refiere: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”... nos situamos en el principio de legalidad consagrado en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución, sin ley no hay pena; como se pronunció BECCARIA en su obra De los Delitos y de las Penas, “Entendido está que la regla es la libertad y su excepción la privación, la que debe ser aplicada dentro de un contexto racional y no absoluto, fundamentada en motivos relacionados al caso concreto y a ciertas características personales del imputado que no pueden dejar de ser valoradas sin que esto equivalga a un etiquetamiento.”⁶². La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo 3, dice: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica de su persona”.

⁶² Gabriel Nardiello, La Prisión Procesal.- Buenos Aires. Impreso en ABRN Producciones Gráficas, año 2007. Pág. 29.

En el Ecuador por la excepcionalidad de la privación de la libertad, implica agotar todas las medidas cautelares de carácter personal establecidas en la Ley Procesal Penal, que anteceden a la misma. Las penas privativas de libertad se encuentran cuestionadas desde hace más de un siglo y en la actualidad continuamos hablando de la crisis de la prisión, sin embargo hasta ahora sigue siendo el eje principal en torno del cual gira la represión a nivel nacional; por lo que, ésta seguirá siendo el destino final para quienes cometan delitos graves o leves, sin perjuicio de que en el caso de los segundos se instituyan otros medios alternativos que satisfagan más productivamente las aspiraciones de una rehabilitación positiva.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala en su artículo 11, que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”. Por su parte el Pacto de San José de Costa Rica, dispone en su artículo 8 inciso 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”. En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dice: “Se presume que todo acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario”.

Por lo expuesto es importante para dictar las medidas cautelares, en especial las que afecten este derecho, comprobar su necesidad actual y efectiva, con el convencimiento de que a través de ellas se evitará un posible daño o que se agrave el ya provocado.

3.5 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS.

Bajo el sistema garantista, se establece el principio de la mínima intervención penal y la prisión excepcional. Significa que el Estado debe utilizar su derecho a sancionar de la manera más atenuada posible, con la menor dureza. Por ello se dice que la privación de la libertad debe ser el último recurso utilizado. Al juez garantista se le ofrece medidas cautelares alternativas; ellas son de múltiple naturaleza permitiendo imponer al imputado la obligación de presentarse periódicamente ante el juez, la prohibición de frecuentar determinados lugares o personas, la prohibición de salir del país, el arresto domiciliario. Sin embargo, las medidas alternativas no son para todos los casos. Realmente no cabe imponer medidas alternativas cuando los delitos son considerados como graves; los jueces de garantías penales deben hacer uso racional del derecho tanto al imponer la medida cautelar excepcional como al conceder una medida alternativa a la privación de la libertad (JAMAS EN DELITOS GRAVES), el artículo 159 de la Ley Adjetiva penal dice en su totalidad de su inciso segundo “En todas las etapas del proceso la medidas privativas de la libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia”⁶³.

Luigi FERRAJOLI, es el autor que ha llevado hasta las últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, aunque suene como una quimera propone un *proceso penal sin prisión provisional* convencido de que es un instituto ilegítimo que resulta idóneo para provocar el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales. Por nuestra parte agregamos, que el

⁶³ Código de Procedimiento Penal, ecuatoriano, artículo 159 inciso 2.

abuso institucionalizado con la prisión preventiva tratará de ser legítimo con una injusta condena. Las medidas alternativas a la prisión preventiva se otorgan de acuerdo al Artículo 171 del Código de Procedimiento Penal en los casos siguientes:

- a)** Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen.

Tiene relación con la derogatoria de la medida cautelar o la sustitución de una medida cautelar personal, si ha sido negada con anterioridad. La derogatoria se lo hace si el procesado ha presentado elementos de descargo respecto a los indicios claros y precisos sobre la responsabilidad del ilícito que se investiga.

- b)** Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de la libertad.

Si no se pudo sustituir o derogar la medida cautelar de prisión preventiva en una anterior ocasión, se puede volver a solicitar, presentando nuevos elementos de descargo.

El análisis de la pertinencia de las medidas alternativas se centra en minimizar el impacto de la prisión, reitero al tratarse de los actos delictivos de menor gravedad; en la posibilidad de desacelerar el violento crecimiento de la población carcelaria, también en legitimar el debido proceso, principio de proporcionalidad, derecho coartado por el excesivo uso de la prisión preventiva, pues la mayoría de las cárceles a nivel nacional están colmadas de procesados y no de condenados, con la agravante de que estos ya han excedido sus respectivos plazos de permanencia, lo cual la torna por demás ilegal y atentatorio contra el legítimo derecho a la libertad individual.

CAPÍTULO IV

4. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

4.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La prisión preventiva, es una medida cautelar porque entra en vigencia desde el inicio de la instrucción fiscal hasta cuando sea revocada o exista sentencia, obviamente se la dicta en un proceso penal, por el juez de garantías penales, ha pedido de la o el fiscal, mediante una audiencia oral, pública y contradictoria. Destaco que para solicitar la medida cautelar personal de prisión preventiva, el artículo innumerado agregado por el Art. 39 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial N° 555-S de 24 de marzo del 2009, la o el fiscal deberá motivar la solicitud, así como demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. “Motivar significa desarrollar y exponer el pensamiento de quien motiva a través de argumentos y razones que justifiquen la resolución adoptada”⁶⁴.

El Dr. Walter Guerrero Vivanco señala “...Es aquella que puede ordenar el juez de instrucción, de policía, de derecho, en los enjuiciamientos por delitos pesquisables de oficio, cuando se encuentra reunidos los requisitos del Art. 177 (hoy 167) del Código de Procedimiento Penal...”⁶⁵. El tratadista Miguel Fenech

⁶⁴ Jorge Zavala Baquerizo, “El Debido Proceso Penal”, OP. Cit. pág. 137.

⁶⁵ Walter Guerrero Vivanco, Los Sistemas Procesales Penales, Editorial Pudeleco, Quito Ecuador, 2002, pág. 334.

señala “La prisión provisional es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado para el efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y a la eventual ejecución de la pena”⁶⁶. El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, señala “Como un acto proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que procede cuando cumple determinados presupuestos expresamente señalados por la ley, y que tiene por objeto privar de la libertad a una persona, de manera provisional hasta tanto subsistan los presupuestos que la hicieron procedente o se cumplan con determinadas exigencias legales tendientes a suspender los efectos de la instrucción”⁶⁷. Al respecto la Comisión Andina de Juristas señala que: “La libertad personal es un derecho fundamental que solo puede ser restringido en determinados supuestos de hecho, en virtud de una orden expedida por autoridad competente (excepto en los casos de delito flagrante) y durante los plazos previstos en las normas constitucionales y las leyes”⁶⁸. De esta manera, si no aplicamos este concepto, estaremos ante una medida de carácter ilegal que se encuentra prohibida tanto a nivel internacional como a nivel nacional, pues hay que hacer hincapié que el debido proceso debe basarse en la práctica auténtica de los principios fundamentales inherentes a la persona. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice “Es la que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio”⁶⁹. La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, señaló: “Prisión preventiva es el hecho material de privación de la libertad de una persona sindicada, ordenada por el juez competente”⁷⁰. Hay que recalcar que las órdenes de prisión preventiva son las

⁶⁶ Miguel Fenech, Derecho Procesal Penal, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1984, pág. 129.

⁶⁷ Jorge Zavala Baquerizo, El Debido Proceso, Editorial Edina, Tomo III, Guayaquil Ecuador, 2004, pág. 220.

⁶⁸ Comisión de Juristas, La Libertad Personal, Lima, 2000, pág. 369.

⁶⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II, p. 1669. Editorial ESPASA CALPE S.A., Madrid España, Octubre 2000.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Resolución publicada en el R.O. N°. 245, Quito, de 30 de julio de 1999.

que más nos preocupan, porque inciden en los bienes jurídicos más preciados de la persona como son: la libertad, la honra, la dignidad, la presunción de inocencia, el derecho a transitar libremente, el derecho al trabajo, el derecho a defenderse en libertad, el derecho a estar con su familia; de tal modo que, la orden de prisión preventiva es la medida cautelar personal más gravosa en nuestro país. Solo en casos estrictamente necesarios y en la medida que sea imprescindible para garantizar los derechos de los demás por las exigencias de bien común, se puede restringir de la libertad; es así que debe entenderse el ejercicio de la libertad como norma general, su restricción como una excepción.

La prisión preventiva, es una medida cautelar personal; ya que, se encuentra dirigida al procesado, sin que respondan sus familiares u otras personas vinculadas con éste. Es la limitación de la libertad que ya analizamos anteriormente.

Por lo tanto, la prisión preventiva es una medida cautelar, personal, excepcional, que ordena una jueza o juez de garantías penales dentro de un proceso penal, es facultativo del juez ordenar esta medida, claro está luego de agotar las otras medidas cautelares personales que se encuentran establecidas en el Art. 160 de la Ley Adjetiva Penal, “se advierte que esta medida sólo se concibe cuando el delito que se imputa está reprimido con pena privativa de libertad, puesto que no es lógico encarcelar a una persona a título de cautela, si en caso de ser condenado no pudiese imponérsele derechamente una pena privativa de libertad...”⁷¹.

⁷¹ Mariano R. La Rosa, Exención de prisión preventiva y encarcelación. Buenos Aires. Editorial Astrea. Año 2006. Pág. 258.

Para el autor CLAUS ROXIN “La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena”⁷².

“... en Ecuador los ejes centrales de la prisión preventiva, esto es su naturaleza cautelar y su carácter excepcional, son conceptos que están en construcción [...] ya hay una fuerte corriente para reformar de forma integral el Código de Procedimiento Penal y a pesar de que hay fuerzas que pretenden no plasmar en la real dimensión del marco constitucional, todavía el proceso penal no desencanta...”⁷³.

En el Estado constitucional de derechos, la excepcionalidad de la prisión preventiva es fundamental, porque la privación de la libertad es de último ratio; ya que, permite al juez de garantías penales escoger otras medidas cautelares personales establecidas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal.

“Son características de la prisión preventiva:

- a) **Facultativa.**- es decir que solo será ordenada por autoridad competente, que es el Juez que conoce la causa.
- b) **Motivada.**- según el Art. 76 nrl. 7 ltl. I) de la Constitución toda resolución deberá ser motivada; no habrá motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no

⁷² Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Maipú Buenos Aires, Editores del Puerto, año 2000, pág. 257.

⁷³ Diego Zalamea León. Reporte del Estado de la prisión preventiva en el Ecuador, en Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina Evaluación y Perspectivas, Directores de la investigación y Editores Cristián Riego y Mauricio Duce, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Santiago de Chile, Abril 2009, pág. 291.

se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción no se podrá empeorar la situación del recurrente.

c) Revocable.- la orden de prisión preventiva solo podrá ser revocada por el mismo juez que la dictó. Esta orden es revocable en los siguientes casos:

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;
2. Cuando el procesado o acusado hubiera sido sobreseído o absuelto;
3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y,
4. Cuando su duración excede los plazos previstos por la ley.

d) Tiene tiempo de duración.- la duración de esta medida cautelar está prescrita en el Art. 77 numeral 9 de la Constitución y en el Art. 169 de Código de Procedimiento Penal, en los cuales se estatuye que la prisión preventiva no podrá exceder de 6 meses en las causas por los delitos sancionados con prisión, ni de un año en los delitos sancionados con reclusión. Si se excediere esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa. Por lo cual cumplidos estos plazos, se ordenará de forma inmediata la libertad.

e) Su duración es imputada a la pena.- una vez que terminó el proceso, probado el delito y la responsabilidad del imputado se dictará sentencia de acuerdo a las normas legales pertinentes, debiendo descontarse el tiempo de la pena desde la fecha en que se encuentre detenido con orden de prisión preventiva⁷⁴.

Si bien el objeto de la prisión preventiva es garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o el cumplimiento de la pena, es una especie

⁷⁴ GARCÍA FALCONI, José; La Prisión Preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas Cautelares; Primera Edición; Quito, pág. 103.

de condena anticipada a decir de Zavala Baquerizo, esta no puede ser por periodos de tiempo tan largos como son seis meses en caso de delitos sancionados con prisión y de un año para delitos sancionados con reclusión, por cuanto la Constitución y el Estado del Ecuador son garantistas de la libertad individual y se debería exigir a los Jueces, ministros de las cortes y miembros de los tribunales penales que actúen con agilidad, celeridad y eficacia, que son los principios constitucionales motivadores del actual Código de Procedimiento penal.

4.2 PRINCIPIOS QUE REGULAN LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Cuando hablamos de dictar la medida cautelar de prisión preventiva, la jueza o juez de garantías penales, debe aplicar la proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena, "... De allí que se afirme la necesidad de que el encarcelamiento preventivo sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad, y esa proporcionalidad se refiere tanto a la calidad cuanto a la cantidad de pena, en caso de ser ella divisible. Se debe, por ello admitir que, en un Estado de derecho superado este límite de sacrificios de los derechos individuales, el Estado acepta el perjuicio eventual que de esta limitación podía sobrevenir para la realización regular y efectiva de la persecución penal efecto que, por lo demás, es propia de toda limitación a su poder penal por intermedio de las garantías del individuo"⁷⁵.

