



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

TEMA

**“USO INDEBIDO DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN
PREVENTIVA COMO PENA ANTICIPADA”**

AUTOR

JOSE LUIS ROMERO TAPIA

DIRECTORA

DRA. JULIA ELENA VAZQUEZ

CUENCA-ECUADOR

2018

DEDICATORIA

El presente Trabajo de Investigación, va dedicado a Dios y a mi familia, por constituir el pilar fundamental en mi vida e impulsar mediante su apoyo incondicional el arribar hasta las metas planteadas en el ámbito familiar, académico, laboral y social. Pues ellos se han encargado de inculcar en mi persona valores y principios que contribuyen a mi desarrollo como ser humano, profesional, amigo, y ciudadano miembro de una sociedad.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer primeramente a Dios por permitirme culminar mi carrera, y de igual manera agradecer a toda mi familia, de manera especial a mis Abuelos, Padres y a mi Tío, por apoyarme de manera constante e íntegra en toda etapa de mi vida, y poder conseguir los anhelos planteados.

También quiero agradecer, a la Dra. Julia Elena Vázquez Moreno como Docente y Directora de Tesis, por su apoyo y asesoramiento en el desarrollo de la presente investigación.

RESUMEN

El presente estudio se enfoca en la indebida aplicación de la medida cautelar de Prisión Preventiva como pena anticipada, misma que se origina cuando el Juzgador inobserva las verdaderas finalidades que persigue dicha medida, no verifica el cumplimiento cabal de los requisitos para su procedencia e inobserva los principios que la rigen; puesto que para su aplicación el Juzgador debe perseguir el cumplimiento de los fines del proceso y un eventual cumplimiento de pena, así como también debe considerar el carácter de excepcional de dicho régimen y los principios de necesidad y proporcionalidad para justificar la viabilidad de su aplicación y no convertirla en una pena anticipada vulnerando el derecho de libertad y presunción de inocencia.

ABSTRACT

The present study focused on the improper application of the precautionary measure of preventive detention as an early penalty. This originated when the judge did not observe the true purposes pursued by this measure, did not verify full compliance with the requirements for its origin and did not observe the principles that governed it. For its application, the judge had to pursue the fulfillment of the process purposes and an eventual compliance with the penalty. It was necessary to consider the exceptional nature of this regime, the principles of necessity and proportionality to justify the viability of its application and prevent it from becoming an early penalty that could violate the right to freedom and presumption of innocence.


UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
Dpto. Idiomas


Translated by
Ing. Paul Arpi

INDICE

INTRODUCCION:	7
CAPITULO I	9
1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PENA EN EL PROCESO PENAL.	
GENERALIDADES	9
1.1 MEDIDAS CAUTELARES.....	9
1.1.1 <i>Introducción e historia de las medidas cautelares:</i>	9
1.1.2 <i>Definición de medida cautelar</i>	10
1.1.3 <i>Clasificación de las medidas cautelares</i>	14
1.1.4 <i>Finalidades de las medidas cautelares</i>	17
1.2 LA PENA	18
1.2.1 <i>Definición de Pena</i>	18
1.2.2 <i>Clasificación de la pena</i>	19
1.2.3 <i>Finalidades y límites de la Pena</i>	21
1.2.4 <i>Extinción de la pena.</i>	23
CAPITULO II	25
2.LA PRISION PREVENTIVA Y EL DERECHO A LA PRESUNCION DE	
INOCENCIA Y LIBERTAD AMBULATORIA	25
2.1 DEFINICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA	25
2.2 FINALIDAD	30
2.3 REQUISITOS Y SU FUNDAMENTACIÓN	32
2.4 CARACTERÍSTICAS	39
2.4.1 <i>La prisión preventiva se puede: revisar, sustituir, revocar, suspender.</i>	40
2.4.2 <i>Es Apelable.</i> –	41
2.4.3 <i>Es de duración determinada.</i> –	42
2.4.4 <i>Es imputable a la pena.</i> -	42
2.5 CADUCIDAD	42
2.6 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	43
2.7 LIBERTAD AMBULATORIA.....	45
2.8 PENA ANTICIPADA.....	46
CAPITULO III	48

3. ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO	
COMPARADO	48
3.1.1 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL REFERENTE A LA MEDIDA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACIÓN, ALCANCE Y LÍMITES.	48
<i>La Prisión Preventiva En España</i>	48
<i>La Prisión Preventiva En Perú</i>	50
<i>La Prisión Preventiva En Chile</i>	52
3.1.2 JURISPRUDENCIA	53
<i>Jurisprudencia Peruana:</i>	53
<i>Jurisprudencia Ecuatoriana:</i>	54
3.2 RECOMENDACIONES	56
3.3 CONCLUSIONES:.....	58
BIBLIOGRAFIA:	61

Introducción:

Nuestra Legislación penal, tanto sustantiva como adjetiva, se encuentra contenida en el Código Orgánico Integral Penal vigente en nuestro país desde el 10 de agosto del 2014; dicho cuerpo legal contiene en su título quinto, capítulo segundo, en la sección que corresponde al campo procesal, las modalidades de medidas cautelares a aplicarse por disposición expresa y debidamente fundamentada por parte del Órgano Jurisdiccional Penal competente, con el objeto de asegurar la comparecencia del procesado dentro del desarrollo del proceso penal y garantizar el posterior cumplimiento de la pena en el caso de que el contenido de la resolución correspondiente sea condenatoria. Persiguiendo dicho fin, el Juzgador podrá imponer una o varias medidas cautelares de las establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, prefiriendo por supuesto, tal y como consta en su parte pertinente, aquellas que no signifiquen o se traduzcan en la privación de libertad de la persona o personas imputadas.

Sin embargo y conforme se demostrará durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, llama la atención de sobre manera, que, pese a existir los mecanismos y modalidades consideradas idóneas y legalmente eficaces para cumplir con el objeto de las medidas cautelares sin que amerite para ello el encarcelamiento de la persona procesada, exista cierto nivel de predilección, por parte de los Juzgadores para dictaminar las medidas que conllevan la privación de la libertad. Si bien es cierto, de manera acertada se han fijado determinados requisitos previo a la disposición de la medida cautelar de prisión preventiva, no obstante, no es menos cierto que por parte de los operadores de justicia se ha desarrollado una errónea inclinación hacia la ponderación del régimen de prisión preventiva, producto de una tibia reflexión y una casi nula motivación, lo cual se traduce en una franca y directa afectación a los derechos ciudadanos reconocidos y garantizados dentro de una sociedad democrática en la que debe existir un respeto irrestricto de los mismos. Constituyendo como es evidente la existencia de un uso abusivo, indiscriminado e indebido de la medida cautelar de la prisión preventiva, significando en muchos casos incluso una pena anticipada, lo cual lógicamente contrasta en extremo con el derecho de Libertad y de Presunción de Inocencia de los cuales gozamos toda persona por el simple hecho de ser considerado como tal, siendo esta realidad la principal motivación para realizar un análisis y estudio pormenorizado de la

viabilidad, eficacia y racionalización de la aplicación de la prisión preventiva y su ilegal aplicación como pena anticipada.

La prisión preventiva al ser un régimen de naturaleza excepcional, cuyos objetivos principales de entre otros, es garantizar la comparecencia del procesado y el posterior cumplimiento de una pena, debe ser analizada a profundidad en cuanto, a su auténtica y real necesidad de aplicación, el cumplimiento cabal de los requisitos que la justifiquen, y, que su uso no signifique una pena anticipada y directo perjuicio al inquebrantable derecho a la Presunción de Inocencia del que goza una persona, de quien posiblemente al finalizar el proceso penal y mediante la resolución correspondiente se ratifique su estado de inocencia, y haya sufrido por la aplicación indebida e irracional de la medida, un irreparable daño a sus derechos, por haber sido privado de su libertad sin una sentencia condenatoria de por medio.

De lo expuesto cabe mencionar que, lo que se pretende por medio del presente estudio, es fijar los límites de las medidas cautelares en el proceso penal, su viabilidad, requisitos y finalidad, con el fin de evitar que el Juzgador se aleje del verdadero sentido y finalidad de las medidas cautelares personales y las convierta erróneamente en una pena anticipada mediante la aplicación indebida o irracional de la medida de la prisión preventiva. Así mismo se persigue destacar la importancia de los derechos fundamentales de Libertad y Presunción de Inocencia del que goza todo ciudadano, mismo que debe tener una mayor consideración cuando se pretenda vulnerarlo por medio de una mala interpretación de norma expresa.

Capítulo I

1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PENA EN EL PROCESO PENAL. GENERALIDADES

1.1 MEDIDAS CAUTELARES

1.1.1 Introducción e historia de las medidas cautelares:

Previo a introducirnos en el estudio de las medidas cautelares o precautorias en el proceso penal, debemos ineludiblemente y en primera instancia, referirnos a la rama del derecho en la cual se originan estos medios de aseguramiento o garantía, como se las concibe a las medidas cautelares. El área del derecho a la que hacemos referencia no es otra que la del Derecho Procesal Civil, pues tal y como lo señala María Inés Horvitz Lennon y Julián López, en su obra *Derecho Procesal Penal Chileno* (2015, pág. 342), al citar a MARIN, “la noción de medidas cautelares, corresponde a una formulación elaborada en el ámbito del derecho procesal civil por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada, posteriormente, al ámbito procesal penal.” Por lo que en base a lo expuesto considero necesario que, con el fin de desentrañar e identificar con certeza la verdadera naturaleza y finalidad de las medidas cautelares, nos transportemos momentáneamente hasta la rama del derecho referido y logremos analizar su finalidad, que, dicho sea de paso, no se diferencia en gran magnitud de la del Derecho Procesal Penal.

Es así, que realizando un breve análisis de lo concerniente a las medidas precautelarias, preventivas o cautelares, dentro del Derecho Procesal Civil, podemos observar en base al criterio del Dr. Olmedo Piedra Iglesias en los *Apuntes de Derecho Procesal Civil* (2017, pág. 22), que, tal y como se determina en *Procesal Penal*, dichas medidas tienen por objeto principal el “asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales y asegurar los derechos de las partes” dentro de un proceso. Teniendo dicho razonamiento como punto de partida para permitarnos abordar con mayor claridad las medidas cautelares en general, es decir, tomando en cuenta su finalidad dentro de un proceso judicial cualquiera, podemos identificar la verdadera intención del legislador al momento de poner a disposición dichas medidas en la ley adjetiva correspondiente. Pues, evidentemente lo que se persigue con la aplicación de las medidas cautelares es, por una parte evitar que el procesado u accionado pretenda realizar cualquier tipo de acto que

imposibilite que se lleve con normalidad un proceso, y por otra parte, asegurar que luego de la culminación de un proceso judicial en el que exista una declaración del Órgano Jurisdiccional competente que contenga una obligación y/o sanción a cumplirse en beneficio de la parte procesal a quien se ha determinado que es titular de un derecho que se encontraba controvertido o vulnerado, pueda justamente en base a aquel reconocimiento de titularidad, exigirse el respeto y reparación del daño causado, por medio del mecanismo que en base al principio de proporcionalidad la Autoridad Judicial considere eficaz y pertinente, y éste sea satisfecho o cumplido a cabalidad, sin que exista el riesgo mínimo de que por no haberse previsto una medida de aseguramiento tendiente a garantizar la ejecución o cumplimiento de la resolución, ésta quede como una simple declaración y en consecuencia no se verifiquen los efectos que deriven de la misma; ya que lamentablemente en la mayoría de casos, las personas intentan a toda costa desvincularse de determinada responsabilidad, a tal punto de desconocerla o realizar los actos idóneos para evitar su cumplimiento.

Es preciso recordar lo que establece Daniel Horacio Obligado (2005, pág. 337), en su obra *Las Medidas Cautelares Del Proceso Penal*, al manifestar que:

“las medidas cautelares del proceso penal, en lo esencial, no difieren en su carácter procesal de sus similares del proceso civil, y no perder de vista tal condición determina su correcta ubicación sistemática. Esto implica apreciar a la misma como una medida de aseguramiento de los fines del proceso y permite así, desterrar cualquier otra utilidad ajena al mismo, cual sería otorgarle sentido de sanción anticipada”.

Por ende, es necesario no desviar la verdadera intención de estos instrumentos de aseguramiento que no pretenden constituir una sanción anticipada de ninguna índole.

1.1.2 Definición de medida cautelar

Continuando con el desarrollo del presente estudio, corresponde en esta etapa, ubicarnos ya en el área del derecho que nos corresponde, como lo es el Derecho Procesal Penal y de acuerdo al análisis de los diversos criterios expresados por varios Tratadistas, plantear una definición correcta de medida cautelar.

Para dar inicio a nuestro análisis y determinar la naturaleza de las medidas cautelares, es de trascendental importancia tener en cuenta que para la tramitación de un

proceso judicial se requiere tiempo, pues como bien sabemos, existen diversas etapas y diligencias que conforman la actividad procesal, las cuales necesariamente tienen que cumplirse a cabalidad para asegurar la validez del proceso. Es justamente en el tiempo que dura en tramitarse la causa que el imputado puede pretender imposibilitar el normal desarrollo de la misma y la posterior ejecución de una posible condena en su contra; en este sentido cabe citar lo señalado por María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle (2015, pág. 341), cuando manifiestan que “las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia.” Brindándonos un fundamento claro del porqué se origina la necesidad de la existencia de las medidas cautelares y su finalidad.

