

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR ECUADOR

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

**“LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR
EXCEPCIONAL EN EL SISTEMA PROCESAL
ECUATORIANO.”**

AUTORA: DRA. LUISA BUESTAN CHAVEZ.

DIRECTOR: DR. JAIME OCHOA ANDRADE.

AZOGUES – ECUADOR

2009

**LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR
EXCEPCIONAL EN EL SISTEMA PROCESAL ECUATORIANO.**

Página

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I

MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Aspectos Generales.	1
1.2 Concepto.	2
1.2 Naturaleza.	3
1.3 Principios.	5
1.4 Clasificación.	12

CAPITULO II

PRISIÓN PREVENTIVA

2.1 Aspectos Generales.	15
2.2 Antecedentes Históricos.	18

2.3 Conceptos doctrinales.	21
2.4 La libertad como derecho fundamental.	24

CAPITULO III

PRISION PREVENTIVA

3.1 Concepto.	29
3.2 Características.	30
3.3 Presupuestos Procesales.	32
3.3.1 Presupuestos Objetivos.	32
3.3.2 Presupuestos Subjetivos.	36
3.4 Fundamentos: Motivación.	37
3.5 Tramitación.	39
3.6 Límites de la prisión preventiva.	42
3.7 Revisión y Revocatoria.	43
3.8 Apelación.	46
Conclusiones.	
Bibliografía.	

RESUMEN:

La prisión preventiva es una medida cautelar personal, de carácter excepcional, restrictiva y de “última ratio legis, cuya finalidad es garantizar la inmediación del procesado al proceso, la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de las indemnización de daños y perjuicios al ofendido, siempre que para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, y las medidas no privativas de la libertad sean insuficientes. El Juez de garantías penales, la podrá ordenar siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la ley, sólo de esta manera se podrá restringir el derecho fundamental de libertad ambulatoria y el principio de inocencia; se entenderá sólo para fines procesales, pues no debemos jamás entenderla como un anticipo de la pena, ni como presunción de culpabilidad, pues el principio de inocencia es incólume, hasta que una sentencia condenatoria y firme así lo establezca.

SUMMARY:

The preventive prison is a personal precautionary measure, of exceptional, restrictive character, and “ultimate ratio legis”, whose purpose is to guarantee the immediacy of the one processed to the process, the appearance of the parts in the opinion, as well as the payment of the compensation of damages and damages to the offended one, whenever for the interests of the process, it is absolutely necessary to appeal to it, and the non exclusive measures of liberty are unsufficient, the Judge of penal guarantees will be able to order it whenever the completed requirements are demanded by law, only this way it will be able to restrict the fundamental right of ambulatory freedom and the principle of innocence, it will be understood for

procedural ends, because we should not ever understand it as an advance of penalty, neither like presumption of guilt, because the principle of innocence is unharmed, until a condemnatory and firm sentence establishes it.

INTRODUCCIÓN:

He abordado este tema, pues a partir de la Constitución del Ecuador de octubre de 2008 el esquema anterior Kelseniano se ha dejado de lado para asumir un esquema neo constitucionalista, (en oposición del Positivismo) el cual deriva en un estado garantista, conforme consta en el Art. 1 de la Constitución, cuando establece que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos...”, porque no decirlo, estamos viviendo un reinado de las garantías a los derechos constitucionales, pues así lo trae el Art. 84 de la Constitución. No puede haber validez jurídica si en forma de procedimientos y de contenidos no está adecuada a los derechos constitucionales, derechos que los encontramos a partir del Art. 11 al Art. 86 de la Constitución del Ecuador, y toda la normativa de un estado debe estar en función de aquellos derechos.

Es decir, la normativa jurídica no encuentra su justificación, validez en la Constitución sino que tiene ante ellos y sobre ellos a los derechos constitucionales: humanos, sociales, económicos, culturales pasan a tener preeminencia sobre la Constitución.

Este esquema neo constitucionalista, nos explica porque en las reformas al Código de Procedimiento Penal ya se llaman a los Jueces y Tribunales de garantías penales, pues tienen que insertarse en este esquema garantista, y la visión del Juez de mero aplicador de la ley pasa a ser de un Juez de la Constitución primero y de la ley después.

Por esta razón el abogado debe tener una visión constitucional del Código Penal para encontrar una verdad jurídica, por ello además en las reformas al Código de Procedimiento Penal, se introducen principios

constitucionales, conminados por este estado garantista, igual en el Código Orgánico de la Función Judicial, se incluyen también todos los principios constitucionales por ello la aplicación de la norma procesal penal y de los tipos penales sin una visión constitucional, llevará al error a los jueces, fiscales y abogados.

En conclusión se hace indispensable saber, cómo rigen los derechos constitucionales. Pues dentro de aquellos derechos encontramos el derecho de libertad, de inocencia y propiedad, que pueden verse afectados cuando se dicte una medida cautelar; y más aún si esta es la de prisión preventiva. Al respecto existen múltiples posiciones, unas se han referido al manejo inconveniente de la prisión preventiva en el Ecuador, ya que el empleo indiscriminado y abusivo de esta medida cautelar es la principal causa de la sobrepoblación carcelaria, lo cual debería ser un tema a debatirlo a fondo, muy sensible, sobre todo en momentos en que es creciente la sensación de inseguridad.

Me parece necesario reflexionar sobre esta realidad ecuatoriana. ¿Por qué los fiscales piden con tanta asiduidad la prisión preventiva de los imputados y por qué los jueces la ordenan tan rápidamente?. Tal vez se pueda dar una respuesta inmediata: por la permanente presión de la opinión pública, al menos en aquellos casos que llegan a los medios de comunicación. Si un fiscal no solicita la medida o si el juez no la ordena, se los acusará sin más de corruptos. Y son pocos los Fiscales y Jueces capaces de enfrentarse con este prematuro veredicto público.

La pregunta se traslada entonces al ámbito general de la ciudadanía. La primera reacción de la gente cuando se informa de la comisión de un presunto delito es exigir la prisión de quien pudiera

llegar a ser culpable. Parecería que la ciudadanía se siente satisfecha en sus sentimientos de justicia y seguridad cuando el sujeto ingresa a la cárcel. Parecería igualmente que importa menos, que el sujeto, una vez considerado culpable por los jueces, reciba una condena.

En mi opinión encontramos aquí un sentimiento de indiscutible desconfianza en los órganos que administran justicia. La gente considera que en el momento de dictar sentencia, los culpables de un delito no serán sancionados como se merecen, o lo serán muy benévolamente, por lo que recuperarán de inmediato su libertad. En tal caso, al menos, han sido castigados por un tiempo.

Concluyendo, este razonamiento que nos conduce al fondo de la profunda crisis que sufre no sólo la administración de justicia, sino el país entero, pues al incremento de la delincuencia, el Estado incrementa a la policía y olvida de incrementar operadores de justicia entonces, surge un desequilibrio y encontraremos más presos sin sentencia. La solución no es a corto plazo ni fácil, desde mi punto de vista, la probable solución sería la educación de la ciudadanía y la capacitación al más alto nivel de nuestros operadores de justicia.

Valdría la pena reflexionar sobre la propuesta del profesor Luigi Ferrajoli, sobre "un proceso sin prisión provisional, pues una observación profunda de la experiencia procesal vigente y sobre todo un análisis de los preocupantes datos que nos suministra la investigación sobre el preso sin condena, debe llevarnos a un replanteamiento del tema en nuestro medio. No debemos perder de vista el peligro que encierra el hecho de que una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por necesidades procesales ningún

juego de palabras puede impedir que lo sea también por necesidades penales¹.

¹ Ferrajoli Luis, "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos". Ponencia realizado en Santiago de Chile, del 12 al 15 de mayo de 1993.

CAPITULO I

MEDIDAS CAUTELARES

1.1 ASPECTOS GENERALES:

Se puede decir que la medida cautelar es un instrumento del cual se sirve el proceso penal, le auxilia al mismo, y su finalidad, la del proceso, es que el eventual reconocimiento de un derecho en sentencia firme no sea una declaración lírica, sino que realmente se torne efectivo, precautelando para que la justicia cumpla con eficiencia su cometido, pues caso contrario la decisión final se tornaría ineficaz.

Lo expuesto debe realizarse siempre respetando las exigencias que la ley establece para dictarlas, estos son los llamados presupuestos de procedibilidad, caso contrario de tratarse, en un supuesto de prisión preventiva, vendría a ser como lo han manifestado varios doctrinarios, un anticipo de la pena, lo cual bajo ningún punto de vista debe suceder.

