

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESPECIALIZACION SUPERIOR EN DERECHO PENAL

***“LA PRISION PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR
EN LA LEGISLACION PENAL ECUATORIANA ”***

**Monografía previa a la obtención del título
de Especialista en Derecho Penal.**

Autor: Dr. Alberto Machuca Carpio

Director: Dr. Carlos Alberto Chiara Díaz

CUENCA-ECUADOR

2008

Los conceptos, ideas y comentarios, vertidos en el presente trabajo, son de exclusiva responsabilidad del autor.

Dr. Alberto Machuca Carpio

DEDICATORIA

A mis padres Alberto y Mariana

A mis hermanos Mariana y Holmes, Carlos Andrés e Isabel Valeria

A mi pequeña sobrina María Joaquina.

Alberto Machuca Carpio

AGRADECIMIENTO

A Dios Todopoderoso y a la Virgen María por iluminarme día a día en mi preparación profesional.

A mis padres y hermanos por el apoyo y ejemplo brindado.

A mi director, Dr. Carlos Alberto Chiara Díaz insigne maestro e ilustre tratadista argentino del Derecho Procesal Penal.

Alberto Machuca Carpio

INDICE DE CONTENIDOS

Responsabilidad

Dedicatoria

Agradecimiento

Indice

Resumen-Abstract

PÁG.

INTRODUCCION

1

CAPITULO I

“MEDIDAS CAUTELARES”

1.1.- Concepto

3

1.2.- Naturaleza jurídica

6

1.3.- Objeto

8

1.4.- Ámbito de aplicación

11

1.5.- Clasificación

13

CAPITULO II

“LA PRISION PREVENTIVA”

2.1.- Generalidades

22

2.2.- Concepto

24

2.3.- Finalidad

27

2.4.- Requisitos

30

2.5.- Revocatoria y Sustitución de la Prisión Preventiva

33

2.6.- Impugnación

39

CONCLUSIONES

41

BIBLIOGRAFIA

43

RESUMEN

La persona que comete una infracción penal tiende por cualquier medio a evadir la acción de la justicia, para no enfrentar a un proceso penal que se instaura en su contra, pues su deseo es no arriesgarse a la posibilidad de que se le dicte una sentencia condenatoria a parte de pagar los daños y perjuicios que hubieren sido originados por la comisión del delito, de aquí surge el origen de la prisión preventiva (medida cautelar) que pretende el asegurar que, en un momento dado, lo resuelto por el juzgador no sea una declaración teórica que no puede llevarse a la práctica ni hacerse cumplir, por lo tanto el derecho subjetivo del Estado a castigar las infracciones penales no puede quedar burlado si la persona responsable huye y en su momento dado la sentencia condenatoria no puede ejecutarse.

ABSTRACT

The person who commits a penal infraction tends by any means to evade the action of the justice in order to avoid facing a penal process which will be established against him or her, since his or her wish is not to risk the chance of getting a condemning sentence and having to pay for the harm and damages caused by the crime, reason why preventive prison (precaution action) which pretends assuring that whatever is resolved in court won't be taken as a theoretical declaration which can not be put into practice, reason why the State's subjective right to punish the penal infractions can not be fooled if the responsible person runs away and at the time of the condemning sentence it can not be executed.

INTRODUCCION

Los diversos tratadistas han coincidido en que el derecho penal no es más que una respuesta del Estado concebido como el *ius puniendi* que consiste en la potestad para imponer penas y medidas de seguridad, éstas últimas dependen de la existencia de un proceso, en el que exista la intermediación de éste con el imputado o acusado y además debe tener un carácter provisional, pues cuando no sea necesario proceder a limitar la libertad personal o la libertad de disposición patrimonial del imputado la medida cautelar fenece, aunque el proceso penal en desarrollo no haya concluido.

La persona que comete una infracción penal tiende por cualquier medio a evadir la acción de la justicia, para no enfrentar a un proceso penal que se instaura en su contra, pues su deseo es no arriesgarse a la posibilidad de que se le dicte una sentencia condenatoria a parte de pagar los daños y perjuicios que hubieren sido originados por la comisión del delito, de aquí surge el origen de la prisión preventiva (medida cautelar) que pretende el asegurar que, en un momento dado, lo resuelto por el juzgador no sea una declaración teórica que no puede llevarse a la práctica ni hacerse cumplir, por lo tanto el derecho subjetivo del Estado a castigar las infracciones penales no puede quedar burlado si la persona responsable huye y en su momento dado la sentencia condenatoria no puede ejecutarse.

Las medidas cautelares y entre éstas la prisión preventiva afectan directamente a derechos personales garantizados constitucionalmente como son la libertad, la inocencia, la propiedad; por lo tanto el juez penal, el momento en que dicte estas medidas debe ajustar su conducta en el sentido de evitar que su decisión atente a los bienes jurídicos protegidos, pues el juzgador deberá realizar un estudio eficaz y responsable considerando todas las situaciones de hecho y de derecho que constan dentro del proceso y que tienen relación con el imputado, con los medios probatorios, a fin de que emitan un pronunciamiento que sea el menos lesivo a los citados derechos, es esta la razón por la que las medidas cautelares de cualquier clase deben aplicarse de manera restrictiva y motivada ya que ocasionan limitaciones al goce de derechos tanto esenciales como patrimoniales de la persona contra quien se dictan.

Como veremos en el análisis que se realizará posteriormente en el presente trabajo, la prisión preventiva se encuentra justificada sólo en casos especiales que deben ser señalados expresamente por las leyes procesales y debe estar sujeta a un límite temporal, de modo que no sea una medida que provoque aspectos negativos que se pueden dar incluso dentro del ámbito familiar considerado como el núcleo de la sociedad, y que pueden materializarse en la desintegración familiar causando incluso su miseria cuando la persona sobre la que se dicte esta medidas es el sostén económico y es privado de su libertad.

“LA PRISION PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR EN LA LEGISLACION PENAL ECUATORIANA”

CAPITULO I

“MEDIDAS CAUTELARES”

1.1.- CONCEPTO:

El hombre desde que nace se encuentra ligado a las ideas de libertad y de igualdad, y en un estado democrático sus fundamentos reposan en estos principios, por lo tanto ha sido la manifestación del hombre social y libre que ha tratado de tutelar jurídicamente lo que es de su propio albedrío, nace con él y muere: la libertad, que es la manifestación que de una manera u otra se constituye para el hombre.

Los estados constituidos como el resultado del avance de la actividad humana, a través de la conquista de ciertos principios que solo el hombre pudo lograrlos por su constante sentimiento de sociabilización, su deseo de sobrevivir, de proteger su libertad individual, ha hecho que se los consagre y garantice en las cartas fundamentales de los Estados, persistiendo el interés social, pero en determinados momentos estos valores socialmente reconocidos se ven amenazados, aunque están consagrados y garantizados por la Carta Fundamental, y que por tutela de una de sus leyes, por la alarma se enerva y se hace necesaria la imposición de una sanción, para que este derecho mismo no sea lesionado por el hombre.

En todo proceso penal existe una actividad restrictiva de la libertad personal o de la disposición de los bienes respecto de algunos de sus intervinientes, especialmente con relación a aquellos que son perseguidos frente a la imputación y a los intereses que con el proceso se tutelan, siendo esta situación un aspecto que ha preocupado a la doctrina, de modo que se han impuesto regulaciones normativas que en algunos casos no han sido sistematizadas suficientemente.

El Dr. Manuel Viteri Olvera tratadista ecuatoriano dice que los medios coercitivos a la libertad personal como fundamento, representan la necesidad del estado de aplicar esas medidas, a fin de mantener el orden jurídico preestablecido en beneficio de la sociedad, a la que está obligado a proteger, aunque para ello sea necesario el sacrificio de un derecho individual, por lo tanto el derecho a la libertad individual tiene como límite objetivo, la necesidad del Estado tendiente a mantener la estabilidad social, mediante el efectivo cumplimiento del derecho.

El Dr. César Sanmartín Castro dice que las medidas cautelares pueden definirse como los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre las personas o los bienes, se ordenan a posibilitar la efectividad de la sentencia a que ulteriormente haya de recaer; por lo tanto para este tratadista cumplen una función de aseguramiento, ya que están destinadas a evitar que el peligro que afecta la efectividad de una resolución judicial que no pueda adoptarse y llevarse a efecto de modo inmediato, se convierta en un daño real, impidiendo que una resolución produzca sus efectos en la práctica o los produzca en forma menos útil que la debida.

La actividad cautelar puede afirmarse que está constituida por aquellas medidas que dispone el juez de oficio o a petición de parte interesada, respecto de un proceso, con la finalidad de que la sentencia condenatoria que se dicte, pueda hacerse efectiva, evitando que no sea una mera declaración de certeza oficial sobre el reconocimiento de un derecho; por lo tanto en el campo penal las medidas cautelares en su recepción tienen que ser aplicadas excepcionalmente, de interpretación restrictiva, de aplicación gradual y de subsidiaridad, todo ello con relación al bien jurídico más valioso después de la vida que es la libertad personal.

En la mayoría de los casos la persona que comete una infracción penal tiende por cualquier medio a evadir la acción de la justicia, para no enfrentar a un proceso penal que se instaura en su contra, pues su deseo es no arriesgarse a la posibilidad de que se le dicte una sentencia condenatoria a parte de pagar los daños y perjuicios que hubieren sido originados por la comisión del delito, de aquí surge el origen de la medida cautelar que pretende el asegurar que en un momento dado lo resuelto por el juzgador no sea una declaración teórica que no puede llevarse a la práctica ni hacerse cumplir, por lo

tanto el derecho subjetivo del Estado a castigar las infracciones penales no puede quedar burlado si la persona responsable huye y en su momento dado la sentencia condenatoria no puede ejecutarse.

Etimológicamente la palabra medida significa prevención, disposición que a su vez equivale a un conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo, en el campo jurídico, debemos entender como tales aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

Por lo manifestado y como conclusión a lo expuesto, citaremos el concepto que da el tratadista Fenech de medidas cautelares y dice "...que consisten en una imposición del Juez o Tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una persona o de su libertad de disposición sobre una parte de su patrimonio, y que tiene por fin asegurar la prueba o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la consecución del proceso penal"¹

Este concepto se ajusta a la realidad procesal penal ecuatoriana, ya que las medidas cautelares provienen de un Juez o un Tribunal que es el que adopta la decisión de imponer la medida, que va a limitar la libertad de una persona o la libertad de disponer de sus bienes, con el fin de asegurar los medios de prueba, y sobre todo buscan hacer efectivas las responsabilidades penales y civiles a través de un aseguramiento de la persona y bienes necesarios. Con todo esto lo que se busca a través de las medidas cautelares es evitar que se burle y frustre el fin del proceso penal que es el obtener un efectivo resultado traducido en la real actuación de la ley sustantiva.