Cabe mencionar que, las medidas cautelares en general, guardan una íntima o estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal y como lo sostiene Rafael Oyarte (2016, pág. 163), dichas medidas “tienen por fin que el derecho a la tutela judicial efectiva se cumpla, pues su contenido esencial abarca los siguientes elementos: el derecho a acceder al órgano de justicia, el derecho a que ese órgano de justicia tome una decisión; que esa decisión sea razonada; y, **se ejecute la decisión.**” En base a lo expuesto podemos inferir que, de no lograrse el cumplimiento de la ejecución de la resolución judicial emitida por la Autoridad Jurisdiccional competente, se estaría vulnerando uno de los fines principales de la tutela judicial efectiva, por lo cual es esta fase, es en la que se refleja la importancia de la aplicación de medidas de aseguramiento tendientes a perseguir y concretar lo dispuesto en una resolución judicial.

Para tener un concepto amplio de lo que son las Medidas Cautelares nos referiremos a lo señalado por Vaca Andrade (2015, pág. 7), al citar al tratadista Carlos Rubianes, quien manifiesta que:

“la actividad cautelar está constituida por aquellas medidas que dispone el Juez, de oficio o a petición de parte interesada, respecto de un proceso a iniciarse o ya iniciado, con la finalidad de que, si se dicta sentencia condenatoria, pueda hacerse efectiva sobre la persona o bienes del condenado, evitando así que no sea una mera declaración lírica de certeza oficial sobre el reconocimiento de un derecho”.

Partiendo de dicho concepto, es menester, conocer con certeza cuáles son o pueden ser las medidas dispuestas por el Juez, y a las cuales hace referencia dicho autor, para lo cual debemos necesariamente remitirnos a lo establecido en la parte pertinente del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en lo referente a las Medidas Cautelares denominadas Personales que son aquellas que afectan o pesan sobre la persona del procesado y a las medidas cautelares Reales que son aquellas que afectan o pesan sobre los bienes del procesado, mismas que serán abordadas y estudiadas de manera minuciosa en el presente capítulo en la parte que corresponde a su clasificación.

Si bien es cierto del concepto de Rubianes citado en líneas anteriores, se desprende que las medidas cautelares pueden ser dictadas de oficio o a petición de parte, al respecto es necesario dejar sentado en nuestro estudio que dicho concepto es netamente doctrinario, y que para efectos de mayor comprensión se ha considerado citarlo, sin embargo, es necesario tener claro que en base al principio dispositivo que rige nuestro ordenamiento jurídico y en concordancia con el numeral segundo contenido en el artículo 520 COIP, mismo que se refiere a las reglas generales de las medidas cautelares, “el Juzgador dispondrá medidas cautelares solamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal”, esto quiere decir como es evidente, que, ninguna Autoridad Jurisdiccional está facultada para, sin la existencia de solicitud previa y debidamente fundamentada, ordenar una medida cautelar de cualquier tipo, pues tal acción constituiría una arbitrariedad y clara inobservancia de la norma positivada, e incluso una franca y directa contradicción con los principios de Legalidad y de Seguridad Jurídica que conforman la actividad jurisdiccional de nuestro Estado.

Por lo expuesto es meritorio en esta etapa, analizar de manera sucinta las demás reglas contenidas en el artículo 520 del COIP, y determinar las especificaciones pertinentes que nos ayuden a complementar de mejor manera nuestro estudio, pues cabe tener claro que, “las medidas cautelares pueden disponerse sólo en delitos, ya que en contravenciones se podrán ordenar solamente medidas de protección.” Así mismo no podemos olvidar que, al momento de resolver la solicitud de las medidas cautelares, el Juzgador deberá motivar debidamente su decisión conforme lo que manda el literal L del artículo 76 de nuestra Constitución de la República (2008) so pena de nulidad; dicha resolución deberá emitirse en audiencia, pública y contradictoria, respetando los principios procesales y las reglas del debido proceso.

“Al momento de motivar su resolución la Autoridad Jurisdiccional deberá imperativamente tener en cuenta los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada.

Cabe resaltar que, las medidas cautelares son de cumplimiento inmediato, y por lo tanto los recursos interpuestos no tienen carácter suspensivo y no limitarán su inmediata ejecución. La resolución deberá notificarse a las partes procesales tal y como lo prevé la ley adjetiva penal.

El Juzgador verificará el cumplimiento de la o las medidas cautelares ordenadas, por medio de la Policía Nacional, y en el caso de que el procesado no cumpla dichas medidas, el fiscal deberá solicitar su sustitución por una medida que se considere más eficaz.” (COIP 2014)

Cabe resaltar que una de las características principales de las medidas cautelares, es su carácter de excepcionalidad, es decir, no se deberá ordenarlas o adoptarlas como regla general a todos los casos, sino únicamente a aquellos en los cuales se verifique una real necesidad de su aplicación, considerando por supuesto que cumplan con los requisitos para avalar su procedencia, mismos que son los siguientes:

- 1.- *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, y,
- 2.- *Periculum in mora* o peligro de retardo

Lo cual para nuestra materia se traduce el primero en la posible existencia material del hecho y una eventual responsabilidad del justiciable; y, el segundo en el hecho de que si no se ordenara la medida pertinente no se pudiese cumplir con los fines del proceso.

En definitiva, las medidas cautelares en el proceso penal, tal y como lo sostiene Daniel Horacio Obligado (2005), son “una medida de aseguramiento de los fines del proceso”, es decir, aquellas acciones que la Autoridad Jurisdiccional podrá ordenar de manera motivada y previa solicitud fundamentada del Fiscal, para garantizar que una vez sustanciado el proceso penal correspondiente, y en el caso de que de éste se derive una responsabilidad delictual, el justiciable cumpla con lo dispuesto según corresponda cada caso.

De lo revisado podemos sostener que el régimen cautelar o precautelatorio en el Proceso Penal, está conformado por aquellas medidas de aseguramiento, dispuestas u ordenadas motivadamente por el Juez competente, previa solicitud debidamente fundamentada del Fiscal y cuya finalidad principal es asegurar los fines del proceso, por medio de la comparecencia del justiciable y el eventual cumplimiento de una pena en el caso de que la resolución jurisdiccional sea condenatoria.

1.1.3 Clasificación de las Medidas Cautelares

Cuando nos referimos a la clasificación de las medidas cautelares en el proceso penal, debemos identificar dos clases; la primera, es la que se refiere a las medidas personales, es decir aquellas que pesan sobre la persona del procesado, y la segunda, es la que refiere a las medidas reales, es decir aquellas que pesan sobre el patrimonio del procesado, mismas que serán analizadas a continuación:

Medidas Cautelares Personales:

Un concepto acertado de medidas cautelares personales, es el manifestado por Julián López Masle (2015, pág. 344), al sostener que: “pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento”.

Se califica como acertada dicha definición por cuanto la misma hace eco de que dichas medidas tienen como propósito asegurar los fines del proceso, pues hay que considerar que, este tipo de medidas al aplicarse directamente contra la libertad del procesado, que precisamente por mantener dicha calidad o estatus, podemos inferir que no ha sido sujeto de un juicio previo; por lo tanto no se las puede aplicar deliberadamente y desatendiendo los principios de Necesidad y Proporcionalidad, puesto que de no existir un minucioso análisis de su naturaleza y finalidad se podría convertirlas en una sanción anticipada, lo cual constituiría vulneración directa a los derechos fundamentales de Libertad y de Presunción de Inocencia de los que goza todo ciudadano.

En nuestro Ordenamiento Jurídico las medidas Personales están contenidas en el COIP, en su artículo 522, del cual se desprende lo siguiente:

“Medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada.

Artículo 522.- Modalidades. – La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad:

1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión preventiva.

La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica” (COIP, 2014)

Como podemos darnos cuenta, todas las medidas contenidas en el artículo citado están dirigidas a restringir o privar del goce absoluto del derecho de Libertad del justiciable, pues lo afectan de manera directa y personal, persiguiendo cumplir cada una y todas en su conjunto, las finalidades de las medidas cautelares. Es necesario tomar en cuenta que el título de la sección primera que antecede al artículo estudiado está incompleto, pues se limita a determinar a dichas medidas como instrumento para únicamente asegurar la comparecencia o presencia del procesado, cuando conforme lo que lograremos entender en el desarrollo de nuestro análisis, estas medidas persiguen ese fin y otros más que serán desarrollados más adelante.

Medidas Cautelares Reales:

Para contar con una definición de medidas cautelares reales, nuevamente debemos remitirnos al criterio de Julián López Masle (2015, pág. 437), quién manifiesta que son:

“aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad de administración y/o disposición patrimonial, que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines civiles del procedimiento y eventualmente de los fines penales, cuando la pena asignada al delito tenga un contenido patrimonial.”

De tal reflexión podemos vislumbrar que este tipo de medidas apuntan a limitar el goce exclusivo que tiene una persona sobre sus bienes, evitando que pueda administrar

y disponer libremente de ellos, pues como bien sabemos una de las finalidades de las medidas cautelares es justamente asegurar el cumplimiento de la sentencia, misma que deberá contener la obligación de reparación integral a la víctima, la cual se traduce en la indemnización económica determinada por el Juzgador y que como bien sabemos, la extinción de una obligación de ese tipo se debe cumplir por medio de las vías previstas para tal efecto en nuestra materia, lo cual está prácticamente asegurado por las medidas ordenadas previamente en el proceso.

Las medidas reales que se pueden ordenar en el proceso penal son las contenidas en el artículo 549 del COIP, cuerpo legal que establece lo siguiente:

Medidas cautelares sobre bienes

“Artículo 549.- Modalidades. - La o el juzgador podrá ordenar las siguientes medidas cautelares sobre los bienes de la persona natural o jurídica procesada:

1. El secuestro
2. Incautación
3. La retención
4. La prohibición de enajenar.

Una vez ordenadas las medidas se inscribirán obligatoriamente y en forma gratuita en los registros respectivos” (COIP,2014).

Según el autor Ricardo Vaca Andrade, (2015, pág. 21), las medidas cautelares reales pueden subclasificarse en dos tipos según su finalidad específica; las primeras, son aquellas que tienden a asegurar o preservar los medios de prueba, y las otras, aquellas que persiguen asegurar la reparación integral y el pago de daños y perjuicios, multas y costas judiciales; el autor sostiene que “en nuestro país a las primeras no se les consideran ni las catalogan como medidas cautelares reales, sin embargo considerando la finalidad de las mismas debería considerárselas como tal”, puesto que buscan asegurar o proteger los medios de prueba, mismos que en el momento procesal oportuno pueden servir como medios incontrovertibles para demostrar la materialidad del hecho considerado ilícito y la responsabilidad del imputado, asegurando en consecuencia, los fines del proceso.

Dentro de este primer grupo tal y como lo afirma dicho autor, “están las que tiene un objetivo netamente probatorio, como por ejemplo pueden ser la aprehensión de

objetos, papeles, documentos, herramientas que se hayan obtenido por los medios legales pertinentes y que guarden estrecha relación con el delito y contribuyan al cumplimiento de los fines procesales”.

En el segundo grupo están aquellas medidas que constan en el artículo 549 del COIP, y que ya fueron señaladas en líneas anteriores.

1.1.4 Finalidades de las medidas cautelares

Es primordial para nuestro estudio identificar y determinar con certeza las verdaderas finalidades que persiguen las medidas cautelares, pues de aquellas depende la posibilidad de deslindarlas en su totalidad de fines ajenos, ilegítimos e ilegales de dichos instrumentos de aseguramiento, evitando que se conviertan en penas anticipadas.

Para abordar y poder estudiar las finalidades de las medidas cautelares, debemos necesariamente remitirnos a lo contenido en el artículo 519 del COIP, mismo que establece lo siguiente: “**Finalidad.** - La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas” (COIP,2014).

Como se puede evidenciar, el legislador ha pretendido que nuestro ordenamiento jurídico contenga de manera clara y precisa las finalidades de las medidas cautelares en el proceso penal, pues tal y como consta del citado artículo, los fines que persiguen concuerdan en gran medida con los que determina la doctrina, en base al estudio de diversos Tratadistas que se han encargado de sentar la verdadera finalidad de las medidas cautelares.

Es menester hacer notar que si bien es cierto, tal y como ya se ha manifestado, en el artículo estudiado se ha intentado abordar y señalar de manera concreta los fines de las

medidas cautelares, sin embargo existen fines adicionales que es conveniente tener en cuenta, pues los mismos cumplen una función complementaria y brindan mayor certeza de su alcance, evitando que se dé una interpretación extensiva de la norma, y derive en una errónea aplicación de la misma dirigiéndola a fines contradictorios, es por esta razón que cabe tener en cuenta el criterio de Vaca Andrade, (2015, pág. 9), al manifestar que, se aplican por “la necesidad de impedir la paralización del proceso, la necesidad de evitar que el procesado oculte, destruya o manipule evidencias, o intimide testigos buscando impunidad, y la necesidad de precautelar y mantener a buen recaudo objetos, documento e instrumentos”. Como podemos darnos cuenta estas finalidades específicas guardan sólida concordancia con las generales y como ya se lo dijo, únicamente se pretende complementarlas.

1.2 LA PENA

1.2.1 Definición de Pena

El artículo 51 del COIP (2014), nos trae una definición de pena de la cual se desprende que: “es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada”.