Se puede afirmar que la actividad cautelar está constituida por aquellas medidas que dispone el juez para que a petición de parte interesada, respecto de un proceso iniciado o a iniciarse tiende a asegurar el efectivo resultado del proceso.

En nuestro país, la Constitución en el artículo 77 numeral 1 trata sobre las medidas cautelares e igualmente el Código de Procedimiento Penal, en su libro tercero, a partir del Artículo 159 que reza “A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de las

indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real...”¹

1.2 CONCEPTO:

No existen muchos doctrinarios, tratadistas que den un concepto de medida cautelar, la mayoría trata el tema desde su finalidad, entonces como consecuencia del cumplimiento de este fin se deriva la función preventiva y protectora, prevenir para que una vez que el proceso concluya en sentencia, se cumpla; y, protectora para el pago pecuniario sea eficaz, y ello lo logramos a través de la limitación de la libertad en el primer caso y la limitación de la propiedad en el segundo.

El tratadista Fenech, con respecto a las medidas cautelares, manifiesta: “Son actos cautelares los 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 fin del proceso penal”².

El profesor Jorge Zavala al respecto manifiesta que “Las medidas cautelares no son una manifestación del poder punitivo del Estado, como la medida de seguridad y la pena, sino una medida coercitiva del proceso penal”³, y nos da como concepto la finalidad que esta

¹ Registro Oficial Nro 555 Quito 24 de marzo de 2009.

² Fenech Miguel, “Derecho Procesal Penal”, Volumen II.

³ Zavala B. Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Volumen VI.

medida persigue diciendo “Es, pues, la medida cautelar aquella que tiende a controlar el cumplimiento de los fines inmediatos y mediatos del proceso penal para evitar los riesgos que pudieran presentarse si no se adoptara tales precauciones”⁴

1.3 NATURALEZA:

Se puede manifestar que la naturaleza de la medida cautelar está en la función que cumple y ésta es servir de instrumento, de accesorio para que el proceso cumpla con su finalidad, entonces la medida cautelar hace posible:

- a) Garantizar la inmediación el sujeto pasivo; y
- b) Garantizar el pago de los daños y perjuicios al ofendido.

Es decir, la medida cautelar tiene vida cuando existe un proceso, se debe como instrumento a éste, pues por sí sola no puede existir, en concreto para que el Juez, pueda ordenar una medida cautelar es necesario:

- a) La existencia objetiva de un delito que conlleve el inicio de un proceso penal,
- b) Existencia de una persona que guarde un nexo causal con dicho delito.

⁴ Ibídem.

Lo enunciado en líneas anteriores se lo debe hacer sin perder de vista que la naturaleza de la medida cautelar es provisional, surgió como necesidad procesal y una vez fenecida aquella deja de tener piso la medida cautelar.

Esto en rasgos generales pues deberá ser más concreta cuando se trata de una u otra medida cautelar específica y más rigurosa aún en el caso de ordenar la prisión preventiva.

Igualmente es de su naturaleza la legalidad, pues la propia constitución establece que las medidas cautelares deben estar contempladas en la ley, así también el Art. 159 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso final, establece “...Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código”.

Lo manifestado no es compartido por el tratadista Jorge Zavala Baquerizo quien al respecto manifiesta: “...el proceso penal se satisface en su fin de manera integral al imponer la pena y declarar el derecho del ofendido a la indemnización pero queda fuera de su ámbito jurídico la ejecución de la pena o el pago de la indemnización ... el efectivo cumplimiento de la pena no entra dentro de las finalidades del proceso penal...”⁵

El estudio y razonamiento que realiza el doctor Zavala Baquerizo, a mi criterio rompe con el principio constitucional del derecho de las víctimas a una reparación integral, que incluirá a más de la imposición de la pena, entre otros la fijación del monto al que tiene derecho la víctima por indemnización, pues justamente esa sería la realización de la justicia.

⁵ Obra citada, pág 19.

1.4 PRINCIPIOS:

Las medidas cautelares tienen principios propios que se desprenden del concepto de medida cautelar y de lo que nos trae la ley al respecto, esto es, lo que reza en el Art. 159 del Código de Procedimiento Penal, antes citado y que en su segundo inciso establece “... En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia...”

Al respecto, trataremos los principios más importantes, pues existen otros como el principio de Revocabilidad, de Impugnabilidad, que lo encontramos implícito o como consecuencia de otros principios a tratar:

1.4.1 Principio de Excepcionalidad.- Es uno de los principios que a primera vista resulta mas aceptable en un estado de derecho, pues la excepcionalidad es la excepción a la regla general: “Todas las personas nacen libres...”⁶, “El derecho a transitar libremente...”⁷, “El derecho a la propiedad en todas sus formas...”⁸, como consecuencia a disponer de su propiedad cuando crea y como sea conveniente a su titular, e igualmente “Se presumirá la inocencia de toda persona, y

⁶ Constitución del Ecuador. Art. 66, numeral 29, literal a).

⁷ Constitución del Ecuador. Art. 66 numeral 14.

⁸ Constitución del Ecuador. Art. 66 numeral 26.

será tratada como tal mientras no se declara su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada...”⁹

Por lo tanto, las medidas cautelares son excepcionales y como tales, deben ser administradas por excepción, cuando no haya otra opción, pues no debemos jamás olvidar que afectan derechos constitucionales. La reforma de marzo de 2009 al articulado de las medidas cautelares, no trae el hecho de que la prisión provisional sea subsidiaria, sino trae “alternativa”, lo ideal sería subsidiaria es decir cuando ninguna otra medida cautelar pueda ser útil. La bondad de la reforma está en que agrega diez ítems a los ya existentes, en consecuencia la medida cautelar de prisión preventiva ocupa el décimo tercer lugar, pues esta solo debe llegar en ultima ratio por tratarse de la medida cautelar mas grave.

Así también lo trae en su Artículo 9 # 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “ La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...”

1.4.2 Principio de Necesidad.- Debemos entender a este principio en el sentido de que la medida cautelar debe ser dictada únicamente en caso necesario dentro del caso a su conocimiento, cuando los presupuestos de procedibilidad estén presentes; y, quien está autorizado para considerar la necesidad o no de dictar dicha medida, será el juez de garantías penales, decisión a la cual llegará luego del análisis respectivo, riguroso, que la prisión provisional es la única forma de garantizar el cumplimiento de las normas de procedimiento.

Además, la prisión provisional solo debe estar vigente mientras se mantengan vivos los presupuestos que originaron tal decisión,

⁹ Constitución del Ecuador. Art. 76 numeral 2.

desaparecidos aquellos, no tendría piso tal medida, por lo que debe ser revocada.

1.4.3 Principio de Proporcionalidad.- Al respecto Natalia Sergi, en su obra “Límites temporales a la prisión preventiva”, al respecto manifiesta: “...constituyó, históricamente, el primer límite temporal a la prisión preventiva”¹⁰, refiriéndose a la proporcionalidad; este principio surge como consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues el mismo exige que los procesados sean tratados siempre como inocentes.

Por proporcionalidad se debe entender el equilibrio que debe existir entre dos objetos sometidos a su consideración, con respecto al tema que nos ocupa, la medida cautelar debe guardar la debida proporción entre el hecho que es objeto del proceso y la finalidad que pretende garantizar. Y también debe guardar relación entre ella misma, el hecho conjuntamente con la finalidad.

El desequilibrio, la desproporción en la apreciación desembocaría en una desigualdad y una indefensión. Pues no puede ser desproporcionada la medida cautelar respecto al objeto y a la finalidad de garantizarla, pues se debe tener presente una escala jerárquica de las medidas y optar por la más equilibrada. Pues la Constitución en el Art. 77 numeral 11, en su parte pertinente reza “...Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias...” un ejemplo al respecto nos trae en su tratado de Derecho Procesal Penal el Dr. Zavala, “...no amerita la magnitud de privar provisionalmente de la libertad a una persona por haber hurtado un pan...”; “así como desproporcionada es la imposición de una caución ex carcelaria excesiva en relación con la capacidad económica del imputado”.

¹⁰ Sergi Natalia, “Límites temporales a la prisión preventiva” página 121.

En la actualidad la doctrina moderna, al principio de proporcionalidad lo ha denominado “prohibición de exceso”,¹¹ por este razonamiento: “...la violencia que se ejerce como medida de coerción (encarcelamiento preventivo) nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión”.¹²

Según la doctrina alemana y resoluciones del Tribunal Federal Constitucional, citadas en la obra del profesor Llobet, Carlos Bernal Pulido, sostiene que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: Idoneidad, necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha. Idoneidad, ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuya a la consecución de un fin legítimo que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía. La necesidad contribuye al análisis entre varias medidas idóneas y sugiere escoger la medida mas favorable al derecho intervenido, La proporcionalidad valora el objeto perseguido y el derecho humano limitado para conseguir el objetivo, entre estos dos derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener compensa el sacrificio que voy a realizar.