Pero qué pasa cuando la libertad de las personas está en manos de profesionales sin especialización, lo que ha llevado a cometer errores, por lo que es necesario jueces especializados, jueces verdaderamente garantistas, ya que está en juego la libertad de una persona y esta afecta al núcleo familiar, trabajo e intimidad familiar. "La prisión provisional es un acto cautelar por el cual se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado al efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena"⁷⁶. No es propiamente una medida de neutralización provisional, sino cautelar, limitada, sobre todo excepcional.

⁷⁵ Julio B.J. Mair. "Derecho Procesal". Tomo I Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., Segunda Edición, 3ra. Reimpresión, año 2004. Pág. 528.

⁷⁶ Miguel Fenech, Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Derecho Procesal Penal, Barcelona, Editorial Labor S.A., Vol. II, Tercera Edición, año 1985, pág. 824.

La prisión preventiva también conocida como prisión provisional, se encuentra regulada en el Art. 167 de la Ley Procesal Penal.

- a. Principio de necesidad.-** este principio es probablemente el más importante y se deriva del concepto mismo de estado de excepción. Se lo conoce también como de estricta necesidad y establece que solamente se puede recurrir a las medidas de excepción cuando sea rigurosamente necesaria. Implica que los estados de excepción solo pueden ser establecidos cuando los medios ordinarios que posee un Estado resulten insuficientes para afrontar una situación de amenaza o peligro. La “necesidad” a la que se refiere este principio debe ser estimada de manera sumamente objetiva, responder a un objeto legítimo y guardar relación con dicho objetivo. El principio de necesidad impide que los estados ejerzan facultades extraordinarias en situación de crisis ficticias o crisis menos graves, superables por las causas normales, en las cuales no se justifica la aplicación de la medida excepcional.
- b. Principio de excepcionalidad.-** establece que se requiere una situación de peligro de tal magnitud y gravedad, que las medidas legales para tiempos de normalidad resultaren insuficientes para superarla; por lo tanto, no se puede hablar de cualquier tipo de amenaza o peligro, sino que esta debe de ser grave, presente o inminente, real y objetiva. Al señalar la Constitución de la Republica que la privación de la libertad, NO será la regla general, significando que solo se aplicará por excepción. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Ecuador, sostienen que “La prisión preventiva no debe ser la regla general”⁷⁷. Así también, la regla Sexta N° 1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la

⁷⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 9 numeral 3, Registro Oficial N° 101, 24/01/1969.

Libertad (Reglas de Tokio) destaca que “...en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso”.

Se dicta sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general y además en casos verdaderamente graves siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue con el proceso penal; así también lo dispone diversas normas internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en el Art. 9 inciso 3, que “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala “... la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencias.”.

De lo que se colige la prisión preventiva, es una medida excepcional. No olvidemos que las normas jurídicas que restringen la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente quedando prohibida la interpretación extensiva y la aplicación analógica; por lo que, la restricción de la libertad tiene carácter excepcional, de modo que su interpretación debe ser aplicada taxativamente.

4.3 EFECTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Los efectos devastadores de la prisión preventiva evidencia el estigma y la des-socialización que sufre una persona privada de su bien más preciado “la libertad”; pero ello poco o nada ha contribuido a que se logre una mayor eficacia en la administración de justicia. Toda medida que implique pérdida o restricción de la libertad para quien se reputa inocente, se debería considerar improcedente por contradecir el principio de presunción de inocencia; para muchos este tipo de medida cautelar personal en la práctica es una pena anticipada o la amortización de una pena incierta; ya que, se ignora si se logrará establecer la culpabilidad del encausado y por lo tanto, si será mediante sentencia condenado.

La detención, que constituye la manera de formalizar y consolidar la situación de captura, trae consigo evidentes efectos aflictivos para los procesados, conspirando contra el principio universal de presunción de inocencia. Las condiciones actuales del encierro conducen a la deshumanización y pérdida progresiva de la sociabilidad del individuo, pudiendo estas consecuencias constituir un obstáculo para que una persona privada de su libertad provisionalmente pueda cumplir, como es deseable los compromisos que derivan de la medida cautelar, dadas las condiciones de marginalidad y aislamiento bajo las cuales se ha sometido a una persona.

Si consideraríamos algún valor a lo expuesto, reconoceríamos que la aplicación de ésta medida aplicada de forma abusiva y no excepcional, y, si nos convenceríamos de que los privados de la libertad por encima de cualquier razón son sujetos de derechos, garantías naturales y legales, duele mucho

mencionar la realidad que vive una persona cuando es sometida al proceso penal y privada de su libertad, no va a la prisión sino al infierno.

El primer efecto que se deriva de la aplicación de la prisión preventiva radica en que un ser humano, es detenido y privado de su libertad, claro después de una solicitud del fiscal debidamente motivada al igual que el dictamen del juez al concederla; cumpliendo todos los requisitos constitucionales y legales. Actualmente con la Constitución para dictar una privación de la libertad, se debe tomar en cuenta principios y requisitos constitucionales así como legales los cuales ya hemos señalado en el transcurso del desarrollo de la presente investigación; caso contrario se produce un efecto gravísimo el de la responsabilidad objetiva del Estado por inadecuada administración de justicia, a título imputable de detención arbitraria; y, la responsabilidad subjetiva de los jueces, fiscales y defensores públicos.

“En muchos países los reclusos en régimen de prisión preventiva sufren las peores condiciones de reclusión en sus sistemas penitenciarios nacionales. Los locales de reclusión a menudo están hacinados, son anticuados, no reúnen las condiciones sanitarias ni se respeta a la habitación humana. A los reclusos se les retiene durante meses e incluso años mientras el sistema judicial investiga y tramita sus casos. A menudo no hay funcionario o autoridad judicial responsable de que se protejan los derechos de los reclusos y de que se tramite rápidamente su caso. Por lo general padecen graves trastornos emotivos como resultado de su reciente separación de su familia, sus amigos, su empleo y su comunidad. La prisión preventiva es sumamente estresante para las personas que no están seguras de su futuro, mientras esperan su juicio”⁷⁸. Sobre los efectos psíquicos y sociales de la prisión preventiva afirma

⁷⁸ Jara Ramos, Maritsa. Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/rev/op 2c.html>

Bergalli, “El ingreso de un individuo a una institución penitenciaria se traduce en la deposición forzada de su propia determinación; en adelante serán otras personas las que dispondrán de cada minuto de su vida. Los internos comienzan por sufrir un aislamiento psíquico y social de las personas de su relación, luego pierden la posibilidad de ejercer cualquier rol social”⁷⁹.

“La custodia preventiva desmoraliza a los inocentes que por desgracia son víctimas de ella, y desmoraliza por naturaleza propia, y más todavía, por la forma como es preciso efectuarla.”⁸⁰.

En el mismo sentido se expresa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al mencionar “La situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa, ya que existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse su culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren graves tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia. Dentro de este contexto será posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para evitar cualquier abuso.”⁸¹.

La gran interrogante también se produce en el momento en el que no se dicte condena y se absuelva al acusado, por lo que nos inquieta ¿logrará el privado

⁷⁹ Rivera Beiras, Iñaki. Cárcel y Derechos Humanos. José María Bosh Editor. S.A. Barcelona, 1991, pág. 27.

⁸⁰ Carrara, Francesco, Opúsculos del Derecho Criminal. Vol. IV, Editorial Temis, Bogotá, 2010, pág. 227.

⁸¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
<http://www.lumn.edu/humarts/cases/1997/sargentina2-97.html>

de su libertad recuperar a su familia desintegrada?, ¿recuperará su dignidad?, ¿logrará reintegrarse a su trabajo?, ¿conseguirá volver a ser mirado sin desconfianza?... La respuesta no puede ser otra a que aquél ciudadano ha perdido esos espacios, aunque el Estado pague indemnizaciones con derecho de repetición y aunque se empeñe en proporcionar fuentes de trabajo; pero la realidad está lejos de cumplirse.

“El preso al salir de la prisión cree no ser ya un preso; pero la gente no. Para la gente él es siempre un preso, un encarcelado; a lo más se dice excarcelado. La sociedad clava a cada uno su pasado...”⁸².

⁸² Carnelutti, Francesco, *Las Miserias del Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959, pág. 127.

4.4 PLAZO RAZONABLE, DURACIÓN Y CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

“...Para mantener su condición puramente cautelar el encierro procesal solo puede durar un tiempo limitado: el imprescindible para tramitar y concluir el proceso en el que se lo ha dispuesto bajo el único argumento y con el único propósito de proteger aquel peligro. Más allá deberá cesar, aun cuando la sentencia que procura cautelar no se haya dictado en ese lapso...”⁸³. Luego se pronuncia “O sea que tanto la imposición procesalmente innecesaria del encarcelamiento, como su prolongación más allá de lo razonable, lo desnaturalizarán transformándolo en una ilegal pena anticipada, contraria al principio de inocencia”⁸⁴.

El plazo razonable, es una garantía del privado de la libertad para no permanecer por largo tiempo en un centro carcelario, “...Además, la situación de privación de la libertad del imputado, no solo exige que su caso se atienda con prioridad, sino que no podrá exceder un término razonable para llegar a pronunciar una sentencia a salvo de los riesgos que pueden obstaculizar su dictado o falsear su base probatoria (riesgos que dieron base a su imposición) para así evitar que por su excesiva duración se convierta en una pena anticipada afectando gravemente el derecho de defensa del acusado y el principio de inocencia establecido a su favor. Es el derecho a ser juzgado en un

⁸³ José I. Cafferata Nores, *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2008, Segunda Edición, pág. 90.

⁸⁴ José I. Cafferata Nores, *Op. Cit.* Pág. 90. Sustenta en el informe No. 12/96, caso 11.245 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

tiempo razonable o a ser puesto en libertad...”⁸⁵. Sobre el tema el autor Daniel Pastor, expresa: “El plazo máximo absoluto tolerable para la duración de la prisión preventiva impone también ese tiempo como máximo posible para la realización del proceso penal en su totalidad. Esto podría estar indicando el hallazgo del plazo razonable para la duración del proceso en el lapso máximo previsto para la prisión preventiva.”⁸⁶.

En consecuencia, la prisión preventiva no puede alejarse de los plazos estrictamente señalados para su vigencia, consagrados en el Art. 77 numeral 9 inciso primero de la Constitución “Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.”, ratificado por el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, que señala “La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión”. Importante resulta que de haberse producido la caducidad de los plazos para la vigencia de la prisión preventiva, quedarán sin efecto, bajo responsabilidad del juez de garantías penales que conoce la causa, quienes remitirán el expediente de cada caso al Consejo de la Judicatura. El vencimiento del plazo de la prisión preventiva, también es motivo de revocatoria o suspensión conforme lo dispuesto en el Art. 170 numeral 4 de la Ley Adjetiva Penal. El Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se refieren al derecho de toda persona a ser oído, por un tribunal independiente e

⁸⁵ José I. Cafferata Nores. Op. Cit., pág. 224. Se pronuncia tomando en cuenta la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸⁶ Daniel R. Pastor. El Plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho. Argentina. Honrad-Adenauer Stiftung Ad-oc., año 2002, pág. 445.

imparcial, destacando que el Pacto de San José de Costa Rica, se refiere a un plazo razonable. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tomando los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, determina, “Se puede invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) La complejidad del asunto; b) La actividad procesal del interesado; c) La conducta de las autoridades judiciales”⁸⁷, en cuanto a la complejidad del asunto, ha sido motivo para que no se cumpla el principio de celeridad procesal provocando que los juicios se dilaten; por lo que, se estableció en el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, los plazos de la prisión preventiva lo que significa que en dichos plazos deben estar concluidos los procesos. Respecto a la actividad procesal del interesado en nuestro país corresponde a la Fiscalía General del Estado por medio de su representante la investigación del hecho, quien debe cumplir los plazos establecidos en la Constitución y en la Ley. Y por último respecto a la conducta de la autoridad judicial, les corresponde a los jueces de garantías penales aplicar la Constitución de la República, especialmente el principio de celeridad, en consecuencia, el plazo razonable tanto para la prisión preventiva, cuanto para los procesos; y el efecto del incumplimiento es la libertad y la sanción a los jueces.