Como es evidente existen diversas definiciones de pena, no obstante, encasillados en la necesidad de contar con una definición apegada a nuestra realidad, nos vamos a enfocar en el análisis de la que nos brinda nuestro Ordenamiento Jurídico, e intentar arribar hasta una definición acertada que permita una mayor comprensión de la misma, es así que, debemos concebir a la pena, como aquella afectación o limitación al goce cabal principalmente del derecho fundamental de Libertad y también a otros derechos relacionados según corresponda en cada caso al cual se considere ilícito y merecedor de tal limitación; la afectación de derechos a la que nos referimos, es el resultado de acciones u omisiones que de acuerdo a la norma legal constituyan un mal o daño penalmente relevante que justifique la intervención punitiva del Estado, e imponga de acuerdo a sus facultades y por medio de una sentencia ejecutoriada emitida por la Autoridad Jurisdiccional competente, las sanciones previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico para cada caso.

Es importante tener en cuenta que en base al principio de Legalidad que rige al Derecho Penal, el Juzgador podrá conocer y juzgar solo aquellos hechos que estén debidamente tipificados en la norma al momento de su configuración, es decir, no puede juzgar acciones u omisiones que no están contenidas en la ley penal vigente, ya que “no existe infracción penal, pena, ni proceso sin ley anterior al hecho” (COIP 2014).

1.2.2 Clasificación de la pena

En el Código Orgánico Integral Penal vigente en nuestro país, en su artículo 58 y siguientes, se reconocen tres clasificaciones de penas, mismas que las enumeramos y se refieren a:

1. “Privativas de libertad,
2. No privativas de libertad y
3. Restrictivas de los derechos de propiedad.”

Mismas que están debidamente descritas en la parte correspondiente en la norma legal citada; no obstante, la doctrina reconoce y establece varias clasificaciones de la pena, que nos ayudarán a entender el origen de las citadas, es así que, Muñoz Conde, (2000, pág. 570), las clasifica en un primer momento como: “clases de pena según su naturaleza, clases de pena según su gravedad y penas accesorias”, mismas que describimos a continuación:

1.- Las clases de penas según su naturaleza, partiendo del hecho de que éstas se enfocan en la naturaleza de la pena, debemos tener claro que es aquí en donde aterriza la clasificación de pena que nos trae el COIP y que fueron referidas en el párrafo precedente, pues la naturaleza de la pena se fija de acuerdo al derecho que priva o limita, siendo éstas las privativas de libertad y privativas de otros derechos y multa que afectan al patrimonio del condenado.

2.- Clases de penas según su gravedad. - de acuerdo a su gravedad, las penas pueden ser: graves, menos graves y leves.

3.- Penas Accesorias. - este tipo de penas, son aquellas que se pueden incorporar a la principal como complementarias, contenidas en preceptos generales que determinan que algunas penas van acompañadas de otras.

Para contar con un panorama más claro de la clasificación de la pena en nuestro Ordenamiento Jurídico, corresponde realizar el estudio de la clasificación de la pena contenida en el artículo 58 del COIP, mismo que se lo realiza de la siguiente manera:

A) Penas privativas de libertad. - es evidente que, al referirnos a este tipo de penas, debemos inferir que el derecho que será afectado es el de la libertad ambulatoria del procesado, pues el mismo tendrá que permanecer internado en el centro de rehabilitación social indicado y durante el tiempo que se designe en la resolución judicial, dicha tiempo se computará desde la aprehensión del condenado y en el caso de que previo a la sentencia condenatoria y como medida cautelar se haya estado cumpliendo con prisión preventiva o arresto domiciliario, el tiempo cumplido bajo dichos regímenes se computará al tiempo establecido en la resolución a favor del sentenciado.

B) Penas no privativas de libertad. - es lógico deducir que, al hacer referencia a penas no privativas de libertad, tal y como se desprende de su denominación, éstas son aquellas que no se traducen en la limitación a la libertad ambulatoria del condenado, sino en la limitación de otros derechos, mismas que según el artículo 60 del COIP, pueden ser:

“Art. 60.- Penas no privativas de la Libertad. -

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la Autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.

8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático, o soporte físico o virtual.
11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para persona extranjeras.
13. Pérdida de los derechos de participación” (COIP,2014).

C) Penas restrictivas de los derechos de propiedad. - este tipo de penas limitan la libre administración y disposición de la propiedad del sentenciado y según el COIP en su artículo 69, son las siguientes.

1. “Multa
2. Comiso penal
3. Destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción”.

1.2.3 Finalidades y límites de la Pena

Para entender con claridad la finalidad de la pena y adentrarnos en su estudio, es necesario tomar especial atención a lo propuesto por Francisco Muñoz Conde, (2000), quien manifiesta que sostener que “Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo, prácticamente es insuficiente, puesto que para conseguir con mayor exactitud un concepto de pena, es necesario tratar de determinar la naturaleza de ese mal o por qué o para qué se impone”, si bien es cierto a criterio del mismo autor tal situación se ha convertido en uno de los temas más debatidos, por lo cual para una mayor comprensión propone distinguir tres aspectos de la pena: su justificación, su sentido y su fin.

Su justificación la encontramos en la imperativa necesidad de poder contar con un medio de represión, considerado trascendental para la subsistencia de una sociedad, desde la lógica de que, al no existir una limitación a las acciones de los miembros de una sociedad, cualquiera de aquellos podría realizar actos en perjuicio de otros, evitando en base a tal situación que pueda conseguirse una correcta convivencia social y alcanzar los intereses colectivos en beneficio de dicha sociedad.

Para comprender el sentido y fin de la pena, es indispensable abordar y analizar tres tipos de teorías consideradas tradicionales a las cuales hace referencia Muñoz Conde (2000), las cuales consisten en lo siguiente:

- “Teorías Absolutas. - estas teorías se enfocan principalmente en el sentido de la pena, y se olvidan en lo absoluto del fin que esta persigue; es característico de estas teorías sostener que el sentido de la pena reside en la retribución. Es decir, aquel que cometió un mal, es acreedor a un mal.

Partiendo de dicha posición, debemos entender a la pena como el resultado que se espera y se considera justo y necesario por haber cometido una falta.

- Teorías Relativas. – estas teorías, se enfocan en el fin que persigue la pena, y en base aquello se dividen en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

Las teorías de prevención general sitúan el fin de la pena, en el objeto de potenciar y plasmar en el criterio de la ciudadanía un efecto intimidatorio, del cual se obtenga como consecuencia, la abstención de cometer un ilícito.

Las teorías de prevención especial en cambio, sitúan el fin de la pena, en la necesidad que una persona que haya cometido un delito, sea imposibilitada de volver a cometerlo, para lo cual prevé mecanismos como la corrección o intimidación, o a través de su aseguramiento alejándolo del convivir social mientras goza de su libertad.

- Teorías eclécticas o de la unión. - estas teorías tal y como su nombre lo indica, persiguen encontrar una posición intermedia entre las teorías absolutas (cuya base se encuentra en la retribución), y las teorías relativas tanto

generales como especiales, (cuya base se encuentra en la intimidación y aseguramiento del justiciable), que una o unifique y abarque dichas teorías con el fin lograr una coordinación entre sí y se cuente con una solución al problema de la definición de la pena en la ciencia penal” (Muñoz Conde, 2000).

Si bien es cierto esta última teoría es la aceptada mayoritariamente en la actualidad, sin embargo, no estudia el fenómeno de la pena en su totalidad, puesto que se limita a analizar sólo partes de ese fenómeno que según Muñoz Conde (2000), “es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece”, por lo tanto, no se puede asignar a la pena una función única o fin exclusivo.

De acuerdo a lo apuntado, no cabe duda alguna de que, en los términos descritos en líneas anteriores, la pena significa en su esencia retribución y prevención (general y especial), añadiéndole el irrestricto respeto al principio de legalidad en base al cual se evita un abuso respecto de la facultad punitiva del Estado.

Tal situación constituye el límite al ius puniendi del Estado y exige la preexistencia de norma expresa en la cual debe fundarse un hecho y una pena, pues el Juzgador no puede extralimitarse y de manera arbitraria sancionar hechos que no están tipificados ni imponer penas más allá de las establecidas, pues dicha inexistencia limita la pena como tal.

1.2.4 Extinción de la pena.

Por extinción entendemos aquella situación por medio de la cual fenece o se acaba la pena impuesta mediante sentencia condenatoria dictada por el Juzgador.

Las maneras por medio de la cuales se puede extinguir la pena, de acuerdo a lo establecido en el artículo 72 del COIP, son las siguientes:

“Art. 71.- Formas de extinción. -

1. Cumplimiento integral de la pena en cualquiera de sus formas.
2. Extinción del delito o de la pena por ley posterior más favorable.
3. Muerte de la persona condenada.

4. Indulto.
5. Recurso de revisión, cuando sea favorable.
6. Prescripción.
7. Amnistía”(COIP,2014).

Capítulo II

2.LA PRISION PREVENTIVA Y EL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y LIBERTAD AMBULATORIA

2.1 Definición de Prisión Preventiva

Para efectos de cumplimiento de los objetivos perseguidos por medio del presente estudio, pondremos especial interés y analizaremos de manera minuciosa la medida cautelar personal de Prisión Preventiva, para lo cual citaremos varias definiciones propuestas por diversos autores, para saber con certeza qué significa y conlleva la aplicación de que trata este régimen cautelar.

Debemos empezar manifestando, que la medida cautelar personal de prisión preventiva, ha constituido a través de la historia, uno de los temas de mayor debate jurídico, en base a las diversas posiciones y tendencias doctrinarias que se han originado respecto del tema, pues tal y como lo demostraremos en el desarrollo del presente, por un lado algunos autores justifican su aplicación al sostener que es la manera más efectiva de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso y una eventual condena posterior, y por otro lado existen autores que sostienen que este tipo de medida de principio a fin constituye una pena anticipada.

Cuando nos referimos al régimen cautelar de Prisión Preventiva, debemos tener presente con amplia certidumbre, aquellos derechos de las partes procesales que se ven afectados y por otro lado protegidos, pues es evidente que de la aplicación de dicha medida se van a producir varios efectos que en menor o gran medida van a estar vinculados de manera directa con diferentes derechos como consecuencia de la ejecución de dicho régimen. Es necesario identificar que entre los principales derechos que se afectan están los considerados fundamentales, tal y como lo son el derecho de Libertad y el de Presunción de Inocencia, reconocidos en nuestra Constitución de la República e incluso en Instrumentos Internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, mismos que abordaremos con amplitud más adelante dentro del presente capítulo.

Considerando que nuestra legislación no contiene una definición de Prisión Preventiva, corresponde en esta fase de nuestra investigación y en base al análisis de las definiciones que apuntaremos a continuación, formular una definición que abarque las

especificaciones y características propias del régimen referido y aporte a la obtención de una definición válida acorde a la realidad jurídica de nuestro Estado.

Partiendo de dicho enfoque, cabe determinar que una definición de Prisión Preventiva, bastante acertada es la que nos trae Julián López Masle (2015, pag.389), cuando sostiene que “la prisión preventiva es una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento”.

Así mismo es importante con el objeto de complementar el presente análisis citar lo expuesto por Clariá (2009, pág. 225), al dejar claro que “la prisión preventiva es una rigurosa medida de coerción personal adoptada por el Juez penal de instrucción contra el imputado a quien se lo procesa por un delito conminado por lo menos con pena privativa de la libertad”

Otra definición considerada correcta y que contribuye al fortalecimiento de nuestro análisis, es la que nos trae Sandra Cabrera (2005, pág. 391), cuando manifiesta que “la prisión preventiva (encarcelamiento preventivo) puede definirse como una medida cautelar establecida con un propósito asegurativo, tendiente a comprobar una infracción hipotética, donde hay una existencia de mínimo de pruebas de culpabilidad, motivada esta medida para tutela el éxito del proceso”

Así mismo y persiguiendo el mismo fin, debemos tener en cuenta que, “la prisión preventiva 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 el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento” (Obligado, 2005, pág. 404).

Para finalizar debemos remitirnos a la definición aportada por Martin Alejandro Sánchez (2005, pág. 458), quien establece que “la prisión preventiva es una medida de coerción que importa el encarcelamiento provisorio de una persona sometida a proceso penal hasta el momento de la sentencia, dispuesto por un órgano judicial con jurisdicción y competencia, y cuyo fin es precautorio o cautelar circunscripto a impedir la frustración del proceso”.

De lo citado podemos concluir que las definiciones analizadas se interrelacionan y concuerdan en gran medida respecto de las características y finalidades que persigue esta medida cautelar, por lo cual y en base a lo expuesto podemos mediante las respectivas operaciones intelectuales arribar hasta una definición propia, que logre constituir un aporte de relevancia para el estudio de la prisión preventiva en nuestro país y determinar con certeza una definición sólida que se considere aceptada y válida para referirnos a la prisión preventiva, misma que resulta en lo siguiente: la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que consiste en la privación provisional de la libertad ambulatoria del justiciable mediante el internamiento del mismo en el lugar dispuesto para tal efecto, por considerársele presunto responsable en cualquier grado, de la comisión de un delito sancionado con una pena mayor a un año; con el objeto de asegurar los fines del proceso penal y una eventual pena posterior. Dicha medida deberá ser ordenada por la Autoridad Jurisdiccional competente, mediante resolución debidamente motivada en base a la solicitud previa y fundamentada del Fiscal, por haberse verificado los requisitos de forma y fondo exigidos en la ley penal.

Conforme lo manifestado, hemos logrado vislumbrar que la prisión preventiva, efectivamente es una medida de aseguramiento de carácter personal por cuanto afecta directamente a la persona del procesado limitándole del goce cabal de su derecho a la libertad ambulatoria reconocido a toda persona por el hecho de gozar de dicha calidad, mismo que deberá ser internado en un centro de rehabilitación dispuesto por el Juzgador durante el tiempo ordenado, procurando de manera responsable prestar atención que éste lapso no supere el tiempo máximo reconocido en la ley para que opere la caducidad de la medida.