El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos que debe ser aplicada por todos los poderes públicos.

Los tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe que normalmente es la libertad y la propiedad (por las penas de multas). El operador de judicial debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean

¹¹ Sánchez Romero Cecilia, “La prisión preventiva en un estado de derecho”, pág 67.

¹² Binder Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal” pág. 200.

proporcionales, caso contrario puede ejercer el control difuso de constitucionalidad.

1.4.4 Principio de Obligatoriedad.- Este enunciado es consecuencia obvia de un estado de derecho, donde las decisiones de las autoridades, en este caso judiciales: Juez de garantías penales emiten una orden, cuando la situación lo amerite, y enmarcado en la ley, la misma debe ser de obligado cumplimiento por el sujeto procesal a quien se le impone, acatada aún en contra de la voluntad del que la sufre; y, al tratarse de su patrimonio ni siquiera amerita su voluntad, pues se oficia a las autoridades respectivas, si son bienes inmuebles a los Registradores, de vehículos a las jefaturas de tránsito y así conforme corresponda.

En conclusión, una vez impuesta la medida es de obligado cumplimiento por parte del encausado que la sufre.

1.4.5 Principio de Instrumentalidad.- La medida cautelar es un instrumento para lograr el desarrollo del proceso penal, pues como ya se ha manifestado la medida cautelar no tiene un fin en sí misma, pues se satisface con hacer posible la actividad procesal como puede ser la inmediación del imputado con el órgano jurisdiccional penal. Consecuentemente se puede decir que la medida cautelar no goza de autonomía pues su vigencia depende de la vigencia del proceso penal; está subordinada a él.

La medida cautelar es accesoria a la pretensión punitiva exhibida en el proceso y, por ende, subsiste en tanto subsista dicha pretensión. De allí la necesidad de distinguir la función de la medida cautelar , pues esta no tiene la función de precautar el cumplimiento de la pena (función de la cautela final) si no propugnar la inmediación del imputado con el proceso o a proteger los medios de prueba que es, entre otras, la función instrumental que debe cumplir

la medida cautelar y por tal razón deben cumplir es que esta tiene sus antecedentes propios; no surge por el solo hecho de la iniciación del proceso penal el cual, como se sabe tiene sus presupuestos propios.

1.4.6 Principio de Provisionalidad.- Este principio tiene sentido pues la medida cautelar tiene plazo, ejm: la prisión preventiva tiene un límite, y además su soporte, su base son los presupuestos de procedibilidad, solo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que la fundaron, persistirá, igualmente al fenecer en el tiempo, la medida no puede mantenerse así lo encontramos establecida tanto en la Constitución en el numeral 9 del Art. 77, como en el Código de Procedimiento Penal.

En la actualidad ventajosamente nuestro sistema procesal penal no contempla la “detención en firme”, pues en aquella, la provisionalidad se convertía en temporalidad, siendo un acierto la declaratoria de inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional, en su Resolución Nro 002, del año 2005.

1.4.7 Principio de Judicialidad.- Este principio hace referencia al hecho de que la orden de medida cautelar (penal) debe emanar única y exclusivamente del juez de garantías penales, y no de oficio sino a petición de parte, que vendría a ser el fiscal, así se lo entiende a la lectura de la parte pertinente de los artículos 159 del Código de Procedimiento Penal cuando establece “... el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares...”; así también el Art innumerado a continuación del Art. 167, del mismo cuerpo legal, cuando establece: “... La solicitud de prisión preventiva será motivada, el fiscal deberá demostrar la necesidad...”.

1.4.8 Principio de Motivación.- La motivación hace referencia al hecho de que tanto la parte que solicite la medida cautelar, como el Juez que la concede, deben contener en sus argumentos de manera expresa la relación de los presupuestos con explicación clara, detallada de los requisitos de espacio, tiempo y forma que son necesarios para la procedibilidad.

El juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar con lógica, por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectible a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad.

1.4.9 Principio de Legalidad.- Se refiere a que la medida cautelar que se pretenda solicitar y consecuentemente conceder por parte del Juez, debe constar establecida en la ley, en ningún caso el juez podrá ordenar una medida cautelar diferente de las que consta establecidas, enumeradas en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal.

1.5 CLASIFICACIÓN:

El Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, nos trae la clasificación de las medidas cautelares, y estas son: Medidas Cautelares personales y Medidas Cautelares reales.

1. La Cautela es personal cuando afecta a la misma persona, limitando o restringiendo la libertad física o ambulatoria. La mayoría de tratadistas coinciden en expresar que la medida cautelar de carácter personal no constituye una pena, pues es conocida su duración, la Constitución establece límites.

En su primera parte dicho artículo enumera las medidas cautelares de carácter personal, y son:

“...1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;

2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;

3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;

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

13) La prisión preventiva.

Y, la Cautela es ser real cuando versa sobre patrimonio o bienes o cosas de una persona, prohibiéndole su disposición mientras dura el proceso. Al respecto en la parte final del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal enumera las medidas cautelares de orden real, y son:

“...1) El secuestro;

2) La retención; y

3) El embargo.”

CAPITULO II

PRISIÓN PREVENTIVA

2.1 ASPECTOS GENERALES:

El derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no solo de las disposiciones constitucionales que establecen la libertad ambulatoria, sino también el principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. Por esta razón, la regla es la libertad. A pesar de la existencia de esa regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta solo puede tener fines procesales.

De esta forma la excepcionalidad se convierte en el principio básico que regula la institución y que tiene jerarquía tanto constitucional como internacional al estar consagrada en los instrumentos de derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 numeral 3, que a la letra señala: "La prisión preventiva no debe ser la regla general."¹³; y en el Art. 77 numeral 1 de la Constitución que

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9.

textualmente dice: “1 La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria ...”¹⁴

La prisión preventiva sólo pueda decretarse cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados, pues sólo por la existencia de una colisión de intereses -en aras de proteger la libertad del encausado y posibilitar la administración de justicia- puede afectarse el estado de inocencia en el que se garantiza que sólo la sentencia dictada por autoridad competente y pasado en autoridad de cosa juzgada, es decir firme, pueda afectarse dicha libertad.

La prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo -su libertad-, necesariamente debe estar debidamente regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se le utiliza en una etapa procesal en que el indiciado cuenta a su favor con un estado de inocencia, garantizado en nuestro medio por la propia constitución en su artículo 76, numeral 2. "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal..."¹⁵, en consecuencia la libertad podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones legales, en los límites absolutamente indispensables para garantizar la inmediación del procesado al proceso, la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización al ofendido.

De lo expuesto podemos concluir, que tenemos dos derechos que están en franca tensión el derecho a la libertad que tiene el acusado y el derecho a la tutela efectiva que tiene la víctima, estos derechos –

¹⁴ Constitución del Ecuador. Programa Nacional de Educación para la Democracia. Pág. 28.

¹⁵ Ibídem. Pág. 28.

principios son susceptibles de ponderación en la cual se aplicará el principio de proporcionalidad, pero no debemos olvidar que las medidas cautelares son reglas y se manejan en base al principio de legalidad, esto es, enmarcado en la constitución y la ley.

Los argumentos de críticos y defensores se producen en dos planos diferentes, quienes desean ampliarla invocan el deber de una administración de justicia eficiente de poner coto a la criminalidad; es decir, convertir a la prisión preventiva en un instrumento efectivo de lucha en contra de ésta. Mientras que, quienes la consideran excesiva, lo hacen desde la óptica de las restricciones formales de un procedimiento penal acorde con un estado de derecho.

