

# LA CADUCIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA Y LOS SUSTITUTIVOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

Por Alfonso Zambrano Pasquel  
Prof. Titular de Derecho Procesal Penal

## Sumario

**Introducción. El plazo para la caducidad de la prisión preventiva. Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunos criterios en Argentina. Sobre los sustitutivos de la prisión preventiva. Casos en que no procede sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar. La prisión preventiva como medida cautelar procesal o penal. La prisión preventiva en el derecho procesal penal alemán. Conclusiones.**

## Introducción

Un innegable aumento de la criminalidad de contenido violento, alimentó inicialmente un discurso mediático desde sectores oficiales (o de gobierno) que a finales del año 2010 e inicios del 2011, anunciaban un proyecto de código penal de aumento de penas y de recorte de garantías procesales (de beneficios de excarcelación), lo cual se traduciría en mayor aumento de la penalidad y de una limitación de las garantías procesales penales y penitenciarias. Luego se da marcha atrás a esta propuesta ante el cuestionamiento de algunos sectores académicos que expresaron su preocupación por estas propuestas de *derecho penal y procesal penal máximo* como clara expresión de un reciclado *derecho penal y procesal penal del enemigo*, tratando por nuestra parte de compendiar las posiciones de los profesores Günther Jakobs y Julio B.J. Maier.

El principal cuestionamiento se produjo porque con la Constitución del Ecuador del 2008 en el Art. 195 se constitucionalizaron los *principios de oportunidad y de mínima intervención penal*, el primero de clara formación roxiniana<sup>1</sup>, y el último de clara formación

---

<sup>1</sup> Cf. ROXIN Claus, *Derecho procesal penal*, Traducción de la 25 a edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires-2003.

ferrajoliana <sup>2</sup>. Pero en el mismo Art. 195 de nuestra Constitución se hace referencia a ambos principios, *con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas*. El otro argumento del cuestionamiento era el de *la regresividad* que está proscrita en la Constitución del 2008 en el Art. 11 n. 8, pero el segundo párrafo claramente señala: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o **anule injustificadamente** el ejercicio de los derechos”. (El destacado es nuestro)

La pregunta es, si el país vivía (y vive) un *estado de necesidad social* de gran magnitud por el incremento de la criminalidad de contenido violento, se encontraría justificado un proyecto o propuesta de aumento de penas? Pero el hecho cierto es que no fue materia de la propuesta de consulta popular del 7 de mayo del 2011, en tanto que si lo fueron los temas relacionados con la *caducidad de la prisión preventiva* <sup>3</sup>, en que con escaso margen se habría impuesto el SI a la consulta en estos dos temas.

Recordemos que el derecho a ser juzgado en un tiempo prudencial o razonable o a ser puesto en libertad, lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. en el Art. 9 n. 3. <sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Cf. FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Bsoco y R. Cantanero Brandes, Trotta, Madrid, 1995.

<sup>3</sup> Art. 77 n. 9 de la Constitución, y 169 reformado del Código de Procedimiento Penal.

<sup>4</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **Artículo 9**

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y 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, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978, que en su Art. 1 proclama a España como Estado social y democrático de derecho, en el Art. 17 expresa que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. En el numeral 2 se consigna que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. En el numeral 3, se prevé: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. Y en el numeral 4, se señala:” La ley regulará un procedimiento se ‘habeas corpus’ para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Así mismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Al igual que en el contexto europeo y la aplicación del PIDCP, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, consagra el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable o a ser puesto en libertad, en el Art. 7 n. 5.<sup>5</sup>

---

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

<sup>5</sup> CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ( Pacto de San José)

**Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

El Ecuador ha suscrito tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos o Pacto de San José de Costa Rica, que han sido citados en cuanto al respeto al derecho a la libertad, mismos que son vinculantes para el Estado ecuatoriano (Arts. 3, 10, 11. N. 3, 7, 424, 425).

Personalmente estamos convencidos de que nuestro sistema de garantías constitucionales y procesales, incluyendo las de excarcelación, responde mejor a un concepto de derecho internacional de los derechos humanos y a una propuesta de derecho penal humanitario. Lamentablemente el mal uso de las propuestas de *derecho penal mínimo* y su predicado de *última* o de *extrema ratio* a pretexto del *carácter restrictivo* de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva; y, la utilización *prioritariamente* de los *sustitutivos de la prisión preventiva* en los casos de delitos graves, que debieran ser no excarcelables, ha degenerado en un *uso perverso, irracional y abusivo del derecho*, a pretexto de la defensa del derecho a la libertad!

### **El plazo para la caducidad de la prisión preventiva**

En el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal que se había inicialmente elaborado por la CLD de Quito <sup>6</sup> (año 1997), se había previsto como plazo para la caducidad de la prisión preventiva, el de dos años en tratándose de los delitos más graves (penados con

---

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 juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

<sup>6</sup> La Comisión redactora de la CLD de Quito (Corporación Latinoamericana para el Desarrollo) la conformábamos: Walter Guerrero Vivanco, ex Presidente de la Corte Suprema y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Central de Quito, Edmundo Durán Díaz, ex Fiscal General y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y Alfonso Zambrano Pasquel, profesor de derecho procesal penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

reclusión) y de un año para los menos graves (penados con prisión correccional), debiendo revisar el documento para establecer de acuerdo con lo previsto en el Art. 24 n. 8 de la Constitución de 1998, los plazos de seis meses en los delitos menores y de un año en los de mayor penalización. Este plazo se mantiene igualmente en la Constitución del 2008, en el Art. 77 n. 9. Con el establecimiento de un plazo determinado, lo que se pretendía era dar cumplimiento en forma expresa al plazo razonable y prudencial a que se refiere tanto el Art. 7 n. 5 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, y el Art. 9 n. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN.UU. de los cuales es signatario el Ecuador.

La Constitución española no fija un plazo sino que el establecimiento del plazo prudencial y razonable, lo deriva a una ley complementaria. Esto permite que se pueda discutir en qué casos debe ser mayor o menor el plazo en función de la gravedad de los delitos, y encontrar mecanismos para que el plazo prudencial y razonable previsto en el Art. 17 n. 4 de la Constitución española, no sea vulnerado mediante un *ejercicio abusivo del derecho de defensa*. En España se dan casos de duración de la prisión provisional de hasta *cuatro años*, lo cual sin duda no es razonable ni prudencial. El Prof. Gimeno SENDRA nos ilustra expresando, “La integración que la referida norma ordinaria ha efectuado de la constitucional lo es tan solo parcial o por exceso, en el sentido de que hay que estimar vulnerado el derecho al plazo razonable de la prisión provisional *siempre que se infrinjan los plazos* de tres meses, un año o dos y hasta cuatro años establecidos en función de la gravedad del delito (SSTC 127/1984, 286/1985, 85/1995, y 32/1987). Pero, *sin necesidad de rebasar tales plazos, también puede vulnerarse el art. 17.4 si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna* que la legitime y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento (SSTC 206/1991, 41/1996)”.<sup>7</sup>

Las mencionadas causas de justificación son similares a las que Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado en su doctrina sobre la integración de los estándares

---

<sup>7</sup> Vicente GIMENO SENDRA, *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Publicado en PRISION PROVISIONAL, DETENCION PREVENTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997. p. 148.

nacida con ocasión de la interpretación, de que la causa sea oída dentro de un plazo razonable del art. 6.4. del CEDH (SSTHDH, de 27 de junio de 1968, de 10 de noviembre de 1969, de 2 de octubre de 1984, de 25 de octubre de 1989, de 26 de junio de 1991)<sup>8</sup>. De conformidad con esa doctrina, para determinar si se ha excedido o no el plazo máximo o razonable de la prisión provisional, hay que atender, en general, al examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el juez de instrucción y el comportamiento del recurrente. En particular en lo que se refiere a la prisión provisional, de debe tomar en consideración la *gravedad del delito imputado* (STEDH, “Tomasi” de 27 de agosto de 1992), al *riesgo de fuga y la complejidad* del procedimiento (STEDH “Van del Tang” de 13 de julio de 1995). No puede invocarse como causa de justificación de las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo de un determinado juzgado de instrucción.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de declarar que una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes imprudentes dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta “contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución” (STC 206/1991).<sup>9</sup>

La discusión transita por darle a la prisión preventiva (o provisional) un fundamento procesal o uno penal-sustantivo (el relacionado con la prevención especial), en tanto que constitucionalmente le asiste al ciudadano el principio de presunción de inocencia. Como manifiesta el Prof. Perfecto ANDRES IBAÑEZ, que es además magistrado del Tribunal Supremo español, un criterio a tomar en consideración es “el dato de la gravedad del delito que tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia impidiendo la andadura procesal, en

---

<sup>8</sup> Cf. Vicente GIMENO SENDRA, en ob. cit. p. 148..

<sup>9</sup> Cf. Vicente GIMENO SENDRA, en ob. cit. p. 149.

particular la investigación. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado”.<sup>10</sup>

En la línea expuesta precedentemente se orienta tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordinando el uso legítimo de la prisión provisional a que concurra “ la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: sus sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva” (STC 128/1995, dictada en el caso “Sotos-PSV”, y que expresa de forma acabada la posición del Tribunal. Se elimina el criterio legal de “alarma”, virtualmente expulsado del discurso del Tribunal que, como resulta advertible, trata, además, con cautela el criterio, también legal, de la reiteración delictiva).

Para el mismo Tribunal Constitucional español<sup>11</sup>, la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, tomando en consideración la gravedad del delito y de la pena, pero con carácter general exige que la *ponderación del riesgo de fuga* se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del sujeto. De allí es que se señala que la estimación que en primer momento pudo legitimar la medida de aseguramiento debe ser revisada con cierta periodicidad, a fin de evaluar si los hechos tenidos en cuenta al momento de dictarse la medida se mantienen vigentes, de manera que fuese necesario mantener la prolongación de la medida.<sup>12</sup>

Tanto la primera resolución al momento de dictarse la medida, como su revocatoria deben estar debidamente fundamentadas. Para nosotros un sistema como el acusatorio que reconoce al juez penal como juez de garantías y como órgano decisor de la medida, debe permitir un *uso verdaderamente racional* de la prisión preventiva o provisional pues el juez

---

<sup>10</sup> Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, *El juez y la prisión provisional*, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003. p. 24.

<sup>11</sup> Todavía en Ecuador no tenemos un pronunciamiento de la Corte Constitucional, relacionado con el tema, cuyo nacimiento data de octubre del 2008 con la Constitución vigente.

<sup>12</sup> Este fue el criterio del Tribunal español en el caso “Sotos-PSV”, en que decidió que si bien es verdad que existían motivos valederos al dictarse la medida, con el curso del tiempo ya no era necesario su mantenimiento, declarando su procedencia, al momento de presentarse el recurso.

se encuentra al margen de la investigación que la dirige el fiscal, por lo cual no hay el *conflicto de intereses* que se presentaba en nuestros anteriores códigos, en que el juez de la instrucción o investigación era el mismo juez que recibía la prueba y que disponía y revocaba las medidas de aseguramiento personal como la prisión preventiva. Además tanto para que se dicte la medida como para su revocatoria el juez de garantías penales debe convocar a una audiencia oral con tal finalidad respetando el derecho a la defensa y al contradictorio.

### **Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Como un aporte más a lo dicho, agregamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado algunas pautas en cuanto a la aplicación del plazo razonable a que se refiere el Pacto de San José, que sin duda se refiere al derecho a ser *juzgado* antes que a ser *excarcelado*, en tiempo prudencial y razonable o a ser puesto en libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado, en relación al plazo razonable contemplado en el art. 8.1 de la Convención, que “Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden 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 y c) la conducta de las autoridades judiciales” (Caso Genie Lacayo, del 29-1-97, Considerando 77°. En el mismo sentido, causa “Suárez Rosero”, del 12-11-97).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogiendo la doctrina de la Corte Europea, ha insistido en los fundamentos a considerar: a.- Complejidad del asunto (significa igualmente la gravedad del delito); b.- Actividad procesal del interesado (debe analizarse la actitud leal y no obstruccionista de quien está siendo juzgado); y, c.- Conducta del tribunal para establecer ( si ha aplicado criterios y principios como los de celeridad

procesal y debida diligencia), en un caso concreto, que hubo demora inaceptable, que no se observó la regla del plazo razonable.

### **Algunos criterios en Argentina**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa “Bramajo, Hernán Javier”, del 12-9-96, que tuvo por base el informe de la Comisión interamericana 10037 sobre Argentina de 1989, explicó que el concepto de plazo razonable se relaciona con la gravedad del delito y los elementos fácticos de la causa, para concluir que el mismo no es posible de ser establecido a priori y en abstracto. Asimismo, en la causa “Trusso, Francisco Javier, s/excarcelación”, del 12-8-03, se determinó que el plazo establecido en el artículo 1 de la ley 24.390 no es de aplicación automática.

Como dice con acierto un jurista argentino, Mario E. CORIGLIANO: “Desde un punto de vista dogmático un proceso penal cuya tramitación supera el plazo razonable, esto es de duración excesiva, no sólo lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y sus garantías procesales reconocidas en la Constitución. Como consecuencia, si el proceso se prolonga indebidamente todas sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando su derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado”.<sup>13</sup>

En la opinión siempre importante del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Eugenio Raúl ZAFFARONI: “3. En el ámbito procedimental, la preocupación liberal más importante- si no toda- constituye la garantía de defensa, que requiere una sentencia en tiempo razonable. Lo contrario obstaculiza el ejercicio del derecho, facilita la pérdida de pruebas con el transcurso del tiempo y, en definitiva acaba invirtiendo la lógica del proceso al perderse la importancia de un pronunciamiento definitivo, habida cuenta que la violación al principio de inocencia avanza con la duración del proceso, hasta el punto de pronunciarse sentencias cuando el sujeto ha cumplido la pena, lo que también conspira contra la imparcialidad del

---

<sup>13</sup> CORIGLIANO Mario. E. *Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Se puede revisar este documento en nuestra página web. En [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com).

fallo, toda vez que los tribunales tienden a ser remisos a absolver en casos de prisión preventiva prolongada”.<sup>14</sup>

Sobre el abuso institucionalizado con la prisión preventiva y el riesgo cierto de una condena para tratar de legitimar la duración excesiva del proceso penal, nos pronunciamos en el año 1986 con una de nuestras publicaciones, con base en la experiencia de campo que nos proporcionaba el estudio de la duración del proceso penal en Ecuador.<sup>15</sup>

Compartimos el pronunciamiento de que, la razonabilidad del plazo al que se refiere el precepto se debe apreciar en relación con la duración total del proceso desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. Cuando no es aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.<sup>16</sup>

Se trata en todo caso de salvaguardar también el derecho a ser juzgado sin dilatorias que afecten derechos fundamentales como el de *inocencia* y el de *libertad*.

### **Sobre los sustitutivos de la prisión preventiva**

Seguirá siendo un tema de discusión interminable, aceptar o negar que el contenido de la segunda pregunta a que se refirió la consulta popular del 7 de mayo del 2011, referida a los sustitutivos de la prisión preventiva, es inconstitucional, porque se traduce en una propuesta que significa una regresión de los derechos humanos prevista en el segundo

---

<sup>14</sup> ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 1ra. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 859.

<sup>15</sup> ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de Criminología*. Imprenta Offset Graba, 1986, p. 87-106.

<sup>16</sup> Cfr. CIDH. Casos: Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Hilarie Constantine contra Trinidad y Tobago, y Suárez Rosero contra Ecuador.

inciso del Art. 8, y que por ello debe recurrirse a una Asamblea Constituyente conforme el Art. 444 de la Constitución del 2008.

Nuestra posición es de que, *no es necesaria una reforma constitucional*, porque lo que ha habido en verdad es una *mala* utilización de los sustitutivos de la prisión preventiva y un *uso irracional y abusivo del derecho* a que se refiere el Art. 77 n. 11 de la Constitución del 2008, y que existen incluso reformas al Código de Procedimiento Penal que se prevén en el Art. 160. Para aplicar correctamente los sustitutivos de la prisión preventiva, y disponer las que permiten la prohibición de abandonar el país, o presentarse cada cierto tiempo ante la autoridad, se debe respetar el *principio de proporcionalidad*.

Yo no voy a abdicar de lo que he sostenido con respecto al principio de *derecho penal mínimo* (o de *mínima intervención penal*) preconizado por el Prof. Luigi Ferrajoli) o con respecto al *principio de oportunidad*.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> En el año 1986 (hace 23 años) se publicó por parte de Offset Graba en Guayaquil, un libro TEMAS DE CRIMINOLOGIA del cual soy autor, que contiene un estudio que va desde *La criminología liberal reformista a la criminología crítica*, en el que cuestionaba el abuso con la prisión preventiva, la conveniencia de su caducidad, las salidas alternativas al sistema penal, y reclamaba por la racionalidad de la prisión preventiva (p. 73-108). Al igual que con el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, me unía una gran amistad personal con el Prof. Alessandro Baratta, *padre* de la criminología crítica que vino dos veces al Ecuador, una por gestión directa de mi parte.

En el año 1988 (hace 21 años) se publicó por parte de Offset Graba en Guayaquil, un libro TEMAS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA de mi autoría en el que hago referencia al *Nuevo derecho penal y criminología crítica* (p.11), a un *Nuevo derecho penal* (a partir de la p. 29) siguiendo los lineamientos del Prof. Claus Roxin. En lo personal hago una defensa del *derecho penal mínimo* (a partir de la p. 37) pues ya conocía el pensamiento del Prof. Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camerino, a quien cito en mi libro. Me refiero a la *Nueva criminología* (a partir de la p. 51), y me refiero al *Abolicionismo* (a partir de la p. 59) reproduciendo la opinión de Ferrajoli, de abolir por lo menos la pena de cárcel.

En 1996, Offset Graba de Guayaquil, publica otro libro de mi autoría, TEMAS DE CIENCIAS PENALES, en que me refiero al modelo acusatorio oral, al *principio de oportunidad*, a un uso racional de la prisión preventiva, insisto en la caducidad del auto de prisión preventiva, y la necesidad de su aplicación en función de la gravedad del delito imputado, etc. (p. 79-107). El *anteproyecto de código penal* de mi autoría, además de su vertiente finalista, tiene aspectos relacionados con las alternativas a la privación de la libertad que yo venía estudiando y compartiendo. (cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Práctica Penal*, Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995, p. 152-248).

*Constituye sin duda un uso irracional del derecho, utilizar una medida cautelar distinta a la prisión preventiva para poner en libertad a un sujeto que por ej. se encontraba detenido con más de 100 kilos de cocaína, o a un asesino o a un violador, en el momento en que se los llama a juicio, con el argumento de que con las reformas al CPP, es válido disponer otras medidas cautelares, pues el Art. 159 reformado dice: “ En todas las etapas del proceso las medidas privativas de la libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva...”, y que el Art. 232 del mismo CPP - que se refiere al auto de llamamiento a juicio - dice: “ 3.La aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación”.*

Veamos los siguientes aspectos:

La prisión preventiva - que llega a convertirse en una forma de pena anticipada aunque no sea esa su finalidad -, no debe ser manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, pues es una forma preponderante de coerción penal que produce como principales efectos los desintegradores de la personalidad, como la despersonalización, prisonización, etiquetamiento, etc., que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva.<sup>18</sup>

Los límites racionales para el encierro preventivo pueden encontrarse en planteamientos como: 1. Su excepcionalidad, de manera que la libertad se siga respetando como principio. 2. Su fundamento únicamente en la probabilidad de autoría y participación o *riesgo de fuga* o de entorpecimiento en la búsqueda de la verdad. 3. Evitar que la prisión preventiva produzca un mayor daño que la amenaza de la pena por respeto al *principio de proporcionalidad*. 4. La subsidiariedad, vale decir que se evite en lo posible el encarcelamiento. 5. Su limitación temporal, de manera que enervados los indicios que permitieron fundar una presunción de responsabilidad se disponga de inmediato su revisión y la cancelación de la medida de aseguramiento preventivo.

---

<sup>18</sup> Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A., 2009, p. 127 y ss.

## **Casos en que no procede sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar**

No es necesario reformar la Constitución, para expresar que los delitos graves no deben permitir la puesta en libertad, para que el justiciable vaya regularmente al juzgado a firmar un registro, y a limitar su salida del país. Pues nos encontramos ante un riesgo cierto y razonable de *fuga*, cuyo responsable es el juez de garantías penales. Los jueces de garantías penales deben hacer un *uso racional del derecho*, traducido en la facultad de utilizar una medida menos gravosa como es la prisión preventiva, PERO JAMÁS EN DELITOS GRAVES como tráfico de drogas, violación, asesinato, tráfico de migrantes, pornografía infantil, prostitución de niños y adolescentes, delitos contra la propiedad (robos, secuestro *express*) agravados, sicariato, para mencionar los más graves, pues el Art. 159 dice en la totalidad de su párrafo segundo: “*En todas las etapas del proceso las 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*” (vale decir, para evitar que se fugue).

Agreguemos a lo expresado que en la Constitución de Montecristi del 2008, se señalan dos razones (que son de política criminal), para disponer la medida de aseguramiento personal, en el Art. 77 n. 1 que dice: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas con la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva...”

Los fundamentos de política criminal que señala la Constitución del 2008 para legitimar la necesidad de la prisión preventiva, vale decir su utilización de *última* o de *extrema ratio*, son: 1. Garantizar la comparecencia en el proceso, misma que estaría garantizada si ya está privado de la libertad en un caso grave. 2. Asegurar el cumplimiento de la pena, misma que estaría asegurada si sigue detenido.

Si el juez asume el riesgo de que no comparezca al proceso (por ej. En caso de narcotraficantes, violadores, asesinos, sicarios, etc.), *beneficiando al detenido con un sustitutivo* en virtud del Art. 232 n. 3, que significa ponerlo en libertad, el juez tiene que responder si no comparece a la audiencia del juicio el presunto delincuente. Si ya está llamado a juicio lo más lógico y racional es que se oculte o se dé a la fuga, si consigue que se lo ponga en libertad!

En los casos graves como los que se señalan, si el juez pone en libertad a un imputado o procesado, hay un *ejercicio doloso y abusivo del cargo* por parte del juez de garantías penales, en perjuicio de la causa pública, incumpliendo el juez con la obligación de prestar el auxilio que la causa pública demanda y que es inherente al ejercicio del cargo. No se trata de echarle la culpa al Código de Procedimiento Penal, a la Constitución del 2008, o a las reformas al CPP del 24 de marzo del 2009, pues como dice un destacado jurista argentino Julio Bernardo José Maier, autor del *Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*<sup>19</sup>, el mejor código del mundo fracasa si no tiene buenos operadores, que significa buenos policías (el primer filtro de selectividad del sistema penal), buenos fiscales y buenos jueces.

En guarda del respeto a un *derecho penal mínimo* y a un concepto justo de lo que debe ser la *mínima intervención penal*, dejamos constancia de que el *derecho penal mínimo* o el *principio de oportunidad* o un *uso racional del derecho* cuando se trata de utilizar la prisión preventiva como último recurso (Art. 77 numeral 11 de la Constitución del 2008), se degenera cuando un mal juez pone en libertad a un traficante de drogas o a un violador o asesino, etc., a pretexto de las garantías constitucionales y procesales. El *derecho penal mínimo* busca la utilización de la cárcel como recurso *extremo*, vale decir en los casos más graves.

Lo que es para el primer mundo - incluyendo España - el flagelo del terrorismo, es para nosotros el tráfico de drogas, ambas expresiones de la delincuencia organizada transnacional o trasfronteriza. Cuando defendemos un derecho penal de *última* o de *extrema ratio* no

---

<sup>19</sup> Se puede revisar el documento en nuestra página web, en [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com) en el link DOCTRINA PENAL.

estamos legitimando la impunidad, antes y por el contrario lo que pretendemos es llegar a la *contracción al máximo del derecho* penal, para que el sistema penal funcione realmente sancionando los delitos más graves, de la manera más pronta, y con la intensidad que reclama una sociedad azotada por la delincuencia de mayor costo social, y de mayor contenido violento.

Si un sujeto que estando preso por delitos graves como los que se han mencionado, recupera la libertad por la decisión abusiva del juez, y no comparece al proceso para la audiencia del juicio, de quien es la responsabilidad? Sin duda del juez de garantías penales que habría adecuado su conducta en la hipótesis típica del prevaricato. Para incurrir en delito de prevaricato, es suficiente el actuar con *dolo eventual*, no se requiere ni *dolo directo* o *dolo de primer grado*, ni un actuar con *dolo indirecto*, o de *consecuencias de necesarias*.<sup>20</sup>

Un *uso racional del derecho* implica la no puesta en libertad, para que el sujeto presunto delincuente *se encuentre a disposición de la judicatura para la audiencia de juicio, y luego para el cumplimiento de la pena*, lo cual no va a ocurrir si ya está libre en un caso como el de drogas, de asesinato, de violación, etc. Nosotros afirmamos la *necesidad de mantener la prisión preventiva* en los casos de delitos graves, como el relacionado con el tema de las drogas ilegales, violaciones, asesinatos, secuestro express, sicariato, tráfico de migrantes y otros. En lo personal podemos ser abolicionistas, o sugerir que la única respuesta racional al tráfico de drogas ilegales es su legalización<sup>21</sup>, pero otra cosa es nuestra posición frente al crimen organizado y la delincuencia organizada transnacional, -como el tráfico de drogas-, por lo que no estamos de acuerdo con algunos jueces que a pretexto de garantías incurren en un ejercicio abusivo de la función, y en un *uso irracional del derecho*.

Las propuesta no es la de eliminar los beneficios de excarcelación, sino la de eliminar un ejercicio abusivo del derecho.

---

<sup>20</sup> Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 85 y siguientes.

<sup>21</sup> Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Cárcel y drogas. De la represión a la legalización*. Editorial Edino, Guayaquil, 1994, 161 páginas.

En opinión del Catedrático de Derecho Procesal Penal español, D. Luis GIMENO SENDRA – que era además Magistrado del Tribunal Constitucional de España- :” De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional y Europeo de Derechos Humanos) puede entenderse por prisión provisional la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral”.<sup>22</sup>

Como se trata de una medida cautelar que afecta un *derecho fundamental* como es el *derecho a la libertad*, en palabras de GIMENO SENDRA, “La incidencia de esta medida sobre el referido derecho fundamental conlleva importantes consecuencias doctrinales y prácticas, como son la aplicación de un lado, de la doctrina constitucional sobre la *proporcionalidad* y el otorgamiento de otro, a este derecho fundamentales de una especial protección jurisdiccional”.<sup>23</sup>

Con respecto al *principio de proporcionalidad* destaca el catedrático español GIMENO SENDRA, que puede extraerse de la *legalidad*, recordando que el Art. 8.2º del CEDH (Comité Europeo de Derechos Humanos), requiere que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar “prevista por la ley”, es decir que el ordenamiento jurídico expresamente la prevea, incluso se refiere a los *tasados motivos* que justifican el sacrificio de ese derecho fundamental. Algunos países en Europa se refieren a un listado de delitos en los que se puede dictar la medida, en tanto que la LECRIM (Ley de Enjuiciamiento Criminal) de España se refiere al *quantum de gravamen* de la imputación (art. 503.2). Incluso se descarta la utilización de la medida *para evitar la destrucción de la prueba*. Otro aspecto importante es el de la *necesidad* de la medida de aseguramiento, de manera que *objetivamente se justifique* para obtener el cumplimiento de los fines

---

<sup>22</sup> Vicente GIMENO SENDRA, *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Publicado en PRISION PROVISIONAL, DETENCION PREVENTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997. p. 141.

<sup>23</sup> Vicente GIMENO SENDRA, en Ob. Cit. p. 143.

constitucionales que la legitiman, “debiendo adoptar en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

La aplicación del principio de necesidad a la prisión provisional en un sistema democrático, entraña el cumplimiento de dos exigencias constitucionales, cuales son de un lado, su *excepcionalidad* conforme a la cual, a diferencia del proceso inquisitivo, *en una sociedad democrática la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general*, sino que ha de adoptarse exclusivamente cuando se cumplan escrupulosamente los fines que la justifiquen (SSTC 41/1982, 32, 34 y 40/1987, 13/1994 y 1289/1995, y, de otro es indispensable también para la adopción de la medida la existencia de una *imputación grave* que haga racionalmente presumir el peligro de fuga.

El cumplimiento del sub principio de *necesidad* exige la justificación objetiva de la prisión provisional, pues, al ocasionar el sacrificio de un derecho tan preciado como lo es el de la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra *alternativa menos gravosa* para el derecho a la libertad, que asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión provisional, ello, no obstante no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental”.<sup>24</sup>

Como consecuencia lógica del principio material de *necesidad* surge la obligación formal del juez” consistente en efectuar una especial *motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental a la libertad* en la que ha de plasmar el *juicio de ponderación* entre los contradictorios derechos e intereses en pugna a fin de justificar en el auto la necesidad de la medida y ello, no sólo para que el imputado pueda conocer las razones justificativas de la restricción de su derecho fundamental, sino también para que pueda ejercitar con eficacia los recursos devolutivos contra aquella resolución en los que el Tribunal “ad quem” podrá comprobar o no la justificación del acto”, como señala el catedrático GIMENO SENDRA.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Cf. Vicente GIMENO SENDRA, en ob. cit. p. 145-146.

<sup>25</sup> Cf. Vicente GIMENO SENDRA, en ob. cit. p. 146.

La situación no está libre de discusiones en España, aunque su Constitución a diferencia de la nuestra no estableció un límite para la *caducidad de la prisión preventiva*, reconoce el derecho de todo ciudadano de no ser privado ilegalmente de la libertad, de tener un tiempo máximo de duración de setenta y dos horas para la detención preventiva (que es con fines de investigación), y en cuanto a la prisión provisional (similar a nuestra prisión preventiva), la ley – no la Constitución- debe determinar su plazo máximo de duración. Agregamos a lo dicho que en España, la prisión preventiva se aplica a los delitos que tengan una pena mínima de seis años, en Ecuador a partir del año de pena mínima.

### **La prisión preventiva como medida cautelar procesal o penal**

Un jurista y magistrado español de reconocido prestigio y valía, Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, señala que la prisión provisional recibe formalmente el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. Presentada así le correspondería un lugar secundario en el proceso penal como una suerte de instituto de carácter instrumental, que busca asegurar el normal desarrollo del proceso (que se puede paralizar en caso de fuga), y eventualmente garantizar que en un momento posterior cumpla la pena privativa de libertad que pudiere imponérsele.

Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, nos advierte del ocultamiento de al menos dos aspectos centrales de la institución. “El primero es que en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar de primer orden en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. Que desborda funcionalmente los límites formalmente asignados en esa primera caracterización-marcados en apariencia por las notas de excepcionalidad, provisionalidad y subsidiariedad- por la normalidad de su uso y puesto que no solo cumple fines procesales, sino que su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización –en general bastante generosa- del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el proceso tienen una inevitable dimensión penalizadora, ha debido ser revisado, a la luz de

los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobili: 'hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal...Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada expresión carneluttiana'. Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear.

El segundo aspecto-que sin duda tiene que ver con el anterior- es que la prisión provisional, además de un instrumento tan esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también un problema. Yo diría que *el problema* por antonomasia del proceso penal. Sobre todo del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional el mismo que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia".<sup>26</sup>

Resulta difícil conciliar el respeto al *principio de presunción de inocencia* que tiene el rango de garantía constitucional, con la privación de la libertad de un ciudadano que es inocente. Siendo cierto que la prisión provisional o preventiva no es una pena, dado que el presupuesto de procedencia de esta es la existencia de un proceso penal en el que se haya dictado legalmente una condena.

Después de algún tiempo de tratar de encontrar justificaciones a la prisión preventiva o provisional, empiezo a reconocer que es verdad que tiene un carácter instrumental y simbólico, pues en países periféricos como Ecuador ha venido funcionando como una suerte de pena anticipada, cumpliendo el rol de ser medida cautelar y con una función especial preventiva, dirigida al propio sujeto que está privado de la libertad, admitiendo por nuestra parte que no debe ser ni es esa su finalidad. Pienso que además cumple una función general preventiva, dirigida a los demás miembros de una comunidad que deben mirar con temor lo que les puede suceder ante la eventualidad de la comisión de un delito.

Lo anterior nos lleva a pensar que la prisión preventiva llega a producir una asimilación de la categoría del imputado con la del condenado, tanto más si la medida cautelar termina por

---

<sup>26</sup> Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, *El juez y la prisión provisional*, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003. p. 15-16.

cumplir funciones específicas de la pena. Esto se da porque al justiciable se le imputa una calidad de peligrosidad para legitimar la prisión con fines de prevención especial. Otro tanto ocurre cuando se dispone la prisión preventiva con la finalidad de evitar la reiteración de otros actos delictivos de gravedad similar al que motiva la Prisión. Recordemos que desde la política criminal se pretende legitimar la prisión provisional o preventiva para asegurar el cumplimiento de la pena que a futuro podría imponérsele.

Luigi FERRAJOLI<sup>27</sup> es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación y del análisis de la forma en que un *statu quo* procesal consolidado *de facto*, en gran medida, al margen del derecho, se ofrece racionalizado a posteriori a través de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio.

Aunque suene como una quimera, FERRAJOLI 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 abuso institucionalizado con la prisión preventiva tratará de ser luego legitimado con una injusta condena.

Aunque lo hemos manifestado en otro espacio, reiteramos nuestra posición de que el imputado debe ser advertido, de que en la audiencia de *intimación de cargos* o de formulación de cargos (Art. 217) el fiscal va a solicitar medidas cautelares personales o reales a efectos de que pueda preparar sus argumentos de defensa. Si no es advertido de que se va a discutir la procedencia de una medida de aseguramiento se lo dejaría en situación de indefensión, en flagrante violación del Art. 76 de la Constitución, n. 7, letras a) y b), que consagra la inviolabilidad del derecho de defensa, que implica contar con el tiempo para prepararla; tal y como lo señala igualmente el Art. 8 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que resultaría igualmente violada si no se previene al imputado de que se va a solicitar la prisión preventiva en la audiencia de

---

<sup>27</sup> Cf. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Bsoco y R. Cantanero Brandes, Trotta, Madrid, 1995, p. 549 y ss.

formulación de cargos. Esta violación constitucional invalida la pretensión no advertida de la fiscalía, y torna improcedente un requerimiento no puesto en conocimiento previo del imputado.

### **La prisión preventiva en el derecho procesal penal alemán**

No está libre de discusiones la *necesidad por razones de política criminal* de acudir a la prisión preventiva en el sistema procesal penal alemán, y al referirse al *fin y significado de la prisión preventiva*, el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. de la Universidad de Munich, Claus ROXIN, expresa, “I. 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. Ella sirve a tres objetivos: 1. Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal. 2. Pretende garantizar una *investigación de los hechos*, en debida forma, por los órganos de la *persecución penal*. 3. Pretende asegurar la *ejecución penal*.”

II. Entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente.

El orden interno de un Estado se rebela en el modo en que está regulada esta situación de conflicto: los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines-aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano.

III. Con ello, el principio constitucional de proporcionalidad, exige restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario”.<sup>28</sup>

El Profesor ROXIN se refiere a lo que denomina *motivos apócrifos de detención* que tiene como finalidades, fomentar la predisposición para cooperar, para facilitar las

---

<sup>28</sup> Claus ROXIN, *Derecho procesal penal*, Traducción de la 25 a edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires-2003, p. 257-258.

investigaciones, para intervenir en casos de crisis, por presión de la opinión pública, como concesión a las autoridades encargadas de la investigación.

### **Conclusiones.-**

**1.-** No es necesaria una reforma constitucional para normar el plazo de la caducidad de la prisión preventiva. En la práctica de la justicia penal ecuatoriana lo que ha sucedido es un abuso con la garantía constitucional que consagró la caducidad de la prisión preventiva, misma que si es aplicada con criterio de racionalidad tomando en cuenta el derecho a la seguridad de todos los ciudadanos y el interés superior de las víctimas, debe ser negada en todos aquellos casos en que la caducidad se produce por una demora deliberada o propiciada dolosamente por el justiciable que utiliza mecanismos con la inequívoca intención de producir la caducidad.

**2.-** En abono de que no se requiere de ninguna reforma constitucional con respecto a la caducidad de la prisión preventiva, recordamos que uno de los principios que prevé la Constitución del 2008 es el de la lealtad procesal, y existe una Ley interpretativa 2007-91, publicada en el RO- 2S 194 del 19 de octubre del 2007, sí como la reforma al Art. 169 contemplada en la Ley 2007-94, publicada en el RO-S 203 del 1 de noviembre del 2007, que sancionan precisamente la deslealtad procesal. Hoy que vivimos con euforia el proceso del neoconstitucionalismo hay que aplicar racional y adecuadamente el *principio o ley de la ponderación* del profesor Robert Alexy de la Escuela de Kiel, que nos conduce a la aplicación del principio superior en función del interés preponderante.

**3.-** Con respecto a la caducidad de la prisión preventiva, no ha existido una respuesta racional cuando la demora ha sido propiciada por una conducta desleal del propio justiciable, pues se ha ignorado lo que dice la Constitución en el Art. 174 en su segundo inciso: “La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley” Siendo el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1), y existiendo el *principio constitucional que sanciona la generación de obstáculos o dilación procesal*, esto es suficiente para que se niegue el derecho a la caducidad de la prisión preventiva cuando la mora la propicia el mismo justiciable. Esto es aplicar correctamente el *principio constitucional* y si fuese del

caso la *ley de la ponderación*. Hoy no hay discusión alguna porque existe inclusive la reforma de la ley procesal penal mencionada *up supra*.

4.- En los casos en que la malicia o temeridad de quien litiga, los actos procesales dilatorios e inclusive la proposición de recursos tienen el propósito deliberado de entorpecer la normal marcha procesal, no debiera funcionar la caducidad de la prisión preventiva por el sólo vencimiento del plazo. Hace mucho tiempo hemos sostenido que nadie debe beneficiarse de su propio dolo, pues resulta ilegítimo que si la conducta dilatoria proviene del propio imputado o de su defensa, agotado el plazo se lo *premie con la caducidad de la prisión preventiva*.

5.- En Ecuador en más de una ocasión se ha producido la sanción inclusive de destitución del juez o magistrado por la caducidad de la prisión preventiva, originada en la conducta obstruccionista del imputado o de su defensa, mediante recusaciones por ejemplo. Nos parece sin duda que en estos casos ha sido injusta tal medida adoptada por el Consejo de la Judicatura, pues no es por la negligencia o connivencia del juez que se ha producido la caducidad!

6.- Como se ha consignado en la doctrina y jurisprudencia española, una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes innecesarios o dolosos, dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta “contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución” (STC 206/1991). Para el caso ecuatoriano invocamos el principio constitucional de la lealtad procesal con la que deben litigar las partes que debe deducirse del Art. 174 de la Constitución, ya mencionado, que forma parte de los principios de la función judicial.

7.- Existe más de un referente normativo supranacional con respecto al plazo razonable, cuya redacción proviene del Art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en la ciudad de

Roma en 1950, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. Art. 9 n. 3., y del Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en San José de Costa Rica en 1969.

En la erudita opinión de Daniel R. PASTOR: “Algunos catálogos de derechos fundamentales recurren a otra fórmula, el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas (así el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADDH), de Bogotá 1948, el art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966 y la Constitución española de 1978, art. 24.2. Asimismo en la Enmienda 6ta. de la Constitución de EE.UU. se otorga el derecho a un ‘juicio rápido’ y la Corte Suprema argentina ha señalado que la Constitución Nacional contiene, implícitamente y como derivación del principio de inocencia, el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento definitivo del modo más rápido, sobre su situación frente a la ley penal”.<sup>29</sup>

**8.-** El *sistema penal* debe reaccionar no frente a los *delitos de bagatela* o de menor cuantía, sino frente a los casos más graves. Ese si es un *uso racional del derecho*, y en delitos graves, no proceden por razones de política criminal aplicar criterios de excarcelación a pretexto de defender un sistema de garantías constitucionales. Es cierto que existe el *principio pro libertatis* pero frente a éste existe el *principio pro ciudadano* o *pro homine* (Art. 427 de la Constitución vigente).

**9.-** Si existe un conflicto de intereses o principios, se debe acudir a un buen uso de la *ponderación* del Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel, que tiene su fundamento en el *principio de la proporcionalidad*, pues si en un proceso penal un juez de garantías debe o no aplicar los sustitutivos de la prisión preventiva, debe ponderar el *principio que garantiza el derecho a la libertad* frente al *derecho de la víctima y de la sociedad*, que exige un actuar frente a la criminalidad de mayor costo social. Si esto no se cumple, se incurre en un *uso irracional y abusivo del derecho*.

---

<sup>29</sup> PASTOR Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1ra. Edición, 2002, p. 47-48.

**10.-** Resulta ilegítimo e inconstitucional que se sustituya la prisión preventiva por una medida menos gravosa, en el momento en que se dicta el llamamiento a juicio, pues en este momento procesal es indiscutible la necesidad de la medida de aseguramiento personal por lo menos en los casos de delitos graves comentados *up supra*, pues el riesgo de fuga (no presentación) es cierto ante la inminencia de la eventual condena que se podría producir luego de la audiencia del juicio.

Es razonable entonces sostener la necesidad de la prisión preventiva para *garantizar la comparecencia en el proceso*, como señala el Art. 77 n. 1 de la Constitución vigente.

**11.-** Si una de las razones de política criminal del aseguramiento personal que prevé la Constitución del 2008 es *asegurar el cumplimiento de la pena*, cuando procede el llamamiento a juicio, la única manera de asegurar su eventual cumplimiento es manteniendo la medida cautelar dictada. Si se dispone la medida acudiendo a un sustitutivo se incurre en un ejercicio abusivo de la garantía constitucional.

**12.-** Si se trata de delitos de *menor cuantía* por su escasa lesividad, tomando en cuenta el monto de la pena, el sustitutivo sin duda es menos gravoso que la privación de la libertad y debe optarse constitucional y procesalmente por el sustitutivo.

## **Bibliografía**

ANDRÉS IBAÑEZ Perfecto, *El juez y la prisión provisional*, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.

CORIGLIANO Mario. E. *Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Se puede revisar este documento en nuestra página web. En [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)

FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Bsoco y R. Cantanero Brandes, Trotta, Madrid, 1995.

GIMENO SENDRA Vicente, *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Publicado en *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997.

PASTOR Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1ra. Edición, 2002.

ROXIN Claus, *Derecho procesal penal*, Traducción de la 25 a edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J.Maier, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires-2003.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 1ra. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de Criminología*. Imprenta Offset Graba, 1986.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de derecho penal y criminología*, Imprenta Offset Graba, 1988.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Cárcel y drogas. De la represión a la legalización*. Editorial Edino, Guayaquil, 1994.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Práctica Penal*, Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de ciencias penales*, Imprenta Offset Graba, 1996.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A., 2009.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.