Es lógico que una medida de tal naturaleza deba ser ordenada de manera exclusiva por el Juzgador que está encargado de la tramitación del proceso penal, pues es la única Autoridad que está investida con la facultad o potestad de poder limitar derechos, respaldado en sus atribuciones debidamente reconocidas en la norma legal correspondiente; no obstante la norma legal adjetiva exige que la orden emitida por dicha Autoridad, deba gozar de la debida y correcta motivación, derivada de la previa solicitud y fundamentación del agente fiscal para la disposición de la medida correspondiente; es trascendental resaltar que el Juez no puede ignorar los principios de Necesidad y Proporcionalidad a la hora de emitir su resolución, pues aquellos constituyen parte de la esencia misma de la prisión preventiva, que avalan y permiten su correcta aplicación, ya

que de no existir el sustento de dichos principios, se deberá ordenar una medida preventiva diferente, menos gravosa y considerada suficiente y efectiva.

Corresponde poner especial énfasis en la necesidad de que para que se pueda dictaminar el régimen cautelar de prisión preventiva, el delito que se le atribuye al justiciable debe estar sancionado con una pena privativa de libertad mayor de un año conforme lo dispuesto en el COIP, en el numeral cuarto de su artículo 534.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISION PREVENTIVA:

Como es lógico, un régimen que reviste tal importancia como la prisión preventiva, respecto de la limitación de derechos, debe estar debidamente regulado por las bases o fundamentos que tienden a justificar su uso y determinar sus límites, es así que en lo que hace referencia a los principios o fundamentos que rigen la medida cautelar personal de la prisión preventiva podemos destacar los siguientes:

Principio de Legalidad:

Según López Masle (2015, pág. 350), este principio “consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas coercitivas que implican formas de restricción o privación de libertad”

Este principio básicamente se refiere de manera concreta a la exigencia de que exista dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, una norma que contenga y reconozca la legitimidad de la prisión preventiva, capaz de que una vez verificado los requisitos de forma y de fondo se pueda disponer la misma. Dicho de otra manera, el objeto que persigue este principio es garantizar que la medida de prisión preventiva no se ha ordenado de manera arbitraria e ilegítima por no estar debidamente tipificada en la ley penal, en lo que respecta a su aplicación, requisitos, límites, etc.

Principio de Jurisdiccionalidad:

Siguiendo el criterio de Masle (2015), este principio “supone que las medidas cautelares personales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente”.

Este principio tiene como finalidad precisar que, el disponer u ordenar la medida cautelar personal de prisión preventiva, es facultad exclusiva del Juzgador competente,

quien, en base a la observancia y verificación de una real necesidad, cumplimiento de requisitos, y atendiendo a las verdaderas finalidades de las medidas precautorias, deberá de manera motivada y previa solicitud fundamentada del fiscal, ordenar dicha medida.

Principios de Excepcionalidad e Instrumentalidad:

“El principio de Excepcionalidad se refiere específicamente a que la aplicación de la prisión preventiva no es la regla general dentro del proceso penal, es decir no debe considerársela como de aplicación obligatoria en todos los casos, sino únicamente cuando exista una real necesidad o resulte indispensable.

Por otro lado, el principio de Instrumentalidad hace referencia a que la prisión preventiva es un instrumento o herramienta de carácter auxiliar o accesorio, que tiene como principal objetivo asegurar el cumplimiento de los fines del proceso.

Constituye gran trascendencia e importancia referirnos al principio de excepcionalidad, puesto que no podemos desapegarnos o desatender tal condición en la que se sustenta la prisión preventiva, pues en nuestro ordenamiento jurídico se concibe a la prisión preventiva como última medida frente a las demás, por su gravedad respecto de los derechos que afecta” (Masle, 2015).

Principio de Provisionalidad:

Cabe tener en cuenta que, en relación a los principios de excepcionalidad e Instrumentalidad la prisión preventiva dispuesta, ésta debe subsistir o mantenerse únicamente durante el lapso que se considere indispensable o necesaria en el proceso en el cual sirvan como instrumento para asegurar sus fines.

Sin embargo, “es preciso indicar que no debemos confundir este principio, con la eventual temporalidad que se traduce de la caducidad de la prisión preventiva al haber cumplido el plazo máximo establecido en la normal legal” (Masle, 2015).

Principio de Proporcionalidad:

“El principio de proporcionalidad se enfoca en la imperiosa necesidad de que la medida cautelar personal de prisión preventiva debe guardar una relación proporcional entre la finalidad procesal que se busca asegurar y la gravedad del ilícito que se investiga” (Masle, 2015).

En base a lo expuesto debe entenderse que, de acuerdo a este principio, la prisión preventiva debe estar debidamente sustentada y justificada en base al cumplimiento de los fines del proceso respecto de su aplicación, con el objeto de deslindarla de manera absoluta con la más mínima posibilidad de constituir la pena anticipada o cumplir otros objetivos ajenos a los fines de las medidas cautelares en general, y, al mismo tiempo no puede bajo ningún concepto pretender igualar, ni aún peor superar la pena prevista en el ordenamiento jurídico para el delito presuntamente cometido.

Principio de Necesidad:

Como es lógico inferir, este principio apunta a permitir y exigir una valoración debida respecto de la real necesidad de la prisión preventiva, pues considerando que ésta es de última ratio, deberá analizarse minuciosamente si, para asegurar los fines del proceso no existe una medida menos gravosa y que no se traduzca en privación de libertad, pero que sea igualmente efectiva; puesto que siempre se deberá preferir las medidas que no signifiquen la privación de libertad del justiciable si éstas se consideran suficientes y eficaces para cumplir con las finalidades de las medidas cautelares.

2.2 Finalidad

En lo que respecta a la finalidad u objetivos que persigue la prisión preventiva, en concordancia con las contenidas en el artículo 534 del COIP, podemos observar que estas se limita únicamente a establecer que, son la comparecencia de la persona procesada y el cumplimiento de la pena, sin embargo tal y como se determinó en el capítulo anterior, las medidas cautelares de carácter personal persiguen otros fines que complementan su alcance y naturaleza; ante lo cual el Vaca Andrade (2015), identifica unas adicionales, mismas que serán detalladas a continuación:

1. “Asegurar el cumplimiento de la pena
2. Evitar la paralización del proceso
3. Garantizar la inmediación del procesado con el proceso
4. Evitar que el procesado obstaculice la acción de la justicia”.

Cuando nos referimos al primer objetivo señalado, que es el asegurar el cumplimiento de la pena. – surge la ineludible necesidad de prestar especial atención a la

misma, considerando que este hecho constituye una de las principales finalidades de la prisión preventiva, pues como ya lo hemos indicado, este tipo de medida, busca en un primer momento posibilitar el juzgamiento del imputado y que una vez que se haya sustanciado en su totalidad el proceso penal, y de este resulte una sentencia condenatoria lograr el cumplimiento o la ejecución de la misma de manera eficaz, logrando el cumplimiento cabal del objetivo del derecho penal.

Al hacer referencia al segundo objetivo que es el evitar la paralización del proceso. - el autor se enfoca justamente en aquella limitación que existe en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la sustanciación de un proceso a una persona que no está presente o no ha comparecido al mismo, pues como bien sabemos a excepción de algunos delitos tales como peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito en los que se puede juzgar al justiciable en su ausencia, los demás requieren de manera obligatoria su comparecencia a partir del auto de llamamiento a juicio, produciendo al no estar presente, la suspensión del desarrollo de la demás etapas del proceso, ya que de acuerdo al debido proceso reconocido en nuestra Constitución de la República, toda persona tiene derecho a una defensa integral, por medio de la cual y en apego del principio de contradicción, en el momento procesal oportuno podrá aportar con los medios de prueba que signifiquen el poder arribar hasta una verdad inequívoca de los hechos.

El tercer objetivo tendiente a garantizar la inmediación del procesado con el proceso, tiene por objeto “se dé una vinculación directa entre el proceso, y más concretamente quienes lo conducen en sus respectivos ámbitos de actuación procesal: Juzgador, fiscal y procesado” (Vaca Andrade, 2015), es decir, lo que se busca es que el justiciable interactúe de manera directa en las diferentes etapas del proceso con el Juzgador y fiscal, aportando elementos que contribuyan al conocimiento verdadero de los hechos, y se garantice una actuación imparcial y objetiva en la obtención de los medios de prueba por parte del fiscal.

El último objetivo se refiere a evitar que el “procesado obstaculice la acción de la justicia”.- por medio de éste se justifica uno de los fines principales de la prisión preventiva, pues se pretende básicamente evitar que por parte del procesado se intente imposibilitar la obtención de los medios de prueba idóneos y conducentes a demostrar una posible responsabilidad en la comisión de un ilícito, ya que al estar privado de la libertad no va a resultar tan sencillo que al tratar de burlar la acción de la justicia, destruya,

modifique o influya de manera alguna en la autenticidad de los medios de prueba” (Vaca Andrade, 2015).

2.3 Requisitos y su fundamentación

Resulta por demás lógico, que en un Estado de Derechos y Justicia como el nuestro, y con el fin de garantizar el goce óptimo de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, previo a ordenar la aplicación del régimen de prisión preventiva, sea necesario verificar la concurrencia de ciertos requisitos establecidos en la doctrina y la ley, necesarios para que pueda considerarse viable una medida cautelar de tal naturaleza; es por lo expuesto, que es fundamental tener presente las condiciones o exigencias que conllevan los requisitos en referencia para justificar una prisión preventiva legal y legítima, es así que en lo que respecta al criterio en el ámbito doctrinario, debemos remitirnos a lo expuesto por Mauricio Duce J y Cristián Riego R., (2007), en su obra PROCESO PENAL, al manifestar que, para la aplicación de las medidas cautelares personales es necesario la concurrencia de dos requisitos o supuestos, mismos que abordaremos a continuación:

“1.- Supuesto material:

Este requisito se enfoca en la necesidad de que, al momento de solicitar la prisión preventiva o cualquier medida cautelar de carácter personal, se pueda demostrar ante la Autoridad Judicial, la existencia material de un hecho considerado ilícito, así como también la existencia de elementos de convicción suficientes para fundamentar los cargos en base a los datos o información con la que se cuente y poder sustentar un juicio posterior y una eventual sentencia condenatoria”.

Es decir, para que se verifique la existencia de este supuesto, es preciso tener en cuenta que, los antecedentes en los que se fundamenta el fiscal deben reunir las condiciones consideradas necesarias para poder sostener de manera sólida la imputación de un hecho ilícito al procesado y como consecuencia lograr desarrollar el juicio correspondiente y una posible condena.

Si bien es cierto, el Juzgador en esta etapa no puede profundizar o analizar de manera minuciosa que tan efectivos pueden ser los medios de prueba que aportará el fiscal y a su vez la defensa del justiciable, sin embargo, se encuentra en la obligación de considerar en base a lo fundamentado por el fiscal, todos los antecedentes del hecho, y

determinar si existen o no diversos medios probatorios que aparentemente permitirán demostrar con certeza determinados hechos en la etapa procesal correspondiente y atribuir la responsabilidad en cualquier grado a una persona en concreto.

2.- Necesidad de Cautela:

“Este supuesto o elemento necesario para justificar la prisión preventiva, hace referencia a la exigencia que recae sobre el Juzgador para que realice una ponderación de la necesidad de la medida pedida por el fiscal y en base aquello, por un lado, pueda considerar cuál es el riesgo de que el imputado realice diversos actos en perjuicio del correcto desarrollo del proceso y el posterior cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, y por otro lado, la efectiva viabilidad y eficacia de la medida para evitar dicho riesgo”(Duce, 2007).

Como es evidente, este supuesto sólo se considerará procedente y válido si es que a priori, se verifica la existencia del supuesto material, ya que, de no constatarse dicho elemento, aunque aparentemente se justifique la necesidad de cautela, resulta totalmente improcedente debatir sobre la probabilidad de disponer la prisión preventiva.

Respecto a este último elemento, los autores en referencia logran identificar tres causales para que proceda de manera justificada la disposición de la prisión preventiva, éstas son: “peligro para el ofendido, peligro de afectación de la investigación y el peligro para la seguridad de la sociedad”, mismas que con el objeto de complementar nuestro análisis desde el punto de vista doctrinario, detallaremos a continuación:

1.- Seguridad del Ofendido:

La Autoridad Jurisdiccional competente, deberá justificar la viabilidad de la prisión preventiva, sustentado en la hipótesis de que el justiciable represente un posible peligro para la seguridad de la víctima, por existir antecedentes que permitan presumir que la libertad del procesado puede constituir serio riesgo para la integridad tanto física como psicológica de la víctima y su familia.

La seguridad y bienestar de la víctima significa una finalidad legítima del proceso penal y en consecuencia cumple con una necesidad real de la aplicación de las medidas cautelares.

2.- Protección de la Investigación y de los Medios de prueba:

Como ya lo manifestamos anteriormente, otra de las finalidades de las medidas cautelares son también la protección de la investigación y de los medios de prueba, es por tal motivo que resulta lógico que, dentro del requisito de necesidad de cautela, sea necesario para que proceda la disposición de la prisión preventiva, justificar que se encuentra en peligro dicha finalidad y se verifique una necesidad real de la medida.