En este sentido afirma el profesor Raúl Zaffaroni, en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, que la prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional. "Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (refiriéndose a la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción -que solo los autistas jurídicos niegan- se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho."¹⁶

¹⁶ Domínguez, F. y otros, "El derecho a la libertad en el proceso penal". Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984. Prólogo.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

La prisión preventiva es la figura más importante entre las medidas cautelares, porque se relaciona con la privación de la libertad de las personas, por ello su trayectoria a lo largo de la historia siempre ha sido trascendente, su uso y regulaciones han variado a lo largo de la historia, pues no fue conocida en las primeras épocas, como tal, ya que no existía el dirimente, un imparcial que ahora se lo conoce como Juez, sin embargo analizaremos nuestra historia desde la época de los Incas, como lo veremos a continuación:

El doctor Luis Fernández Piedra, en su obra “La detención y la prisión preventiva en el Ecuador”, nos habla al respecto: “Nuestros indígenas tenían sus propias costumbres usos y tradiciones, mecanismos con los cuales juzgaban ciertos actos de sus miembros, pero con formas primitivas en donde primaban la religión, y se castigaban a los infractores de acuerdo al consejo divino de sus dioses que eran trasmitidos por los magos a sus caciques, ordenaban castigos ejemplares para los transgresores.... En el antiguo Reino de Quito existieron normas de respeto y defensa de la vida, de la integridad física, del patrimonio y del honor, constituyendo la base de su organización jurídica, y durante las invasiones de tribus se fueron intercambiando y perfeccionando estas normas, y en esas épocas existían administradores de justicia para proteger el ciudad de la vindicta pública que consistía en el respeto al Inca, a su familia, a las Vírgenes del Sol....En los territorios que se encontraban sometidos a la autoridad del Inca, existieron formas de detención para los delitos mas comunes e inclusive la muerte, la prisión se le ordenaba hasta que se organice el juicio correspondiente y se emitía sentencia, juzgándose en cinco días en caso de los incas; los nobles tenían recintos especiales de detención en los que permanecían hasta ser juzgados y de no obtener su libertad eran trasladados a cárceles

comunes... con la adaptación de diferentes lenguas, con las que se hacían conocer las leyes, su aplicación y las penas a los transgresores de estas, siendo el primer paso el arrestar al delincuente para que sea luego juzgado y sentenciado...”¹⁷

Luego, en la época colonial, con la conquista nuestros indígenas fueron víctimas de muchos abusos, atropellos, injusticias; se dictaron normas que nunca eran cumplidas en favor de los indígenas sino de los que ostentaban el poder, luego nacen las denominadas Leyes de Indias y las Cédulas Reales, las penas impuestas eran severas llegando incluso a mutilaciones, destierro y muerte, del detenido o prisionero, encontramos entonces al denominado Tribunal de la Inquisición, que a la nombre de la religión se cometieron enormes e increíbles abusos en contra de los desposeídos, las prisiones eran inmundas y la prisión preventiva era una medida de represión; y como bien lo anota el citado autor “mas aun cuando las leyes alcanzaban por lo general a los indígenas, que eran quienes si purgaban sus penal al pie de la letra y a veces de exageración, haciendo de esta época la mas humillante...”¹⁸

A partir de la época republicana, las constituciones, de 1830 y la de 1835, establecían requisitos para que una persona sea detenida, como es el hecho de que sea dictada por autoridad competente; pero igualmente se irrespetaba, el derecho de inocencia y el de defensa pues podían incomunicarles. Ya en el año de 1839 se crea la primera ley de procedimiento penal, la cual contenía la prisión en una cárcel hasta la comprobación del delito y la responsabilidad del imputado o hasta que cumpla con la sentencia.

¹⁷ Fernández Luis, “La Detención y la prisión preventiva en el Ecuador” FENAJE Año 4 # 8 noviembre 2004.

¹⁸ Ibidem. Pág 77.

Las constituciones posteriores, contenían cada vez garantías al procesado como el derecho de inocencia y de gozar de buena reputación mientras no se declare lo contrario. En el año de 1850 se crea la figura de la fianza en defensa de la libertad. El gobierno de Gabriel García Moreno en el año 1871 crea nuevos Códigos Penal y de Enjuiciamiento Criminal, se destaca en ellos el hecho de que el condenado debía realizar trabajos para mantener a su familia e indemnizar a la víctima. El General Eloy Alfaro en el año 1906, crea nuevos códigos en los cuales sobresale el respeto a los derechos humanos como: vida, integridad física propiedad, elimina la pena de muerte que hasta esa fecha constaba en nuestra legislación.

En el año 1938 se dicta una reforma al código de procedimiento penal cuyas normas se mantuvieron casi intactas hasta iniciado el siglo XXI, en el año de 1945 se separa del campo penal las obligaciones civiles como es el hecho de manifestar que “no hay prisión por deudas...”¹⁹, además se instaura el habeas corpus como medida en contra de la privación de la libertad sin orden de autoridad competente, figura que en posteriores reformas se lo reforzó.

En la Constitución de 1998 se crean los límites que debe tener la medida de prisión preventiva, esto es de seis meses y un año, dependiendo del delito, lo cual se mantiene hasta la fecha, frente a esta norma que viene a establecer la caducidad de la medida cautelar, surge o se dio lugar a que todas aquellas personas que piensan que la prisión provisional es un adelanto de la pena y por tanto el principio del castigo, sin entender la verdadera causa del problema no eran los detenidos sino nuestra lenta administración de justicia, entre ellos gran peso tuvo la prensa nacional, nace el 13 de enero de 2003, una nueva figura denominada Detención en firme, la

¹⁹ Citado en el libro “La Detención y la Prisión Preventiva en el Ecuador” de Trabuco Federico.

cual ventajosamente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el año 2005.²⁰ La Constitución de 2008 eminentemente garantista, significa un gran paso en la conquista de derechos, no por innovadora pues gran cantidad de principios constaban en la anterior constitución sino por la visión que trae, que es el buen vivir o sumak kawsay.

2.3 CONCEPTOS DOCTRINALES:

La institución de la prisión preventiva, por los derechos que limita, esto es la libertad, la inocencia, ha sido objeto de diversos puntos de vista, unos la aceptan como consecuencia de la fuerza de la norma penal, otros la rechazan parcialmente y otros absolutamente, pues la consideran violatoria, a los derechos fundamentales, pues opinan se la utiliza como adelanto de pena.

Al respecto traeré reflexiones que grandes doctrinarios desde su personal punto de vista y la época que vivieron (viven), lo ha emitido sobre el tema que estamos tratando. Los doctrinarios que a continuación cito, si bien no están de acuerdo con esta medida, la toleran siempre que sea estrictamente necesaria y por un tiempo brevísimo.

Carrara, manifestó “...no faltan ciertos espíritus excéntricos que arrodillados ante los terribles altares de la crueldad y del miedo,

²⁰ Tribunal Constitucional, Resolución 002-2005-TC, pág 9.

pretenden apoderarse del derecho ilimitado de encarcelar a los sospechosos”²¹.

Voltaire, “Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarle en un calabozo horrible, sin permitir el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros, como su ya lo hubieseis juzgado culpable... ¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse?. ¡Oh, Jueces! ¿Queréis que el inocente acusado no ese escape? Pues facilitadle los medios para defenderse”²².

Carnelutti, “El aislamiento preventivo del imputado se asemeja, pues, a una de aquellas medidas heroicas que deben ser propinadas por el médico con suma prudencia, porque pueden curar al enfermo pero también ocasionarle un mal más grave; quizá un parangón eficaz es el que se puede hacer con la anestesia, y sobre todo, con la anestesia general la cual es un medio indispensable para el cirujano pero ¡Ay si éste abusa de ella !”²³

Transcribo la parte pertinente, que interesa, del fallo de James E. Doyle, Juez norteamericano, dijo: “Estoy convencido de que la institución de la prisión probablemente debe desaparecer. En muchos sentidos resulta tan intolerable en los Estados Unidos como

²¹ Cit. por Jorge Zavala Baquerizo. Francesco Carrara, “Programa de Derecho Criminal” Vol. II.

²² Cit. por Jorge Zavala Baquerizo. Francois Marie Arouet, “Comentario sobre el libro de los delitos y de las penas”.

²³ Cit. por Jorge Zavala Baquerizo. Francesco Carnelutti, “Lecciones sobre Proceso Penal”. Vol II.

lo fue la institución de la esclavitud, igualmente embrutecedora para todos los que participan en ella....”²⁴

Sin embargo otros doctrinarios, la justifican y aceptan, como un castigo para el que ellos asumen ya es un delincuente. Así,

Harduin quien en su obra “La detención preventiva”, manifestó: “si es legítimo el derecho de castigar el delito, también será legítimo capturar por sospecha, pues cuando el juez sospecha que una persona es delincuente, debe presumirse que en ella existe el delincuente”²⁵.

Y otros, sin dejar de considerarla necesaria socialmente, opinan debe estar reglada con anterioridad para evitar autoritarismos. Así,

Beccaria, así dice “La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena. La fama pública, la fuga, la confesión es extra judicial, la de un compañero en el delito, las amenazas y constante enemistad con el ofendido, el cuerpo del delito y otros semejantes son pruebas suficientes para encarcelar un ciudadano...”²⁶

El tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, al respecto opina: “...la prisión preventiva como medida cautelar se encuentra

²⁴ Cit. por Jorge Zavala Baquerizo. Cit. por Normal Morris, “El Futuro de las Prisiones”.