Para que opere la caducidad de la prisión preventiva, se contará a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. Además el Art. 169

⁸⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Doctrina Jurisprudencial 1980-2005. En Omar Huertas Díaz, Víctor Manuel Cáceres Tovar, Natalia María Chacón Trina, Waldina Gómez Carmona (Compiladores) Bogotá, D.C-Colombia, Editorial Ibáñez., año 2005, pág. 112.

inciso 4, de la Ley Adjetiva Penal sostiene que “Cuando se excedieren los plazos dispuestos por las normas constitucionales y el Código de Procedimiento Penal y se produjere la caducidad de la prisión preventiva, concediéndose como consecuencia de ello la libertad de quien se halle efectivamente privado de ella, el Juez o Tribunal competente, remitirá obligatoriamente e inmediatamente el expediente completo de cada caso al Consejo Nacional de la Judicatura, órgano que llevará un registro individualizado de estos hechos.”⁸⁸.

Con relación a la caducidad de la prisión preventiva, debo afirmar que dicha caducidad no es una garantía constitucional a favor de los “delincuentes” y en apoyo de su impunidad, sino todo lo contrario, es una garantía que tiende a sancionar al juez negligente que irrespeta el debido proceso y al Estado ecuatoriano moroso que permite dicha caducidad, sin considerar que la libertad personal es uno de los derechos iniciales que tiene el ser humano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁹, dice que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y medios que aún calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser entre otras cosas irrazonables o faltos de proporcionalidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala, que un juicio penal no puede durar más de dos años, esto es, el proceso debe durar un plazo razonable.

Es menester señalar que, la situación de excederse en la duración máxima de la prisión preventiva es común denominador en el Ecuador, que ha irrespetado arbitrariamente declaraciones constitucionales, internacionales y legales; el

⁸⁸ Código de Procedimiento Penal, ecuatoriano, artículo 169 inciso 4.

⁸⁹ Fundación ESQUEL-USAID, Manual de Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito jurídico Ecuatoriano. Impresos Anabel, Guayaquil, Ecuador, 2002.

derecho internacional a través de varios instrumentos, que son parte del ordenamiento jurídico del país, mismos que se han aprobado y ratificado en debida forma con exigencias diferentes, así tenemos que la limitación temporal del encarcelamiento procesal, lo encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Art. 7 numeral 5, que expresamente dice: “5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que está vigente en el país, señala en el Art. 9 numeral 3 “Toda persona tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio”⁹⁰.

De lo expuesto se colige, que todo proceso debe culminar en un plazo razonable, dentro del cual ha de practicarse los actos procesales necesarios. Es evidente que en nuestro país no se cumple, pues los procesos son sumamente largos y lentos, aun cuando se han introducido normas para agilizarlos. Es importante señalar que a través del referéndum y consulta popular del 2011 se incorpora un inciso al artículo 77 numeral 9 de la Norma Suprema que dice: “La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta

⁹⁰ Registro Oficial No. 101 del 24 de enero de 1969.

por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.”⁹¹ Quedando claro que las dilaciones indebidas que provengan de cualquiera de los sujetos que participan en un proceso penal, tanto los sujetos procesales principales como los secundarios, que abusan del derecho serán sancionados de acuerdo a ley. Por su parte el retardo injustificado en la administración de justicia faculta para que el perjudicado acuda con su reclamo en la legislación interna o en su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede Washington, y luego a la Corte de Justicia Interamericana, con sede en San José de Costa Rica.

De este modo, todo ciudadano que es sometido a un proceso penal y que se haya dictado en él la medida cautelar personal de prisión preventiva, con la disposición del Art. 77 numeral 9 inciso primero de la Carta Magna, que establece la caducidad de la prisión preventiva, está amparado por una serie de derechos de naturaleza constitucional de aplicación obligatoria, aunque no sean invocados; de tal modo que, si la prisión preventiva dictada en una persona procesada en una causa penal haya durado más de seis meses o de un año según el delito que se investiga, y no tenga sentencia penal puede y debe solicitar su inmediata libertad, acogiéndose al numeral del artículo citado. Recordemos que la caducidad de la prisión preventiva, es un derecho fundamental que asiste a todo ciudadano que se encuentre privado de su libertad por orden del juez de garantías penales, con la medida cautelar de prisión preventiva, o sea a que no permanezcan en prisión preventiva más allá de un tiempo razonable, que guarda estrecha relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a una tutela efectiva, conforme lo dispone el Art. 75 de la Constitución de la República.

⁹¹ Registro Oficial N° 490-S, publicado el 13 de julio del 2011. Referéndum y Consulta Popular, efectuado el 13 de mayo del 2011.

Finalmente creo importante señalar lo que al respecto dice la Comisión Andina de Juristas “Cuando una persona es privada de la libertad bajo los supuestos y las formas previstas en el ordenamiento jurídico, tiene derecho a que esta situación no se prolongue injustificadamente. Esto significa que una privación de libertad puede devenir en arbitraria si excede el tiempo previsto para su duración en la Constitución y la Ley”⁹².

⁹² Comisión Andina de Juristas, Libertad Personal. Lima, 2000, pág. 376

4.5 FINES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Es importante empezar recalcando que la prisión preventiva ha congestionado aún más los establecimientos carcelarios del país; pero también la prisión preventiva asegura la comparecencia del procesado al juicio y se evita que él pueda esconder evidencias y se sustraiga al castigo, debiendo expresar que la prisión preventiva aunque dictada legalmente o legítimamente durante un proceso penal, puede llegar a constituir un adelanto de pena que no puede operar contra el procesado, lo cual se encuentra expresamente prohibido por tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Los fines de la prisión preventiva se refieren a los señalados en la Constitución vigente, regulados por el Art. 167 de la Ley Adjetiva Penal; es así que, se justifica la prisión preventiva para garantizar la comparecencia del procesado al juicio o para asegurar el cumplimiento de la pena.

“Art. 167.- Prisión Preventiva.- Cuando la jueza o juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:...”.

Por lo tanto, los fines están determinados en esta norma y es necesario analizarlos como tales:

- a) PARA GARANTIZAR LA COMPARECENCIA DEL PROCESADO O ACUSADO AL PROCESO.-** en los delitos graves, es necesario aplicar la

prisión preventiva, y de esta manera evitar la fuga del procesado o acusado, vuelva a delinquir, obstruya la investigación, persiga a la víctima. En los delitos no graves o menos graves que son sancionados con prisión de hasta cinco años, tiene vigencia la excepcionalidad de la prisión preventiva, destacando su no aplicación a los reincidentes. “El peligro de fuga, de hecho, está provocando predominantemente, más que por el temor de la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena el máximo interés en no escapar y defenderse...”⁹³, hay que ligar al procesado hasta la sentencia, de lo contrario la justicia queda burlada. El juez de garantías penales que ordena la prisión preventiva aplicará la excepcionalidad y la proporcionalidad entre el delito cometido y la realidad del privado de la libertad, en casos concretos; sin dejar de observar los derechos de las víctimas que se encuentran consagrados constitucionalmente en el Art. 78.

- b) PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA.- parecería una pena anticipada sería en medida que exceda los plazos establecidos en el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal, si los plazos vencieran y se mantendría vigente la prisión preventiva, se vulneraría el principio de presunción de inocencia. En los casos graves como el de asesinato, violación, peculado, etc., se debe dictar la prisión preventiva siempre y cuando existan los elementos suficientes que determinen que el acusado es el verdadero culpable y la sentencia esperada sea condenatoria; ahí sería efectiva la prisión preventiva para asegurar el cumplimiento de la pena.

⁹³ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid España, Editorial Tratta, Sexta Edición, 2004 pág. 558.

Insisto que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, es la más grave de su tipo y deberá ser aplicada excepcionalmente, pues ella tiene dos objetos fundamentales que son:

- a) Un objeto sustantivo de carácter punitivo extraprocesal, en el que sus medidas no tienen naturaleza punitiva; y,
- b) En cuanto garantice el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley penal para resolver el caso concreto, al imponer la pena al culpable y conceder el derecho de la víctima o el de sus familiares a la indemnización y reparación respectiva.

Francesco Carnelutti, deploró en las Miserias del Proceso: “desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes... la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura...”⁹⁴.

De todos los males que se hacen sufrir al inculpado, ninguno tan grave y tan injusto como la pérdida de la libertad. Grave, porque, por decirlo con palabras de Miguel de Cervantes, “el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”⁹⁵, injusto porque se pone a una persona de la que aún no se sabe si es culpable o inocente del delito que se le acusa tras las rejas, ya que, el juzgador todavía no dicta sentencia; esto es, porque es una pena sin condena. “La prisión preventiva es inaceptable cuando existen medios menos gravosos para asegurar la presencia del inculpado cuantas veces sea requerido para ello.”⁹⁶.

⁹⁴ Francesco Carnelutti, Las Miserias del Proceso.

⁹⁵ Miguel de Cervantes.

⁹⁶ PREVENTIVOS. Régimen legal. <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/preventivos.html>

CAPÍTULO V

5. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

5.1 LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA PENAL.

Esta garantía normativa de Motivación, fue incorporada en la Constitución del 1998, y ampliada por la Constitución de Montecristi del 2008 en su alcance y consecuencias, encadena no solamente a los jueces sino a todo el poder público que emita alguna resolución, el cual ya no puede, so pena de nulidad de la resolución, dejar de indicar las normas que aplica en cada caso, y como estas se relacionan lógicamente con los antecedentes de hecho que son puestos a conocimiento de alguna autoridad, lo que implica que el convencimiento o razonamiento ya no debe únicamente quedar en el fuero interno del decisor, sino explicitarse y explicarse al destinatario y a toda la sociedad. La importancia de la motivación se ve reforzada en un Estado que se quiere llamar a sí mismo como Constitucional de derechos y justicia, social y democrático; por ello la motivación, en cuanto expresión de las razones del juez o funcionario, facilita este necesario control.

Como ya lo mencionamos con anterioridad en un capítulo que antecede en el que consideramos a la motivación como justificación, exposición de las razones que el órgano judicial o de poder público ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, y constituye así una exigencia del Estado de Derecho. La motivación como explicación del proceso lógico, como instrumento que sirve de enlace para demostrar que unos hechos inicialmente presuntos han sido

realmente realizados y que conlleva la solución del caso y también como garantía del justiciable de que la decisión tomada no lo ha sido de manera arbitraria.

El actual modelo hace que prevalezcan los derechos y cuando hablamos de derechos hacemos referencia a los derechos fundamentales; es decir, aquellos que están adscritos universalmente a las personas, y que son, por tanto indispensables e inalienables.

Es preciso ser repetitiva al momento de recordar que la Constitución de la República en el Título II, Capítulo Octavo, referente a los derechos de protección, en el Art. 76 que contiene las garantías del debido proceso, en su numeral 7 literal I), trata acerca del deber de motivar las resoluciones emitidas por los poderes públicos y de no hacerlo se consideraran nulos. Acogiendo esta garantía normativa, el Código Orgánico de la Función Judicial la desarrolla en el Art. 130, que dice:

“Art. 130.- Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:... 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.”

Es así que, tanto la Constitución como el Código Orgánico de la Función Judicial son claros en determinar que la **NO MOTIVACIÓN** de las resoluciones o actos administrativos, pueden conllevar la nulidad de lo actuado, sin perjuicio que, el funcionario responsable será sancionado. Es así que, la motivación de las decisiones tiende a verse como el fundamento mismo de la legitimidad de la actividad jurisdiccional.

Si entendemos a la motivación como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, esta adquiere, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos; y que al consagrar esos derechos a nivel jurídico supremo, como lo es la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos; así, la motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica, de tutela de los derechos fundamentales.

Dentro del modelo garantista, la motivación de las resoluciones judiciales ocupa el primer lugar; ya que se entenderá por motivación de las resoluciones judiciales, al conjunto de razonamientos de hecho y de derecho realizados por el juez garantista, sobre los cuales apoya su decisión; consiste en fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, lo cual no equivale a la mera explicación o expresión de las causas de la resolución judicial, sino a su justificación debidamente razonada, poniendo de manifiesto las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la resolución. En nuestro país de acuerdo a la Constitución de la República, nos dirige hacia un sistema penal mínimo, en el cual debe prevalecer la razón sobre la fuerza, el saber sobre el poder; un sistema penal mínimo requiere que éste sea racional y cierto en la medida que sus intervenciones son previsibles, y son previsibles cuando son motivadas.

5.2 EL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

La motivación de las resoluciones judiciales dispone un mecanismo básico de conformidad con preceptos establecidos en nuestras normas legales, al motivar una resolución judicial encontramos una explicación fundamentada suficientemente aclaratoria como para saber que la solución dada al caso es emanación de la interpretación del ordenamiento y no el resultado de la arbitrariedad.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales es un derecho que tiene todo ciudadano para conocer las razones de una determinada decisión, en respeto del debido proceso y la necesidad de precautelar el control de la actividad jurisdiccional. Cabe destacar que, la motivación de las resoluciones judiciales no debe ser considerada como una mera declaración de conocimientos y menos una manifestación de voluntad; sino que debe de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema del litigio, para el interesado, el destinatario, la ciudadanía y para los órganos judiciales superiores; para que puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones, convirtiéndose como ya lo hemos destacado en una garantía esencial de los justiciables. Ahora bien, la exigencia o el deber de motivación no instaura una simple formalidad, sino la esencia misma de las resoluciones judiciales.

Lo que esta garantía busca es que el decisor al expedir una resolución realice un análisis exhaustivo sobre el caso concreto que va a resolver, que esté razonada de acuerdo a derecho, así como que se resuelva conforme lo analizado, actuado y probado; siendo esta de fácil entendimiento.

En conclusión el deber de motivación no implica que ésta deba satisfacer al justiciable; pues la decisión puede ser favorable o no para él, sino que la decisión debe de justificarse mediante el razonamiento y valoración de los hechos, las pruebas y la norma jurídica aplicable al caso concreto; es así, que de producirse una adecuada motivación con una argumentación suficiente y coherente, tendremos soluciones justas y de calidad.

5.3 ANÁLISIS DE SOLICITUDES DE PRISIÓN PREVENTIVA EMITIDAS POR FISCALES Y ÓRDENES DICTADAS POR JUECES.

La muestra fue recogida en la provincia Bolívar, donde existen 6 juzgados de garantías penales distribuidos de la siguiente manera en Guaranda juzgados 1ro y 2do de garantías penales, San Miguel juzgado 3ro de garantías penales, Echeandía juzgado 4to de garantías penales, Chillanes juzgado 5to de garantías penales, Caluma juzgado 6to de garantías penales; hemos revisado juicios por diferentes tipos de delitos de acción pública, a fin de establecer si dentro de la muestra analizada los fiscales y los jueces de garantías penales procedieron dando cumplimiento a los requisitos constitucionales y legales, ya analizados anteriormente .

Es necesario para poder continuar, precisar en forma clara y ordenada los requisitos constitucionales y legales que sirven para sustentar la solicitud y orden de prisión preventiva.

Requisitos Constitucionales, Hay que considerar que la prisión preventiva es de aplicación de último ratio, dando lugar en un principio la consideración o procedencia de la aplicación de medidas menos graves o sea la utilización de medidas alternativas, entre los principales requisitos constitucionales tenemos:

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

- 5.- Obligación de informarle su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de un abogado o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo;
- 6.- Derecho a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que él indique.
- 7.- Si la persona detenida fuere extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular del país de origen del detenido.
- 8.- Derecho a no ser incomunicado ni un solo segundo;
- 9.- Amplio derecho a la defensa;
- 10.- Derecho a no declarar en contra de sí mismo sobre asuntos que le pueden ocasionar responsabilidad penal, ni contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
- 11.- La Motivación con arreglo a las pautas lógicas y de manera congruente.

Requisitos Legales, la jueza o juez de garantías penales puede ordenar la prisión preventiva siempre que intervengan los siguientes requisitos legales:

- 1.- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública (fundamentación clara y precisa);
- 2.- Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito;
- 3.- Que se trate de un delito sancionado con pena superior a un año;
- 4.- Indicios Suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio;

- 5.- Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio (fundamentación clara y precisa);
- 6.- Los datos personales del procesado o, si se ignora, los que sirvan para identificarlo;
- 7.- Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva; y,
- 8.- La cita de las disposiciones legales aplicables.

De tal manera que son varios los requisitos constitucionales y legales, que la jueza o el juez de garantías penales deben tener en cuenta para dictar la orden de prisión preventiva, es decir la obligación de que su resolución contenga los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos de convicción que sustentan la adopción de la medida, así como la fundamentación sólida de los indicios graves de responsabilidad.

Pero de la comparación de los requisitos expresados con las solicitudes y órdenes de prisión preventiva analizados, de fiscales y jueces respectivamente, se desprende que no se cumple con las exigencias establecidas en líneas anteriores, en virtud de que las peticiones y órdenes analizadas no poseen la conjetura razonada, motivada de los indicios suficientes sobre la existencia del delito, así como el estudio jurídico de dichos indicios claros y precisos que enlacen directamente al procesado como el autor cómplice o encubridor del hecho denunciado; al parecer lo único que si se acuerdan nuestros operadores de justicia al solicitar como al conceder ésta medida cautelar es la clasificación del delito según la pena; sobre la indicación de indicios suficientes, se ciñen a enunciar la expresión "... Por existir indicios suficientes...". Pero donde queda el mandato constitucional sobre el derecho que tiene el detenido a saber con exactitud las circunstancias y hechos por las cuales está siendo detenido, esto

queda solo como letra muerta pues no se cumple, ni el fiscal, ni el juez “garantista”, en sus solicitudes y órdenes indican cuales son esos hechos que constituyen indicios suficientes, por tal sería inconstitucional e ilegal, produciendo la nulidad de tal petición u orden. Se empeora aún más cuando ni siquiera se refiere, ni se explica peor aún se motiva sobre la procedencia o no de una medida cautelar personal menos rigurosa (medidas alternativas). En consecuencia no se hace una fundamentación clara y precisa de los elementos esenciales; ni constitucionales, ni legales para pedir y emitir la medida cautelar personal de prisión preventiva. Por ello es que la mayoría de los casos se fundamentan en indicios tan endeble que posteriormente terminan siendo insuficientes para sostener la orden concedida y consecuencia de esto es que, a la larga termina en una sentencia absolutoria, y todo ello porque no se realizó una investigación que haya agotado todos los recursos necesarios para llegar al convencimiento, porque tanto la Constitución como la Ley, consideran a todas las personas como inocentes.

Es necesario hablar respecto a la motivación realizada por parte del fiscal en la solicitud, así como en la orden de prisión preventiva concedida por el juez de garantías penales, detectando que se hace caso omiso a ésta obligación constitucional que tienen todos quienes son operadores de justicia; incluso lamentablemente se ha llegado a la utilización de formatos como que todos los delitos fuesen iguales, así como los indicios, demostrando sin duda alguna una falta de interés en la investigación; la ley debe de ser adaptada a cada hecho concreto.

A continuación y para una mejor apreciación de la barbaridad que se comete transcribiré los formatos utilizados tanto por fiscales como por jueces al momento de solicitar como al momento de ordenar la prisión preventiva:

**FORMATO DEL FISCAL, AL SOLICITAR LA MEDIDA CAUTELAR
PERSONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA.**

- 1) “...Por encontrarse reunidos los requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, solicito la prisión preventiva en contra del procesado...*****...”.
- 2) “Toda vez que se encuentran reunidos los requisitos y exigencias contempladas en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, solicito se sirva disponer y ordenar la medida cautelar de prisión preventiva en contra del procesado...*****...”

**FORMATO DEL JUEZ, AL ORDENAR LA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL
DE PRISIÓN PREVENTIVA.**

- 1) “...Acogiendo el pedido del señor Fiscal y por considerar fundamentado y apegado a la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, se dispone la prisión preventiva de ...*****..., para lo cual gírese las respectivas boletas constitucionales de encarcelamiento...”
- 2) “...Por considerar que se encuentran reunidos los requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en el artículo 68 ibídem SE ORDENA LA PRISIÓN PREVENTIVA DEL IMPUTADO...*****...”

FORMATO DE LA BOLETA DE PRISIÓN PREVENTIVA.

- 1) “ Dentro del juicio penal N° ...**** ..., de ...**** ... seguido por ...***** ... en contra de ...***** ..., el suscrito juez ...***** ..., dicta lo siguiente...”
en razón de encontrarse reunidos los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, se ordena la prisión preventiva debiendo girarse la correspondiente boleta ante el señor Jefe de la Policía Judicial

de Bolívar y ante otra autoridad policial a nivel nacional, detenido que sea se le trasladará al Centro de Rehabilitación Social de esta ciudad a órdenes de este Juzgado y Fiscalía...”

Estos son los formatos que utilizan nuestros operadores de justicia, que nos permiten observar a simple vista que no cumplen con la obligación constitucional de motivación. Ahora, esto nos lleva a que se genere problemas tipo social, institucional y jurídico; ya que, se somete a personas no sentenciadas a un sistema de rehabilitación que carece de necesidades básicas para retener a una persona que debe ser considerada como inocente; socialmente genera un daño irreparable en quien permaneció o permanece privado de la libertad, desencadenando una inseguridad en el sistema de administración de justicia por la poca y simulada investigación. Para dictar la orden de prisión preventiva, es ineludible el completo cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, lo cual debe ser observado tanto por el Fiscal al solicitar la prisión preventiva como por el Juez de Garantías Penales al dictarla.

5.4 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El Art. 11 numeral 9 inciso 4°, de la Constitución establece: “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”⁹⁷. En lo que nos concierne debido a la investigación me refiero a la prisión preventiva, es importante la evolución en cuanto a la reparación del injustamente privado de su libertad y sentenciado, especialmente que el Estado tome a su cargo la situación para proporcionarle un trabajo que le genere ingresos económicos, se reconozca una indemnización correspondiente desde el momento en que fue privado de su libertad mediante la prisión preventiva. De alguna manera el detenido injustamente podrá reinsertarse en la sociedad, pero a lo mejor su núcleo familiar está desintegrado sin poderlo recuperar. La responsabilidad del Estado, se origina en las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las obligaciones adquiridas mediante la suscripción de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos; y si por el ejercicio del poder del Estado se vulneran los derechos de las personas, el Estado tiene la obligación de reparar los daños a quienes se han ocasionado.

La reparación del daño consiste en la obligación jurídica que tiene un sujeto de Derecho de resarcir los perjuicios que ha soportado otro individuo capaz o incapaz. Reparar un daño cometido, debe ser una acción básica para garantizar una convivencia justa, más aun si el daño proviene del Estado, entidad que debe garantizar los derechos de toda la ciudadanía. La reparación del daño en nuestro país como ya lo mencionamos se limita a la indemnización

⁹⁷ Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 11 numeral 9 inciso 4°.

pecuniaria por daños y perjuicios. Son varios los casos de errores judiciales, que cometen las autoridades, sea por negligencia, por mala fe, por inducción o de acuerdo al mérito de las pruebas que en algunos casos pueden ser falsas o forjadas. En todo caso el Estado garantiza la reparación del daño por error judicial cometido al dictar medidas cautelares, al sobreseer al acusado o procesado o al comprobar que existe error judicial en una sentencia ejecutoriada y pasada por la institución de cosa juzgada.

El error judicial, según Cabanellas es toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un Juez o tribunal incurre al fallar en una causa. “Es el falso concepto que tiene el Juez respecto a la verdad de los hechos que son materia del proceso; y, que se recalca que corresponde no solamente los perjuicios producidos en el inocente sino en los errores o faltas que afecten al culpable y pueden incluir tanto en error de hecho como al de derecho”⁹⁸. Así podemos considerar como error judicial: **1)** La errónea apreciación de los hechos; **2)** El mal encuadramiento de las circunstancias fácticas o de la sucesión de los hechos en el orden jurídico; **3)** La utilización errónea de las normas legales.

La responsabilidad objetiva, es aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes, que hubiesen ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares, en este caso en contra de Fiscales y Jueces de Garantías Penales que solicitan y dictan respectivamente la prisión preventiva, sin cumplir con los requisitos constitucionales y legales. A fin de establecer esta clase de responsabilidad no se requiere probar dolo o culpa del servidor judicial, es suficiente con la demostración de la existencia del daño, y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado y la acción del Estado; esto tiene su razón de ser porque la persona afectada se encuentra en una situación de

⁹⁸ GARCÍA FALCONI, José; Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado, pág. 74.

desventaja frente al poder público; por esto la Constitución ha señalado la responsabilidad extracontractual del Estado por detención arbitraria y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, lo cual se encuentra corroborado con las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, en sus artículos 15; 32; 33; y, 34.

Es evidente que en nuestro entorno jurídico se cometen arbitrariedades y violaciones al marco legal, que demuestran que se cometen errores judiciales que han sobrepasado la lógica, desembocando en aberraciones jurídicas muy graves; esto pone a nuestro país en cuanto a materia judicial, en tela de duda y genera desconfianza ante la mirada de la comunidad nacional e internacional.

La posición del fiscal y del acusador particular, es la de pretender evitar los peligros de obstaculización del proceso, señalando que si no se dictara tal o cual medida cautelar personal, el procesado podría fugarse u ocultarse, impidiendo el normal desarrollo procesal, generando impedimentos al momento de determinar su culpabilidad o inocencia dentro de un juicio. El fiscal busca garantizar la inmediatez del procesado para que éste pueda ser juzgado, asegurando con ello el efectivo cumplimiento de una posible condena, demostrándole al juzgador que si no se le concediera dicha medida, la justicia se vería burlada y la sociedad perdería la confianza en el derecho. Por su parte, el abogado defensor o defensor público deberá demostrar que no existe ningún tipo de peligro de que su defendido incurra en alguna de las situaciones señaladas con anterioridad, solicitándole al Juez de Garantías Penales a cargo que no se le conceda ningún tipo de medida cautelar personal al procesado, o que sea sustituida por una más benigna.

“Hay que crear una cultura de los derechos humanos tanto como una cultura de respeto a la Constitución. Y, cuando existan violaciones, éstas no pueden quedar impunes, deben aplicarse ineludiblemente las sanciones establecidas por el ordenamiento jurídico”⁹⁹.

⁹⁹ Hernán Salgado Pesantes, en Reflexión final, la Historia Constitucional de los Derechos Humanos en el Ecuador y sus antecedentes, Revista Ruptura, 2000, tomo I, Quito-Ecuador, pág. 23.

CAPÍTULO VI

6. FORMALIDADES LEGALES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. (INVESTIGACIÓN DE CAMPO, COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS)

El objeto de la investigación de campo realizada fue analizar si las solicitudes y órdenes de prisión preventiva solicitadas y ordenadas por fiscales y jueces de garantías penales respectivamente, dan cumplimiento a los requerimientos constitucionales y legales citados con anterioridad, con la finalidad de establecer si se vulneran los mismos especialmente el de motivación y el de presunción de inocencia. Para una mejor ilustración a continuación representaremos gráficamente el espacio estudiado acerca de las solicitudes y órdenes de prisión preventiva; gráficas que nos dejarán una mejor apreciación de la realidad de los hechos suscitados dentro de una administración de justicia que nos queda debiendo.

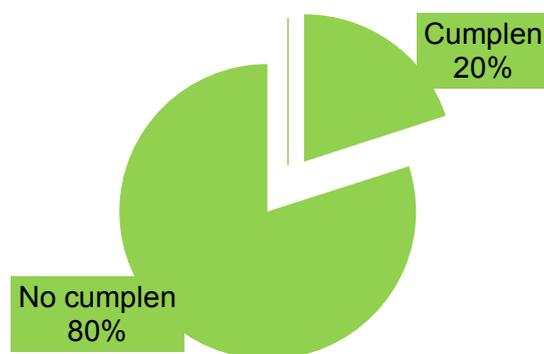
CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO BÁSICO DE MOTIVACIÓN.



Del espacio estudiado que datan de veinte (20) juicios de diferentes clases de delitos, se concluye que solamente en tres (3) juicios estudiados han cumplido o cumplen con el mandato constitucional de motivación; esto representa el quince por ciento (15%) de éste espacio.

**CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES
AL MOMENTO DE SOLICITAR Y ORDENAR LA MEDIDA CAUTELAR
PERSONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA.**

**MUESTRA GRÁFICA N° 2
REQUISITOS**



De los veinte (20) juicios analizados que comprenden nuestro espacio de estudio, nos demuestra que solo en cuatro (4) juicios, se ha dado cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, al momento de solicitar y al momento de ordenar la medida cautelar personal de prisión preventiva; esto representa el veinte por ciento (20%) de nuestro espacio.

De la muestra analizada podemos establecer claramente, que definitivamente los operadores de justicia en su gran mayoría no cumplen con los preceptos constitucionales y legales que hemos establecido en el transcurso de la investigación, en tal virtud se está atentando contra derechos y principios básicos de las personas que se encuentra inmersas en un proceso penal, no por la falta de norma legal; si no, por la convicción y desinterés de quienes están llamados a hacer justicia.

El deber de motivar las decisiones es parte del debido proceso y un mandato constitucional que obliga a dar las razones que llevan a la decisión. La motivación garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los hacedores de justicia, sino que contenga una motivación suficiente que dé a conocer el proceso lógico-jurídico que conduce a una resolución.

La motivación de las resoluciones judiciales debe de ser clara, precisa lógica, completa, legítima, o razonablemente suficiente y sobre todo debe ser expresa. De esa manera será fácil de entenderlas, interpretarlas o apreciarlas. La Constitución de la República como ya lo hemos mencionado en reiteradas ocasiones consagra como garantía básica la motivación de las resoluciones de los poderes públicos convirtiendo así a la motivación como un derecho de los justiciables, ya que constituye una garantía que forma parte del derecho al debido proceso, convirtiéndose en un presupuesto fundamental para el adecuado ejercicio a la tutela jurídica efectiva.

Por ello, es sumamente importante que la labor judicial se alimente de todos los conocimientos necesarios y que asuma la función real de administrar justicia que camine en pro del ser humano, de su dignidad; entonces deberíamos

exhortar a muchos jueces, fiscales, defensores públicos, abogados, estudiantes de derecho y colectividad en general, que exijan resoluciones judiciales debidamente motivadas, a fin de cumplir con un sistema verdadero de seguridad jurídica bajo los parámetros del Estado constitucional de derechos y justicia que vive el Ecuador.

6.1 CONSECUENCIAS DEBIDO A LA FALTA DE MOTIVACIÓN AL MOMENTO DE SOLICITAR Y ORDENAR LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA.

Debido a la falta de motivación la privación de libertad personal cautelar puede adolecer vicios de forma y de fondo, o surgir como consecuencias de una indebida prolongación y de violaciones a las garantías del debido proceso y a los derechos consagrados en la Carta Fundamental; pero que pese a que la regla general, es que nadie puede estar privado de la libertad hasta que se haya dictado sentencia que lo declare responsable del acto denunciado, es de conocimiento general escuchar que se ha dictado órdenes de prisión preventiva contra tal o cual persona, y reclamos constantes acerca de la aplicación de esta medida excepcional referente al abuso de ella y de las injusticias en su uso. Los doctrinarios garantistas en materia penal, establecen que la prisión preventiva se utiliza para apaciguar los ánimos de la población ante una administración de justicia extremadamente lenta, es importante señalar que el juez de garantías penales por el hecho de dictar una orden de prisión preventiva, no está prejuzgando, ni está comprometiendo su criterio, ni está tomando partida en la controversia jurídica, para dictar un auto de llamamiento a juicio o sentencia en la que se declara la culpabilidad.

El doctor Ernesto Pazmiño¹⁰⁰, Defensor Público, criticó la práctica común de los jueces ecuatorianos para echar mano de la prisión preventiva del sospechoso o imputado de algún delito, por menor que sea; Pazmiño habla de un 90% de las causas penales, se resuelven con prisión preventiva, como si esta medida cautelar fuese la única que puede adoptar un juez de garantías penales. Este mismo funcionario señaló, que en otros países como Chile, apenas el 30% de

¹⁰⁰ Diario el Comercio, Quito, 23 de abril del 2009, pág. 2.

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

Motivar no solo consiste en el simple manejo de explicar los hechos y el derecho que se aplica al caso concreto, ni solo basta el simple hecho de que una mera cita de la norma encaje en la resolución judicial que dispone la detención provisional, debe estar motivada, debe justificarse en base a los principios antes mencionados y la concurrencia copulativa de los presupuestos exigidos por la norma, es una exigencia constitucional, es un derecho con rango constitucional de los justiciables, que garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y la ley, uno de los contenidos del derecho al debido proceso, es el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada, motivada y congruente; esta exigencia garantiza que los jueces, expresen la argumentación jurídica, su *ratío decidendi*, que los ha llevado a decidir en una controversia. Cuando estamos frente a una medida cautelar que pone en juego la libertad personal de un ciudadano la exigencia de la motivación debe ser estricta toda vez que esta medida es de naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional.

Pero en ocasiones ha sido letra muerta, porque a pesar de que se encuentre establecida en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales y en la ley, se irrespeta más aun cuando los operadores de justicia no la aplican en debida forma; ya que, es frecuente y común que tanto jueces como fiscales incumplen con la obligación de motivar sus decisiones, mediante los cuales

disponen la afectación de garantías fundamentales de los procesados, salvo alguna excepción, normalmente disponen una medida de aseguramiento personal como la prisión preventiva, sin ser debidamente fundamentada o motivada por mandato expreso de la Constitución y la ley. La motivación o fundamentación de una resolución que prive de la libertad, busca que se sepa las razones por las que se está privando del derecho a la libertad. En todos los casos en que no se fundamenta dicha medida se está lesionando el respeto al debido proceso, y la actuación es ilegítima e inconstitucional. El debido proceso es una garantía ciudadana y se irrespeta cuando se priva de la libertad personal mediante una medida cautelar sin que esta esté motivada; misma que debe ser reparada por el superior mediante el amparo de libertad. Lamentablemente esto desencadena en la pérdida de confianza por parte de la ciudadanía en la administración de justicia, ya que en muchos de los casos el superior sin mayor argumentación niega los recursos y tampoco cumple con esta exigencia de jerarquía constitucional; con esta actitud los superiores terminan por legitimar el estado de indefensión de quien se encuentra procesado y privado de su libertad aunque constitucionalmente es aún un ciudadano inocente porque aún no existe una sentencia condenatoria en firme o ejecutoriada. Actualmente en el Ecuador la responsabilidad de los jueces es de magnitud constitucional y en el Art. 424 de la Constitución de la República dispone que de oficio se apliquen las garantías constitucionales, lo que penosamente en nuestro sistema judicial no se cumple; de igual manera en el Art. 426 inciso 1ro de la norma citada, se establece “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente”. Tanto la Constitución de la República como el Código Orgánico de la Función Judicial son claros en determinar que la no motivación de las resoluciones o actos administrativos, pueden conllevar a la nulidad de lo actuado; por lo tanto, el efecto sustancial de la falta de motivación y por ende

de la aplicabilidad del debido proceso, es la anulación o revocación de los actos procesales.

Se dice que a veces los hechos se explican por si solos, pero realmente en un juicio penal donde entra en juego la libertad personal nunca es así, el mandato constitucional es incondicionado, que si bien hace más difícil la función jurisdiccional, también la hace más legítima.

6.2 ENTREVISTAS.

Por medio de esta técnica se ha logrado obtener datos de relevancia luego de mantener un diálogo entre el investigador, los jueces de garantías penales y agentes fiscales, con la finalidad de conocer las opiniones acerca de la medida cautelar personal (excepcional) de prisión preventiva.

Se ha realizado siete preguntas de opinión, con las mismas hemos conversado y escuchado las opiniones que derivan de las mismas, ante las cuales realizaremos un análisis, conforme desplegamos a continuación:

1. ¿Cree usted, que la motivación de las resoluciones contribuye como justificación para mostrar que la decisión tomada es correcta y aceptable?

Cuadro N° 1

VARIABLE	N° Entrevistados	%
Sí, creo	3 Jueces y 3 Fiscales	100
No, creo		
TOTAL	3 Jueces y 3 Fiscales	100



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El total de los entrevistados coinciden en que sí, que la motivación es la justificación de la resolución tomada, creen que con una motivación correcta, fundamentada puede y debe ser aceptada por el receptor de la misma.

2. ¿Cree usted, que la motivación de las decisiones pueden verse como el fundamento mismo de la legitimidad de la actividad jurisdiccional?

Cuadro N° 2

VARIABLE	N° Entrevistados	%
Sí, creo	3 Juez y 3 Fiscales	100
No, creo		
TOTAL	3 Jueces y 3 Fiscales	100



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

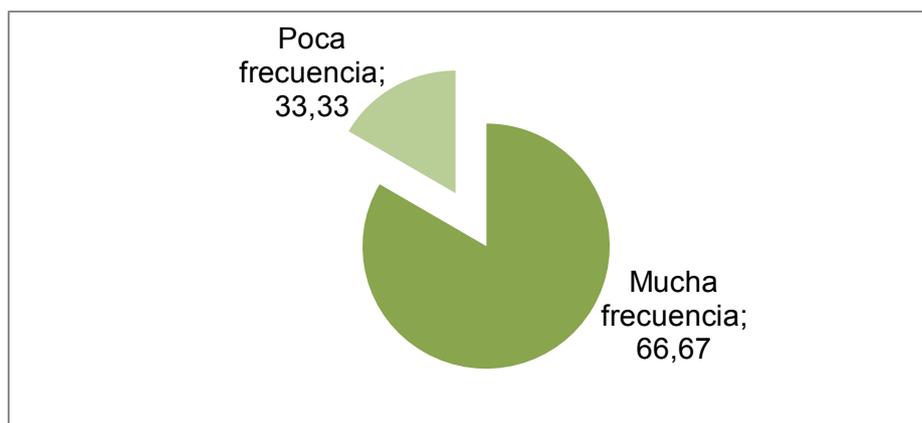
El 100% manifiesta que sí, que la motivación de las decisiones del poder jurisdiccional muestra la legitimidad de una efectiva administración de justicia.

3. ¿Con qué frecuencia solicita usted otra medida cautelar personal diferente a la prisión preventiva?

Cuadro N° 3

VARIABLE	N° Entrevistados	%
Mucha frecuencia	2 Fiscales	66,67
Poca frecuencia	1 Fiscal	33,33
TOTAL	3 Fiscales	100

GRÁFICO N° 3



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 66,67% nos dicen que ellos utilizan frecuentemente otras medidas cautelares diferentes a la privación de la libertad preventiva, ya que en ciertos casos no es necesaria o no ha existido pruebas contundentes en la investigación en contra del inculpado; mientras que 33,33% nos dice que para poder llegar al final del proceso con la presencia del imputado es necesario solicitar la prisión preventiva con frecuencia.

4. ¿Con qué frecuencia ordena usted otra medida cautelar personal diferente a la prisión preventiva?

Cuadro N° 4

VARIABLE	N° Entrevistados	%
Mucha frecuencia	1 Juez	33,33
Poca frecuencia	2 Jueces	66,67
TOTAL	3 Jueces	100



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 66,67% nos dice que existen otros tipos de medidas que aseguran la comparecencia del inculpado en el proceso, es por ello que solamente ordena la prisión preventiva en los casos en que necesariamente es indispensable contar con ella; mientras que el 33,33% nos dice que es sumamente importante ordenar la prisión preventiva, ya que esta medida tranquiliza a la sociedad que por el cometimiento del ilícito se encuentra alterada y sirve para que el procesado no eluda la justicia.

5. ¿Cree usted que, es importante cumplir estrictamente con los plazos de duración de la medida cautelar de prisión preventiva?

Cuadro N° 5

VARIABLE	N° Entrevistados	%
Sí, creo importante	3 Juez y 3 Fiscales	100
No, creo importante		
TOTAL	3 Jueces y 3 Fiscales	100



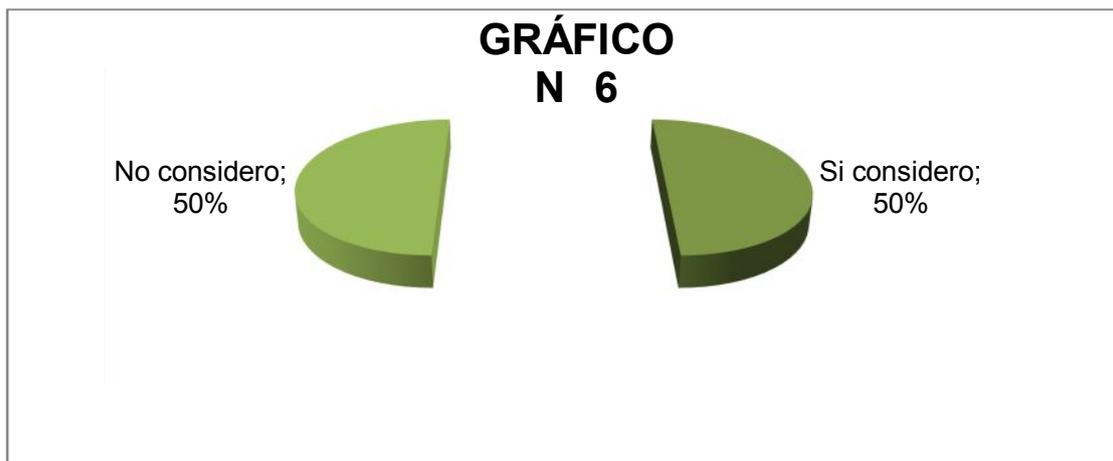
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 100% de los entrevistados consideran que es completamente necesario cumplir con los plazos determinados para la duración de la prisión preventiva, ya que, de no cumplirlo se estarían violentando claramente los principios básicos del debido proceso.

6. ¿Cómo operador de justicia, usted considera que la prisión preventiva debe utilizarse como último recurso?

Cuadro N° 6

VARIABLE	N° Entrevistados	%
Si considero	2 Jueces y 1 Fiscal	50
No considero	1 Juez y 2 Fiscales	50
TOTAL	3 Jueces y 3 Fiscales	100



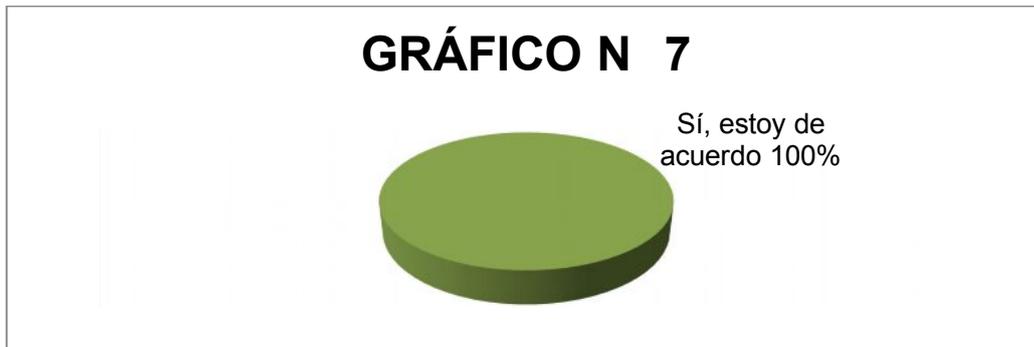
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 50% de los entrevistados coinciden en que la aplicación de la prisión preventiva si debería ser considerada como último ratio debido a la excepcionalidad, ya que existen otros medios para utilizar antes de considerar la prisión preventiva; por su parte el otro 50% consideran que por motivos de seguridad esta medida se debería aplicar directamente.

7. ¿Diga su opinión, si está usted de acuerdo a que la falta de motivación al solicitar y ordenar la prisión preventiva vulnera principios constitucionales y legales?

Cuadro N° 7

VARIABLE	N° Entrevistados	%
Sí, estoy de acuerdo	3 Juez y 3 Fiscal	100
No, estoy de acuerdo		
TOTAL	3 Jueces y 3 Fiscales	100



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El total de los encuestados acuerdan en señalar su convencimiento en que la falta de motivación al solicitar y ordenar una medida cautelar privativa de libertad, si vulnera principios constitucionales y legales; ya que este mismo es un principio constitucional y legal, y además entorno a este giran otros principios, que se verían afectados sin la presencia de la motivación, con la prisión preventiva se pone tras las rejas a una persona que por derecho es considerada inocente, es por ello sumamente importante realizar una motivación clara y precisa determinando las normas que se aplican al caso.

6.3 ENCUESTAS.

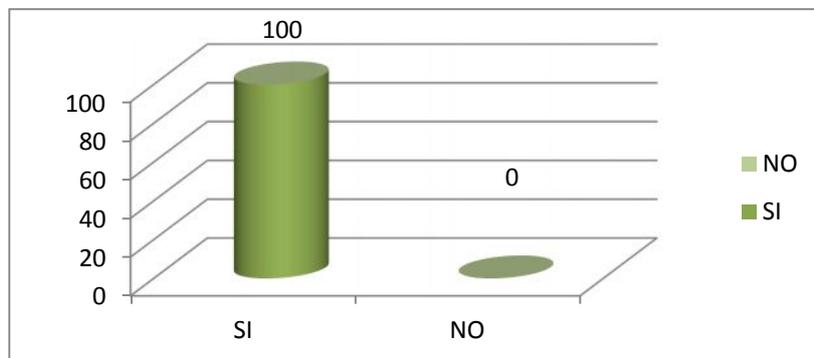
Con ésta técnica se ha obtenido datos de varios abogados en libre ejercicio profesional, defensores públicos y de algunas personas que han sido privados de la libertad mediante la medida cautelar de prisión preventiva, para ello se ha entregado un banco de preguntas con respuestas afirmativas y negativas, luego de ello se ha procedido a tabular, en base a las siguientes interrogaciones:

1. ¿Considera usted que, la motivación de las resoluciones judiciales sirve como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder?

Cuadro N° 1

VARIABLE	N° Encuestados	%
SI	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados	100
NO		
TOTAL	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100

GRÁFICO N° 1



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

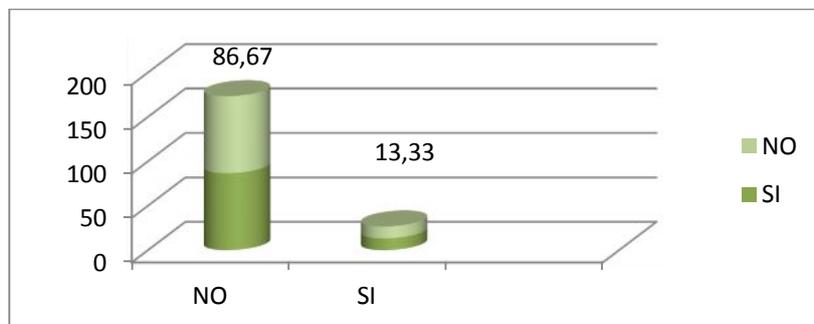
El total de los encuestados aseveran que el freno para la arbitrariedad es la motivación razonada de las resoluciones de los operadores de justicia, que con la motivación se puede saber con claridad que la decisión tomada no ha sido mal concebida, y que es, la mejor garantía que tenemos para saber si se ha cumplido con las normas y principios constitucionales.

2. ¿En el caso de ser absuelto mediante sentencia cree usted que, el privado de la libertad temporalmente podrá volver a ser mirado sin desconfianza?

Cuadro N° 2

VARIABLE	N° Encuestados	%
NO	17 Abogados, 2 Defensores Públicos y 7 Procesados.	86,67
SI	3 Abogados y 1 Defensor Público.	13,33
TOTAL	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100

GRÁFICO N° 2



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

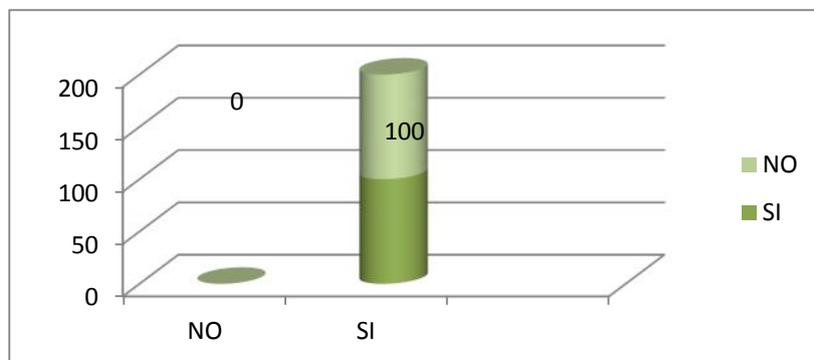
Los encuestados aseguran en un 86,67% que las personas que sufren esta medida jamás llegan a recuperar la confianza de las personas que lo conocieron porque siempre va a ver esa desconfianza que deviene de una mal fundada medida; mientras que un 13,33% de los mismos dicen que si se puede llegar a recuperar la confianza porque ya existe una sentencia que demuestra que es inocente.

3. ¿Se puede considerar a la motivación de las resoluciones judiciales como un instrumento de protección de los individuos y sus derechos?

Cuadro N° 3

VARIABLE	N° Encuestados	%
NO		
SI	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100
TOTAL	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100

GRÁFICO N° 3



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

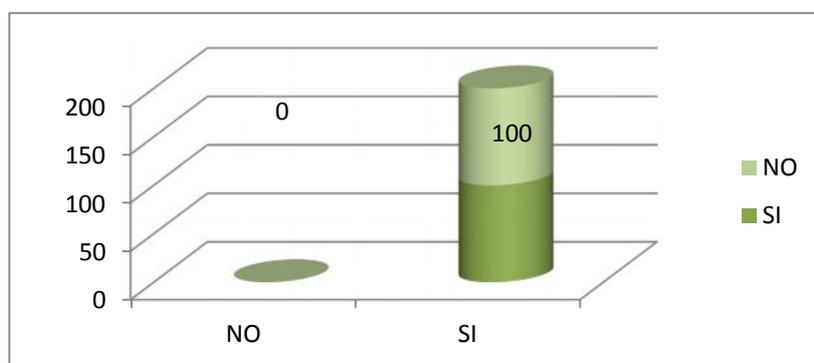
Los entrevistados acuerdan en señalar que la motivación de las resoluciones judiciales es un instrumento de protección que tenemos todas y todos los ciudadanos para saber las razones por las cuales se dicta tal o cual resolución.

4. ¿Cree usted que, es necesario una motivación que sacie de suficientes razones para dictar la medida cautelar de prisión preventiva?

Cuadro N° 4

VARIABLE	N° Encuestados	%
NO		
SI	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados	100
TOTAL	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100

GRÁFICO N° 4



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

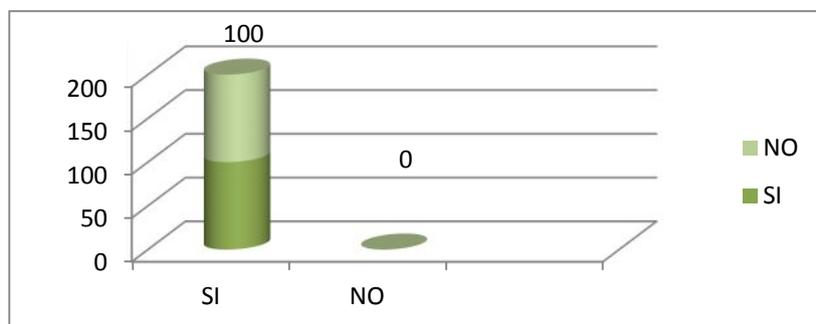
El total de los encuestados coinciden en decir que el principio de motivación es indispensable y con una correcta aplicación de este, se conocería el razonamiento lógico que llevó a determinar la necesidad de aplicar la prisión preventiva.

5. ¿Cree usted que, dentro de un Estado Constitucional de derechos es fundamental la excepcionalidad de la prisión preventiva?

Cuadro N° 5

VARIABLE	N° Encuestados	%
SI	20 Abogados y 3 Defensores Públicos y 7 Procesados	100
NO		
TOTAL	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100

GRÁFICO N° 5



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

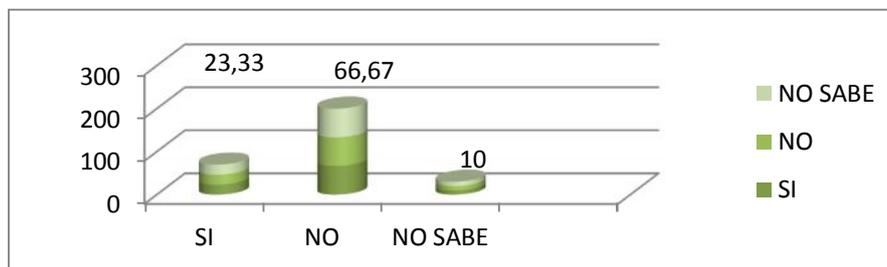
El total de los encuestados coincidieron en determinar que la excepcionalidad de la prisión preventiva garantiza la aplicación de otras medidas menos lesivas para con el inculpado, dándonos a entender que se debe agotar todos los recursos antes de privar de la libertad a una persona que aún no se sabe si es o no culpable.

6. ¿Cree usted que, tanto fiscales como jueces agotan todos los recursos necesarios antes de solicitar y ordenar la prisión preventiva?

Cuadro N° 6

VARIABLE	N° Encuestados	%
SI	6 Abogados, 1 Defensor Público	23,33
NO	14 Abogados, 2 Defensores Públicos y 4 Procesados	66,67
NO SABE	3 Procesados	10
TOTAL	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100

GRÁFICO N° 6



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

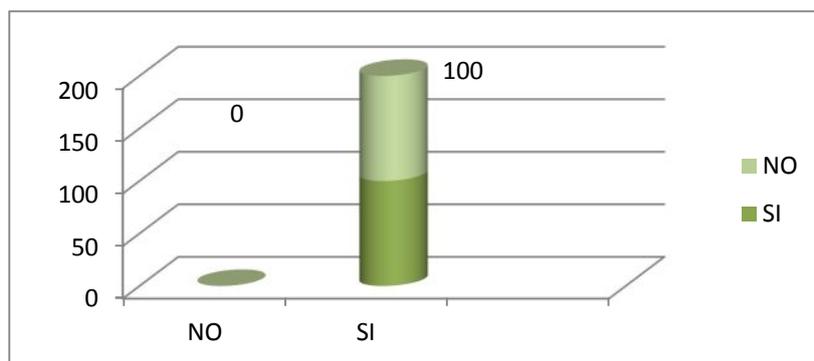
El 23,33% de los encuestados dicen que si agotan los recursos que sean necesarios antes de solicitar y ordenar la prisión preventiva; el 66,67% un porcentaje considerable por su parte consideran que parecería que esta medida opera más por naturaleza retributiva que por la existencia de evidencias; y el 10% de los encuestados dicen no saber cómo realizan las investigaciones, ya que no existe una razón fundada al momento de dictar la orden de prisión preventiva.

7. ¿Está usted de acuerdo con que se sancione tanto a fiscales como jueces por la mala y abusiva práctica de la medida cautelar personal de prisión preventiva?

Cuadro N° 7

VARIABLE	N° Encuestados	%
NO		
SI	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100
TOTAL	20 Abogados, 3 Defensores Públicos y 7 Procesados.	100

GRÁFICO N° 7



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El total de los encuestados coinciden en que si se debe sancionar a los funcionarios negligentes que irrespetan la libertad individual como derecho fundamental del ser humano, es importante sancionar a quien haya ocasionado un daño a los particulares, pero que se sancione verdaderamente y en igual proporcionalidad del daño causado.

CONCLUSIONES.

- 1) Por medio de esta investigación hemos podido apreciar el avance de mejoramiento que ha tenido el derecho procesal y procesal penal; pero al mismo tiempo vemos que no es suficiente, ya que, parece que seguimos estancados en el tiempo donde solo bastaba la solvencia ética del juzgador.
- 2) Hemos podido establecer que la medida cautelar personal de prisión preventiva no está siendo aplicada bajo el precepto constitucional de excepcionalidad, al igual que no se respetan los principios constitucionales y legales; por lo que va en aumento el número de personas privadas de la libertad sin condena.
- 3) Hemos demostrado que es alarmante la falta de motivación en las decisiones judiciales, transformando un clima de inseguridad jurídica que nos afecta a todas, y, a todos.
- 4) Hemos llegado a la determinación que es mejor agotar todos los recursos necesarios antes de privar de la libertad a una persona que constitucionalmente es considerada inocente, y que, es mejor dejar libre a un culpable que encarcelar a un inocente.
- 5) No es lógico que estén en las mismas condiciones y lugares, las personas en contra las cuales se ha dictado la prisión preventiva con delincuentes sentenciados; porque aún no se ha comprado su culpabilidad, aunque estén siendo juzgados y sean sospechosos de un delito.
- 6) Dentro de la investigación hemos precisado que nadie puede ser considerado ni tratado como culpable mientras no exista una sentencia que lo declare como tal; es decir, se quiere que la pena no sea anterior al juicio previo, ni sea impuesta fuera de él.
- 7) Esta investigación nos ha llevado a establecer que se debe respetar el principio constitucional de presunción de inocencia en la medida que la

prisión preventiva sea legítima; es decir que, cumpla con todas y cada una de las exigencias constitucionales, legales, jurídicas formales y materiales propias de dicha medida cautelar y que con detalle constan en la presente investigación.

- 8) Del estudio, se evidencia que en el país existe una falta de cultura jurídica constitucional, un alto porcentaje de falta de respeto a los derechos humanos en la administración de justicia, de este modo se contempla con asombro el ejercicio arbitrario del poder y en fin el rompimiento del Estado constitucional de derechos y justicia, que han fomentado el descredito y la desconfianza en la administración de justicia.
- 9) Por último la presente investigación, nos ha llevado a conocer lo importante que es la permanente lucha de los seres humanos que cansados de las injusticias estudian minuciosamente los cambios sociales para seguir provocando cambios en pro del ser humano.

RECOMENDACIONES.

- 1) Creo necesario que todas las personas debemos empezar a interesarnos por la libertad ajena, debemos tomar conciencia en que el problema se está agrandando al poner tras las rejas a todo aquel desafortunado que enfrenta un proceso penal, en el que aún no se sabe si es culpable o inocente; porque aún no existe una sentencia ejecutoriada que lo declare como tal.
- 2) Es necesario instruir a los actuales y futuros jueces como verdaderos garantistas en todos los niveles, que hagan sentir y soñar con un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia.
- 3) Es necesario que el Consejo de la Judicatura a través de la escuela judicial organice cursos de actualización de conocimientos, con énfasis en derecho constitucional para los jueces y más servidores judiciales, pero también a los fiscales y abogados en libre ejercicio profesional, a fin de hacer conciencia en los derechos y principios básicos de un Estado de Derecho.
- 4) Si se trata de asegurar la presencia del inculcado en el proceso, en delitos que no son graves esta medida podría resultar desproporcionada, por lo que muy bien puede utilizarse otras medidas menos nocivas para el individuo.
- 5) No olvidemos que la autoridad pública al momento de ordenar la prisión preventiva no cumple con los requisitos constitucionales y legales, comete el delito de detención ilegal y responderá por detenciones arbitrarias y por actuaciones contrarias a la ley.
- 6) Es importante señalar que toda persona sometida a un proceso penal tiene que saber con exactitud las circunstancias y hechos por los que está siendo procesada, más aún cuando se dicta una medida cautelar privativa de la libertad personal.

PROPUESTA.

Mi propuesta va enfocada a que se desarrolle un efectivo control del sistema judicial, y éste sería posible creando una dependencia totalmente emancipada de la administración de justicia y ésta dependencia funcionaría como una delegación con infraestructura propia; debiendo hacer una reforma a la Constitución de la República, a la Ley Orgánica de la Función Judicial, y, a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto a la implementación de una ***delegación de la Corte Constitucional***.

TÍTULO DE LA PROPUESTA:

IMPLEMENTACIÓN DE UNA DELEGACIÓN PROVINCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

JUSTIFICACIÓN:

Al tratarse de un tema tan delicado y debido a que la justicia en el Ecuador está muy venida a menos y todo el tiempo ésta siendo cuestionada, pese al anhelo del Consejo Nacional de la Judicatura en el sistema de control; pero solo ha quedado en un sueño del cual aún no se ha podido despertar. La violación constate de los principios constitucionales y legales de quienes son sometidos a la práctica de la prisión preventiva, siendo el momento para poner en práctica el modelo garantista establecido en la Constitución de la República, para que no se sigan cometiendo abusos al momento de solicitar y dictar la medida cautelar de prisión preventiva. De ahí la necesidad imperiosa de tener un verdadero control de las resoluciones judiciales; ya que, en la práctica judicial en muchas ocasiones hemos sido testigos de que la motivación ha sido escasa, contradictoria o impertinente, especialmente las que tienden a privar de la libertad personal temporalmente, es por ello necesario implementar un organismo de control ajeno al Consejo de la Judicatura, que ponga de manifiesto las exigencias que deben reunir las resoluciones judiciales para que pueda tenerse por cumplidas.

OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL:

- ⇒ Demostrar la importancia de desarrollar un efectivo control de las resoluciones judiciales, especialmente las que impliquen pérdida o restricción de la libertad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- ⇒ Demostrar que la motivación de las resoluciones en cuanto a la expresión de las razones del juez o funcionario, facilita éste necesario control.
- ⇒ Enfatizar en que la justicia no debe hacer sufrir a los hombres para saber si son culpables o inocentes.
- ⇒ Viabilizar la propuesta a través de la Asamblea Nacional.
- ⇒ Socializar la propuesta.

FUNDAMENTACIÓN:

La falta de motivación al momento de solicitar y ordenar la prisión preventiva ha venido siendo un denominador común dentro de la administración de justicia a nivel local como a nivel nacional, mi interés es aportar con una visión y un criterio válido para ayudar a encontrar una solución apropiada y viable, a fin de conseguir que se cumpla con todas y cada una de las exigencias constitucionales, legales, jurídicas formales y materiales.

I

La vulneración de la Constitución, de los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos y de la Ley, debido a la NO MOTIVACIÓN en las decisiones judiciales, especialmente en las que afectan el derecho a la libertad personal; es imperiosa la labor de que se respete el Estado constitucional de derechos y justicia; por lo que, la presente propuesta va enfocada a que se cree dentro de cada provincia, en su cabecera cantonal, un departamento jurídico legal especializado de la Corte Constitucional, siendo éste el organismo más apropiado para hacer validos los principios constitucionales y legales, que deben ser observados dentro de un proceso.

II

Ésta dependencia deberá garantizar un verdadero sistema de control judicial; y, para poder hacer efectivo este control es necesario que ésta esté integrada por un grupo de funcionarios jurídicos quienes estarán encargados de ser vigilantes de una correcta administración de justicia, ellos deberán evaluar la actuación y aplicación de la Constitución y la ley, por parte de: Fiscales, Jueces y Defensores Públicos, a que sus decisiones deben ser estrictamente motivadas como explicación lógica y razonada, y lo más importante que se cumplan con los plazos establecidos en la ley para cada momento del desenvolvimiento del proceso.

Es importante definir los requisitos para poder ser funcionario de la Delegación Provincial de la Corte Constitucional:

- ⇒ Abogado o Doctor en jurisprudencia;
- ⇒ Experiencia laboral que no podrá ser menor a cinco años;
- ⇒ Será escogido mediante concurso público de méritos y oposición;
- ⇒ Desempeñará sus funciones por un tiempo no mayor al de cuatro años.
- ⇒ No haber sido sancionado por autoridad administrativa o judicial o que se encuentre tramitando alguna causa en su contra.

Estamos sumamente convencidos de que la propuesta establecida llevaría a los operadores de justicia a tener una mayor responsabilidad investigativa, agilidad en la evacuación de las causas que tanto hace falta dentro de la administración de justicia, y un fiel cumplimiento de los principios y garantías básicas del debido proceso consagrados en la Constitución de la República; lo cual nos permitirá llegar hacia la consecución del Estado de Derecho y Justicia, devolviéndonos la confianza en los hacedores de justicia a nivel local y nacional.

PLAN OPERATIVO

OBJETIVO	METODOLOGÍA	ACTIVIDADES	RECURSOS	BENEFICIARIOS	FECHA	RESPONSABLE
Facilitar este trabajo al legislador para que le sirva como base de la transformación de la justicia penal menos represiva en el Ecuador.	Compartir conocimientos con catedráticos de las facultades de jurisprudencia del país del área de derecho penal y procesal penal, y en el mejor de los casos docentes especializados en derecho constitucional.	Intercambio de conocimientos con la finalidad de conocer más acerca del tema y profundizar en un solo criterio que lleguemos a concordar todos.	Sala de Audiencias de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Estatal de Bolívar. Material virtual Proyectores Material documental.	Asambleístas, Jueces, Fiscales, Funcionarios judiciales, Docentes. Estudiantes.	17 de mayo del 2013.	Hilda Valeska Vásconez Aragundi.
Dar a conocer a todas las personas el valor del principio de motivación; y, la importancia de la propuesta realizada en el presente estudio.	Socialización del tema tanto con jueces, fiscales, abogados en libre ejercicio, procesados, estudiantes de derecho, e interesados en este tema de investigación.	Repartir folletos que lleven la propuesta planteada. Mesas de trabajo para análisis y discusión del proyecto. Consenso de ideas para validar la propuesta. Manifiesto mi compromiso individual de los asistentes para la difusión de la propuesta.	Sala de Audiencias de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Estatal de Bolívar. Material virtual Proyectores Material documental	Procesados, Abogados en libre ejercicio profesional, y más personas que deseen asistir a la socialización.	29 de mayo del 2013.	Hilda Valeska Vásconez Aragundi

BIBLIOGRAFÍA:

1. Diccionario de la Real Academia Española, DRAE.
2. Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Editorial Heliasta, Argentina.
3. “Teoría General del Proceso”. Devis Echeandía, Hernando, (1985)
4. “Introducción al Derecho”. Asencio Mellado José María, (1997)
5. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VIII, Editorial Driskill S.A., Argentina.
6. “El Proceso Penal”, ZABALA JORGE, Tomo I, Editorial Nomos, Colombia.
7. Constitución de la República del Ecuador, año 2008.
8. Registro Oficial N° 490-S, publicado el 13 de julio del 2011. Referéndum y Consulta Popular, efectuado el 13 de mayo del 2011.
9. “Derecho Procesal Penal”, Carlos J. Rubianes, Tomo I, Ediciones Depalma, Argentina.
10. “Derecho Procesal” Claus Roxin.
11. “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal”, Klaus Tidemann.
12. Enciclopedia Wikipedia de Internet.
13. “El Proceso Penal”, ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tercera Edición, Edit. Edino 2002
14. “El Sistema Acusatorio Oral”, Dr. Gurrero Walter, Pudeleco Editores, Ecuador.
15. “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”.- Joaquín Escriche.- Tomo Tercer.- Fondo de Cultura ecuatoriano.- 1986.
16. “El Proceso Penal Acusatorio”, GARCIA Valencia Jesús Ignacio, Gustavo Ibáñez Ltda. 2005 Bogotá Colombia.
17. Código de Procedimiento Penal, Ecuador. Actualizado 2009.
18. J. Maier.

19. "Litigación Penal y Juicio Oral", Baytelman Andrés y Duce Mauricio. Ediar Editores Ltda, 2006.
20. "Política Criminal de la Formulación a la Praxis" BINDER, Alberto, Ad-Hoc. Buenos Aires. 1997.
21. Chiovenda.
22. María Cristina Barberá, del Riso.- los Recursos Penales Lineamientos.- (Pensamiento de Ayán Manuel N). Editorial Mediterránea.- Buenos Aires-Argentina, 200.
23. Jorge Zabala Baquerizo.- Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo X.- Editorial Edino.- Guayaquil-Ecuador, 2007.
24. Código Orgánico de la Función Judicial, Ecuador.
25. Herrera Vielma, Melisa. "Resumen del Proceso Penal". www.ilustrados.com
26. Cueva Carrión Luis.- "El Debido Proceso".
27. Leonardo Pérez, procesalista español.
28. *QUISBERT, Ermo. ¿Qué es el Debido Proceso Penal?*
29. Registro Oficial No. 58-Suplemento del viernes 30 de octubre del 2009, Sentencia No. 027-09-SEP-CC, de la Corte Constitucional para el Período de Transición.
30. Jorge Zavala Baquerizo, "El Debido Proceso Penal", Guayaquil, Editorial Edino, Año 2002.
31. Carlos Bernal Pulido, "El Derecho de los Derechos", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. Tomado del Registro Oficial No. 637-S., del Lunes 20 de julio del 2009.
32. Abarca Galéas, Luis Humberto, "La Independencia de la Función Judicial en la aplicación de las normas del debido proceso en el ejercicio de la Función de Grante [...]", Editorial Jurídica del Ecuador, 2010
33. Mario Madrid – Malo Garizábal, "Derechos Fundamentales", Segunda Edición. Bogotá. 1997. 3R Editores.
34. GARCÍA Eduardo, GARCÍA Jeannette, 2005.

35. Héctor González Chévez, *“La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares”*, México, Editorial Porrúa S.A., 2006.
36. Piero Calamandrei, *“Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares”*, Buenos Aires, 1945, p. 45, citado por Héctor González Chévez, *“La Suspensión del Acto Reclamado en Amparo, desde la Perspectiva de los Principios de las Medidas Cautelares”*, México, Editorial Porrúa S.A., 2006.
37. Priori Posada.
38. Elio Fazzalari.
39. Alberto Bovino, “Prisión Cautelar”, El fallo Suárez Rosero.
40. A. Binder, *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*. Edit. Alfa Beta, Bs. As. 1993.
41. José I. Cafferata Nores. *Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal*. Edic. Depalma, Bs. As. 1992.
42. Blum Manzo, Maximiliano, *Nuevo Código de Procedimiento Penal*, 4ta, edición. Imprenta Gramagraf, Guayaquil-Ecuador.
43. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Ecuador.
44. Mariana Gascón Abellan, “Garantismo y Derecho Penal”, en Juan Oberto Sotomayor Acosta, Coordinador, Bogotá Colombia, Editorial Temis, Año 2006.
45. Jiménez de Asúa, Luis, “Lecciones de Derecho Penal”, volumen 3, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, Oxford.
46. Gabriel Nardiello, “La Prisión Procesal”.- Buenos Aires. Impreso en ABRN Producciones Gráficas, año 2007.
47. Walter Guerrero Vivanco, “Los Sistemas Procesales Penales”, Editorial Pudeleco, Quito Ecuador, 2002.
48. Miguel Fenech, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1984.
49. Jorge Zavala Baquerizo, “El Debido Proceso”, Editorial Edina, Tomo III, Guayaquil Ecuador, 2004.

50. Corte Suprema de Justicia, Resolución publicada en el R.O. N° 245, Quito, de 30 de julio de 1999.
51. Mariano R. La Rosa, "Exención de prisión preventiva y encarcelación". Buenos Aires. Editorial Astrea. Año 2006.
52. Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Maipú Buenos Aires, Editores del Puerto, año 2000.
53. Diego Zalamea León. Reporte del Estado de la prisión preventiva en el Ecuador, en Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina Evaluación y Perspectivas, Directores de la investigación y Editores Cristián Riego y Mauricio Duce, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Santiago de Chile, Abril 2009.
54. GARCÍA FALCONI, José; La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las Otras Medidas Cautelares; Primera Edición; Quito.
55. Julio B.J. Mair. "Derecho Procesal". Tomo I Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., Segunda Edición, 3ra. Reimpresión, año 2004.
56. Miguel Fenech, "Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Derecho Procesal Penal", Barcelona, Editorial Labor S.A., Vol. II, Tercera Edición, año 1985.
57. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial N° 101, 24/01/1969.
58. Jara Ramos, Maritsa. Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva. http://www.derechos.org/nizkor/chile/rev/op_2c.html
59. Rivera Beiras, Iñaki. "Cárcel y Derechos Humanos". José María Bosh Editor. S.A. Barcelona, 1991.
60. Carrara, Francesco, "Opúsculos del Derecho Criminal". Vol. IV, Editorial Temis, Bogotá, 2010.
61. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.lumn.edu/humarts/cases/1997/sargentina2-97.html>
62. Carnelutti, Francesco, "Las Miserias del Proceso Penal". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959.
63. José I. Cafferata Nores, "Proceso penal y derechos fundamentales", Ciudad autónoma de Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2008, Segunda Edición.

64. Daniel R. Pastor. "El Plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho", Argentina. Honrad-Adenauer Stiftung Ad-oc., año 2002.
65. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Doctrina Jurisprudencial 1980-2005. En Omar Huertas Díaz, Víctor Manuel Cáceres Tovar, Natalia María Chacón Trina, Waldina Gómez Carmona (Compiladores) Bogotá, D.C-Colombia, Editorial Ibáñez., año 2005.
66. Fundación ESQUEL-USAID, "Manual de Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito jurídico Ecuatoriano". Impresos Anabel, Guayaquil, Ecuador, 2002
67. Comisión Andina de Juristas, Libertad Personal. Lima, 2000.
68. Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid España, Editorial Tratta, Sexta Edición, 2004.
69. Miguel de Cervantes.
70. PREVENTIVOS. Régimen legal.
<http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/preventivos.html>
71. GARCÍA FALCONI, José; Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado.
72. Hernán Salgado Pesantes, en Reflexión final, la Historia Constitucional de los Derechos Humanos en el Ecuador y sus antecedentes, Revista Ruptura, 2000, tomo I, Quito-Ecuador.
73. Diario el Comercio, Quito, 23 de abril del 2009.

ANEXOS



101



102

¹⁰¹ Hoy.com.ec

¹⁰² Andes.info.ec



103



104

¹⁰³ Andes.info.ec

¹⁰⁴ Hoy.com.ec

PREGUNTAS DE LA ENTREVISTA REALIZADA A LOS JUECES DE GARANTÍAS PENALES Y FISCALES.

1. ¿CREE USTED, QUE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES CONTRIBUYE COMO JUSTIFICACIÓN PARA MOSTRAR QUE LA DECISIÓN TOMADA ES CORRECTA Y ACEPTABLE?
2. ¿CREE USTED, QUE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES PUEDEN VERSE COMO EL FUNDAMENTO MISMO DE LA LEGITIMIDAD DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL?
3. ¿CON QUÉ FRECUENCIA SOLICITA USTED OTRA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DIFERENTE A LA PRISIÓN PREVENTIVA?
4. ¿CON QUÉ FRECUENCIA ORDENA USTED OTRA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DIFERENTE A LA PRISIÓN PREVENTIVA?
5. ¿CREE USTED QUE, ES IMPORTANTE CUMPLIR ESTRICTAMENTE CON LOS PLAZOS DE DURACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA?
6. ¿CÓMO OPERADOR DE JUSTICIA, USTED CONSIDERA QUE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE UTILIZARSE COMO ÚLTIMO RECURSO?
7. ¿DIGA SU OPINIÓN, SI ESTÁ USTED DE ACUERDO A QUE LA FALTA DE MOTIVACIÓN AL SOLICITAR Y ORDENAR LA PRISIÓN PREVENTIVA VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES?

CUESTIONARIO DE LAS ENCUESTAS REALIZADA A DEFENSORES PÚBLICOS, ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL Y PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD MEDIANTE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA.

1. ¿CONSIDERA USTED QUE, LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SIRVE COMO INSTRUMENTO PARA EVITAR LA ARBITRARIEDAD DEL PODER?

SI () NO ()

2. ¿EN EL CASO DE SER ABSUELTO MEDIANTE SENTENCIA CREE USTED QUE, EL PRIVADO DE LA LIBERTAD TEMPORALMENTE PODRÁ VOLVER A SER MIRADO SIN DESCONFIANZA?

SI () NO ()

3. ¿SE PUEDE CONSIDERAR A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES COMO UN INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LOS INDIVIDUOS Y SUS DERECHOS?

SI () NO ()

4. ¿CREE USTED QUE, ES NECESARIO UNA MOTIVACIÓN QUE SACIE DE SUFICIENTES RAZONES PARA DICTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA?

SI () NO ()

5. ¿CREE USTED QUE, DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS ES FUNDAMENTAL LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA?

SI () NO ()

6. ¿CREE USTED QUE, TANTO FISCALES COMO JUECES AGOTAN TODOS LOS RECURSOS NECESARIOS ANTES DE SOLICITAR Y ORDENAR LA PRISIÓN PREVENTIVA?

SI () NO ()

7. ¿ESTÁ USTED DE ACUERDO CON QUE SE SANCIONE TANTO A FISCALES COMO JUECES POR LA MALA Y ABUSIVA PRÁCTICA DE LA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DE PRISIÓN PREVENTIVA?

SI () NO ()