Constituye uno de los objetivos fundamentales de la investigación, la actividad destinada a lograr recabar y obtener todos los medios de prueba que conduzcan o contribuyan al Juzgador a poder justipreciar la verdad de los hechos dentro del proceso penal, es por este motivo que el elemento en cuestión persigue asegurar por medio de la privación de libertad del imputado que éste no constituya un peligro para la investigación. Es decir, se justifica dicha medida cuando se considere seriamente posible que el imputado pueda o pretenda realizar actos concretos y dolosos tendientes a afectar el normal desarrollo de la investigación; no obstante, para justificar esta medida se deberá tomar especial atención al carácter excepcional de la misma y que esos actos que se pretenden evitar, sean posiblemente ejecutables.

3.- Peligro para la Seguridad de la Sociedad:

En base a este elemento, el Juzgador podrá justificar una real necesidad de la aplicación de la prisión preventiva, fundamentado en la hipótesis de que la libertad del justiciable signifique un riesgo para la seguridad de la sociedad. Es preciso tener en cuenta que, para determinar con certeza el significado y alcance de “Seguridad de la Sociedad”, es pertinente tal y como lo recomiendan los autores citados, analizar las tres situaciones siguientes, que en mayor o menor medida nos brindarán una noción más amplia para lograr entenderla:

- Peligro de Fuga. - resulta lógico inferir que, cuando nos referimos al peligro de fuga, estamos hablando de aquel riesgo que existe de que el imputado no comparezca al proceso y menos aún se logre determinar su domicilio actual para lograr ejecutar una sentencia en su contra.

Este objetivo debe ser considerado con la mayor atención posible, pues como ya lo hemos planteado, las principales finalidades de las medidas cautelares son asegurar la comparecencia del justiciable y el cumplimiento de una eventual condena; finalidades que se verían truncadas si es que el imputado

decide fugarse y no responder ante la justicia penal. Es por este motivo que el Juez deberá poner especial interés respecto de los fundamentos aportados por el fiscal al momento de la solicitud de la disposición de la prisión preventiva, puesto que la viabilidad del desarrollo del proceso, se traduce en la comparecencia del imputado al mismo.

Si bien es cierto, tal y como lo establecen los autores, la viabilidad de una medida cautelar no se puede fundamentar en base a supuestos que carecen de fortaleza probatoria, sin embargo consideran que de manera precaria, el Juzgador deberá tomar en cuenta diversos factores que generalmente se relacionan de manera directa respecto de la necesidad de disponer la prisión preventiva, pues en la mayoría de los casos influyen de cierta manera al momento de decidir sobre la viabilidad de la aplicación de una medida cautelar, y nos referimos a: cuando el imputado demuestra arraigo familiar, laboral, económico o de cualquier tipo con el lugar en donde se desarrolla el proceso, la probabilidad de fuga es menor que si no existiera ninguna de esas circunstancias; de igual manera otro factor que puede influir al justiciable a que decida fugarse, es la gravedad del delito por el que se le investiga, el cual contiene una pena que pretende evadir; otro de los factores que pueden influir a la hora de dictaminar una medida cautelar, es la observancia por parte del Juzgador respecto de que si el procesado ha tenido antecedentes de los cuales se puede prever la disponibilidad que demuestra el procesado para cumplir con las órdenes judiciales.

- Peligro de reiteración:

Este elemento tiene como principal necesidad, que el imputado al estar privado de su libertad, esté totalmente imposibilitado de cometer delitos mientras se desarrolla el proceso.

Es pertinente dejar sentado que, el evitar que el imputado cometa otros delitos no es una finalidad de las medidas cautelares, no obstante, los autores sostienen que merece tomarse en cuenta, puesto que ha convertido en una tradición en varios países, considerar dicha situación como causal para dictar medidas cautelares.

- Alarma Pública o Legitimidad del Sistema:

Finalmente, para tratar de entender la noción de “peligro para la seguridad de la sociedad”, debemos saber que, según Duce Y Riego, 2007 pág. 265 “esta noción se basa en la idea de que, si bien lo jueces cumplen una función contramayoritaria, su alejamiento de las expectativas de la población tiene como límite el hecho de que en una sociedad democrática ese alejamiento no puede llegar al grado de generar una completa deslegitimación, una insatisfacción que se traduzca por ejemplo en que por medio de una ley se prive al Juez de sus facultades.”

A más de los requisitos doctrinarios estudiados, aportados por diversos tratadistas con la finalidad de justificar una correcta aplicación de la prisión preventiva y determinar con certeza su viabilidad, la ley adjetiva nos trae en su artículo 534 del COIP, los requisitos procesales, que avalan la procedencia de la solicitud y posterior aplicación de la prisión preventiva, mismos que para efectos de mayor entendimiento, los abordaremos a continuación:

A criterio de Vaca Andrade (2015), existen requisitos de fondo y requisitos de forma.

“Los Requisitos de Fondo: (Artículo 534 del COIP)

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad”.

En este punto es concerniente enfocarnos en el desarrollo del primer requisito para que proceda la prisión preventiva, el mismo se refiere a la existencia de elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.

Respecto de los elementos de convicción suficientes exigidos, es pertinente determinar, que este tipo de elementos se originan y respaldan en indicios claros que contribuyen a determinar la existencia del delito; por lo debemos comenzar identificando el significado de la palabra indicio, para lo cual nos referiremos a lo señalado por Vaca Andrade (2015, pág. 75) cuando cita a German Pabón Gómez, quien a su vez estudiando a Davis Echandía establece que: “La voz latina *indicium* es una derivación de *indiciere* que significa hacer conocer (...). De acuerdo con esto, entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos (...). Es decir, en la prueba indiciaria aparecen, como un todo indivisible, el hecho y el argumento probatorio que de él puede obtenerse, en virtud de esa operación lógica por la cual estimamos que no es correcto contemplar el hecho desde un punto de vista estático, aislado de esa actividad”.

Debemos tener en cuenta que: “los indicios -de los cuales se llega mediante un procedimiento lógico a contar con elementos de convicción-, son, entonces, señales claras, o fenómenos que permiten conocer o inferir la existencia de un hecho no percibido. (...). La sospecha no es un indicio, pues no tiene el mismo estado de firmeza o de duda positiva; el indicio es una de las pruebas indirectas o semiplenas que tiene una calidad más determinante y específica que la simple sospecha, que es vaga y difusa, y en todo caso carente de fundamentos” (Vaca Andrade, 2015, pág. 76).

Para complementar la explicación de indicio y su importancia es menester remitirnos a la definición que nos trae el autor Alfonso Rodríguez (2012, pág. 67), quien establece que: “el indicio tiene estructura silogística, sobre la base trípode de la existencia de una tesis, una antítesis y una síntesis, constituida la premisa mayor por la experiencia; la premisa menor por el hecho base o indicador, plena y ciertamente demostrado; y un proceso lógico de inferencia, del que concluye el hecho supuesto o indicio, que es la síntesis de las dos anteriores. Por tanto, dada su naturaleza es un medio de prueba indirecto, crítico-racional, generado en un hecho conocido, demostrado dentro del

proceso legal, inferido lógicamente, asistido por la experiencia. El grado de convicción está determinado por la relación de causalidad entre el hecho base y el supuesto.”

Conforme a lo apuntado, podemos sostener que, un indicio constituye un hecho indicador, en base al cual se puede arribar por medio de la intuición a otro hecho desconocido pero posible, que se encuentre íntimamente ligado y sea concordante con el hecho indicador inicial, logrando conseguir como resultado de una básica operación intelectual un argumento probatorio que, sustentando de manera objetiva y en apego total a la experiencia o en factores específicos científicos o técnicos al igual que una responsable apreciación de cada uno de ellos en cuanto a su estado de firmeza, nos llevarán a la obtención de los elementos de convicción necesarios y suficientes para poder demostrar la existencia material de un hecho considerado delito de acción pública.

Surge la necesidad de explicar, el sentido de la norma al establecer en su parte final que, el delito existente deberá ser de los considerados de ejercicio público de la acción. Para empezar, debemos tener presente que, tal y como lo explicamos en la parte pertinente del capítulo anterior en lo que respecta a las reglas de las medidas cautelares, éstas se aplican únicamente en delitos y no en contravenciones.

Ahora bien, en lo respecta a la naturaleza de la acción, tal y como consta en el COIP (2014) en su artículo 410, “ésta puede ser pública o privada y en su orden, la una corresponde ser impulsada por el fiscal incluso sin que medie una denuncia previa, y la otra corresponde ser impulsada por la víctima mediante querrella.”

Es preciso indicar que mediante disposición expresa establecida en el numeral cuarto del art. 647 del COIP, está determinado que en los delitos de acción privada no se ordenarán medidas cautelares; parafraseando a Vaca Andrade (2015), y con el objeto de pretender justificar la decisión del legislador de no proveer las medidas de aseguramiento en el ejercicio privado de la acción, es necesario entender que, “al establecer que los delitos de acción pública tienen como titular del ejercicio de la acción al fiscal, se debe tener la certeza, de que, la Autoridad en referencia, en base a sus obligaciones y prerrogativas establecidas en la ley, al tener conocimiento y verificar la existencia de los elementos de convicción que pueden constituir la existencia de una infracción y una posible responsabilidad del individuo, podrá o deberá proponer la acción pertinente y agotarla hasta obtener la resolución correspondiente por parte del órgano jurisdiccional competente buscando la protección del bien jurídico protegido que se cree transgredido o

afectado; en cambio, al sostener que el ejercicio de la acción privada radica netamente en la víctima, ésta puede no tener interés en intentar una acción en contra de una persona y por ende no activar el órgano de justicia”.

En lo que corresponde al segundo requisito, y que se refiere a la necesidad de que existan elementos de convicción claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito, es necesario tener presente que en base los indicios recabados u obtenidos, deberán surgir los elementos considerados necesarios para poder sostener una acusación tendiente a determinar con mayor certeza el nivel de responsabilidad de una persona, contra quien se ventila un proceso penal. Estos elementos tal y como lo exige la norma, deben ser claros y precisos, pues cumplen con la función determinante dentro de un proceso en lo que respecta a generar una presunción de la existencia de un nexo causal entre el cometimiento de un delito y sus responsables, buscando garantizar de cierta manera que no exista posible un evidente error o duda de tal responsabilidad.

Referente al tercer requisito, el cual busca contar con indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.

Corresponde al agente fiscal, en base a la fundamentación realizada al momento de solicitar la prisión preventiva, demostrar los elementos y antecedentes con los que cuenta para fortalecer su solicitud y en tal virtud sustentar la viabilidad y real necesidad de la aplicación de dicho régimen. El Juzgador luego de justipreciar los fundamentos del fiscal y teniendo en cuenta las finalidades y principios que rigen la prisión preventiva, deberá de manera motivada emitir la resolución respectiva.

El cuarto requisito se enfoca en la necesidad de que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año; considerando principalmente la gravedad que reviste este tipo de medida y los efectos que causa sobre el justiciable no debería aplicarse a cualquier tipo de delito, sino únicamente a los que se le imponga una pena superior al año.

2.4 Características

A continuación, vamos a señalar y destacar algunas características de la prisión preventiva, con el fin de diferenciarla de las demás medidas cautelares y acentuar algunas

particularidades de dicho régimen, que contribuirán a complementar nuestro estudio; para tal efecto, desarrollaremos una breve descripción de cada característica, en atención a lo manifestado por Vaca Andrade (2015):

2.4.1 “La prisión preventiva se puede: revisar, sustituir, revocar, suspender.”

Al tener en cuenta que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, cuyas finalidades deben estar claramente identificadas por el Juzgador y debidamente sustentadas en base a la fundamentación del fiscal, es lógico que en un primer momento, dicha fundamentación, a la hora de servir como justificación respecto de la viabilidad y legitimidad de la misma, exige un análisis pertinente de cada uno de aquellos antecedentes aportados; sin embargo, debemos estar conscientes que dichos antecedentes y situaciones que sirvieron como fundamento principal, en el transcurso del desarrollo del proceso se pueden modificar y derivar en consecuencia, en un uso innecesario de la prisión preventiva, por lo cual ésta no puede constituir una decisión definitiva e irrevocable, y puede ser sujeta a una solicitud de revisión, sustitución, suspensión o revocatoria, según corresponda en cada caso.

Según lo establecido en el artículo 521 del COIP, se puede solicitar la revisión, sustitución, revocatoria o suspensión de la medida de cautelar cuando “concurran hechos nuevos que así lo justifiquen o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados”.

Sustitución. – tal y como lo establece el artículo 536 del COIP (2014) respecto de la sustitución, debemos tener presente que, ésta no cabe en los delitos considerados graves, es decir, aquellos sancionados con pena privativa superior a los cinco años.

De la misma manera en el artículo 537 del COIP, se determina casos especiales en los cuales sin tomar en cuenta la pena prevista como sanción, se puede sustituir la prisión preventiva por “arresto domiciliario y el uso del dispositivo electrónico” en los casos siguientes:

1. “Cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentre hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que requieren cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días más.
2. Cuando la persona procesada es mayor de sesenta y cinco años de edad.

3. Cuando la persona procesada presente una enfermedad incurable en etapa terminal, una discapacidad severa o una enfermedad catastrófica, de alta complejidad, rara o huérfana que no le permita valerse por sí misma que se justifique mediante la presentación de un certificado médico otorgado por la entidad pública correspondiente.

En los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, el arresto domiciliario no podrá cumplirse en el domicilio donde se encuentra la víctima” (COIP,2014).

Suspensión. - se podrá suspender la prisión preventiva cuando el procesado rinda caución, atendiendo lo previsto en los artículos 543 y 544 del COIP.