²⁵ Cit. por Francesco Carrara, “Programa de Derecho Criminal” Vol II.

²⁶ Cit. por Jorge Zavala Baquerizo Cit. por Cesar Bonecasa, “Tratado de los delitos y de las Penas”.

justificada solo en casos especiales que deben ser señalados por las leyes...”²⁷.

El citado tratadista en su obra, realiza un análisis de los pro y contra del uso de la prisión preventiva, y como pro podemos asumir lo transcrito en líneas anteriores y como negativo, anota que nuestros mal llamados centros de rehabilitación social, se han convertido en centros de contagio delincencial, pues se mezclan los internos, se victimiza al preso eventual como al interno; y además el efecto desintegrador de las familias, sumado a ello que el detenido generalmente es sostén de hogar, su familia quedará abandonada y sumida en la miseria.

2.4 LA LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL:

Pensar en derechos a lo largo del tiempo, vemos, ha sido una lucha constante por superar la opresión, lucha con avances y retrocesos, entonces la lucha por la protección de los derechos siempre nos sitúa en una encrucijada nunca es suficiente, pues ahora nos vemos frente al calentamiento global, el cual amenaza la vigencia de los derechos humanos.

Creo necesario saber, qué entendemos por derecho, al respecto el tratadista Luigi Ferrajoli, dice que “cuando se habla de derechos se habla de aquellos fundamentales, aquellos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, y que son, por tanto indisponible e inalienables”. Otro concepto más preciso nos trae el

²⁷ Zavala B. Jorge “Tratado de Derecho Procesal Penal” Tomo VI, pág 81.

mismo tratadista al manifestar que, Derechos fundamentales, son “Son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”²⁸.

El maestro español Pablo Lucas Verdúa, manifiesta: “La esencia de los derechos humanos como racionalidad, significa el respeto a la dignidad y libertad de la persona y, como sociabilidad supone la negación de la explotación del hombre por el hombre, sea que se ejerza mediante monopolios y el despilfarro social, sea mediante la represión institucional latente en el sistema”²⁹

El problema real no ha sido conocer cuáles son los derechos fundamentales, pues como podemos desprender de los conceptos enunciados pueden ser numerosos y aumentar a través del tiempo; sino, cómo tornarlos efectivos. Doctrinariamente se ha manifestado que un Estado frente a derechos humanos debe: respetar, proteger, garantizar y promover. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, han establecido que los Estados deben respetar y garantizar. Una forma de protección emanada por los Estados es mediante una garantía. La obligación de respeto se la debe entender como un no hacer, una prohibición absoluta y definitiva al abuso del poder; en cambio la de garantizar es una acción encaminada a que todos los Estados adopten medidas para satisfacer el derecho en cuestión.

La búsqueda de la forma en que un derecho puede ser garantizado se convierte entonces en un ejercicio de creatividad, pues

²⁸ Ferrajoli Luigi, Cit por Oscar José Dueñas Ruiz, “Lecciones de Hermenéutica Jurídica” pág 141. Bogotá - Colombia 2007.

²⁹ Cit por Luis Fernandez Piedra, “La detención y la prisión preventiva en el Ecuador”.pág 40.

a lo que se tiende es que el derecho sea efectivo en la práctica. Al respecto, nuestra Constitución, parte enunciando en su Artículo 1 “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos...” y en su Artículo 3 “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales,...”

Los Estados a través de los Tratados Internacionales, buscan fortalecer este respeto y eficacia de los derechos humanos, partamos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, además contamos con la Corte Internacional de Derechos Humanos.

Estamos viviendo un sistema de gobierno que garantiza un pleno respeto al ser humano y le reconoce su dignidad y derechos fundamentales, con los cambios efectuados a la Constitución y a las leyes procesales y sustantiva penal, encontramos un cambio sustancial, para algunos peligroso, pues manifiestan no estamos preparado, para otros magnífico, pues así se debe entender el garantismo y el respeto a los derechos.

En este contexto, el derecho a la libertad, como parte de ese conjunto de derechos y garantías individuales y sociales, está dentro de los más vulnerados a lo largo de la historia, por ello los cambios realizados en procura de su irrestricto respeto, son bienvenidos. Pero no debemos olvidar que el derecho a la libertad abarca la libertad de pensamiento, de reunión, de expresión, de cátedra, de comercio etc., pero para los efectos del tema que nos interesa, nos limitaremos al derecho a la libertad ambulatoria, en relación con el desarrollo del proceso penal.

Debemos reconocer sin embargo, que por desgracia, la realidad nos presenta un cuadro diferente, según el cual, el sujeto sometido a proceso pasa a formar parte de una categoría distinta de ciudadanos, para quienes los derechos fundamentales no tienen vigencia plena, y por ello nuestro país ha sido demandado ante la Corte Internacional en los casos tan sonados de los Hermanos Restrepo, Consuelo Benavides y el caso del francés Daniel Tibi, entre otros.

Como garantía fundamental este derecho no ha sido considerado de carácter absoluto e irrestricto, pues se admite que en ciertas circunstancias pueda ser restringido, en salvaguarda de intereses sociales de mayor valor, y por ello, tanto la Constitución como la Convención Americana establecen los casos en que puede restringirse el disfrute de la libertad y la forma en que debe hacerse como supuestos de excepción. A ello nos referiremos más adelante.

Concluyendo podemos manifestar sin temor a equivocarnos que el aumento desmedido de las penas no ha podido demostrar su eficacia para disminuir la criminalidad, al contrario, aparte de lesionar también principios fundamentales como el de la dignidad humana, mantiene saturado el sistema penitenciario. La historia ha demostrado que los sistemas penales más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, lejos de haber sido eficientes para tutelar derechos fundamentales, produjeron un aumento de la criminalidad y de la impunidad.

Quiero concluir transcribiendo lo manifestado por el doctor Ramiro Ávila Santamaría, en el sentido de que hasta que punto el respeto a los derechos se puede hacer efectivo en la actualidad. “...para sostener que los derechos humanos reconocidos en la constitución limitan la intervención penal y es legítima cuando, paradójicamente, tutela bienes jurídicos protegidos

constitucionalmente; seguidamente, afirmaremos que el Juez Penal es también garante de los derechos establecidos en la Constitución y no solo está atado al derecho penal y al principio de legalidad; sostendremos que el poder que tienen los jueces, para no ser arbitrario, debe sujetarse a ciertos parámetros de interpretación y de argumentación...El Juez con atribuciones de control constitucional crea derecho...”³⁰

³⁰ Avila S. Ramiro, “¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código penal?, Revista Foro. 2007.

CAPITULO III

PRISIÓN PREVENTIVA

3.1 CONCEPTO.- El doctor Manuel Viteri, nos trae un concepto de prisión preventiva, así “La prisión preventiva es un acto procesal de carácter cautelar, provisional y preventivo, que emana del órgano jurisdiccional penal y que surge en razón de un proceso; y frente al proceso, cuando se cumplen los presupuestos de carácter subjetivos y objetivos”³¹.

Jorge Zavala Baquerizo, nos dice al respecto lo siguiente: “ La prisión provisional 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, el juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarla con la finalidad del que el proceso se desarrolle normalmente”³².

El Código de Procedimiento Penal en el Artículo 167, en el capítulo IV, al tratar sobre la prisión preventiva, establece “Prisión preventiva.- 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...”

³¹ Viteri O. Manuel, “Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano”, pág 53.

³² Zavala B. Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo VI, pág 86.

Traeré a continuación lo que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 9o. dispone:

"Presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

En el ámbito continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos se preocupa por desarrollar los principios a aplicar cuando se deba restringir la libertad de una persona sometida a juicio, así en su artículo 7, en relación con el derecho a la libertad personal se dispone:

"...5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio."

3.2 CARACTERÍSTICAS:

De los conceptos dados por los doctrinarios antes transcritos y de lo establecido en el segundo inciso del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, así: "...las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar

que el procesado eluda la acción de la justicia...”³³; podemos desprender las características de la medida cautelar personal de prisión preventiva.

- Es una medida cautelar de carácter procesal, porque sólo puede surgir dentro de un proceso penal;

- Es cautelar porque pretende evitar un riesgo;

- Es excepcional, pues como hemos manifestado a lo largo del presente trabajo la regla general es la libertad individual, y la limitación es su excepción;

- Es alternativa, se entiende que debe ser ordenada a falta de otras medidas cautelares que sean menos perjudiciales;

- Es provisional, porque el ordenamiento jurídico impone un límite temporal para su vigencia, vencido el cual prescribe dicha medida;

- Es proporcionada y homogénea, pues la prisión provisional debe estar de acuerdo con la finalidad procesal que se persigue y con la naturaleza de la infracción;

- Es revocable, pues para que sea dictada requiere cumplir ciertos presupuestos procesales, si uno de ellos o todos desaparecen durante del desarrollo del proceso, el auto debe ser revocado;

³³ Registro Oficial Nro 555 del 24 de Marzo del 2009.