Las medidas cautelares no pertenecen de manera exclusiva al sistema acusatorio, pues con anterioridad eran una actividad que integraba el sistema inquisitivo, dentro del cual se las usaba para provocar medios de prueba como la confesión, o para incautarse con antelación a la sentencia, del patrimonio de los acusados; y, lo que ha hecho el sistema acusatorio es señalar los presupuestos de procedibilidad de estas medidas para garantizar derechos fundamentales del ciudadano, y que al ser disposiciones dictadas por el Juez afectan de manera provisional o preventiva bienes del sujeto pasivo procesal.

¹ Tratado de Derecho Procesal Penal, Jorge Zavala Baquerizo, Tomo VI, editorial EDINO, pag. 4.

1.2.- NATURALEZA JURIDICA:

Las conductas tipificadas penalmente son reprobadas por el colectivo social y el responsable de una de ellas debe rectificar su trayectoria o ser apartado temporalmente de las ventajas de la vida en libertad; por lo tanto si el proceso penal desemboca en la imposición de una pena, nos interesa a todos que esa pena sea susceptible de cumplimiento efectivo, en esta línea es necesario establecer desde el inicio del proceso penal las adecuadas medidas cautelares, restringiendo en alguna medida la libertad de la persona sujeta a un proceso.

Las medidas cautelares como mecanismo de seguridad en el sistema procesal penal, se han establecido en contra de individuos procesados, cuya peligrosidad no garantice el cumplimiento de la condena o la indemnización de daños y perjuicios. El tratadista Claus Roxin en su obra Derecho Penal sostiene que “toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro”²

El Dr. Jorge E Vazquez Rossi en su tratado de Derecho Procesal Penal dice que por medidas cautelares debemos entender aquellos actos de índole asegurativa y provisional, y que se dirigen en todos los casos a motivos de efectividad y a evitar que la actuación del Derecho se convierta en ilusoria, lo que ha sido invocado como una de las notas justificativas del encarcelamiento provisional con miras al aseguramiento del eventual condenado para la efectiva aplicación de la pena correspondiente.

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares surge del pensamiento de que el fin de éstas es doble, por un lado garantiza la inmediación del sujeto pasivo del proceso con éste y por otro lado avala el pago de la indemnización de perjuicios al ofendido.

Las medidas cautelares no tiene como fin el aprehender al imputado o limitar un derecho de propiedad, sino que el proceso penal se vale de estas medidas como instrumentos que le permitan cumplir su finalidad, de modo que su aplicación está justificada en aras de garantizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, el

² Derecho Penal, Parte General, Claus Roxin, Editorial Civitas, Barcelona, 1997, Tomo I, pág. 42.

futuro reconocimiento de las pretensiones de las partes y el cumplimiento eficaz de la sentencia y sus efectos.

Para Ortells Ramos tratadista citado por César San Martín Castro en su tratado de Derecho Procesal Penal, los efectos que pueden tener las medidas cautelares son: 1. Los efectos de aseguramiento que se caracterizan por mantener una situación adecuada para que, en su momento, pueda efectivizarse la sentencia principal; 2. Los efectos de conservación que constituyen una mayor injerencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo de la medida, aproximándose a un efecto de satisfacción de la pretensión; y, 3. Los efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión importan la introducción de una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido.

El artículo 159 del Código de Procedimiento Penal establece que “A fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real...”

De la norma transcrita podemos deducir el hecho de que las medidas cautelares siempre dependen de la existencia de un proceso, en el que exista la inmediación de éste con el imputado o acusado y además debe tener un carácter provisional pues cuando no sea necesario proceder a limitar la libertad personal o la libertad de disposición patrimonial del imputado la medida cautelar fenece, aunque el proceso penal en desarrollo no haya concluido.

El tratadista Antonio Luis González Navarro en su obra Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio dice que son tres los elementos que conforman la providencia de medida cautelar: “primero anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia, y, tercero, sus efectos están preordenados y atenedos a lo que resuelva la providencia de mérito subsecuente”³.

³ Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio, Antonio Luis González Navarro, Editorial LEYER, pág. 692.

Los diversos tratadistas han coincidido en que el derecho penal no es más que una respuesta del Estado concebido como el *ius puniendi* que consiste en la potestad para imponer penas y medidas de seguridad.

Si bien las medidas cautelares son necesarias por las razones antes expuestas, es también cierto que tampoco deben adoptarse de manera forzosa siempre y en todos los procesos penales, pues pueden haber casos en los que, el imputado no desea desvincularse del proceso, ni evadir la acción de la justicia, sino hacer frente al proceso penal y dentro de las correspondientes etapas aclarar sus actuaciones personales y demostrar su inocencia.

Para el tratadista ecuatoriano Dr. Jorge Zavala Baquerizo nuestra legislación procesal se ha afiliado a la corriente doctrinaria, por la cual se dice que se debe distinguir entre las medidas cautelares con función de cautela final que están dirigidas a asegurar el cumplimiento de la pena; frente a las medidas cautelares con función de cautela instrumental o procesal, cuya misión es garantizar la inmediación procesal del imputado o acusado, así como la protección de los medios de prueba. Para este tratadista se debería rechazar esta división doctrinal de medidas cautelares, pues la ejecución de la pena no es misión del proceso penal, sino de órganos extraños a la Función Judicial, pues el proceso penal según dice, cumple su fin imponiendo la pena, pero no es de su ámbito el buscar y aprehender al condenado.

Para concluir con este tema citaré lo que la doctora María Laura Barsanti dice al respecto: “La naturaleza de todo procedimiento cautelar es instrumental, instrumento del que pueden valerse las partes y el juez para resguardar, preservar y garantizar alguno de los fines principales del proceso en el que se solicita y decreta”⁴.

1.3.- OBJETO:

La necesidad de dictar medidas cautelares durante el proceso o antes de que inicie éste, se da debido a que existe una tendencia natural del culpable para evadir el castigo que le

⁴ Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal, Carlos Alberto Chiara Díaz, Daniel Horacio Obligado Coordinadores, Editorial Jurídica NOVA TESIS, pág. 350.

corresponde por el hecho punible cometido, es por ello que el órgano jurisdiccional dispone una serie de actos para asegurar la presencia del imputado y de los objetos.

El tratadista Carlos J Rubianes en su obra Manual de Derecho Procesal Penal dice que la finalidad de las medidas cautelares es anticipar los efectos de la jurisdicción, porque la declaración de certeza y la coacción no actúan simultáneamente. Para este autor mientras se esperan las sentencias definitivas, destinadas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisionalmente sus previsibles efectos, por lo tanto más que a hacer justicia están destinadas a dar tiempo a la justicia para que cumpla con eficacia su obra, pues constituyen un instrumento para que se pueda llegar a tiempo, ya que de otro modo la decisión final sería ineficaz, podría llegar tarde, de esta manera según éste autor se explica porque las actividades necesarias para llegar a la declaración de certeza exigen determinado tiempo.

El concepto de medida cautelar se fundamenta en dos acciones: una penal que tiene carácter punitivo que lo que busca es restablecer el orden jurídico alterado imponiendo las sanciones que establece la ley a los partícipes en el cometimiento de una infracción penal, pues la pena es la consecuencia lógica del delito; y, una acción civil que es eminentemente resarcitoria, que tiene como fin restablecer el orden jurídico y hacer que el individuo responsable del delito cumpla con su obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con su infracción.

Para Carnelutti el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva. Por lo expuesto señalaremos que las medidas cautelares tienen por objeto el establecimiento de garantías para que una persona procesada pueda cumplir con la pena, en caso de ser declarada culpable y el pago de los daños y perjuicios ocasionados, como reparación a la víctima.

Las medidas cautelares afectan directamente a derechos personales garantizados constitucionalmente como son la libertad, la inocencia, la propiedad, por lo tanto el juez penal, el momento en que dicte estas medidas debe ajustar su conducta en el sentido de evitar que su decisión atente a los bienes jurídicos protegidos, pues el juzgador deberá realizar un estudio eficaz y responsable considerando todas las situaciones de hecho y

de derecho que constan dentro del proceso y que tienen relación con el imputado, con los medios probatorios, a fin de que emitan un pronunciamiento que sea el menos lesivo a los citados derechos, es esta la razón por la que las medidas cautelares de cualquier clase deben aplicarse de manera restrictiva y motivada ya que ocasionan limitaciones al goce de derechos tanto esenciales como patrimoniales de la persona contra quien se dictan.

La tratadista María Laura Barsanti se refiere al objeto del tema que estamos analizando y dice que la aplicación de las medidas cautelares busca garantizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, el reconocimiento de las pretensiones de las partes y el cumplimiento de la sentencia y sus efectos, ya que el tiempo que demanda la sustanciación del proceso obliga a asegurar los resultados en la mayoría de casos a través de estas medidas, que permiten mantener la igualdad de las partes en el litigio y evitan que las sentencias que ponen fin al proceso sean ilusorias.

Las medidas cautelares no se dictan para que el procedimiento penal cumpla con su finalidad, sino para que el proceso pueda hacer efectivo el cumplimiento de sus fines procesales y extra procesales, pues debemos saber que el procedimiento es el conjunto de normas dirigidas al titular del órgano jurisdiccional competente, encargado de hacerlas cumplir mediante un proceso penal que tiene por finalidad la imposición de una pena a quien resulta culpable.

Debemos tener presente que el principio de inocencia el momento en que se dicta por el juzgador una medida cautelar, está presente en todo momento, ya que estas medidas deben ser aplicadas de carácter excepcional, pues se dictan en contra de personas cuya responsabilidad penal no ha sido declarada y sin embargo están siendo procesados, y además que deberán ser dictadas con un carácter provisional revisable en todo momento pudiendo incluso ser revocada por el juez de la causa cuando los indicios que le sirvieron de fundamento se hubieren desvanecido.

Las medidas cautelares procuran la efectividad realizativa, son de índole provisoria y tratan de fijar una situación relativa al objeto procesal, impidiendo que su modificación haga ilusoria la decisión final, argumentos éstos que han sido invocados de manera

expresa para justificar su aplicación dentro del proceso penal en miras de afianzar la justicia.

Por último es necesario hacer referencia a lo que manifiesta la tratadista Cecilia Novelle, quien dice que resulta indispensable afirmar el carácter instrumental de las medidas cautelares ya que mediante su imposición solo se busca poder aplicar el derecho de fondo tras el debido proceso legal, por lo tanto las restricciones deben decretarse exclusivamente en los casos que resulte necesario para neutralizar el riesgo procesal que se presente, siendo indispensable que tales medidas tengan idoneidad para anular el peligro procesal del caso aplicándolas en virtud de dicha característica y con esa exclusiva finalidad.

1.4.- AMBITO DE APLICACIÓN:

En el proceso penal como en el proceso civil la actividad cautelar es importante ya que pretende garantizar que un momento dado lo resuelto por el juzgador (providencia dictando medidas cautelares) no sea una simple declaración teórica, que no pueda aplicarse en la práctica ni hacerse cumplir, pues estas medidas tienden también a impedir que personas que tengan interés en obstaculizar la administración de justicia ejecuten acciones negativas, como por ejemplo intimidar a testigos del hecho, destruir pruebas, etc. En lo que tiene que ver con el proceso penal, el derecho subjetivo del Estado al castigar las infracciones penales no puede ser burlado si el o los responsables huyen, sin poder de esta manera ejecutarse la sentencia condenatoria expedida.

Para la procedencia de las medidas cautelares, debe existir actuación de un juez, que las ordene o controle, no pueden constituir un fin en si mismo sino que resultan ser una herramienta que posibilita el ejercicio de la jurisdicción ante el imperio del principio de inocencia, no pueden convertirse en una regla pues deben fundarse en razones suficientes que evidencien la alta probabilidad de que las cosas ocurrieron como se presentan y que demuestren el riesgo cierto que se corre para el caso de no disponerse su realización. Estas medidas no pueden perdurar en el tiempo ya que causan un perjuicio y deben guardar relación adecuada con la finalidad u objeto perseguido, para no tornarse de imposible cumplimiento.

Es difícil delimitar las fronteras del ámbito de las medidas cautelares, por lo tanto resulta importante establecer con mayor claridad su concepto y su justa dimensión dentro del ordenamiento jurídico procesal, razón por la que la doctrina considera que hay la idea de tomar como únicas medidas cautelares las que presentan solo un efecto ejecutivo, que aseguren la ejecución forzosa, negándose de esta manera la función cautelar que pueden tener otras medidas con efectos declarativos o de nudo conocimiento.

El artículo 15 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano que dice “Todas las disposiciones de esta Ley que restringen la libertad o los derechos del imputado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente”, guarda íntima relación con lo que establece el artículo 159 del mismo cuerpo penal, al indicar que la aplicación de las medidas cautelares “...debe ser restrictiva...”.

Por lo tanto las normas antes referidas, imponen al juez el deber de hacer uso de la facultad de disponer medidas cautelares, que le confiere la Ley, solo en el caso que lo creyere necesario y siempre que se reúnan los requisitos que establece el Código de Procedimiento Penal, respetando el cumplimiento estricto de estos presupuestos de procedibilidad establecidos en la Ley, sin dejar de observar las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 24 de la Constitución Política de la República.

La tratadista María Laura Barsanti dice que “El ejercicio de las medidas cautelares presupone la facultad coercitiva y coactiva del empleo de la fuerza pública para formalizar restricciones de derechos personales o patrimoniales o de apercibir su aplicación si no se realiza lo dispuesto”⁵.

Lo expuesto por la Dra. Barsanti tiene plena concordancia con la razón de ser de la aplicación de las medidas cautelares que deben ejecutarse restrictivamente, solo en los casos en que el juez penal juzgue que sean necesarias disponerlas, a solicitud del Fiscal, según la legislación penal ecuatoriana, no obstante de ello la decisión es del juez

⁵ Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal, Carlos Alberto Chiara Díaz, Daniel Horacio Obligado Coordinadores, Editorial Jurídica NOVA TESIS, pág. 350.

investido de jurisdicción y legalmente competente, ya que todas estas medidas afectan y restringen la libertad de la persona o el uso de los bienes patrimoniales del imputado y que se encuentran garantizados constitucionalmente.

El procedimiento cautelar está sometido a un trámite sumario, para la adopción de la resolución cautelar, que genera un primer problema que se deriva de la legitimación de las partes para solicitar medidas cautelares y del papel del juez sobre el particular. La adopción de las medidas cautelares se someten al principio de oficialidad, ya que éstas pueden ser dictadas de oficio por el juzgador, independientemente de las peticiones que pueden formular las partes, sin ser vinculatorias al juez, ya que éste puede acordar una medida mas o menos intensa del derecho fundamental cuya restricción se pide. En nuestra legislación procesal penal el Ministerio Público en atención a su condición de titular de la acción penal y promotor de la justicia está legitimado para solicitar todo tipo de medidas cautelares.

El tratadista Jorge E Vázquez Rossi al referirse a las medidas cautelares dice que la decisión jurisdiccional sobre la cuestión sometida, es siempre una respuesta mediata al conflicto ya que para arribar a una declaración conclusiva es necesario analizar el proceso y éste debe ser el “debido”, por lo tanto se hace indispensable algún tipo de aseguramiento preliminar sobre bienes, personas y pruebas.

Como conclusión debo decir que para la aplicación de las medidas cautelares se debe tener en cuenta que son coercitivas ya que implican restricción a los derechos individuales sea con relación a la persona o al patrimonio, además son precautorias porque previenen la satisfacción del resultado del proceso evitando un posible daño jurídico; y, por último son provisionales ya que nunca podrán tener el alcance de una pena o expropiación si se advierte que aún falta la condena firme.

1.5.- CLASIFICACION:

Como ya hemos manifestado en el presente trabajo la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la realización del proceso, ya sea restringiendo la libertad locomotiva del imputado o la libre disposición de sus bienes, de modo que tienden a

garantizar la aplicación en un caso determinado del derecho material aplicable y no cumplir con el papel de sanción a la desobediencia al orden jurídico.

La doctrina reconoce dos tipos de medidas cautelares penales las personales y las reales o patrimoniales, las primeras pretenden a asegurar la presencia física del imputado en el proceso, mientras que las segundas pretenden impedir la insolvencia sobrevenida del imputado o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito y asegurar las acciones civiles derivadas del delito.

Las medidas cautelares como ya hemos manifestado se rigen por dos principios básicos la excepcionalidad de su aplicación y la proporcionalidad entre la intensidad de la medida y el riesgo procesal generado por quien habrá de soportar la coerción, por lo tanto en el proceso penal entonces, existe la posibilidad de aplicar medidas cautelares que consisten en el uso de la fuerza directa sobre la persona del imputado restringiendo su derecho a la libertad ambulatoria (medidas cautelares personales) o sobre los bienes del mismo (medidas cautelares reales). Esta restricción en los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, se produce durante la tramitación del proceso penal a fin de que lleguemos a una averiguación de la verdad material y la actuación de la ley sustantiva.

El artículo 160 del Código de Procedimiento Penal establece: “Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva y la detención en firme. Las Medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo”.

La norma transcrita establece cuales son las únicas medidas cautelares que pueden ser impuestas por el juez penal, revistiéndoles de legalidad a dichas medidas, es esta la razón por la que las clasifica y subclasifica a las medidas cautelares, luego de explicar la naturaleza de éstas, al decir que son de dos clases personales y reales, entrando a subclasificarlas cada una de las anteriores también de acuerdo a su naturaleza, diciendo que las personales son: detención, prisión preventiva y detención en firme; en tanto que las reales son: la prohibición de enajenar, el secuestro, la retención y el embargo.

Para mi criterio es importante señalar que para establecer una clasificación de medidas cautelares se tiene que observar los principios que señala el profesor Antonio Luis González Navarro en su obra “Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio”, pues dice que es de aceptación por parte de la doctrina extranjera que las medidas cautelares deben tener aspectos que las caracterizan, como son: 1.- Jurisdiccionalidad (solo el órgano judicial competente las puede ordenar); 2.- Instrumentalidad (se someten a un proceso penal en marcha hasta su culminación); 3.- Provisionalidad (duran mientras estén vigentes el proceso y los requisitos que las han propiciado); y, 4.- Taxatividad (la ley se encarga de establecer cuáles son y en que procesos se pueden ordenar).

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo dice que el fundamento de la clasificación y subclasificación de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano “...se encuentra en la relación que las mismas tienen con la persona afectada con dichas medidas. De allí se desprende que la intensidad individual y social de ellas provocan consecuencias diversas y de distinta gravedad, ya se trate de las medidas personales, ya de las reales. Siendo las primeras, esto es las personales las que afectan mas severamente a quien las sufre, lo que no sucede con las reales, que si bien alteran la vida del procesado no lo hacen con las graves y negativas consecuencias individuales, familiares y sociales que provocan las medidas cautelares de carácter personal”⁶.

Las **medidas cautelares personales** son aquellas que propenden a asegurar la presencia del imputado al proceso, y se refieren al ejercicio de la acción penal y la tramitación del proceso penal, en el que se vinculan el imputado con la investigación que se realiza en la etapa de Instrucción Fiscal, pues tienen carácter subjetivo ya que causan afectación en el sujeto pasivo del proceso penal, al imputado, y tienen relación con la eventual imposición de la pena (sanción) al responsable.

Las medidas cautelares personales como se ve afectan directamente a la libertad física y ambulatoria de las personas ya que tienen como fin el garantizar el efectivo cumplimiento de las penas privativas de libertad, que va mas allá del hecho, de que una privación de libertad anticipada a la pena impuesta en sentencia, pueda obedecer a

⁶ Tratado de Derecho Procesal Penal, Jorge Zavala Baquerizo, Tomo VI, editorial EDINO, pag. 23.

varias circunstancias entre éstas por una razón de orden público (relacionada con la defensa de la sociedad), otra razón es que apuntan a evitar que los imputados vuelvan a cometer o sigan cometiendo delitos, o impedir que quien está siendo procesado evada a la administración de justicia, o evita que los imputados dificulten la investigación, atemoricen a los testigos o destruyen vestigios utilizados en la comisión del delito con el propósito de inducir a engaño al juez. Las medidas cautelares personales son según nuestro Código de Procedimiento Penal:

La detención es una medida de carácter personal que tiene como fin la de privar la libertad a una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad de que ha cometido o ha participado en la comisión de un delito de acción pública. Esta medida cautelar es necesaria, temporal, legal, de tipo investigativo y de carácter personal.

El artículo 164 del Código de Procedimiento Penal establece que quien está autorizado a ordenar la detención es el juez penal competente, pero siempre ha pedido del fiscal, además la detención tiene como fin la de investigar un delito de acción pública siempre que existan presunciones de responsabilidad, esta norma concluye estableciendo además los requisitos que debe reunir la boleta en la que se ordena la detención, en relación con las normas constitucionales que regulan el debido proceso.

La detención provisional tiene una duración limitada y no prolongada como la prisión preventiva, ya que por esta medida el individuo contra quien se dicta la misma no podrá estar detenido mas de veinte y cuatro horas (Art. 165 CPP).

A continuación me limitaré a dar solo un concepto de la **prisión preventiva** por cuanto en el segundo capítulo de este trabajo se realizará un análisis detallado de todos los aspectos relacionados con esta medida que restringe a la libertad personal de un individuo determinado y que se justifica en aras de la persecución del delito confiadas a la autoridad; y garantiza el juzgamiento y penalización de las conductas tipificadas en la ley, entre otras cosas para asegurar la comparecencia del imputado al proceso.

Otras de las medidas que contemplaba nuestro Código de Procedimiento Penal y que ya no se aplica porque ha sido derogada, tiene que ver con la **detención en firme** que fue incorporada en el Código de Procedimiento Penal en el artículo 173-A que tenía como

finalidad asegurar la presencia del acusado en la etapa de juicio y evitar una suspensión en el auto de llamamiento a juicio, la misma que era dictada obligatoriamente por el juez que conoce de la causa, excepto para quien haya sido calificado como presunto encubridor, o para quienes estaban siendo juzgados por una infracción cuya pena no exceda de un año de prisión. La mayoría de tratadistas nacionales han sostenido que la detención en firme atenta a principios básicos constitucionales, que tienen que ver con el debido proceso y una de las garantías mas importantes y elementales de todo ser humano que es la libertad, por esta razón citaré el análisis que realiza el Dr. Jorge Zavala Baquerizo al respecto, para efectos de adoptar una posición determinada, con relación a esta medida cautelar que nuestra legislación penal regulaba, al efecto este tratadista dice que “ Jurídicamente la única “detención en firme” es la que surge como consecuencia de la imposición de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia condenatoria ejecutoriada. Por ende, constitucionalmente, la prisión firme o “detención en firme” no puede surgir del auto de llamamiento a juicio pues el acusado sigue siendo inocente y es un absurdo jurídico y un atropello a los derechos a la libertad y a la inocencia del justiciable que se impongan retroactivamente los efectos jurídicos de una posible futura pena, a un momento procesal en que aún no se ha establecido la culpabilidad del acusado. En una frase: **se hace sufrir los efectos jurídicos de la pena privativa de libertad a quien no ha sido condenado**”⁷.

Dentro de las medidas cautelares nuestro Código de Procedimiento Penal en el Capítulo II (artículos 161, 162 y 163) se refiere a la **Aprehensión** que resulta ser la detención por delito flagrante (aquel que se comete en presencia de una o mas personas, cuando se descubre de inmediato después de su comisión o si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito cometido), facultando a los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional a aprehender a una persona que se le encuentra cometiendo un delito de acción penal pública, o inmediatamente después de su comisión, con la obligación de entregarla a órdenes del Juez competente dentro de las veinte y cuatro horas posteriores, igual autorización para detener, la ley confiere a cualquier persona, pero a ésta se le impone el deber de entregar al aprehendido inmediatamente a la policía, para que los agentes pongan a su vez a órdenes del Juez Penal.

⁷ Tratado de Derecho Procesal Penal, Jorge Zavala Baquerizo, Tomo VI, editorial EDINO, pag. 206.

Las **medidas cautelares reales** son todas aquellas que tienen que ver con el gravamen de los bienes del imputado o procesado con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de carácter patrimonial que contra él fueron declaradas en la sentencia.

Clariá Omedo define a las medidas cautelares reales diciendo “que, en general puede decirse que son de coerción real las medidas coercitivas ordenadas en el proceso o durante los actos para su preparación, cuando recaen sobre elementos probatorios distintos de las personas mismas, o sobre bienes del imputado o de terceros civilmente demandados para asegurar la prueba material o las responsabilidades pecuniarias ante la eventualidad de una condena”⁸.

El Dr. Manuel Viteri Olvera dice que “Las medidas cautelares de carácter real tiene por objeto asegurar el resultado económico del proceso”⁹. Por lo tanto para este tratadista ecuatoriano el proceso penal tiene como fin imponer una pena, y es a través del proceso como se puede realizar el derecho, estableciendo el ordenamiento jurídico que ha sido violentado por el cometimiento de una infracción, de una manera íntegra y no parcial, pues no basta imponer una pena y que se ejecute ésta, sino que también resulta necesario el resarcir los perjuicios económicos que la infracción provocó.

Las medidas cautelares reales según el Dr. Viteri Olvera se clasifican en preventivas y ejecutivas. Las primeras (preventivas) tienen por finalidad asegurar de antemano la posibilidad de una condena y que si ésta se impone se la pueda ejecutar para beneficio del derecho, tanto en lo que se refiere a la privación de la libertad del procesado, como a la satisfacción económica de la multa, de las costas procesales y de las indemnizaciones civiles. Las medidas cautelares ejecutivas tienen por finalidad hacer efectivas tanto la pena como las obligaciones económicas de todo tipo.

Para la doctrina las medidas cautelares reales no miran al normal desenvolvimiento del proceso, no al cumplimiento de los fines de éste, sino que se refieren exclusivamente a

⁸ Tratado de Derecho Procesal Penal, Jorge Zavala Baquerizo, Tomo VI, editorial EDINO, pág. 299.

⁹ Síntesis del Nuevo Código de Procedimiento Penal.- Estudio y aplicación de las medidas cautelares; Dr. Manuel Viteri Olvera, editorial Soledad del Mar Productora y Editora SA, pág. 99.

asegurar el cumplimiento de la pena pecuniaria y a asegurar la satisfacción económica del ofendido en lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, que son actividades posteriores a la conclusión del proceso y que, dichas medidas no tienen incidencia alguna en la sustanciación del proceso y sólo se hacen efectivas una vez concluida la sustanciación del juicio (artículo 191 del CPP).

Las medidas cautelares reales para el profesor Antonio Luis González Navarro tiene su fundamento en el “perriculum in mora” que es el peligro de menoscabo que sufre el bien jurídico tutelado por la demora del trámite procesal, al respecto Ugo Rocco sostiene “el perriculum in mora no consiste en el peligro del retardo de la providencia definitiva, sino en la posibilidad de que en el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitada su realización por medio de los órganos jurisdiccionales”¹⁰; por lo tanto para este tratadista el objetivo de las medidas cautelares reales es garantizar como lo hemos dicha en líneas anteriores, los derechos de los afectados o víctimas del delito ante una eventual insolvencia patrimonial del acusado.

El artículo 191 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano dice: “Modalidades.- Para asegurar las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales, el juez podrá ordenar sobre los bienes de propiedad del imputado el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar. Estas medidas cautelares solo podrán dictarse cuando se encontraren reunidos los mismos requisitos previstos para la prisión preventiva”.

Del texto de la norma transcrita diremos que ésta se refiere exclusivamente a medidas de carácter preventivo, que son dictadas por el juez mientras el proceso se está sustanciando, con la finalidad de asegurar las posibles indemnizaciones civiles que el acusado en caso de ser condenado debe pagar por las costas procesales y por la posible pena pecuniaria que debe satisfacer.

Todas las medidas cautelares de carácter real comprenderán bienes por valores suficientes para que se garanticen las obligaciones, y deberán ser fijados por el juez con

¹⁰ Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio, Antonio Luis González Navarro, Editorial LEYER, pág. 693.

equidad, al momento de dictar el auto en que ordene la respectiva medida (Art. 192 CPP).

El artículo 191 del CPP enumera las medidas de carácter real que pueden ser dictadas por el juez así tenemos:

- a) **Prohibición de enajenar bienes:** esta medida se produce cuando el Juez Penal prohíbe que el imputado enajene sus bienes inmuebles, ordenando en el mismo auto que los notarios se abstengan de otorgar escrituras públicas de enajenación de dichos bienes, así como la prohibición para que el registrador de la propiedad las inscriba. Estas medidas son una aplicación de las normas reguladas por el Código de Procedimiento Civil aplicadas en el procedimiento penal. Una vez que se ha dispuesto las prohibiciones y han sido notificados tanto los notarios como los registradores de la propiedad tienen la obligación de sentar razón en los libros especiales que deben reposar en sus archivos para este fin.
- b) **Secuestro:** es una medida cautelar que tiene mucha semejanza según la doctrina con el embargo, y ésta ha sido la causa para que se confunda la naturaleza y los fines de estas medidas. El secuestro es una medida de naturaleza provisional y simplemente preventiva, pues puede ser revocada cuando el juez lo considere y su único objetivo se agota, cuando se ha aprehendido un bien con el único fin de asegurar las posibles responsabilidades económicas futuras. Lo que busca no es privar de la propiedad del bien al imputado sino que la sigue manteniendo el titular pese a que no tiene sus bienes en su poder.
- c) **Retención:** es la aprehensión de una cosa mueble (rentas, créditos), que el deudor tiene en poder de una tercera persona y que queda a disposición del juez en manos de un depositario judicial. Una vez dictado el auto de retención el actuario del juzgado deberá notificarlo a la persona en cuyo poder se encuentre la cosa rendida, para que no se la entregue sin la respectiva orden judicial que decretó esta medida. Ejemplo: cuando el juez ordena la retención de fondos del imputado en una institución financiera, con esta medida se le priva al imputado la facultad que tiene de disponer o usar los bienes retenidos, pues si bien la propiedad no ha sido privada con esta medida se impide el ocuparlos o hacer uso de los mismos durante un tiempo determinado.

Otras de las medidas cautelares reales que se señala en nuestro Código de Procedimiento Penal es el **embargo** que se encuentra regulado en el artículo 193, en donde podemos señalar ciertas características esenciales entre ellas la de ser una medida definitiva que esta vigente mientras no concluya el proceso, por lo tanto no podrá ser revocada, por parte del juez que decreta en el mismo fallo, ya que esta medida es un efecto inmediato y necesario del auto de llamamiento a juicio. El embargo se ordenará por una cantidad equivalente al valor de la multa, costas procesales y las indemnizaciones civiles. En el mismo auto de llamamiento a juicio el juez deberá ordenar que se embarguen bienes del procesado, pues esta medida garantiza al ofendido si ha presentado acusación particular, la responsabilidad pecuniaria que tiene el sujeto pasivo del proceso en el que incide el auto de llamamiento a juicio y garantiza al Estado en lo que se refiere al pago de la pena pecuniaria.

CAPITULO II

“PRISIÓN PREVENTIVA”

2.1.- GENERALIDADES:

Desde el punto de vista constitucional la exigencia de un debido proceso sin dilaciones injustificadas es un límite a la facultad discrecional que tiene el legislador para regular la medida de prisión preventiva. El Estado tiene como deber el velar por la convivencia pacífica que se logra a través de una persecución eficaz del delito, frente a las determinadas formas delincuenciales que lo ocasionan y ante dificultades probatorias que muchas de las veces son ajenas a la actividad y diligencia de los órganos del ente estatal, los términos para la investigación y juzgamiento de ciertos delitos mayores, de manera que se evite la liberación de presuntos autores de hechos ilícitos que pueden producir repercusiones profundas en la vida social.

Mas aún el tratadista Alberto Binder en su obra Introducción al Derecho Procesal Penal dice: “El preso en prisión preventiva debe ser tratado de modo tal que se minimicen todos los efectos propios de la privación de la libertad. Así como existe el principio de humanización de las cárceles en lo que respecta a la pena, también existe un principio de minimización de la violencia a que está sometido el preso en prisión preventiva”¹¹.

La Constitución Política de la República del Ecuador, en su artículo 24 numeral 7 expresa: “Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada” y el numeral 6 dice: “Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenersele detenido sin fórmula de juicio por mas de veinte y cuatro horas” . El Código de Procedimiento Penal en sus artículos 159, 164 y 167 faculta al Juez Penal para que pueda dictar medidas de carácter personal, esto es la detención de una persona

¹¹ Introducción al Derecho Procesal Penal, Alberto M Binder, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina, pág. 202.

con fines investigativos (antes de que se inicie el proceso penal); la prisión preventiva que se dicta cuando se ha iniciado el proceso penal para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, cuando se cumplan los presupuestos legales establecidos.

La prisión preventiva como medida cautelar al decir de algunos tratadistas consiste en el encarcelamiento en un lugar cerrado, que no busca constituir un mal al afectado, sino de prevenir el entorpecimiento de la realización del proceso y consiguientemente de causar las afectaciones imprescindibles a su finalidad preventiva. Además la situación del que se halla en prisión preventiva es distinta en cuanto a su tratamiento a la del penado que se halla sufriendo una pena de prisión, a pesar de lo cual, el tiempo que permanezca privado de libertad en virtud de la prisión preventiva le será de abono para el cumplimiento de la pena eventual, cualquiera que sea su índole, a que fuera condenado.

Una de las instituciones que mas polémica ha provocado y sigue provocando para la doctrina, según el Dr. Jorge Zavala Baquerizo es la prisión preventiva, pues para unos es una consecuencia de una conducta desafiante a la norma jurídica penal; para otros, si bien la rechazan de manera general, la admiten como un mal necesario; y finalmente al decir de este autor no faltan quienes la rechazan absolutamente y la consideran una de las mas graves negaciones a la libertad humana.

Como complemento de lo expuesto en líneas anteriores, con el objeto de entender de una mejor manera lo que implica el campo de acción en el que opera la prisión preventiva citaremos lo que al respecto dice Fenech: “los jueces de instrucción restringirán, inspirados en el verdadero propósito de la Ley, la prisión provisional a aquellos casos en que sea absolutamente indispensable, procurando que en la tramitación de los procesos en que el imputado se encuentre preso se proceda con la mas extraordinaria rapidez, sin demorar los plazos legales, y cuidarán que las carpetas de estos procesos lleven un distintivo que en forma ostensible denote que hay presos”¹².

¹² Manual de Derecho Procesal Penal, Dr. Ricardo Vaca Andrade, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001, pág. 21.

Como veremos en el análisis que realizaremos posteriormente, la prisión preventiva se encuentra justificada solo en casos especiales que deben ser señalados expresamente por las leyes procesales y debe estar sujeta a un límite temporal, de modo que no sea una medida que provoque aspectos negativos que se pueden dar incluso dentro del ámbito familiar considerado como el núcleo de la sociedad, y que pueden materializarse en la desintegración familiar causando incluso su miseria, cuando la persona sobre la que se dicte esta medida es el sostén económico y es privado de su libertad.

La presunción de inocencia aboga por el carácter excepcional de ésta medida ya que pretende asegurar la presencia del imputado en el proceso penal en relación con la ejecución, al respecto el tratadista Francisco Ramos Méndez dice que “El desvío del fin esencial la convierte en represión anticipada y constitucionalmente vetada. Ni siquiera una mayor comodidad en la investigación sumarial, justifica echar mano de la medida. La cautela debe ser siempre razonable y no gratuita. Incluso es exigible una revisión continua de sus presupuestos en orden a los objetivos de la medida”¹³.

2.2.- CONCEPTO:

La naturaleza cautelar de la prisión preventiva no exige para su configuración de un juicio previo o de una sentencia condenatoria, pues busca cumplir los fines y objetivos de la investigación penal que se materializan en la judicialización de los hechos punibles tipificados en la ley penal y en la comparecencia del imputado al proceso impidiendo que se evada de la acción de la justicia, evitándose de esta manera que el delincuente continúe con el desarrollo de sus actividades ilícitas y con aquellas tendientes a ocultar o destruir elementos probatorios que son importantes para el cumplimiento de la función judicial y para el esclarecimiento de los hechos.

El Dr. Alfredo Vélez Mariconde, nos da un concepto de la medida cautelar de carácter personal que es la prisión preventiva, manifestando que es “el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de la libertad, a

¹³ El Proceso Penal, Francisco Ramos Méndez, J.M Bosch Editor, Impreso en España, año 2000, pág. 191.

fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal”¹⁴. Por lo tanto en esta medida se advierten con mayor nitidez los caracteres de la coerción personal: preventiva, cautelar y provisional, de esta manera se justifica la posibilidad de su cese durante el desarrollo de la investigación penal, preparatoria o del proceso cuando no haya necesidad de prevenir.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo nos da un concepto de la prisión preventiva: “...es una medida cautelar procesal de carácter personal, excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal por la cual se limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso cuando, al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarla con la finalidad de que el proceso se desarrolle normalmente. Esta medida cautelar surge a través de un acto procesal llamado legalmente auto de prisión preventiva (provisional) que se hace efectivo por medio de la orden de prisión provisional”¹⁵.

Del concepto citado resultan las características de esta medida, que es de carácter **procesal** porque solo se aplica dentro de un proceso penal; es **cautelar** porque pretende evitar un riesgo, es **excepcional** porque está dada por la libertad individual, que es el bien jurídico garantizado en la Constitución Política de la República, y la limitación a esta garantía constituye la excepción que debe ser aplicada a casos extremos.

El artículo 167 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano dice: “Cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública ;
2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”.

¹⁴ Derecho Procesal Penal, Alfredo Vélez Mariconde, Tomo II, Editora Córdova, Impreso en Argentina 1986, pág. 507.

¹⁵ Tratado de Derecho Procesal Penal, Jorge Zavala Baquerizo, Tomo VI, editorial EDINO, pág. 86.

Para entender con claridad el contenido y regulación de la norma transcrita es necesario dar conocer lo que el tratadista Mario Eduardo Corigliano expresa con relación a la prisión preventiva pues dice que “...es la medida procesal que coarta las libertades reconocidas a través de la Constitución Nacional pero que tiene como finalidad el resguardo de los fines perseguidos en el procedimiento, la averiguación de la verdad y actuación de la ley sustantiva o la prevención inmediata sobre le hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento. Procesalmente, el fundamento real lo encontramos en el peligro de fuga del imputado o que obstaculice la averiguación de la verdad...”¹⁶.

La prisión preventiva debe ser dictada por el juez penal cuando este considere que las medidas principales no ofrecen la seguridad de la inmediación del procesado con el juicio penal, que no puede ser impuesta sino en consideración con el objeto de proceso y solo en los casos en que sea necesaria (art. 167 CPP) para satisfacer el normal desarrollo del proceso en el que incide dicha medida, razón por la que el auto de prisión preventiva debe ser debidamente motivado por el juez (art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República), debiendo explicar la razón o las razones por las que se considera necesaria en el caso concreto la aplicación de esta medida cautelar en contra del imputado.

El Dr. Alberto Bovino dice que “El desarrollo histórico del derecho procesal penal latinoamericano, especialmente en lo referido al tema del encarcelamiento preventivo, pone de manifiesto las reducidas posibilidades del derecho interno para revertir la gravísima situación determinada por la persistencia generalizada de practicas que vulneran el principio de inocencia. En efecto, la regulación legal en el ámbito interno no sólo es problemática en aquellos países con ordenamientos procesales penales antiguos, sino también en países que han reformado el sistema de enjuiciamiento penal en los últimos años”¹⁷. La correcta aplicación de a ley penal depende de la averiguación de la verdad real de los hechos investigados, de modo que en ciertos durante el trámite del proceso penal, y para cumplir con los fines de éste, la jurisdicción

¹⁶ Garantías, Medidas cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal, Carlos Alberto Chiara Díaz, Daniel Horacio Obligado Coordinadores, Editorial Jurídica NOVA TESIS, pág. 404.

¹⁷ Problemas del Derecho Penal Contemporáneo, Alberto Bovino, Editores del Puerto, 2006, Libro de Edición Argentina, pág. 123.

puede ejercer medidas para restringir la libertad individual, en los casos y modos legalmente previstos.

El artículo 168 del Código de Procedimiento Penal establece la competencia, forma y contenido de la decisión para dictar la prisión preventiva, y tenemos que el competente para dictar esta medida como ya venimos manifestando es el juez penal que lo puede hacer de oficio o a petición del Fiscal. Con relación a la forma de la decisión al ser un auto, este tiene que ser debidamente motivado y fundamentado por escrito, tal como lo establece nuestra Constitución Política en el artículo 24 numeral 13. Por último esta norma establece los requisitos que tienen que cumplirse para que el contenido de la decisión sea dictado correctamente y apegado a ley, por lo tanto se deben señalar los datos procesales del imputado o los que sirvan para identificarlo, debe existir una breve relación de los hechos delictivos que se le imputan contra quien se dicta la medida y su calificación delictiva, debe existir una fundamentación clara y precisa de los requisitos que deben concurrir para que se dicte esta medida y que tiene que ver sobre los indicios de la existencia de la infracción y la participación del imputado; y la decisión debe contener una cita de las disposiciones legales aplicables.

2.3.- FINALIDAD:

Para la doctrina el derecho procesal penal a través de la prisión preventiva busca evitar la frustración de los fines del procedimiento, puesto que la persona a quien se aplica debe ser considerada inocente hasta que en sentencia firme se lo declare culpable y se lo someta a una pena. Es esta la razón por la que se tiene que tomar en consideración ciertos principios que tienen relación al tema motivo de estudio y que son: 1.- Principio de judicialidad (el encarcelamiento debe ser realizado con orden emitida por el juez competente); 2.- Principio de excepcionalidad (en virtud del bien jurídico que se protege que es la libertad y que puede ser alterado en casos excepcionales); 3.- Principio de proporcionalidad (la duración de la medida cautelar no resultará mas gravosa para el imputado que la pena que le corresponda en caso de condena); y, 3.- Principio de subsidiaridad (apelar a otras medidas menos gravosas que permitan de igual manera resguardar los fines del procedimiento).

El tratadista ecuatoriano Manuel Viteri Olvera dice que “El artículo 167 del Código de Procedimiento Penal al referirse del auto de prisión preventiva, tiene un motivo y una finalidad. El motivo lo hace depender del proceso penal. Para qué?, para diferenciarlo de otras instituciones privativas de la libertad, para diferenciarlo de la detención propiamente dicha, que surge, nace y se forja extraprocesalmente fuera del proceso penal, y para diferenciarlo del arresto, que es la aprehensión del contraventor con la finalidad de ser juzgado inmediatamente. Entonces, el motivo, la causa del auto de prisión preventiva, es el proceso penal, pero la finalidad de ese auto es de carácter procesal propiamente dicho”¹⁸.

El artículo 167 del CPP en su primer inciso deja por lo tanto constancia de las finalidades que se le confieren a la prisión preventiva, al decir que cuando el juez haya llegado a la conclusión que es necesaria limitación a la libertad individual de las personas deba dictarla para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena. Por lo tanto la violación de la norma jurídica por parte de una persona lleva consigo implícita una obligación de tolerar la sustanciación de un proceso que se inicie en su contra y por consiguiente el deber de someterse a la orden de un juez.

El tratadista Alberto Binder al respecto dice que: “Distinta es la consideración respecto del peligro de fuga. Ya hemos visto que el Estado se encuentra con un límite absoluto que es la imposibilidad de realizar los juicios en ausencia. No se pueden realizar los juicios penales en rebeldía del imputado. En consecuencia, aquí el imputado tiene efectivamente un poder real para obstaculizar el desarrollo del proceso e impedir la aplicación de una pena. En consecuencia la prisión preventiva sólo es admisible cuando se trata de un mecanismo excepcional y restringido que tiende a evitar la fuga del imputado”¹⁹. La prisión preventiva es la única medida que solo puede acordarse por decisión judicial y no gubernativa, ya que esta garantía máxima debería operar como tranquilizadora de la conciencia ciudadana, pero ello exige a cambio la máxima prudencia en las decisiones judiciales, pues tan preciado es el valor libertad que cuando

¹⁸ Síntesis del Nuevo Código de Procedimiento Penal.- Estudio y aplicación de las medidas cautelares; Dr. Manuel Viteri Olvera, editorial Soledad del Mar Productora y Editora SA, pág. 41.

¹⁹ Introducción al Derecho Procesal Penal, Alberto M Binder, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires Argentina, pág. 200.

se atenta contra él con una prisión preventiva injusta, se ha establecido la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por lo expuesto diremos que la prisión preventiva tiene tres finalidades:

a) **Mantener al sujeto pasivo del proceso unido a éste**, para que exista una necesaria intermediación del titular del órgano jurisdiccional penal respecto del sujeto pasivo contra quien se ha dictado la medida, de modo que se genera una relación jurídica que constituye la naturaleza del proceso. Es necesario la vinculación del imputado al proceso para que el Fiscal en primera instancia y luego el Juez puedan conocer directamente la verdad de los hechos por parte de él, y que ocasionaron una acusación oficial en su contra desde el momento en que existe la emisión de un dictamen acusatorio, pasando de esta manera a convertirse en acusado, esto tiene su razón de ser por cuanto la aspiración del Estado no es condenar por condenar sino que surja la verdad que resulta indispensable y previa a la verdad procesal.

b) **Impedir que el imputado o acusado destruya huellas, vestigios, objetos de la infracción**, esta finalidad apunta directamente a evitar que se produzca una destrucción de la normal sustanciación del proceso penal, que pudiera darse si se produce una destrucción de los principales aspectos que justifican la materialidad de la infracción así como la responsabilidad del imputado. Esta finalidad lo que pretende es evitar que la labor del Ministerio Público y de su órgano auxiliar como es la policía judicial, que dirigen su actividad a la búsqueda de la verdad completa y total, sean obstaculizadas por el sospechoso o el imputado cuando éstos ejecuten actos contrarios a la finalidad inmediata del proceso penal. Con la prisión preventiva legal y correctamente dictada, permitirá que el imputado durante la sustanciación del proceso penal no tenga éxito en su actuación negativa y contraria al interés social.

c) La última finalidad es **impedir que se suspenda la sustanciación del proceso penal**. La etapa de instrucción fiscal que la conduce el Fiscal y la etapa intermedia que se sustancia ante el Juez Penal son etapas que tienen objetivos claros y precisos, que son investigar y reunir pruebas de la existencia de la infracción e identificar a los responsables que han participado en el cometimiento del hecho ilícito. El juez penal en la audiencia preliminar valora o evalúa la investigación realizada por el Fiscal, en esta

etapa no hace falta la presencia física del imputado, y el proceso puede tramitarse en su ausencia, contándose con su abogado particular o con el defensor de oficio. Una vez que se dicta el auto de llamamiento a juicio es necesaria la presencia del encausado pues, el verdadero juicio penal que se produce en la etapa de juicio y ante el Tribunal Penal en el caso ecuatoriano, solo puede darse con la presencia del acusado, debido a que en esta etapa es de suma importancia el principio de contradicción, que garantice el derecho a la defensa del encausado y en caso que se dicte sentencia condenatoria que el Estado haga cumplir la pena, lo cual no sería posible si el procesado está prófugo.

Como conclusión diremos que la prisión preventiva, está constituida por la actividad que han de desarrollar los operadores de justicia, para la reducción del imputado al estado de privación de libertad, mediante su ingreso en un establecimiento público destinado para este fin, con el objeto de que esté a la disposición del titular del órgano jurisdiccional, asegurando de esta forma los fines del proceso penal y la ejecución de la pena que se imponga en la sentencia si fuere condenatoria. El tratadista Carlos Rubianes nos da su opinión al decir que los fines de la prisión preventiva son dos: “- determinar el encarcelamiento de una persona probablemente autora de un delito para que esté presente en el proceso y al ejecutarse la pena; - establecer, por providencia judicial expresa, la relación de una persona con un hecho de carácter delictual, del cual es probablemente su autora”²⁰.

2.4.- REQUISITOS:

La posibilidad jurídica de aplicar la prisión preventiva se ha de reducir a casos de absoluta necesidad para proteger los fines que el mismo procedimiento persigue, y aún dentro de ellos, solo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida que no sea privativa de la libertad, menos perjudicial para el imputado. El tratadista Alberto Bovino dice: “La detención preventiva, como medida cautelar, sólo puede tener fines procesales. El carácter procesal de la detención significa que la coerción (la privación de libertad) se utiliza para garantizar “la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”. Se trata, en consecuencia, de lograr que el proceso penal

²⁰ Manual de Derecho Procesal Penal, Carlos J Rubianes, III El Procedimiento Penal, Ediciones Desalma, Segunda reimpresión, 1982, Buenos Aires, pág. 118.

se desarrolle normalmente, sin impedimentos, para obtener la solución definitiva que resuelve el aspecto sustantivo del caso”²¹.

Dentro del proceso penal todo procedimiento cautelar se encuentra en constante tensión con el estado de inocencia del sujeto pasivo de la infracción, por lo tanto las normas que tornen visible la aplicación de la prisión preventiva deben ser interpretadas restrictivamente, es así que quien dicta esta medida cautelar debe realizar un análisis estricto para efecto de determinar si concurren o no los requisitos que establece la ley (artículo 167 del CPP) para decidir respecto a la aplicación de esta medida cautelar.

Por lo expuesto para que se pueda dictar la prisión preventiva deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) **Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública:** Los indicios son los hechos objetivos relacionados con el objeto del proceso y relacionados con otros indicios forman una presunción. Debemos entender que no es que la ley exige que se haya probado la existencia del hecho, sino que dentro del proceso existan ya los elementos de juicio generales para que el juez pueda presumir que se ha cometido un delito claramente delineado. Al utilizar la ley el término “indicios” por lo menos deben existir dos de éstos, para que pueden permitir establecer la existencia de un hecho injusto que es materia del proceso. Pero no es suficiente que se justifique que existen indicios que hagan presumir la existencia de un delito sino que además es necesario que el acto antijurídico sea de aquellos que el Código de Procedimiento Penal los califique como de acción penal pública, que pueden ser de instancia oficial o de instancia particular (arts. 32, 33 y 34 del CPP), de modo que puedan ser objeto de un proceso penal que se sustancie sin necesidad de estímulo de parte o de un proceso de instancia particular.
- b) **Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito:** Los indicios que sustentan con firmeza la presunción del juez acerca de la participación y responsabilidad de un sujeto que ha participado en el cometimiento de una infracción, hace presumir la existencia de un nexo causal

²¹ Problemas del Derecho Penal Contemporáneo, Alberto Bovino, Editores del Puerto, 2006, Libro de Edición Argentina, pág. 137.

entre la infracción y sus responsables (art. 88 CPP), pues los indicios han de aparecer con cierta claridad en los elementos de convicción que constan dentro del expediente, y que permiten que el juez tenga convencimiento de que no hay posibilidad de error o duda en cuanto a la responsabilidad, aunque no es indispensable que el juez alcance el mismo grado de certeza requerido que se exige para dictar una sentencia condenatoria. Este requisito establece que la pena de prisión preventiva no es aplicable al encubridor de un hecho injusto. El Código Penal (art. 41) establece los grados de responsabilidad que son la autoría, la complicidad y el encubrimiento, sin embargo dentro del proceso penal el juez puede dictar el auto de prisión preventiva solo en contra del autor o del cómplice mas no en contra del encubridor ya que éste no es partícipe en la infracción, pues el no participa en la comisión del delito sino su actuación es posterior, que tiende a favorecer la conducta del autor o del cómplice. El Código de Procedimiento Penal prohíbe dictar esta medida cautelar personal en contra del encubridor así se encuentren reunidos los requisitos legales respectivos, ni en la etapa de la instrucción fiscal, ni en la etapa intermedia, ni en el auto de llamamiento a juicio.

- c) **Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año:** Con este requisito lo que hace la ley es permitir abrir la posibilidad de que se aplique la prisión preventiva siempre que se reúnan los requisitos a los que nos hemos referido y que el juez considere necesario decretar la privación de la libertad del imputado, por lo tanto el Código de Procedimiento Penal pretende regular que a partir de un límite inferior (un año) el juzgador pueda comenzar a examinar la necesidad de adoptar esta medida. Con este requisito lo que se busca es que no se ordene la privación de la libertad del imputado sino solo en casos extremos como una excepción y no como una regla general, ya que el límite de la pena señalado por la ley como requisito para que se dicte esta medida cautelar, se asocia con la gravedad del delito cometido y es por esto que entre nosotros esta asociación permite establecer que todo delito sancionado con una pena superior a un año sea grave lo que en la práctica no deja de ser una exageración. Por último diremos que siendo una medida cautelar de carácter personal tan delicada y que va a afectar uno de los derechos mas importantes de todas las personas como es la libertad por un tiempo determinado ya sea seis meses en los delitos sancionados con pena de prisión o

un año en aquellos sancionados con pena de reclusión (art. 169 CPP) se exige que el delito por el que se va a juzgar al individuo sea de tal gravedad que cuando al menos la pena exceda de un año de prisión, pues resulta sin sentido el aplicar esta medida cautelar a quien se imputa responsabilidad penal por un delito que no tiene prevista pena privativa de la libertad como en el caso de los delitos que solo están sancionados con multa.

Por último es necesario citar lo que el Dr. Martín Alejandro Sánchez dice respecto al tema que analizamos: “Desde el punto de vista formal, cabe destacar el auto que dispone la medida debe ser fundado (como, por ejemplo, lo prescribe expresamente el CPPBA en sus arts. 157 y 158). El requisito de la motivación es garantía de seguridad jurídica. Cabe destacar que tal exigencia debe extremarse, ya que la falta de fundamento o motivación genera indefensión en un individuo que se reputa inocente. Consiguientemente, el auto que impone el encarcelamiento cautelar, como cualquier otro medio de coerción, “debe motivarse con fundamento en la existencia de mérito para llevar el imputado a juicio”²². La prisión preventiva sólo puede ser considerada como una consecuencia eventual, de que el órgano jurisdiccional declare que la instrucción ha reunido los elementos de convicción suficientes para creer que existe un delito y que el imputado es culpable como partícipe del mismo.

2.5.- REVOCATORIA Y SUSTITUCION DE LA PRISION PREVENTIVA:

El artículo 170 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano al respecto expresa: “La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:

- 1.- Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;
- 2.- Cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído;
- 3.- Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida alternativa; y,
- 4.- Cuando su duración exceda los plazos previstos en el artículo 169.

Se suspenderá la prisión preventiva cuando el imputado o acusado rinda caución.

Vencidos los plazos previstos en el numeral 4, no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva, salvo la detención en firme”.

²² Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal, Carlos Alberto Chiara Díaz, Daniel Horacio Obligado Coordinadores, Editorial Jurídica NOVA TESIS, pág. 462.

La prisión preventiva como medida cautelar, el momento en que es dictada por el juez que conoce de la causa no es una decisión definitiva, irrevocable o irreversible que puede perdurar en el tiempo causando perjuicios muy graves a una persona y a sus familiares, sino que es una medida que persigue fines específicos, claros y determinados.

El numeral primero del artículo 170 del Código de Procedimiento Penal establece que una de las causas de revocatoria del auto de prisión preventiva, se da cuando todos los presupuestos objetivos que la motivaron se hubieren desvanecido en el desarrollo del proceso penal, y para que se de esta situación los indicios que hacían sospechar que se había cometido un delito de instancia oficial o aquellos que hacían creer que el imputado había intervenido como sujeto activo en el cometimiento de la infracción hubieren desaparecido. Por lo expuesto diremos que el juez que dictó esta medida cautelar deberá examinar si es que aún se mantienen las causas que le impulsaron a creer necesaria la aplicación de la prisión preventiva, caso contrario deberá revocarla a petición de las partes o sin necesidad de tal pedimento.

El numeral segundo del artículo 170 del CPP, establece que la revocatoria de la prisión preventiva tiene que ser dispuesta por el juez cuando se hubiere dictado un auto de sobreseimiento a favor de del imputado y del acusado. Se denominan acusados a los sujetos pasivos del proceso que se encuentra en la etapa de juicio, como también se denominan sujetos pasivos del proceso a aquellos contra quienes se ha presentado una acusación particular. De lo dicho tenemos que un imputado-acusado es aquel sujeto que siendo imputado enfrenta una acusación particular impuesta en su contra. El auto de sobreseimiento puede ser provisional o definitivo que se dicta a favor del imputado, quedando el mismo liberado de la pretensión punitiva que se exhibió en su contra durante la etapa de instrucción fiscal. Tanto el sobreseimiento provisional como definitivo y que son dictados por el juez una vez que el representante del Ministerio Público ha emitido su dictamen fiscal al concluir la etapa de instrucción fiscal, se concretan en el hecho de que durante la investigación realizada por la Fiscalía en la primera etapa del proceso penal, no se cumplió eficientemente con los fines que dieron origen el inicio de una instrucción fiscal.

El numeral tercero es el que se refiere a la posibilidad de que si el juez considera necesario podrá remplazar la prisión preventiva por otra medida cautelar alternativa incluidas en el artículo 171 del CPP que dice: “Siempre que se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito, el juez o tribunal puede ordenar una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

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

Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el artículo 169 de este Código”.

Una novedad interesante constituye la posibilidad de **sustituir la prisión preventiva** por otras medidas cautelares que constan en la norma que hemos transcrito, y que impone dos condiciones para que se de la sustitución: a) Que se trate de un delito sancionado con una pena que no exceda de cinco años, esto con el fin de que el encausado no fugue o evada a la administración de justicia; y, b) Que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por la comisión de un delito, sin tener importancia que el delito sea doloso o culposo, permitiéndole al juez adoptar la resolución de imponer la medida cautelar alternativa, fundamentando la misma en la peligrosidad del justiciable, de modo que la ley no impone el dictar una medida alternativa a la prisión preventiva como deber procesal sino que deja al arbitrio del juzgador la conveniencia o inconveniencia de conceder tal medida de acuerdo al estudio que haga en relación con la naturaleza del delito cometido y la conducta del imputado.

Con relación al **arresto domiciliario** la doctrina establece que se trata de una medida de prisión preventiva que se hace efectiva en el domicilio del imputado o del acusado, en este caso no es una medida que reemplaza a la prisión preventiva sino que el juez la

dispone para que se la cumpla en un domicilio determinado bajo la vigilancia de los agentes de la autoridad judicial, lo cual es criticable porque implica que la policía judicial a pretexto de encomendar la vigilancia a sus agentes de imputados en diferentes procesos penales, puede descuidar de las funciones que son mas importantes y que el Código de Procedimiento Penal les impone. El arresto domiciliario no permite que el procesado pueda salir de su domicilio salvo que el juez lo autorice otorgando el permiso correspondiente. Ej: para que el imputado se realice un examen médico, o para la práctica de un acto procesal en el que se requiera su presencia.

Otras de las medidas alternativas que establece nuestra ley procesal penal es aquella que tiene que ver con la **obligación que contrae el imputado de hacer acto de presencia periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad que sean designadas por éstos**, por lo tanto ésta medida es de control judicial periódico según lo establece la doctrina, y tiene como fin mantener la vigilancia al procesado sin que se perjudique su actividad normal durante el tiempo de sustanciación del proceso penal. Al decir del Dr. Jorge Zavala Baquerizo esta medida "...se sustenta en la confianza que se brinda al imputado de que cumplirá con la obligación que le impone el juzgado, esto es, la de comparecer ante la autoridad respectiva"²³.

La tercera medida alternativa señalada en nuestra ley procesal penal es la que tiene que ver con **la prohibición de salir del país o de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal**, el fin de estas medidas alternativas apuntan a restringir el área de circulación ambulatoria del procesado. Con esta garantía queda limitada la garantía constitucional que permite a todos los habitantes de la república a transitar libremente dentro del territorio nacional y a salir y entrar con libertad del Ecuador (art. 23 numeral 14 Constitución Política de la república).

El inciso final del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal establece que cualquiera fuere el delito cometido por una **persona mayor de sesenta y cinco años**, el juez obligatoriamente deberá dictar en el auto en que dispone la prisión preventiva, que el procesado cumpla esta medida en su domicilio, bajo control policial (agentes de la policía judicial). Este arresto domiciliario puede cumplirse en cualquier domicilio, no

²³ Tratado de Derecho Procesal Penal, Jorge Zavala Baquerizo, Tomo VI, editorial EDINO, pág. 184.

solo del procesado, pues puede darse el caso de que una persona que no reside en el lugar donde es procesado, tenga la amistad de cualquier ciudadano de reconocida honestidad que resida en el lugar sede del juzgado, y que manifieste su voluntad de asilar al procesado que es mayor de sesenta y cinco años.

Cuando se trata de una **mujer embarazada y hasta noventa días después del parto**, según lo que dispone el artículo 171 inciso final, y sobre quien se ha dictado el auto de prisión preventiva, esta no será efectiva sino como arresto domiciliario, que lleva consigo ventajas tanto para el proceso porque no se pierde la inmediación de éste con el sujeto pasivo; y además genera ventajas a la persona que se beneficia de esta medida alternativa en el sentido de que puede desempeñar del domicilio actividades que le ayuden a superar la situación social y judicial en que se encuentra, mientras esta siendo procesada.

El numeral cuarto del art. 170 del CPP se refiere a la revocatoria de la prisión preventiva, cuando se hayan cumplido cualquiera de los plazos a los que se refiere el artículo 169 del CPP. Dentro de este requisito al referirnos a los límites que señala la ley, si bien establece un mínimo, un año para que se dicte esta medida cautelar es necesario que establezcamos que nuestra ley procesal penal también establece los límites en los que se debe considerar la **caducidad** de esta medida cautelar y así tenemos que la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delito sancionados con prisión y de un año en delitos sancionados con reclusión. Debiendo considerar que ambos casos para que opere la caducidad, los plazos se contarán a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. En caso de que excedan estos plazos la orden de prisión preventiva dictada quedará sin efecto, quedando bajo responsabilidad del juez que conoce de la causa, pues nuestra legislación a normas constitucionales y procesales establece que en caso de que se produjere la caducidad de esta medida cautelar en los plazos señalados, el juez o el tribunal penal competente tiene que remitir obligatoriamente el expediente completo al Consejo Nacional de la Judicatura que es el órgano encargado de llevar un registro individualizado de estos hechos. Por último diremos que la revocatoria del auto de prisión preventiva en el caso que analizamos, no necesita que sea solicitada por las partes procesales, pues el juez está en capacidad de dictar de oficio tal providencia en el momento en que conste procesalmente que se han vencido los plazos establecidos en el

artículo 169 del CPP, pues debemos siempre tener presente que cuando se revocan mandatos judiciales que contienen limitaciones a derechos constitucionales, el juez no necesita excitación alguna para devolver al ciudadano el pleno goce de sus derechos.

El artículo 170 del CPP en su parte final señala que la prisión preventiva puede **suspenderse**, para ello es necesario distinguir entre lo que es una revocatoria de una providencia judicial y lo que es la suspensión de los efectos jurídicos de dicha providencia. Con la revocatoria queda extinguida la providencia, queda borrada del proceso y vuelven las cosas a su estado anterior, en el caso de la suspensión la providencia surte efectos jurídicos de acuerdo a la naturaleza de cada uno de ellos. El inciso sexto del artículo que analizamos dice que la prisión preventiva se suspenderá cuando el imputado o acusado rinda caución, que es un medio que la ley ha puesto a disposición del procesado para impedir que se haga efectivo o se suspenda si ya se ha hecho efectivo el auto de prisión preventiva.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade nos da un concepto de caución y dice que “Es un mecanismo en virtud del cual la persona privada de la libertad, o contra quien se ha dictado orden de prisión puede recuperarla o lograr que se suspendan sus efectos hasta que se resuelva definitivamente su situación procesal; para ello, el imputado contra quien se ha dictado orden de prisión ofrece una caución real o personal que garantiza que en su oportunidad responderá positivamente al llamamiento del Juez penal, o se presentará al juzgamiento en el Juicio; o si es condenado, se presentará a cumplir la pena que se le imponga en sentencia condenatoria”²⁴. La caución puede ser de dos clases: a) Fianza personal que consiste en una garantía personal que rinde un individuo, ofreciendo al juez, que en este caso cumple las funciones de acreedor, las debidas seguridades, es decir el imputado se presentará cada vez que el Juez lo llame al proceso, o al final del juicio para cumplir la pena; y, b) Caución real que puede ser de tres tipos (prendaria, hipotecaria y garantía pecuniaria: dinero en efectivo o cheque certificado), que tiene como fin garantizar el cumplimiento del compromiso adquirido ofreciendo bienes y poniendo a disposición del juez.

Por último el inciso final del artículo 170 dice que vencidos los plazos previstos en el numeral 4 no se puede decretar nuevamente la orden de prisión preventiva, salvo la

²⁴ Manual de Derecho Procesal Penal, Dr. Ricardo Vaca Andrade, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001, pág. 47.

detención en firme. Por lo tanto no cabe la aplicación de esta medida cautelar mas de una vez en contra del mismo procesado, y tiene su razón de ser por cuanto las garantías del debido proceso tienden a garantizar la inviolabilidad de los derechos constitucionales que tienen las partes inmersas dentro de un proceso penal y sobre todo al ser la prisión preventiva, una medida excepcional, tiene que cumplir con los presupuestos establecidos en la ley para ser dictada y aplicada al caso concreto. Lo que si permite nuestra ley procesal penal es que si bien no se puede dictar mas de una vez la prisión preventiva se puede dictar la detención en firme que constituye una innovación en nuestro procedimiento penal y que es cuestionada su aplicación por la doctrina en el sentido de que es inconstitucional conforme lo dijimos ya cuando analizamos la clasificación de las medidas cautelares.

2.6.- IMPUGNACION:

El artículo 172 del Código de Procedimiento Penal dice: “El imputado o el fiscal, pueden apelar de la orden de prisión preventiva impuesta o negada por el juez, ante el superior de quien dicte la medida.

Para conocer y resolver la apelación, se enviará copia del proceso al superior.

La Sala a la que le corresponda, resolverá por el mérito de lo actuado en un plazo de cinco días; de no hacerlo, el superior jerárquico impondrá a los respectivos magistrados la multa de un salario mínimo vital por cada día de retraso; si el atraso fuere causado por una de las salas de la Corte Suprema la sanción será impuesta por el Tribunal en Pleno, con exclusión de los magistrados que incurrieron en el retraso”.

La legislación procesal penal ecuatoriana le concede el derecho de impugnación al auto de prisión preventiva tanto al fiscal como al imputado, a través del recurso de apelación. Según esta disposición existe la posibilidad de impugnar la disposición dictada por el Juez o el Tribunal penal para ante el Superior, que en ambos casos es la Corte Superior de Justicia. El imputado apelará de la orden de prisión dictada en su contra, mientras que el Fiscal apelará de la decisión judicial de no dictar la medida cautelar solicitada por él y negada por juez o el tribunal penal. El derecho de apelación respecto a la prisión preventiva es restringido para la parte que interviene como acusador particular en el proceso penal.

Al conceder la ley procesal un derecho que consiste en interponer un recurso que en el caso que analizamos es el de apelación, éste debe ser conocido y resuelto por un tribunal independiente e imparcial superior a aquel ante el cual se ha interpuesto el recurso. El Tribunal encargado de conocer la impugnación de la prisión preventiva para resolverlo de una manera imparcial es una de las Salas de la Corte Superior de Justicia o de la Corte Suprema de Justicia. Si el auto impugnado no contiene las exigencias, las salas de la Corte Superior o Suprema de Justicia deberán revocar el auto y ordenar que el juez penal inferior fundamente el auto respectivo, el cual no podrá tener eficacia hasta tanto no contenga dichos fundamentos.

Encontramos una novedad en el análisis de la impugnación de la prisión preventiva, por cuanto al permitir que solo el imputado o el Fiscal tengan el derecho a apelar, éste no prevé efectos suspensivos, pues para conocer y resolver la apelación, se remitirán copias del proceso al superior y éste por el mérito de lo actuado resolverá en un plazo no mayor a cinco días, bajo las prevenciones del superior jerárquico que le imponga como multa un salario mínimo vital por cada día de retraso; así mismo, si el atraso fuere causado por una de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, la sanción será impuesta por el Tribunal en pleno, excluyendo a los magistrados que incurrieron en el retraso.

Lo importante dentro del recurso de apelación relacionado con la prisión preventiva es establecer cual es la materia sobre la cual debe pronunciarse el tribunal de apelación, y que tiene relación con los presupuestos que expresamente señala la ley y que hicieron procedente la aplicación de esta medida cautelar.

Al referirnos a las sanciones de carácter pecuniario que impone nuestra ley para los jueces del Tribunal de apelación que no cumplieron con su función, que es la de resolver el recurso dentro del plazo de cinco días, tiene su razón de ser en el hecho de que sea resuelto de una manera expedita la situación jurídica del encausado con relación a su libertad, pero a su vez sacrificando el principio de contradicción que es determinante en el sistema procesal acusatorio que se dice ha sido adoptado por nuestro Código de Procedimiento Penal.

CONCLUSIONES

- Las medidas cautelares pretenden asegurar que en un momento dado lo resuelto por el juzgador no sea una declaración teórica que no puede llevarse a la práctica ni hacerse cumplir, por lo tanto el derecho subjetivo del Estado a castigar las infracciones penales no puede quedar burlado si la persona responsable huye y en su momento dado la sentencia condenatoria no puede ejecutarse.
- El carácter instrumental de las medidas cautelares se da porque solo se busca poder aplicar el derecho de fondo tras el debido proceso legal, por lo tanto las restricciones deben decretarse exclusivamente en los casos que resulte necesario para neutralizar el riesgo procesal que se presente.
- Los diversos tratadistas han coincidido en que el derecho penal no es más que una respuesta del Estado concebido como el *ius puniendi* que consiste en la potestad para imponer penas y medidas de seguridad, éstas últimas dependen de la existencia de un proceso, en el que exista la inmediación de éste con el imputado o acusado y además debe tener un carácter provisional, pues cuando no sea necesario proceder a limitar la libertad personal o la libertad de disposición patrimonial del imputado la medida cautelar fenece, aunque el proceso penal en desarrollo no haya concluido.
- La naturaleza jurídica de las medidas cautelares surge de un fin doble, por un lado garantiza la inmediación del sujeto pasivo del proceso con éste y por otro lado avala el pago de la indemnización de perjuicios al ofendido, y no tienen como fin el aprehender al imputado o limitar un derecho de propiedad, sino que el proceso penal se vale de estas medidas como instrumentos que le permitan cumplir su finalidad.
- Las medidas cautelares afectan directamente a derechos personales garantizados constitucionalmente como son la libertad, la inocencia, la propiedad, por lo tanto el juez penal, el momento en que dicte estas medidas debe ajustar su conducta en

el sentido de evitar que su decisión atente a los bienes jurídicos protegidos, pues el juzgador deberá realizar un estudio eficaz y responsable considerando todas las situaciones de hecho y de derecho que constan dentro del proceso y que tienen relación con el imputado, con los medios probatorios, a fin de que emitan un pronunciamiento que sea el menos lesivo a los citados derechos.

- La prisión preventiva se encuentra justificada solo en casos especiales que deben ser señalados expresamente por las leyes procesales y debe estar sujeta a un límite temporal, de modo que no sea una medida que provoque aspectos negativos que se pueden dar incluso dentro del ámbito familiar considerado como el núcleo de la sociedad, y que pueden materializarse en la desintegración familiar causando incluso su miseria cuando la persona sobre la que se dicte esta medidas es el sostén económico y es privado de su libertad.
- La posibilidad jurídica de aplicar la prisión preventiva se ha de reducir solo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida que no sea privativa de la libertad, menos perjudicial para el imputado.
- A través de la prisión preventiva se busca evitar la frustración de los fines del procedimiento, puesto que la persona a quien se aplica debe ser considerada inocente hasta que en sentencia firme se lo declare culpable y se lo someta a una pena.
- La prisión preventiva en contra del imputado debe dictarse cumpliendo estrictamente los presupuestos establecidos en la ley y solo en casos extremos como una excepción y no como una regla general.
- La prisión preventiva como medida cautelar, el momento en que es dictada por el juez que conoce de la causa no es una decisión definitiva, irrevocable o irreversible que puede perdurar en el tiempo causando perjuicios muy graves a una persona y a sus familiares, sino que es una medida que persigue fines específicos, claros y determinados.

BIBLIOGRAFIA

- Binder M. Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, 2005, Buenos Aires.
- Bovino Alberto, Problemas del Derecho Penal Contemporáneo, Editores del Puerto s.r.l, 2005, Buenos Aires.
- Chiara Díaz Carlos Alberto.- Obligado Daniel Horacio, Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal, editorial jurídica Nova Tesis, año 2005, Rosario Santa Fé Argentina.
- Clariá Olmedo Jorge A, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.
- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.
- Código Penal Ecuatoriano.
- Constitución Política de la República del Ecuador.
- Fenech Miguel, Derecho Procesal Penal, Volumen Segundo, Tercera Edición, Editorial Labor SA, Barcelona, 1985.
- Ramos Méndez Francisco, El Proceso Penal, J.M Bosch Editor, 2000, Barcelona España.
- González Navarro Antonio Luis, Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio, Editorial Leyer, Bogotá Colombia.
- Nuevo Sistema Procesal Penal, Fondo de Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel, impresión Imprenta PPL, Ecuador 2003.

- Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, editorial Civitas, año 1997, Tomo I, Barcelona.
- San Martín Castro César, Derecho Procesal Penal, Volumen II, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley, 2001, Lima Perú.
- Vaca Andrade Ricardo Dr, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador.
- Vaca Andrade Ricardo Dr, Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador.
- Vázquez Rossi Jorge E, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Ruinzal Culzoni Editores, Impreso em Argentina.
- Vélez Mariconde Alfredo, Derecho Procesal Penal, Tomo II, Tercera Edición, Editora Córdoba, 1986, República Argentina.
- Viteri Olvera Manuel Dr, Síntesis del Nuevo Código de Procedimiento Penal.- Estudio y Aplicación de las Medidas Cautelares, año 2000, editorial Soledad del Mar, primera edición, año 2001, Ecuador.
- Rubianes Carlos J, Manual de Derecho Procesal Penal, III El Procedimiento Penal, Segunda reimpresión, Ediciones Desalma, 1982, Buenos Aires.
- Zavala Baquerizo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV, editorial Edino, año 2005, Guayaquil Ecuador.