“Revocatoria. – la prisión preventiva, según el artículo 535 del COIP, se revoca cuando:

1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.
2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia.
3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva.
4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida” (COIP,2014)

2.4.2 Es Apelable. –

Como bien sabemos, la apelación es un medio de impugnación, por medio del cual el recurrente, asistido por su derecho a manifestar que no está de acuerdo con determinada resolución, puede en base al principio de doble conforme, y en apego y observancia de lo previsto en la norma legal pertinente, presentar su inconformidad de manera fundamentada, para que, en base aquella un Juzgador superior o de mayor jerarquía, pueda justipreciarla y revocarla o confirmarla según lo que corresponda.

Dicho recurso, en el caso de ser concedido, será con efecto devolutivo. Es decir, no podrá concederse con efecto suspensivo y por ende la prisión preventiva aún con la existencia de un recurso de apelación, no se suspenderá sino hasta la resolución final que contenga de manera expresa tal particular.

Tal y como lo sostiene Vaca Andrade (2015), se “podrá apelar la resolución emitida en la etapa de formulación de cargos o mientras dure la instrucción fiscal”.

2.4.3 Es de duración determinada. –

Evidentemente al constituir la privación de libertad del procesado, sin un juicio previo en el que se determine su culpabilidad, es totalmente lógico que se deba plantear un límite de tiempo en base al cual se estime que se pueda perfeccionar y conseguir el cumplimiento los fines del proceso, que en nuestra legislación no puede ser más de un año.

2.4.4 Es imputable a la pena. -

Una vez que culmine el proceso y que de este derive una sentencia condenatoria en contra del justiciable; el tiempo de duración de la prisión preventiva cumplido, se imputa de manera automática a la pena impuesta por el Juzgador.

2.5 Caducidad

Debemos tener en cuenta, que ninguna persona debe sufrir una pena sin un juicio previo, sino únicamente podrá limitarse el derecho a la libertad por medio de la prisión preventiva persiguiendo cumplir sus finalidades. Es por este motivo que el legislador ha pretendido limitar el tiempo de la prisión sin el juicio previo y ha planteado su caducidad. En lo que respecta a la caducidad de la prisión preventiva, debemos tener presente que según el artículo 537 del COIP, la misma está sujeta a las siguientes reglas:

“La prisión preventiva en los delitos considerados menos graves o delitos de prisión cuya sanción prevista en la ley penal sustantiva penal no supere los cinco años, no podrá durar más de seis meses; y, en los delitos considerados graves o delitos de reclusión, cuya sanción prevista en la norma legal supera los cinco años, no podrá durar más de un año.

Para realizar el cómputo del transcurso del tiempo establecido para que opere la caducidad, ya sea en los delitos de prisión o reclusión, se deberá tomar en cuenta la fecha exacta en la cual se ejecutó la disposición de la prisión preventiva, pues es desde aquella fecha que empieza a correr el plazo establecido para cada caso. Dicho plazo se interrumpirá una vez que se cuente con la resolución judicial correspondiente.

En el caso en el cual se exceda el plazo máximo previsto para la duración de la prisión preventiva en delitos ya sea de prisión o reclusión, la Autoridad Jurisdiccional competente deberá ordenar de manera inmediata la libertad del justiciable, pues de verificarse dicho particular, significa que automáticamente la medida de prisión preventiva queda sin efecto.

Al momento de resolver sobre la caducidad de la prisión preventiva, el Juzgador deberá observar con especial atención el comportamiento del procesado, en lo que respecta a la intención de pretender por diferentes medios evadir, retardar, evitar o impedir el normal desarrollo del proceso, para evitar ser juzgado dentro del plazo máximo y que opere justamente la caducidad, pues de verificarse que se ha excedido del plazo, pero no a causa de la administración de justicia sino por parte del justiciable, la prisión preventiva seguirá vigente y dejará de decurrir el plazo”.

Debemos tener en cuenta que, en el caso de que opere la caducidad de la prisión preventiva, esto no significa la culminación del proceso penal, y por lo tanto éste deberá seguir sustanciándose con normalidad. El Juzgador al momento de suspender la prisión preventiva por haberse verificado su caducidad, podrá de considerarlo necesario disponer la presentación periódica del procesado ante la Autoridad pertinente o prohibición de salida de país, ya sea de manera conjunta o no. Además, de considerarlo necesario podrá también disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

2.6 Presunción de Inocencia

En nuestra Carta Magna, en su artículo 76 numeral segundo, al igual que en Instrumentos Internacionales, está debidamente reconocido aquel derecho considerado fundamental de presunción de Inocencia, del cual goza toda persona y como ya lo habíamos manifestado de manera sucinta durante el desarrollo de nuestro estudio, es justamente este derecho es el que se ve vulnerado en mayor magnitud y de manera directa por medio de la disposición judicial de medida cautelar de carácter personal de prisión preventiva, puesto que al disponerse dicha medida, ésta constituye una severa limitación del derecho a ser considerado inocente, por no haberse declarado mediante sentencia ejecutoriada, la responsabilidad de una persona y en base aquello como es lógico, sufrir o cumplir con la sanción prevista contenida en el fallo judicial correspondiente; partiendo de dicho enfoque es menester no deslindarnos ni pretender olvidar la naturaleza y finalidades de la prisión preventiva, pues es aquí en donde radica justamente la diferencia

principal entre la prisión preventiva y la prisión punitiva, ya que la primera regida por principios, requisitos y características propias de su naturaleza, cumple un rol totalmente asegurativo de los fines del proceso y persigue el eventual cumplimiento de la pena.

Justificando su viabilidad y aplicación justamente en la observancia y total respeto de sus principios y lo establecido en referencia en la norma penal; facultando a la Autoridad Judicial para que en un análisis exhaustivo de cada una de las particularidades del hecho considerado ilícito, se pueda de acuerdo a sus prerrogativas y una debida motivación, disponer una medida que prive de la libertad a un ciudadano a quien no se le ha determinado su responsabilidad en cualquier grado dentro de dicho caso, es decir no ha existido un juicio previo en el que se haya demostrado la culpabilidad de la persona que recién está llamado a participar de un proceso penal sino únicamente dicha limitación cumple un rol cautelar.

En cambio, la segunda se refiere ya a la sanción como tal, impuesta por la Autoridad Jurisdiccional competente mediante sentencia ejecutoriada, en base a la cual se persigue cumplir las finalidades propias de la pena, por haberse desarrollado un juicio penal, cumpliendo con todas su etapas procesales y por haberse demostrado la responsabilidad inequívoca del procesado en referencia al hecho investigado, situación que da como resultado que se concluya con la emisión de una sentencia condenatoria en su contra, es decir, una vez sustanciado en su totalidad el proceso penal, de acuerdo a la investigación y los medios probatorios aportados y reproducidos en la etapa procesal oportuna, y cumpliendo a cabalidad con todas las normas del debido proceso, se ha demostrado fehacientemente ante el Juzgador que el justiciable es efectivamente el responsable del ilícito investigado y por lo tanto se ha emitido el fallo judicial que justifica la sanción impuesta según corresponda en cada caso.

En lo que respecta al derecho fundamental de Presunción de Inocencia, es necesario plantear una definición que potencie una correcta interpretación y alcance del mismo referente a los demás derechos y la administración de justicia penal en general, pues este derecho constituye uno de los más afectados e inobservados en relación a la disposición de la prisión preventiva.

Debemos comenzar manifestando que, la inocencia de una persona, es un estatus del cual goza absolutamente todo ser humano por ser considerado como tal, este estatus o condición es inherente a todo individuo miembro de una sociedad; dicha condición de

inocencia en base a los preceptos legales reconocidos en los Instrumentos Internacionales y en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, ha adquirido o conseguido ser respaldada y reconocida en la ciencia penal por medio de una presunción iuris tantum, logrando potenciarla y elevarla a un nivel superior de los derechos, colocándola dentro del rango de los considerados fundamentales.

Con la intención de determinar con mayor certeza el contenido del derecho a la presunción de Inocencia, cabe tener en cuenta que: “el procesado no es culpable del hecho o acto que se le imputa hasta que, mediando decisión definitiva adoptada siguiendo todas las normas del debido proceso, se desvirtúe esa presunción, por lo que el procedimiento no estará dado para declarar la inocencia ni para confirmarla, sino para establecer la responsabilidad, en caso de haberla” (Oyarte, 2016, pág.144).

De tal expresión, debemos resaltar que, en base a este derecho fundamental de presunción de Inocencia, lo que se busca dentro de un proceso no es comprobar la inocencia del justiciable ni que se confirme la misma, sino demostrar su culpabilidad; es decir, partiendo de dicha perspectiva, surge la necesidad de aclarar, que el estatus de inocente no se pierde por el simple hecho de estar llamado a participar en un proceso penal como presunto responsable de la comisión de un ilícito, sino se requiere la existencia de una resolución judicial en firme, que contenga la declaración de culpabilidad en contra del procesado y resulte consecuentemente en la pérdida del estatus de inocente para convertirse en culpable.

2.7 Libertad Ambulatoria

En nuestra Constitución de la República al igual que en varios Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador, se encuentra debidamente reconocido el derecho fundamental de Libertad Ambulatoria de las personas miembros de nuestro Estado; en base aquel se reconoce la “facultad de la que goza todo ciudadano de transitar de manera libre y sin limitación alguna por todo el territorio nacional, al igual que la facultad de salir del país de manera libre”. (Constitución del Ecuador, 2008)

Como es evidente, al existir la disposición de prisión preventiva, se ve directamente afectado este derecho, puesto que se limita en su totalidad su efectivo goce, puesto que se configura el encarcelamiento del procesado.

Si bien es cierto el derecho fundamental a la Libertad, se encuentra reconocido en nuestra Constitución de la República e Instrumentos Internacionales, y lo goza todo ser humano por el hecho de gozar de tal calidad, pues es inherente a toda persona, sin embargo, la ley prevé que “por situaciones verdaderamente excepcionales y cuando sea estrictamente necesario para alcanzar objetivos comunitarios superiores y de mayor jerarquía que el interés del individuo, una persona puede perder la libertad o sufrir limitaciones a la misma, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones y requisitos previstos en el ordenamiento jurídico” (Vaca Andrade, 2015).

Tal y como se desprende de dicha reflexión, existirán casos en los cuales una vez que se verifique la real necesidad de limitar la libertad de la persona para asegurar el bienestar y objetivos colectivos, observando con responsabilidad el cumplimiento cabal de las reglas y requisitos que se requieran para la aplicación de dicho régimen. Como podemos darnos cuenta está justificada la limitación del derecho de libertad ambulatoria de una persona, por considerarse fundamental para los fines del proceso.

2.8 Pena anticipada

Debemos partir recordando que tal y como lo estudiamos en el primer capítulo en lo que respecta a la pena, ésta configura una limitación principalmente al derecho de Libertad y adicional aquel, también a otros derechos que se conjugan dependiendo de la situación de cada caso, hasta este punto y atendiendo a los efectos de las medidas cautelares, evidentemente tiene similitud pues como ya quedó claro, las medidas cautelares también limitan el derecho de Libertad y otros derechos, por lo tanto es primordial en este punto, diferenciar las características de la pena y de las medidas cautelares, puntualizando su origen, finalidad, etapa procesal en la que se dispone y su duración, pues si bien es cierto como queda comprobado, existe dicha semejanza; sin embargo de este análisis depende el contar con una diferenciación clara de cada una para evitar que se las aplique de manera errada.

De manera sucinta, en lo que respecta al origen y finalidad de la pena y prisión preventiva respectivamente, debemos sostener que la pena persigue en su esencia retribución y prevención (especial y general) que se origina al finalizar un proceso penal en el cual ha existido un debido juicio y se ha determinado la responsabilidad del justiciable, en cambio la prisión preventiva es una medida cautelar que se origina de la

necesidad de asegurar los fines procesales y un eventual cumplimiento de pena en base a indicios desarrollados en la fundamentación de solicitud de la misma.

De lo expuesto cabe destacar el hecho, de que en la pena, se cuenta ya con una resolución producto de un juicio previo en el que se ha determinado con certeza y en base a los medios probatorios correspondientes la culpabilidad en determinado grado del procesado, en cambio en la prisión preventiva no ha culminado el proceso ni ha existido un juicio en el cual se ha logrado demostrar la responsabilidad del justiciable, sino ésta se aplica únicamente sustentada en sus finalidades específicas que avalan dicha aplicación.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que en lo que respecta a su duración, la pena deberá ser aplicada según lo previsto en la ley sustantiva penal para cada delito según corresponda, pero la prisión preventiva no podrá durar más de seis meses en los delitos de prisión, ni más de un año en los delitos de reclusión.

Entonces podemos inferir que, la prisión preventiva configura pena anticipada, cuando el Juzgador se aleja del verdadero objetivo y fin que persigue este régimen cautelar, y lo aplica para perseguir los fines propios de la pena.

Capítulo III

3. ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1.1 Análisis de Jurisprudencia, Legislación y Doctrina nacional e internacional referente a la medida cautelar de la prisión preventiva y su aplicación, alcance y límites.