- Debe ser motivada, esta es una orden constitucional, el juez deberá explicar razonadamente y con lógica los motivos concretos para dictarla;

3.3 PRESUPUESTOS PROCESALES

3.3.1 Presupuestos Objetivos:

Los requisitos exigidos para la procedencia de la prisión preventiva, son:

“1, Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;

2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito;

3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año.

4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio;

5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado a juicio”³⁴.

A estos requisitos la doctrina los ha llamado presupuestos objetivos de procedibilidad.

³⁴ Código de Procedimiento Penal Art. 167 y Registro Oficial Nro 555 Art. 38.

Respecto al primer requisito.- La ley habla de indicios, que los debemos entender como cualquier medio de prueba legalmente evacuado en el proceso, que haga presumir objetivamente que se ha cometido un delito. Además que estos indicios, la ley los coloca en plural, deben ser varios y concordantes, como constan establecidos en el numeral 3 del Art. 88 del Código de Procedimiento Penal. “Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: a) Varios; b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí; c) Unívocos, es decir que todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.”³⁵

Con lo anotado, no se debe entender en ningún caso que la ley pretenda exigir que se haya comprobado jurídicamente la existencia de un delito, sino que objetivamente se concluya a base de los indicios, que en efecto el delito existe.

Además el delito debe ser de acción pública, estos son aquellos cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al fiscal, sin necesidad de estímulo de parte en contra partida con los de acción privada, cuya acción corresponde exclusivamente al ofendido, mediante querrela, conforme reza en el Artículo 33 del citado cuerpo legal.

Respecto al segundo requisito.- Trata sobre la probable responsabilidad del imputado, conclusión a la que se llegará por la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener, razonablemente, que el imputado es autor o cómplice de la infracción que se juzga. Pese a la dificultad de expresar fórmulas exactas para definir la existencia de un grado de culpabilidad suficiente para el

³⁵ Código de Procedimiento Penal Art. 88. Edi-GAB. Pág 40.

dictado de la medida cautelar, la doctrina ha indicado que éste puede presumirse cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo son superiores a los negativos el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe del hecho punible.

Este requisito ha planteado algunas dudas en cuanto a su posible incompatibilidad con la presunción de inocencia, y en torno a éstas han girado importantes discusiones doctrinales como las que menciona el Dr. Llobet en la obra que hemos citado. Pero finalmente, según su opinión, el concepto normativo de la presunción de inocencia no colisiona con la exigencia de determinado grado de sospecha como requisito de la prisión preventiva.

La concepción normativa de la presunción de inocencia implica su permanencia durante todo el transcurso del proceso, y obviamente extiende su protección hasta ese momento final sin relativizarla.

Respecto a los indicios corre la misma regla expuesta en el punto uno; vale la pena anotar que no se puede imponer medida cautelar de prisión preventiva al encubridor, pues su intervención es post-delictual y el máximo de la pena ha imponerle en caso de sentencia condenatoria no excederá de dos años, ni será de reclusión.

Respecto al tercer requisito.- Que la pena a imponerse por el delito que se investiga sea superior a un año de prisión, este requisito la doctrina nos enseña que el legislador lo razonó con la gravedad del delito cometido, pero difiere, pues en la mayoría de países la base es de dos años; y, en otros países como Holanda, Portugal, la base mínima se establece en 4 y 8 años respectivamente. Esto tiene razón de ser por cuanto una infracción que no supere el año de prisión como sanción es una acción que no causa un daño social

considerable y por tanto de imponerse la prisión provisional sería desproporcionada a la infracción cometida.

Respecto al cuarto requisito.- El cual fue introducido en las reformas de marzo de 2009, trata de la finalidad de la medida preventiva, esto es para asegurar la comparecencia del procesado a juicio. Al respecto la doctrina nos ilustra en este sentido, al manifestar las siguientes características que en el proceso pueden aparecer:

- Peligro de fuga, como presupuesto de la prisión preventiva, se detallan una serie de parámetros que deben tomarse en cuenta para decidir la existencia del peligro de fuga:

- * Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga, creemos que debe insistirse en la necesidad de que esta disposición sea siempre interpretada en la realidad del caso concreto, pues por sí sola podría ser peligrosa y aún más, discriminatoria, sobre todo en el caso de los extranjeros.

- * La pena que se espera como resultado del procedimiento;

- * La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;

- * La reincidencia del procesado.

Respecto al quinto requisito.- Igualmente introducido en marzo de 2009. Hace relación a que el solicitante debe fundamentar que no

existe otro camino, pues las otras medidas, esto es la obligación de presentarse periódicamente, el arresto domiciliario, entre otras, no dieron resultado, es decir el procesado no las acató, las violó, y que por ello solicita la de prisión preventiva, entonces para el Juez de garantías, la medida de prisión de preventiva es de ultima ratio legis; y no como sucede actualmente que es dictada como si fuese la única, pero nos falta bastante por recorrer y aspiro este requisito se cumpla pues es de vital importancia dado que la propia constitución en su artículo 77 numeral 11 manifiesta “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley...”

3.3.2 Presupuesto Subjetivo:

Este presupuesto hace referencia conforme lo establecido en la constitución y el código procesal penal, que la orden debe emanar única y exclusivamente del juez de garantías Penales que esté conociendo del proceso o a quien le ha correspondido el control del proceso iniciado por el fiscal.

Así lo establece el reformado artículo 27 numeral 2 del citado código “Los jueces de garantías penales tienen competencia para: ...2) Tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantenimiento de medidas cautelares...”

Decisión que la tomará cumplidos que sean los presupuestos objetivos antes mencionados, la apreciación, la valoración, una seria critica razonada, debe existir por parte del juez de garantías penales de las circunstancias precedentes y concomitantes del hecho que es objeto del proceso: y, además de las circunstancias individuales de la

persona procesada, sus antecedentes, si es reincidente, peligroso, etc. Sin dejar de tener en cuenta además los efectos o consecuencias familiares que la medida puede provocar, pues no debemos ignorar que el procesado es una persona que goza del derecho de inocencia antes y durante el proceso.

Por todo lo expuesto es que se debe mentalizar que la medida cautelar de prisión preventiva es de ultima ratio, medida excepcional y restrictiva que el Juez lo debe asumir con extrema responsabilidad, no autómatas, procurando mantener la seguridad social sin descuidar el respeto a las garantías constitucionales.

3.4 FUNDAMENTOS: MOTIVACIÓN.

Partiremos de la norma constitucional Art. 76 numeral 7 literal 1) “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas... Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentran debidamente motivados se consideraran nulos...” Y, del texto del Art 168 del Código de Procedimiento Penal, que establece “El auto de prisión preventiva debe contener...3. La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos...”

Si lo enunciado en líneas anteriores es un mandato constitucional que todos los poderes públicos deben acatar cuando resuelven algún asunto, con mayor razón, peso, seriedad deben ser las resoluciones que emitan los jueces de garantías penales cuando limitan el ejercicio de un bien jurídico garantizado constitucionalmente como es la libertad, esta motivación va encaminada a que se conozca de manera clara la necesidad que tuvo el órgano jurisdiccional para imponer la medida y cuales fueron los

presupuestos objetivos en concreto, es decir del procesado en particular y del delito que se investiga en específico, por ello tiene su razón de ser que el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, establezca como requisito los nombres concretos del imputado, pues el análisis es integral abarca todo un conjunto de circunstancias en relación con la persona.

Por lo transcrito debemos entender que el Juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado en concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la inmediación del procesado al proceso. Repetir en abstracto, con frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, describir de manera clara y concreta la conducta injurídica (descrita en la ley) penal que constituye el objeto del proceso, señalar concretamente cuales son los indicios o cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa que le hacen concluir al juez que se cometió un delito, así como que el procesado plenamente identificado ha intervenido como autor o cómplice en dicho delito.

Finalmente se debe hacer constar las disposiciones legales en las que fundamenta la resolución adoptada, esto tiene una razón obvia, y es explicar que las resoluciones contenidas en dichas providencias se

ajustan a la normativa impuesta por el Estado de Derecho. De esa manera se completa la juridicidad del auto de prisión provisional.

De nosotros depende el camino que forjaremos en este campo. Será tarea ineludible de nuestros juzgadores adoptar criterios interpretativos acordes con los principios filosóficos y político criminales que inspiran tanto para impedir que la prisión preventiva se utilice como adelanto de pena, como para resguardar los derechos fundamentales de personas jurídicamente consideradas inocentes, en el marco de un garantismo pleno.

3.5 TRAMITACION:

Partiré manifestando que la Constitución del Ecuador de 2008 en su Art. 168 # 6 establece que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevara a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. Al respecto el Considerando Quinto de la Ley reformativa al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, también establece “Que, la implementación de la oralidad en todas la etapas e instancias del proceso, requiere la adopción de un sistema de audiencia para el conocimiento y disposición, tanto para la iniciación como para la sustanciación de las causas, cuanto para la expedición de decisiones de merito y los pronunciamientos directamente relacionados con la defensa y tutela de derechos fundamental;” Así mismo el Art. Innumerado 3 de la manifestada reforma, establece la oralidad en el proceso penal.

Con este antecedente sabemos que la petición y resolución de conceder o negar la prisión preventiva se la deberá realizar mediante audiencia pública pues el sistema adoptado por nuestra legislación

penal es el acusatorio, bajo los principios constitucionales de concentración y contradicción.

Los artículos 34 y 39 de la reforma antes mencionada, incorporan artículos innumerados, el primero a continuación del Art. 160; y el segundo a continuación del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, los cuales contienen el procedimiento, así como la forma de solicitarla, la misma que la explicaremos a continuación:

Si el Fiscal decide solicitar medida cautelar de prisión preventiva, su solicitud deberá ser motivada, demostrando la necesidad de la aplicación de dicha medida, esta motivación deberá contener los mismos requisitos exigidos que para el Juez de garantías, es decir, no solo debe constar la petición y la transcripción de las normas legales, debe contener una argumentación razonada, de carecer la petición de aquello, el Juez la rechazará.

Una vez presentada la petición de prisión provisional por parte del Fiscal, el Juez de garantías dentro del término de 5 días convocará a los sujetos procesales a la audiencia oral, pública y contradictoria, providencia que contendrá además la prevención que de no asistir el defensor particular del sospechoso o procesado, actuará en su lugar el defensor público designado en dicha providencia por el Juez de garantías. Llegado el día y la hora de la audiencia, tomará la palabra en primer lugar al Fiscal, quien fundamentará, motivará su petición de prisión preventiva, y si desea valerse de algún elemento de convicción, deberá presentarlo en dicha diligencia, no existen otra oportunidad. Luego el juez concede la palabra a la contra parte que será el defensor del procesado, igualmente su exposición deberá ser motivada en el porqué no se debe conceder la prisión, explicará que no hay necesidad, que no se han cumplido los requisitos o que tal medida ocasionará un daño

personal y social al procesado, aquí el abogado debe estar muy bien preparado para rebatir la petición del Fiscal.

Concluido aquel, el Juez promoverá el debate sobre los puntos litigiosos de los elementos presentados, y finalmente el Juez deberá pronunciarse motivadamente sobre lo pedido en la misma audiencia, sea que lo concede o le niega, entonces la resolución será oral. Para constancia de tal diligencia se redactara un extracto de la misma, la cual firmara el secretario.

Todo lo expuesto lo encontramos además establecido en el artículo 50 de la tantas mencionada reforma de marzo de 2009, que trata sobre las normas generales para las audiencias.

No debemos olvidar, que el pedido y la motivación del Fiscal de prisión preventiva, no es vinculante para el Juez, lo cual lo podemos percibir de la manera como se procede en la actualidad, donde las partes interesadas exponen sus argumentos de manera fundamentada mientras el Juez escucha y luego decide motivadamente, de esta forma se ratifica la posición de imparcialidad que debe tener el Juez al momento de decidir.

En este sentido nos parece fundamental llevar a cabo un proceso de concientización en nuestros operadores jurídicos, que les permita vislumbrar la naturaleza del bien que están disponiendo a la hora de dictar una prisión preventiva, con el fin de evitar los injustos encarcelamientos y posibilitar un mayor recurso a las alternativas que el ordenamiento les proporciona.

3.6 LÍMITES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:

Encontramos como límite en primer lugar al temporal, el mismo que posee rango constitucional, pues el numeral 9 del Art 77 establece: "...la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados por prisión ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos la orden de prisión preventiva quedará sin efecto". En igual sentido consta la norma contenida en el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal.

Este enriquecimiento de la garantía de libertad aparece en nuestro siglo conducida por las convenciones sobre derechos humanos que, a la vez de reiterar los principios anticipados, abogan por un plazo breve de encarcelamiento preventivo, y así lo viene haciendo nuestro país al ratificar los Convenios Internacionales, en los cuales se reconoce que la prolongación de la prisión preventiva por demasiado tiempo afecta al Estado de Derecho.

Al respecto el doctor Zavala Baquerizo, manifiesta "...es importante considerar que la prisión provisional no es el cumplimiento adelantado de una posible pena que pudiera imponerse una vez concluido el proceso y, por ende para fijar el límite de la prisión provisional no debe considerarse ni la cantidad ni la calidad de la pena...sino el hecho de que la libertad sólo admite un tiempo "razonable" para ser limitada..."³⁶

El sentido de la limitación en el tiempo tiene su razón de ser, esto es que dentro de este plazo que la ley otorga, el proceso debe arrojar la afirmación o negación de los presupuestos que dieron vida

³⁶ Zavala B. Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo VI, pág 151.

a la prisión preventiva; y, otra sería que la medida cautelar personal, es procesal, no sustancial, mira a la correcta sustanciación del proceso. Si el proceso penal no ha logrado tal afirmación, y el tiempo fatalmente llega, se produce lo que se denomina Caducidad, (prescripción ³⁷) con lo cual el Juez de garantías penales debe inmediatamente emitir la boleta de libertad para el procesado, y disponer la obligación de presentarse periódicamente ante él (Juez) y la prohibición de ausentarse del país del procesado, o solamente una de ellas, dependiendo del caso, siempre para garantizar la inmediación del procesado al proceso. Además en Juez remitirá el expediente al Consejo Nacional de la Judicatura, organismo que llevará un registro individualizado de estos hechos.

Al respecto se debe indicar, que la ley no establece si el Juez de Garantías Penales, actuará, una vez caducada la medida, de oficio o a petición de parte, entendemos que el Juez puede hacerlo de oficio, pues el numeral 9 del Art. 77 de la Constitución así lo exige, bajo su responsabilidad, de excederse esta medida.

3.7 REVISION Y REVOCATORIA:

El Art. 170 del Código de Procedimiento Penal, establece: “La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;

³⁷ “...Es la inacción del Juez penal en la sustanciación del proceso lo que da lugar a la prescripción... cuando se trata de prescripción si el titular actúa no prescribe el derecho” Zavala Baquerizo Jorge. Tomo VI pág 155

2. Cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído;
3. Cuando el Juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y
4. Cuando su duración exceda los plazos previstos en el artículo 169... ”

El artículo 171 del mismo cuerpo legal, reformado establece:

“El Juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:

- a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen;
- b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad...”

Como lo anotamos en páginas anteriores, de que el auto de prisión preventiva podía ser revocado, pues su naturaleza, el de la medida cautelar de prisión preventiva, es provisional, pues limita un derecho constitucional como es la libertad, entonces está limitado al menor tiempo posible, esta se revocará. Y al tenor del siguiente artículo se puede decir que se suman dos causales más para, como lo llaman en este artículo “derogarlo”, analizaremos éstos.

El artículo 171 del citado cuerpo legal, le otorga al juez una doble función: - La primera, la revisión del proceso; y, - La segunda, de cambiar o derogar una medida cautelar.

Al ser función del Juez, la revisión del proceso, se garantiza que la medida en este caso en estudio, de prisión preventiva subsistirá

siempre que no se modifiquen los presupuestos observados para su aplicación, pues conforme al numeral primero del Art. 170, hubieren desaparecido los indicios que hacían sospechar que se había cometido un delito de acción pública, o que se han desvanecido los indicios que hacían creer que el imputado había intervenido como autor o cómplice en el delito que es objeto del proceso; que es lo mismo que decir lo constante en el literal b) del Art. 171 "...que se desvanezcan los que motivaron la privación de la libertad...", ésta debe ser derogada, en este caso no podrá ser sustituida por otra medida, pues si no hay indicios de la comisión de un delito ni de que el procesado intervino en el delito, entonces no puede haber presunción autoría ni complicidad.

La ley no establece si esta revocatoria, sustitución o derogación, será de oficio o a petición de parte, con la última, no hay problema alguno, pues pedida que sea la revocatoria, sustitución o derogación, y señalado el día y hora para la audiencia la parte solicitante sabrá fundamentar razonadamente su petición y solicitud al Juez de garantías penales. De si el Juez, puede declararla de oficio, será igualmente en audiencia oral legalmente convocada, estimo el Juez lo debería hacer, pues fue él quien decidió conceder a la parte solicitante dicha medida, pues su razón sería que se desvaneció la necesidad de mantener tal o cual medida, o porque concurrieron hechos nuevos o porque surgieron evidencias nuevas que acreditan hechos antes no justificados, entonces el juez puede hacerlo, el limitante que encuentro es que si el proceso está en etapa de instrucción éste lo mantiene el Fiscal y no el Juez. Por supuesto no podrá obrar así en los delitos contra la administración pública, y los detallados en el inciso cuarto del Art. 171 del citado cuerpo legal.

De lo establecido en el segundo numeral del Art. 170, podemos decir que, se entiende por auto de sobreseimiento, aquel por el cual el

imputado queda liberado provisional o definitivamente de la pretensión punitiva en la instrucción fiscal. Pues para que se dicte el auto de llamamiento a juicio (Art. 217) es necesario que se haya comprobado la existencia jurídica del delito y exista el nexo causal entre el procesado y el delito, y de fiscal podrá de estimar procedente solicitar la medida cautelar personal; lo contrario es que el Fiscal estima que no hay mérito para promover juicio contra el procesado y se abstiene de acusar (Art. 226). De haberse dictado la medida cautelar de prisión preventiva esta quedará sin efecto y se ordenará su inmediata libertad, en la misma audiencia oral. Los puntos tres y cuatro, lo abordamos anteriores.

3.8 APELACION:

De conformidad con lo establecido en el Art. 172 del Código de Procedimiento Penal, tanto el procesado como el Fiscal, pueden apelar de la orden de prisión preventiva impuesta o negada por el Juez, pero con la novedad de que esta apelación no suspende la ejecución de la orden impuesta ni la tramitación del proceso, es decir se ha regresado a lo establecido en este mismo artículo antes de la reforma de enero del año 2003. Al decir de quienes promovieron la reforma del 2003, vulneraba el principio de Inocencia, pues una persona es considerada inocente hasta que una sentencia firme no declare lo contrario. Pero opino lo que motivó esta reforma es que la mala práctica de alargar los procesos valiéndose de cualquier recurso llevaba en la mayoría de los casos a que la justicia no cumpla con la víctima, pero ningún argumento debe soslayar el derecho de gozar de libertad y de mantener firme del principio de Inocencia del procesado.

Al respecto nuestra actual constitución también establece la apelación dentro de los derechos al debido proceso, Art. 76 numeral 7 literal m) “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”. Este derecho la doctrina lo denomina el doble conforme. De conformidad con esta norma el acusador particular podrá apelar del auto, pues el Art. 172 no lo trae.

Se podrá apelar: “...cuando consideren que hubo errónea valoración de los elementos aportados por las partes para la adopción de la resolución..”³⁸. El trámite para solicitar la apelación igualmente se dará en audiencia oral, con las mismas reglas constantes en el Art.50 de la reforma al Código Penal y Procedimiento Penal de marzo de 2009.

Conocerá la apelación la Sala Especializada de Penal de la Corte Provincial, de existir más de una, se someterá al sorteo, quienes conocerán en mérito de los autos, y a quienes se les remitirá copia del proceso. Resolverán la apelación en un plazo de 5 días, bajo pena de multa, es decir se aplica estrictamente el principio de celeridad, pues el caso lo amerita, es una medida que limita un derecho fundamental como es la libertad. El objeto de su conocimiento, son las razones por las cuales el Juez, concedió o negó, la petición de prisión preventiva, en lo concerniente a la valoración de los elementos aportados por las partes para la adopción de tal resolución, que en definitiva serán que se han reunido o no los presupuestos exigidos por el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal. Se ha reformado al tenor de este artículo que la parte solicitante fundamente el recurso en esta instancia, pues lo hizo ante el Juez de Garantías Penales en la audiencia oral, pública y contradictoria.

³⁸ Art. 172 de la Reforma al Código Penal y Código de Procedimiento Penal. R.O. 555 de marzo de 2009.

CONCLUSIONES:

A lo largo del presente trabajo se ha expresado que la naturaleza de la prisión preventiva, es eminentemente procesal. Por ello se hace necesario que del proceso surja la necesidad de dictarla una vez agotadas las otras medidas no privativas de la libertad, pero en la práctica constatamos, se la usa como un medio de control social, sin detenerse a meditar su verdadera necesidad ni el efecto que conlleva su mal uso.

Actualmente nuestro sistema procesal penal cuenta con otras medidas cautelares personales, que servirán para proteger a la víctima, a testigos, evitar que el procesado salga del país, que el procesado se desvincule del proceso, etc. Medidas que no causan el efecto que la prisión preventiva lo hace, y que cumpliéndolas servirán tanto al procesado como al proceso.

La Constitución del Ecuador de 2008, establece que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevara a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Y, todo trámite relacionado con medida cautelar, se la hará en audiencia oral, pública y contradictoria, lo cual es un logro para todas las partes que intervienen en el proceso y para la justicia en general.

Es de conocimiento público y hasta vivencial el incremento de la delincuencia, la inseguridad a la que estamos sometidos, pero no será el contar con mejores leyes, la tipificación de más delitos, la severidad en las penas, ni el incremento de la policía, que lo frenará, el camino insisto será la educación, ésta nos permitirá visualizar la mejor salida a nuestros problemas diarios.

Considero fundamental llevar a cabo un proceso de concientización en nuestros operadores jurídicos, una constante preparación e intercambio de criterios a nivel de jueces o en general de operadores de justicia, lo que les permita vislumbrar la naturaleza de la medida de prisión preventiva, y emplearla como la constitución y la ley adjetiva establecen, con total respeto al bien jurídico libertad e inocencia.

La actual política que está llevando a cabo el Consejo Nacional de la Judicatura, respecto a crear juzgados multicompetentes, en lugares que a su decir no ameritan contar con juzgados especializados, que si lo poseían, puede desencadenar en una apatía, en un desprestigio de la administración de justicia, pues restringen el acceso a la justicia uno, dos, incumplen el derecho de contar con una justicia oportuna, ágil, pues justicia que tarda no es justicia, lo cual lleva a creer que para el Estado no somos importantes, y veremos que las personas buscarán “hacerse justicia” a su propia cuenta y riesgo, lo cual no es propio de un estado de derecho en desarrollo. Es oportuno nuestras autoridades recapaciten y cumplan con el derecho constitucional del acceso a una justicia plena.

BIBLIOGRAFIA.

Avila S. Ramiro, "¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código penal?", Revista Foro. 2007.

Binder Alberto, "Introducción al Derecho Procesal Penal" Ad-hoc. Buenos Aires. Segunda Edición. Mayo 2002

Bovino Alberto, "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos". Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología. Santiago de Chile. 12 - 15 de mayo de 1993.

Bovino Alberto, "Temas de derecho procesal guatemalteco". Fundación Myrna Mack, Primera Edición, Guatemala, 1996.

Código de Procedimiento Penal. Edi-GAB. Quito 2005.

Constitución del Ecuador. Programa Nacional de Educación para la Democracia. 2008.

Dueñas R. Oscar, "Lecciones de Hermenéutica Jurídica" Editorial Universal del Rosario. Bogotá – Colombia. Diciembre 2007.

Domínguez, F. y otros, "El derecho a la libertad en el proceso penal". Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984. Prólogo.

Fenech Miguel, "Derecho Procesal Penal", Volumen II

Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal". Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Fernandez P. Luis A., “ La Detención y la Prisión Preventiva en el Ecuador”. FENAJE. Cuadernos Judiciales, Año 4 Número 8. Noviembre de 2004.

López B. Jacobo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Thomson Primera reimpresión 2005. Navarra España.

Llobet, Javier "La prisión preventiva, límites constitucionales", Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. San José, Costa Rica, 1997.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Registro Oficial. Año III. Quito, Martes 24 de marzo del 2009. Nro. 555.

Resolución 002-2005-TC, Tribunal Constitucional.

Sánchez R. Cecilia, “La prisión preventiva en un estado de derecho”, Centro de Información Jurisprudencia - Universidad de Costa Rica.

Viteri O. Manuel, “Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano”.

Zavala B. Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo VI. Edino 2005.

<http://www.dlh.lahora.com.ec>

<http://www.diariohoy.com.ec>

<http://www.rcanaletti@clarin.com>