Para culminar nuestro estudio, en busca del cumplimiento de los principales objetivos planteados, y con el afán de plasmar de manera inequívoca en la presente investigación el verdadero sentido, naturaleza, finalidad, alcance, y límites de la medida cautelar personal de prisión preventiva, es menester referirnos y realizar un breve análisis comparativo de dicho Régimen, en el ordenamiento jurisdiccional de otros Estados, para lo cual se ha considerado citar lo contenido en la norma adjetiva penal correspondiente, de los países de España, Perú, y Chile, y que detallamos a continuación:

La Prisión Preventiva En España

En lo que respecta a la legislación española, debemos resaltar que el Régimen de Prisión Preventiva, se encuentra prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (1882), actualmente vigente en dicho país, contenida específicamente en su capítulo tercero, artículos 502 y siguientes, bajo el título de: Prisión Provisional, de la cual cabe rescatar lo siguiente:

En concordancia con la Doctrina Internacional y nuestra Ley Adjetiva Penal, establece que, la prisión provisional deberá ser dictada por Autoridad Jurisdiccional Competente; así mismo, este tipo de medida se dispondrá únicamente cuando sea necesaria y ante la inexistencia de otras medidas que afecten en menor medida el derecho de libertad y que sean efectivas y permitan obtener el mismo fin que con la aplicación de dicho régimen.

“Establece que el Juzgador, previo a disponer la medida en referencia, deberá tener en cuenta la repercusión que esta pueda causar en el encausado, tomando en consideración las circunstancias personales, así como las del hecho objeto de las actuaciones y la entidad de la pena que pudiera ser impuesta. Enfatiza que no se puede adoptar dicha medida, cuando en base a las investigaciones practicadas no se pueda inferir

de forma racional que el hecho investigado constituye delito o el mismo se perpetró concurriendo una causa de justificación”.

En lo que respecta a los requisitos para avalar la viabilidad de dicha medida al verificarse su cumplimiento, es pertinente referirnos al primero de los contenidos en el artículo 503 de la norma citada en líneas anteriores, pues aquel guarda una clara diferenciación con nuestro ordenamiento jurídico en lo que respecta a la exigencia de que para que proceda la orden de prisión preventiva en nuestro país, el delito por el cual se ha procesado al justiciable debe ser de los sancionados con pena privativa de libertad superior a un año, en cambio en España se establece que se puede disponer dicha medida en un “delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882). De igual manera se tendrá que verificar la existencia de motivos suficientes para considerar, que el encausado podría ser culpable o responsable del delito.

Es pertinente señalar que la ley española en cierta medida es más descriptiva que la nuestra, y en base aquello plantea que, por medio de la disposición de prisión preventiva deberá perseguirse alguno de los siguientes fines:

Tenemos que tener en cuenta que la aplicación de la medida “puede perseguir el aseguramiento de la presencia del justiciable cuando se pueda inferir de manera racional un riesgo de fuga, teniendo en cuenta para tal efecto la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena, situación familiar, laboral y económica del mismo. También puede perseguir el evitar la modificación o alteración, destrucción u ocultamiento de los medios de prueba cuando se considere que existe un peligro fundado y específico, analizando la capacidad del justiciable de poder acceder personalmente o por medio de terceros a los medios de prueba. Puede perseguir de igual manera, evitar que el justiciable pueda dañar o atentar contra bienes jurídicos de la víctima. Así como para evitar el riesgo de que pueda cometer otros delitos”. (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882)

“La medida de prisión preventiva no podrá exceder de un año, si la sanción prevista para el delito es igual o menor a tres años de privación de la libertad y de dos años si es que la pena es superior a tres años. Dicho tiempo empezará a transcurrir desde la detención del justiciable”. (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882)

En Audiencia convocada para tal efecto, se deberá solicitar la prisión provisional, pudiendo en la misma, realizar las alegaciones y proponer los medios de prueba que sea posible ese momento, para en lo posterior emitir la respectiva resolución mediante auto que deberá contener los motivos por los cuales la medida se considera necesaria y proporcionada en lo referente a los fines que justifican o avalan su aplicación. El auto que contenga la disposición de la medida será susceptible de apelación.

Para concluir con el análisis de la situación jurídica de la medida cautelar personal de prisión preventiva en el Estado Español, es necesario resaltar que en gran medida tiene similitud con la legislación nacional, sin embargo y a pesar de que se encuentra debidamente positivizadas las circunstancias que justifican la adopción de dicho régimen, existe en base a lo citado en el Informe de Investigación denominado “La Práctica De La Prisión Provisional En España”, emitido en noviembre del 2015, por la Asociación Pro Derechos Humanos De España (APDHE):

“un uso abusivo e irracional de esta medida cautelar en cuanto a su aplicación y falta de observancia a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad que la rigen, pues si bien es cierto, no existen datos oficiales de las entidades gubernamentales pertinentes que determinen con certeza la cantidad de casos en los cuales se aplicó dicha medida y tuvieron como resultado una resolución condenatoria; pero en base a los datos obtenidos del estudio de veinte y seis casos en el informe en referencia, se logró determinar que solo un 65% de los presos preventivos fueron condenados y el porcentaje restante fueron sobreseídos o recibieron sentencia absolutoria, demostrando de esta manera que existe un gran porcentaje de personas que sufrieron una pena anticipada por no haber existido por parte del Juzgador una debida reflexión en lo que respecta a la verdadera necesidad de la aplicación de esta medida, vulnerando de manera directa los derechos de libertad y Presunción de Inocencia”.

La Prisión Preventiva En Perú

En lo referente a la legislación peruana, ésta establece el Régimen de Prisión Preventiva en su nuevo Código Procesal Penal (2016), específicamente en el título tercero, a partir del artículo 268 y siguientes, de los cuales corresponde destacar lo siguiente:

“Se reconoce la facultad que tiene el Juzgador de disponer la prisión preventiva previa solicitud del Ministerio Público, siempre y cuando sea posible verificar la existencia de elementos de convicción que reúnan la calidad de fundados y graves para en base a estos considerar la existencia de un delito en el cual esté vinculado el encausado como autor o partícipe del mismo.

En el país andino referido, la prisión preventiva podrá disponerse únicamente en los delitos en los cuales se tenga como sanción, la pena de privación de libertad superior a cuatro años; como es evidente tal situación difiere en lo absoluto con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, pues tal y como se lo determinó durante el desarrollo de la presente investigación, en nuestro país para que se pueda dictar esta medida cautelar, el delito deberá ser sancionado con pena privativa de libertad superior a tan solo un año.

Así mismo cabe destacar que, para dictaminar la prisión preventiva, el Juzgador pone especial atención a los antecedentes y demás condiciones del caso concreto con el fin de determinar de manera razonable que el imputado intentará evadir la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad y en base aquello justificar la viabilidad de la medida. Es decir, el Juez se encargará de calificar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. En lo que respecta al peligro de fuga, deberá analizar el arraigo real, familiar, laboral y la disponibilidad con la que cuenta para abandonar el país u ocultarse, así mismo deberá tener en cuenta la gravedad de la pena prevista para el delito, al igual que la magnitud del daño causado y el comportamiento del imputado demostrado en otros procesos del cual se puede inferir la disponibilidad de éste para responder ante la acción de la justicia, e incluso verificar si es que pertenece a una organización criminal. En referencia al peligro de obstaculización, deberá tenerse en cuenta el riesgo razonable de que el encausado pueda o pretenda, modificar, destruir, falsificar, ocultar o suprimir los medios de prueba, así como influir o inducir a otras personas a realizar cualquier tipo de acción en desmedro de la realización de los fines del proceso.

En la Audiencia convocada para tal efecto, se resolverá sobre la procedencia de la prisión preventiva; resolución que será emitida mediante auto y deberá contar con la motivación debida, detallando de manera sucinta los fundamentes de hecho y de derecho que la sustente.

La prisión preventiva no podrá durar más de nueve meses, y si el proceso es complejo el plazo puede ser máximo hasta dieciocho meses. En el caso de cumplirse los

plazos citados sin existir sentencia de primera instancia, el Juez dispondrá la inmediata liberación del imputado.

La resolución que contiene la disposición de prisión preventiva podrá ser apelable”.

La Prisión Preventiva En Chile

En el Estado chileno la prisión preventiva se encuentra debidamente establecida en el Código Procesal Penal (2000), en los artículos 139 y siguientes, de los cuales, con el fin de sintetizar nuestro estudio cabe rescatar las siguientes particularidades:

Al igual que en nuestro sistema jurídico, la prisión preventiva en Chile constituye la medida de ultima ratio, pues será aplicada únicamente cuando las demás medidas cautelares personales se consideren insuficientes para asegurar los fines del proceso; dentro de los requisitos de procedencia de dicha medida y que, dicho sea de paso, se asimilan en cierta medida con los previstos en nuestra ley penal, están principalmente la exigencia de que existan antecedentes en base a los cuales se determine la existencia de un delito, al igual que existan antecedentes que permitan presumir que el justiciable puede ser responsable en cualquier grado de la comisión de dicho delito.

De manera más descriptiva que la nuestra, la legislación chilena establece también “la necesidad de verificar la existencia de antecedentes en virtud de los cuales el Juzgador logre considerar la aplicación de la prisión preventiva como indispensable para el normal desarrollo de las diligencias necesarias en la investigación con el fin de evitar que el encausado pueda modificar, destruir, falsificar u ocultar elementos de prueba y pueda influenciar en peritos, testigos o terceros, logrando que actúen con deslealtad y contrarios a la ley; o, que el hecho de que el justiciable este en libertad pueda representar peligro para la víctima por, así como también el riesgo de que el imputado se dé a la fuga”. (Código Procesal Penal, 2000)

La prisión preventiva en Chile al igual que en nuestro país, no procede en delitos de acción privada y tampoco si la sanción del delito se traduce únicamente en penas pecuniarias o privativas de derechos.

La prisión preventiva busca asegurar la comparecencia del imputado al proceso y el posterior cumplimiento de una eventual condena; conforme al artículo 142 del Código Procesal Penal chileno (2000), la solicitud de prisión preventiva puede plantearse en: “la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación de juicio oral o en la audiencia de juicio oral.”

Para que la audiencia en la que se resolviere sobre la prisión preventiva sea válida, necesariamente deberán estar presentes el imputado y su defensor. La resolución debe contener la motivación debida y la misma podrá ser apelable.

La prisión preventiva puede ser modificada, revocada, substituida o revisada, conforme a los términos descritos en la ley en su parte pertinente.

En base a este enfoque, podemos inferir que la legislación de los países citados, guardan en gran o menor medida similitud con lo contenido en nuestro ordenamiento jurídico interno, lo cual permite sostener que

3.1.2 Jurisprudencia

Con el fin de complementar nuestro estudio es imperativo analizar los fallos judiciales que hacen referencia a la aplicación de la prisión preventiva, para lo cual se ha considerado citar y destacar lo más relevante para nuestra cabal comprensión, es así que citaremos un fallo de la justicia peruana y un fallo de la justicia ecuatoriana.

Jurisprudencia Peruana:

La resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, que servirá como pilar fundamental para entender el carácter de excepcional de la prisión preventiva, es la contenida en el fallo de Casación signado con el número 626-2013 Moquegua de 27 de febrero de 2016, mismo que en base a lo que se desprende del informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas emitido por la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) pág. 53, establece: “el deber de motivación para aplicarla, y la determinación de que la inexistencia del arraigo y la gravedad del delito constituyen únicamente un elemento para la determinación del peligro de fuga, y, en consecuencia, no generan la aplicación automática de la prisión preventiva”.

Jurisprudencia Ecuatoriana:

Con el fin de contar con datos actuales y que constituyan gran relevancia por ser de interés general, es necesario tomar en cuenta y referirnos al caso que en los últimos meses trascendió a nivel nacional e internacional; esto por el nivel jerárquico que ostentaba la figura política contra quien se dispuso la medida cautelar personal de prisión preventiva, y a quien nos referimos es justamente al ex Vicepresidente de la República Jorge David Glas Espinel, mismo que dentro del proceso signado bajo el número 17721-2017-00222 por Asociación Ilícita al cual se lo vinculó, en providencia de fecha dos de octubre de 2017, la Sala De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito De La Corte Nacional De Justicia resolvió disponer la medida cautelar referida, la cual conforme se desprende del SATJE(2017), en su parte pertinente, consta de la siguiente manera:

“RESOLUCIÓN. En lo que respecta a la solicitud de medida cautelar respecto al procesado señor ingeniero Jorge Glas Espinel, se tiene que Fiscalía solicita que por encontrarse reunidos los presupuestos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal se DISPONGA la medida cautelar de carácter personal dispuesta en el artículo 522 numeral 6 ibídem, esto es, prisión preventiva. Para el efecto luego de haber escuchado las intervenciones de los sujetos procesales y de la revisión de los recaudos procesales entregados a este juzgador se tiene que efectivamente Fiscalía acreditó nuevos elementos de convicción sobre la existencia de un delito de acción pública y del grado de participación dentro de la investigación que lleva a cabo, estos son: Testimonios anticipados rendidos por el señor Alcívar, el señor José Santos y de los señores José Rubén Terán, Gustavo Massuh y Kepler Verduga, en particular del expediente judicial constan los testimonios de los dos primeros prenombrados establecen la existencia de una asociación entre los señores Jorge David Glass y Ricardo Rivera, esto además se corrobora con la pericia efectuada por Fiscalía en la extracción de información remitida por los Estados Unidos de Norteamérica, en la que se establece de manera inequívoca una relación directa y causal entre pagos realizados, obras realizadas, apodos y empresas beneficiarias de las transferencias, código, nombre como por ejemplo código, nombre, tío, obra “Mandariacu”, valor 150.000 dólares, beneficiario Glory Interantional Industry Go y además en esa misma extracción la confirmación de manera inequívoca de elementos nuevos y de datos que permiten comprobar para fiscalía una primera sospecha respecto de una potencial participación. Así como la propia versión de Ricardo Rivera rendida en Fiscalía el día jueves 28 de septiembre del 2017, permite constituir una

existencia de una relación que es la base constitutiva de la asociación. De igual manera el titular de la acción penal supo justificar que la medida cautelar solicitada en su momento es insuficiente y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar la presencia en el juicio o el cumplimiento de una eventual pena, es decir, que existe un potencial peligro de fuga, mismo que si no consta establecido como requisito dentro de nuestra legislación el mismo se deriva del inciso cinco del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos y el inciso 3 del artículo 9 del Pacto internacional de derechos Civiles y Políticos que autorizan la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias, asimismo se pronunció en los casos Chaparro Alvares y Lapo Iñiguez vs Ecuador, Barreto Leiva vs Venezuela donde se señala que el peligro procesal no se presume sino que debe verificarse en cada asunto. Finalmente, la infracción es sancionada con una pena superior a un año de privación de la libertad, conforme lo establece el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal, para la asociación ilícita la dosificación punitiva oscila de tres a cinco años. Por lo tanto, al encontrarse reunidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal este juzgador DISPONE la medida cautelar de carácter personal prevista en el artículo 522.6 ibídem. Esto es la prisión preventiva en contra del procesado señor ingeniero Jorge David Glas Espinel, cuyas generales de ley constan dentro del proceso. Para el efecto gírese la respectiva boleta de encarcelación, y ofíciase a la Policía Judicial a fin de que dé cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad competente. De igual manera se disponen las medidas cautelares de carácter real contenidas en el artículo 549 3 y 4 para lo cual envíese a través de Secretaria los oficios al Registro de la Propiedad y a la Superintendencia de Bancos y Compañías. Hasta aquí la presente audiencia la misma que queda notificada a los sujetos procesales.”- CERTIFICO Atentamente, Dra. Ximena Quijano Salazar SECRETARIA RELATORA SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.”

Como podemos vislumbrar de la resolución apuntada, la Autoridad Jurisdiccional competente, en base a una tibia reflexión de los antecedentes expuestos en el caso referido, pretende justificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 534 del COIP, para en base aquello motivar la aplicación de la prisión preventiva, pues a criterio de dicha Autoridad, se ha configurado cada uno de los presupuestos contenidos en el artículo citado y por lo tanto la prisión preventiva es necesaria; sin embargo, en

menester recordar que tal y como lo hemos planteado en el presente trabajo de investigación, a más de verificar el cumplimiento de los requisitos de fondo previstos en la adjetiva penal para la procedencia de esta medida cautelar, al momento de emitir la respectiva resolución también es imprescindible tener en cuenta la finalidad que persigue y los principios que la rigen, los cuales permiten el uso correcto de dicha medida, ya que sin realizar mayor esfuerzo nos podemos dar cuenta que la resolución referida, carece de la motivación correcta y debida, pues de la misma no se desprende la justificación del principio de necesidad ni de proporcionalidad que avalen la aplicación de la medida.

Por lo tanto, se desatiende las exigencias reconocidas en la Doctrina para justificar la viabilidad de la medida, así como también no se toma en cuenta el principio de excepcionalidad que caracteriza esta medida, por último, cabe tener en cuenta que tal y como se desprende el inciso final del artículo 534 del COIP (2014), “se dictará la prisión preventiva cuando se verifique el incumplimiento de otras medidas cautelares dictadas con anterioridad”, lo cual no ocurrió en el citado caso. Si bien es cierto, se obtuvo dentro de este caso una resolución condenatoria en contra del citado ciudadano, sin embargo, en lo que respecta a la medida cautelar de prisión preventiva, tal y como se lo ha demostrado no existió la debida motivación ni se verificó la real necesidad que justifique su aplicación vulnerando de manera directa el derecho de libertad y Presunción de Inocencia del imputado.

Pues tal y como se lo establece en la publicación denominada: Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Perú y Ecuador (2013) publicado por Due Process of Law Foundation, para la aplicación de la Prisión Preventiva “No basta con que sea legal sino se debe tener en cuenta su naturaleza excepcional y principio de necesidad y proporcionalidad”.

3.2 Recomendaciones

- Tomando en cuenta los derechos que se afectan de manera directa con la adopción de la prisión preventiva, considero necesario referirme al requisito cuarto contenido en el artículo 534 del COIP, el cual hace referencia a que para que proceda la aplicación de esta medida cautelar, el delito tiene que ser de los sancionados con pena privativa de libertad de tan solo un año, lo cual

a mi criterio tal exigencia fomenta el uso indiscriminado de esta medida en todos los delitos que cumplan con dicha característica, cuando por la seria vulneración a los derechos que representa dicha medida, se debería reformar nuestra ley Adjetiva penal y determinar que ésta sea exclusiva para los delitos considerados graves, es decir aquellos que tengan sanciones superiores a los cinco años, realizando un análisis exhaustivo del cumplimiento de los requisitos exigidos para la procedencia de esta medida, con lo cual se disminuiría en gran medida la aplicación de este régimen como pena anticipada, pues necesitaría un mayor análisis y razonamiento judicial.

- De igual manera considero que debería existir garantías exclusivas para las personas con prisión preventiva, considerando que la aplicación de dicha medida perjudica al justiciable en su entorno familiar, laboral, económico y social, corresponde propender al uso racional de dicha medida y de esta manera evitar que ésta se considere por parte de algunos Juzgadores, la regla general; y de verificarse el uso arbitrario o inmotivado de esta medida se debería sancionar al Juzgador que resolvió su aplicación, mediante procesos administrativos disciplinarios y si es el caso incluso por medio de procesos penales.

- Por otro lado, las personas que se encuentren cumpliendo la prisión preventiva en los centros de privación de libertad, deberían recibir un trato especial por parte del Estado, pues no se ha determinado aún con certeza su culpabilidad en la comisión del delito investigado y en consecuencia no deberían ser tratados de la misma manera que las personas que sí han sido condenadas por el cometimiento de un ilícito, por lo cual debería implementarse por ejemplo celdas o espacios determinados que los distancie de las demás personas privadas de la libertad por sentencia ejecutoriada, así como también debería aplicarse un régimen especial para el recibimiento de visitas, entrevista con su abogado defensor, etc.

- Acatar las recomendaciones que derivaren de Organismos Internacionales de Derechos Humanos, los cuales se hayan dedicado a estudiar la realidad de la prisión preventiva en diferentes Estados y hayan elaborado informes en base a la información obtenida, de la cual se haya determinado que existe un uso abusivo e irracional de dicha medida, y en consecuencia han

generado varias recomendaciones atendiendo a parámetros internacionales que buscan racionalizar el uso de la prisión preventiva. Tal es el caso del Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, emitido en julio del 2017 por parte de la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y la publicación denominada: Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Peru y Ecuador (2013) publicado por Due Process of Law Foundation.

Dichas recomendaciones se las plantea con la única intención de garantizar el goce cabal de los derechos de los ciudadanos y evitar excesos en la administración de justicia en lo referente a la medida cautelar de prisión preventiva.

3.3 Conclusiones:

En base a lo estudiado durante el desarrollo del presente trabajo de investigación podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- Nuestra Carta Magna reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual se debe garantizar el reconocimiento, respeto y absoluto goce de los derechos ciudadanos que constan en dicho cuerpo legal; más aún los considerados fundamentales como lo son los derechos de libertad y el de la presunción de inocencia; sin embargo y conforme se ha podido verificar en las sentencias estudiadas, son principalmente estos derechos los que se encuentran directamente transgredidos por parte de la Autoridad Jurisdiccional competente cuando se adoptan medidas que significan la privación de la libertad de una persona sin contar previamente con una sentencia condenatoria.

- Cabe resaltar y reconocer que se ha generado en nuestro país por parte del juzgador cierta inclinación o preferencia por tener a la Prisión Preventiva como regla general frente a las demás medidas cautelares establecidas, produciendo un perjuicio directo a la persona procesada al privársele de su libertad sin que haya existido un proceso en el cual se haya determinado con certeza su grado de responsabilidad o culpabilidad en determinado delito; existiendo la posibilidad de que al finalizar dicho proceso se ratifique su estado de inocencia, configurando dicha medida como una innegable pena anticipada. En este sentido cabe resaltar la importancia de conocer e interpretar correctamente la naturaleza, finalidad y límites de las medidas

cautelares personales destacando su excepcionalidad y justificando su aplicación de manera motivada y en base al criterio de necesidad y proporcionalidad siempre y cuando y en base al razonamiento del juzgador se haya cumplido los requisitos previstos en el artículo 534 del COIP, mismos que han sido estudiados debidamente, y los cuales deben ser considerados en base a una minuciosa reflexión jurídica , evitando a toda costa un abusivo e indebido uso de dicha medida.

- Reviste gran importancia entender en base a lo estudiado, claramente la naturaleza y finalidad de la medida cautelar personal de prisión preventiva para no desviar su objetivo principal y convertirla en un medio de sanción sin un juicio previo.

- La prisión preventiva es una medida de naturaleza excepcional, por lo tanto, la regla general es que se la aplique como última opción, y una vez que de manera fundamentada se demuestre con pruebas incontrovertibles su necesidad y el cumplimiento de los diversos parámetros legales aplicables, pues no cabe fundamentarla en fundamentos que carecen de solides, pues esto daría como resultado una innecesaria aplicación de la medida, vulnerando directamente el derecho constitucional a la presunción de inocencia y convirtiéndola en una pena anticipada.

- Es pertinente resaltar que el uso indebido de la prisión preventiva como pena anticipada tal y como lo señala el informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas emitido por la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) el tres de julio de 2017, constituye un problema de carácter regional en los países de América Latina, pues del análisis al ordenamiento jurídico y quehacer jurisdiccional de los operadores de justicia de diversos países se puede evidenciar un uso indiscriminado de esta medida en varios Estados.

- Es trascendental hacer referencia a la necesidad de determinar con certeza la finalidad, viabilidad, legalidad, requisitos, características y caducidad de la medida de prisión preventiva, con la finalidad de fomentar un uso racional y eficiente respecto de la medida estudiada.

- Por otro lado, y con el fin de complementar nuestro estudio y teniendo en cuenta la necesidad de sustentarlo en un análisis objetivo y responsable de la prisión preventiva, cabe mencionar, que, atendiendo la real naturaleza, origen y objetivo de dicho régimen, ésta constituye la medida con mayor resultado en cuanto al cumplimiento de los fines puros y reales de las medidas precautorias.

- Es así que lo que tenemos que entender con claridad, es que no se apunta en el presente análisis a determinar que la medida de prisión preventiva no debe existir en el proceso penal, sino que su aplicación debe ser racionalizada y no desnaturalizar su esencia de medida cautelar, mediante la indebida aplicación de la misma como regla general en casi todos los delitos y sin existir de por medio una sólida fundamentación de su necesidad.

BIBLIOGRAFIA:

- Asociación Pro Derechos Humanos. (2015). La Práctica de la Prisión Provisional en España. Informe de Investigación. ©Asociación Pro Derechos Humanos de España. Madrid. Recuperado en 20 de agosto de 2018, de https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/INFORME_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf
- Cabrera, S. (2005). Pena privativa de libertad y prisión preventiva. Coord. Chiaria & Obligado. *Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal*. Editorial Jurídica Nova Tesis. Pág. 391.
- Duce, M. & Riego, R. (2007), Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. Chile.
- Horvitz, M. & López, J. (2015). Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I Principios Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación. Editorial Jurídica de Chile. Chile. Pág. 341, 342, 344,350, 437.
- Muñoz Conde, F. (2000). Derecho Penal Parte General. Editorial Tirant Lo Bllanch. Valencia. España, pág. 570
- Piedra, O. (2017). Apuntes de Derecho Procesal Civil. Universidad del Azuay. Cuenca-Ecuador.
- Obligado, D. (2005). Las Medidas Cautelares Del Proceso Penal. Coord. Chiaria & Obligado. *Garantias, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal*. Editorial Jurídica Nova Tesis. Pág 337.
- Clariá, O. (2009). Tratado de Derecho Procesal Penal. Rubinzal-Culzoni Editores S.A. Argentina. pág. 225.

- Oyarte, R. (2016). Debido Proceso. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Ecuador. pág. 163.
- Rodríguez, A. (2013-2013). La Presunción de Inocencia. Ed. II. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Pág. 67.
- Sánchez, M. (2005). Inconstitucionalidad de la prisión preventiva. *Garantias, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal*. Editorial Jurídica Nova Tesis. Pág. 458.
- Vaca Andrade, R. (2015). Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Tomo II, Editorial Ediciones Legales. Ecuador. Ediciones. Pág. 7, 9, 21
- Independencia Judicial Insuficiente, Prisión Preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Perú y Ecuador. (2013). Due Process Of Law Foundation. Recuperado en fecha 20 de agosto de 2018, de <https://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>
- Medidas Para Reducir la Prisión Preventiva. (2017). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA. Recuperado en fecha 14 de agosto de 2018, de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11245.pdf> pag. 53

Legislación:

- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Ecuador.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador.

- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Resolución de la Corte Suprema de Perú, mediante la casación número 626-2013.
- Código de Proceso Penal Chileno. (2000). Chile. Recuperado en fecha 20 de agosto de 2018, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>
- El Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano. SATJE. (2017). Ecuador.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal Penal de España. (1882.). Recuperado en fecha 20 de agosto de 2018, de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.
- Nuevo Código Procesal Penal de Perú. (2016.). Recuperado en fecha 20 de agosto, http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf