



RESUMEN

El presente trabajo trata sobre las medidas cautelares personales y su aplicación en el derecho procesal penal ecuatoriano. Las mismas que tiene como finalidad asegurar la comparecencia del procesado al proceso y las indemnizaciones a las que tiene derecho una víctima.

Con las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal en marzo de 2009, se ha establecido en el Art 160, una gama de medidas cautelares de orden personal, que el Fiscal puede utilizar en los diferentes procesos penales, mismas que son ordenadas por los Jueces de Garantías Penales.

Las medidas cautelares son autónomas y surten efecto por sí mismas, dentro de las cuales tenemos a la prisión preventiva con carácter excepcional, la misma que se aplica cuando se considera que es el único medio que hace posible asegurar la comparecencia del procesado a las diferentes etapas del proceso penal, sin perder su estado de inocencia. Las medidas diferentes a la prisión preventiva son llamadas “alternativas”.

PALABRAS CLAVES: Medidas cautelares personales, alternativas, prisión preventiva, proceso, aseguramiento.



INDICE

INTRODUCCION	6
CAPITULO I	
1.1 Antecedentes de la Pena y Medidas Cautelares en el Derecho Penal	7
1.2 Concepto y Clasificación en el Código de Procedimiento Penal	24
1.3 Finalidad	27
1.4. Legalidad	28
CAPITULO II	
Medidas Cautelares Personales.	31
2.1 Análisis de cada una de las Medidas Cautelares Personales, su Aplicación y Cumplimiento en el Actual Sistema Procesal Penal.	31
2.2 Medidas Cautelares y su Excepcionalidad.	43
2.2.1- La Prisión Preventiva.	43
2.2.2-La Detención.	58
2.3 Medidas Cautelares Alternativas.	61
2.4.-Medidas Cautelares Sustitutivas.	63
2.5.-Medidas Cautelares de Protección.	66
2.6.-Medidas Cautelares Reales.	68
Conclusiones y Recomendaciones.	78
Bibliografía.	80



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

ESCUELA DE DERECHO

**“ESTUDIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO”**

**TESINA PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE DIPLOMADO SUPERIOR EN
DERECHO PROCESAL PENAL.**

AUTORA: DRA. ALEXANDRA MALDONADO REYES

DIRECTOR: DR. MATEO RIOS CORDERO.

CUENCA – ECUADOR

2010



AGRADECIMIENTO

A Dios, a mis Padres, y a quienes hicieron posible la realización de este trabajo.

Dra. Alexandra Maldonado Reyes



RESPONSABILIDAD

Las ideas y opiniones vertidas en el presente trabajo de Tesina son de exclusiva responsabilidad de su autora. Dra. Alexandra Maldonado Reyes.

Dra. Alexandra Maldonado Reyes.



INTRODUCCION.

En el sistema procesal penal actual, se establecen nuevas exigencias, mismas que se han visualizado con las reformas al Código de Procedimiento Penal, de marzo de 2009, así vemos que en nuestra legislación están presentes los principios de mínima intervención penal del estado, de oportunidad, celeridad, contradicción, intermediación, entre otros.

Las controversias que se dan entre las partes deben ser resueltas en audiencias públicas, orales y contradictorias, como por ejemplo las solicitudes de medidas, las apelaciones, entre otros procedimientos, que se contemplan en el proceso penal.

Por eso es necesario que dentro de estas reformas introducidas, se analicen las medidas cautelares de orden personal y real, su aplicación actual en el sistema procesal penal ecuatoriano, cuya finalidad es asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el pago de las indemnizaciones a las víctimas del delito.

La diversidad de las medidas cautelares de orden personal, da oportunidad al Justiciable por medio de la Fiscalía para que pueda solicitar medidas “alternativas” a la prisión preventiva, y el Juez solo puede imponer una medida a petición del Fiscal, perdiendo la competencia que se le daba para imponer la prisión preventiva en caso de “creer necesario”.

Se establece la excepcionalidad de la prisión preventiva, misma que para su aplicación debe ser motivada de forma razonable y considerando que es el único medio, para cumplir con los fines de la medida cautelar.

Las normas introducidas en el Código de Procedimiento Penal, referentes a las medidas cautelares, guardan armonía con la Constitución de la República, los Tratados y Convenios Internacionales, cuyo objetivo es el respeto al estado de inocencia que se mantiene durante el proceso penal.



ESTUDIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.

CAPITULO I

1.1 ANTECEDENTES DE LA PENA Y MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PENAL:

El Derecho Penal surge para regular las relaciones entre los hombres que viven en sociedad, y permite a sus miembros vivir en tranquilidad, para esto se debe renunciar a parte de la libertad y pedir la protección del Estado, quien ejerce el control social.

Los actos del hombre son relevantes o irrelevantes; los relevantes son lo que deben ser regulados por el Estado, que es el titular del derecho por la agresión al bien jurídico tutelado; el destinatario es cada ciudadano que vive en la sociedad, por lo tanto lo subjetivo es el derecho del Estado a sancionar y lo objetivo es la Ley Penal; estos actos son los que interesan al Derecho Penal; los irrelevantes, para el Derecho Penal deben ser tratados por otras materias; civil, administrativo, laboral, etc.

El delito es un acto propio del ser humano, que debe estar descrito con anterioridad en la Ley Penal, cuya conducta debe violar el orden jurídico establecido, actuando con culpa o dolo, y culminando con una sanción que es la imposición de una pena.

Para el análisis de las medidas cautelares que se encuentran contempladas en el Código de Procedimiento Penal vigente en el Ecuador, es necesario referirnos a algunas de las teorías de la pena, ya que las medidas cautelares tienen como una de las finalidades asegurar el cumplimiento de la pena, una vez demostrada la culpabilidad, además que el exceso de la medida cautelar de prisión preventiva en nuestro país ha significado que se convierta en una pena adelantada, sin olvidar que quien se encuentra con una medida cautelar de orden real o personal está amenazado con la imposición de una pena.



La pena surge como consecuencia del delito, por lo tanto es una sanción jurídica. Se define a la sanción como “La amenaza legal de un mal por la comisión u omisión de ciertos actos o por la infracción de determinados preceptos”¹ y la pena es “el mal que el juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.”²

A través de la pena el Estado pretende ejercer un control, para vivir en armonía dentro de la sociedad. Sabiendo un ciudadano que al momento de incumplir con la ley está sujeto a sanciones.

Es necesario dentro de este estudio conocer las concepciones en cuanto al fin de la pena, que establece Claus Roxin.

Así veremos en primer lugar en qué consiste la teoría de la retribución de la pena.

Esta teoría tiene como fin la imposición de un mal, que retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Es una teoría absoluta por que está desvinculada del fin de la pena.

“La pena debe ser justa y se presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense”. En esta teoría se aplica la ley del Talión ojo por ojo y diente por diente. Además describe el desarrollo de la pena de forma correcta desde el punto de vista histórico, sobre todo que, con el desarrollo cultural se ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, pasando el derecho de la retribución a manos de una autoridad pública neutral, creando la paz a través de reglas formales.

La permanencia de la teoría de la retribución se da específicamente por su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán con Kant y Hegel.

Kant fundamenta sus ideas de la retribución y la justicia con leyes válidas e inviolables, haciéndolas prevalecer contra todas las interpretaciones utilitaristas por medio de la metafísica de las costumbres; manifestando por ejemplo que

¹ CABANELLAS DE LA FUENTE Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. 2005

² REYNOSO DAVILA Roberto. PENOLOGIA. Editorial PORRUA. Primera Edición. México 2003.



en un caso de asesinato, merecen sufrir la muerte no solo el que mató, sino el que colaboró y ordenó; porque así lo manda el poder jurídico establecido con anterioridad al hecho. “Afirma además ‘la ley penal es un imperativo categórico’. A aquel a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor ‘de la pena o incluso solo de un grado de la misma’, Kant le invoca una ‘calamidad’: ‘pues cuando perece la justicia ya no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra’.”. Kant llega al extremo incluso de manifestar que debe haber pena aunque la sociedad y el estado no existan; y explica que “...debería ser previamente ejecutado el último asesino que se encontrara en prisión para que cada cual sufra los hechos que se merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo.”

Hegel, en sus “líneas fundamentales de la filosofía del derecho”, interpreta al delito como una negación del Derecho, y la pena como una negación de esta negación. Dice: “la anulación del delito es retribución en cuanto esta es, conceptualmente, una lesión de la lesión”.

La distinción material se da en que Kant se basa en el principio del Talión que en la práctica es irrealizable, mientras que Hegel la sustituye por la idea de la equivalencia que debe existir entre delito y pena, estableciendo la teoría de la retribución. En lo que están de acuerdo Kant y Hegel, es en no reconocer las metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena.

“También las iglesias de ambas confesiones han apoyado hasta la época de la postguerra mayoritariamente la teoría de la retribución al concebir la realización de la justicia, como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios.”

En la jurisprudencia la teoría de la retribución ha desempeñado un papel muy importante hasta tiempos muy recientes. “Cualquier pena criminal es, según su esencia, una retribución mediante la causación de un mal”; y también en muchas otras sentencias del tribunal constitucional, se señala frente a la intimidación y la corrección la retribución como esencia o fin de la pena.



“El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológico-social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe ‘corresponder’ a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en caso de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta que pena se corresponde con la magnitud de culpabilidad; sin embargo, con la ayuda de las reglas legales de determinación de la pena, (¡46!) y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consigue de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables.”.

Por lo anotado la teoría de la retribución en la actualidad no tiene sustento, ya que la finalidad del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos. “El Estado como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), solo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una “culpabilidad”, que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemostrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales.”³

En contra de la teoría de la retribución también hablan sus consecuencias indeseables desde el punto de vista de la política social. Una ejecución de la pena que parte del principio de imposición de un mal no puede reparar los

³ Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito traducción de la 2ª. edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Javier de Vicente Remesal. Civitas Ediciones. España, 2006.



daños con la socialización, que a menudo constituye la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia.

El atraso del sistema de la ejecución penal alemana, reside esencialmente en la influencia, dominante durante mucho tiempo, de la teoría de la retribución.

“Tampoco en la formulación como “teoría de la expiación” puede defenderse la teoría de la compensación de la culpabilidad. Esto se sobreentiende cuando, como corresponde a un uso más amplio del lenguaje, solo se usa el concepto “expiación” como otra palabra al indicar “retribución”. Sin embargo, con la “expiación” se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude.

La Teoría de la Prevención Especial: La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de sus futuros delitos. El fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). La teoría de la prevención especial es una teoría relativa ya que se refiere al fin de prevención de los delitos.

El portavoz que revivió de manera influyente, hasta la actualidad esta teoría, fue Franz Liszt, el político criminal alemán más significativo; quien concibe que la prevención especial puede actuar de tres formas: “**asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes mediante el encierro de estos; **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos y preservándolo de la reincidencia mediante su **corrección.**” Además hace una diferenciación según el tipo de autor: “la inocuisacion del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni mejore; la intimidación del mero



delincuente ocasional y la corrección del autor corregible; siendo esta última de las posibilidades de influencia preventivo especial, la corrección que sería lo que se denomina resocialización o socialización.”

La prevención especial se ha expresado también reiteradamente en la reforma legislativa de la República Federal Alemana desde 1969, en la nueva parte general acerca de la determinación de la pena, manifestando que se debe tomar en consideración las consecuencias que de la pena se pueden esperar, para la vida futura del autor dentro de la sociedad. De igual manera se encuentra en la nueva Ley Penitenciaria al exponer que en la ejecución de la pena privativa de libertad, el recluso debe llegar a ser capaz de llevar una vida futura sin delitos, con responsabilidad social.

La jurisprudencia más reciente ha otorgado más amplitud a la idea de resocialización. Así dice el BVerfG (E 35,202,235 s.= sentencia Lebach): “ ‘Como portador de derechos fundamentales resultantes de la dignidad humana y que garantizan su protección, el delincuente condenado debe tener la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena. Desde la perspectiva del autor este interés por la resocialización surge de su derecho fundamental del Art. 2, ap. 1, en relación con el Art. 1 GG. Desde la sociedad, el principio del Estado Social reclama previsiones y acciones estatales’. También el BGH considera, apoyándose en el desarrollo de la reforma del Derecho Penal, ‘que la pena no tiene la misión de practicar la compensación de la culpabilidad por razón de sí misma, sino que solo está justificada cuando a la vez se manifiesta como un medio necesario para el cumplimiento de la tarea de protección preventiva del Derecho Penal’. La cláusula de prevención especial del precepto legal de determinación de la pena, permite percibir ‘un significativo desplazamiento del centro de gravedad hacia el punto de vista de prevención especial’ (BGHSt 24, 40,42).”⁴

En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, cumpliendo con el cometido del Derecho Penal, ya que se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, y al mismo

⁴ ROXIN Claus. Ob. Cit.



tiempo quiere ayudar al autor, integrándolo, sin marcarlo ni expulsarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado Social.

Sin embargo, el problema que presenta esta doctrina es que no proporciona un baremo o escala para la pena; teniendo como consecuencias, el retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado, estableciendo una condena indeterminada; o que por un delito no tan grave se aplique una pena privativa de libertad de muchos años, o que se dé un tratamiento de resocialización cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido algún delito hasta el momento. “Todas estas constituirían intervenciones que saldrían ampliamente la medida permitida según la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo más radicalmente de lo que podría ser deseable y permitido en un estado liberal de derecho.”

La prevención especial, tiene otro punto débil, se encuentra en el hecho de que no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización, como es el caso de los autores imprudentes o que ocasionaron delitos pequeños o que han cometido delitos graves, sin embargo no existe peligro de reincidencia por que el hecho se cometió en una situación de conflicto irrepetible, o por circunstancias temporales.

Lo que también contribuyó al desaliento de la prevención especial fue, que no se ha podido desarrollar hasta ahora un concepto para la socialización del reincidente, que sea eficaz en amplia medida. “Mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma y por lo tanto es independiente de cualquier “resultado o éxito”, la fijación de una meta preventivo especial se torna sin sentido en el caso de carencia constante de éxito, aunque se le considere correcta teóricamente. Al menos las dificultades que se interponen en el camino de la realización práctica de los planes de resocialización han llevado no pocas veces a un cansancio resignado, que repercute en el planteamiento



mismo. Bajo el lema “nothing works”, (=nada funciona) esta tendencia ha encontrado su expresión más eficaz internacionalmente.”⁵

En la política criminal internacional se puede comprobar que se produce a menudo un abandono de la idea de resocialización antes dominante y una vuelta de la teoría de la retribución y a la prevención general.

La Teoría de la Prevención General: La tercera de las teorías penales tradicionales ve el fin de la pena en la influencia sobre la comunidad, que mediante la amenaza penal y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. Se considera que es una teoría de prevención general, ya que tiende a la prevención del delito que tiene como consecuencia la pena; pena que debe actuar no solo **especialmente** sobre el condenado, sino **generalmente** sobre la comunidad.

Fue desarrollada en su forma más eficaz históricamente por Paul Johann Ansel v. Feuerbach, quien es considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho Penal Alemán. Quien deriva su doctrina de la prevención general de la llamada “teoría psicológica de la coacción”.

Para Feuerbach, “todas las infracciones tienen el fundamento psicológico en el origen de la sensualidad hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión”.

Esta doctrina al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal; expresada por una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza. Para Feuerbach, la pena está en la “motivación de la eficacia de la amenaza legal hasta que punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz). Como la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, aunque sin embargo, la ejecución debe otorgarle eficacia

⁵ ROXIN Claus. Ob. cit.



a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es así mismo la mera intimidación de los ciudadanos por el ley.”

“La teoría preventivogeneral tiene también hoy en día una influencia como teoría de la pena. Posee una cierta evidencia de psicología del profano y se justifica así mismo por la consideración de la psicología profunda, de que muchas personas solo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven, que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consiguen éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes. Ya Freud encontró uno de los ‘fundamentos del ordenamiento penal humano’ en las necesidades de la prevención general: ‘cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado sea privado del fruto de su atrevimiento...’. La teoría actual distingue un aspecto negativo y uno positivo de la prevención general.”⁶

El aspecto negativo, desde el punto de vista de Feuerbach, dice que “... existe hoy unanimidad acerca de que solo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad comenten el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una ‘intimidación’, y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Políticossalmente hay que sacar de allí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p. ej. Refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general.”

El aspecto positivo de la prevención general, se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza, en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Por lo tanto la pena tiene como finalidad demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante toda la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo.

⁶ ROXIN Claus. Ob. cit.



“En realidad, en la prevención general positiva se puede distinguir tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ‘ejercicio de la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y , finalmente el efecto de parificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al afecto de partificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicopenales con el término de ‘prevención integradora’.”⁷

La teoría preventivo general tiene también dos ventajas fundamentales frente a la preventivo especial. Una es que no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, estimulan a la imitación; y la otra, relacionada con el principio de la prevención general, exige disposiciones a ser posibles exactas, por que el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente, el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta.

Finalmente para la influencia preventivo general, es favorable el hecho de que esta teoría se basa ciertamente en suposiciones psicológico sociales, pero, de forma distinta a los esfuerzos de prevención especial, apenas es rebatible por la praxis. Pues a la objeción de que todo delito demuestra la ineficacia de la prevención general puede contraponerse siempre, que su efectividad se muestra en el hecho de que, con independencia de toda criminalidad, la mayoría de la población se comporta de acuerdo con el derecho. Hasta que punto esto es atribuible a los aspectos negativos y positivos de la prevención general, ciertamente todavía es poco claro empíricamente y asimismo difícil de determinar de forma fehaciente, pero justamente por esta razón, la hipótesis de que la praxis punitiva estatal juega un papel fundamental en ello, apenas es falsificable.

⁷ ROXIN Claus. Ob. cit.



Por otro lado, el principio de la prevención general también presenta considerables deficiencias teóricas y prácticas. En primer lugar al igual que la prevención especial, no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena. Así, por lo menos la prevención general negativa se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y más duras tengan un efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas “sin medida”. Así mismo, la objeción de que un castigo con fines preventivos atenta contra la dignidad humana tiene más peso en la prevención general que en la prevención especial. Es decir, mientras que la resocialización debe ayudar (por lo menos también) al condenado, el castigo por motivos de prevención general solo pesa sobre el autor por motivos de la comunidad (o sea, de otro) y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma. Por último, la teoría preventivo general comparte el defecto de la teoría de la retribución de no dar impulso alguno a la ejecución de la pena. Esto es válido para todas las formas de manifestación de la prevención general, en tanto que esta siempre se dirige a la comunidad y no al autor. Sin embargo rige especialmente para la prevención general negativa. Pues una ejecución de la pena que tiende a la “mera intimidación de los ciudadanos”. (Feuerbach), incitará mas a la reincidencia que a su evitación y, de esta manera perjudicará más que beneficiará a la lucha contra la criminalidad.

“En la actualidad puede considerarse demostrado que solo se castiga para mantener el orden social, de modo que todas las teorías se insertan en el *ne peccetur*, o, más precisamente: en el interés por la estabilización de la norma”⁸

El Código Penal puede entenderse como represivo por el establecimiento de la pena; que debe concebirse como la disminución de derechos; ya que el surgimiento del delito dificulta la vida en comunidad.

Es por eso que todos los Estados a través de su historia han estableciendo diversas sanciones a los infractores de las normas para mantener un orden equilibrado.

⁸ JAKOBS Gunter. Derecho Penal.



La pena será impuesta luego de un proceso de investigación, y de una audiencia de juzgamiento en la que se pruebe fehacientemente la culpabilidad del individuo.

Nuestro sistema al igual que los demás, divide las infracciones en delitos y contravenciones, lo que es importante para la interpretación jurídica, ya que al determinar si un acto es delito o contravención, a cada cual se impone una pena en particular.

La sanción penal tiene un carácter estrictamente personal, lo que le diferencia de otras sanciones como la civil por ejemplo, que si bien se impone a quien lesionó el orden jurídico establecido, se lo puede resarcir a través del patrimonio e inclusive las consecuencias del acto ilícito pueden recaer sobre un sujeto distinto del que ha actuado.

La pena afecta al hombre en su vida, libertad, honor y en su patrimonio, “la pena traza en la vida del hombre un surco que por lo común no puede borrarse”.⁹

En principio la pena surge como un “castigo”, entendido como el dolor o sufrimiento, impuesto a un determinado individuo, que ha violado un precepto, que va en contra del interés público establecido o interés privado que debe ser protegido por el Estado; tratando de garantizar la conciencia social que permite reaccionar al derecho una vez lesionado y que impide la violación impune, porque existen normas que lo tutelan.

El autor Roberto Reynoso Dávila, cita a Carlos Fontan Balestra quien afirma “la pena tiene también función de castigo, pero entendida la palabra castigo no como mal o sufrimiento, sino como llamado a la reflexión e imposición de una medida tendiente a evitar que el hecho se repita... Cuando la pena se cumple, el fin que se persigue es la enmienda o reeducación, con miras a la prevención especial.”¹⁰

⁹ BETTIOL GIUSEPPE. DERECHO PENAL. Parte General. Editorial TEMIS. 1965.

¹⁰ REYNOSO DAVILA Roberto. Ob. Cit.



Actualmente se concibe a la pena como la imposición de una sanción que será cumplida con el objeto de rehabilitar a los infractores, cuando ha sido demostrada la culpabilidad por el quebrantamiento de la norma establecida.

Para Gunter Jakobs “La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada.”

Claus Roxin dice: “El derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o medida de seguridad y corrección. Entre sus presupuestos se cuentan ante todo las descripciones de conductas delictivas como homicidio..., las lesiones..., el hurto..., etc., pero también p. ej. las disposiciones sobre error...capacidad de culpabilidad..., legítima defensa..., etc., de las que se deduce en concreto cuando acarrear sanciones penales una conducta que coincide con una descripción delictiva. Entre las consecuencias se cuentan todos los procesos sobre sanciones..., que se ocupan de la determinación o configuración de la pena o de la imposición y cumplimiento de medidas de seguridad. Pena y medida son por lo tanto el punto de referencia común de todos los preceptos jurídicos penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones...”

En este momento, es necesario analizar al derecho procesal penal, como un medio de realización de la justicia, siendo uno de ellos las medidas cautelares, con las que se pretende garantizar la inmediación, la comparecencia del procesado al juicio, el cumplimiento de una eventual pena y el pago de daños y perjuicios; esto se refleja en la necesidad de asegurar a la sociedad el cumplimiento de la justicia y regular la actividad coercitiva del derecho penal, que debe ser inmediata, mediante la imposición de la pena una vez demostrada la culpabilidad y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima.



Si la persona procesada no se encuentra a disposición del juez para continuar con el trámite establecido, el juicio se paraliza, sin llegar a determinarse la culpabilidad o ratificar la inocencia; de igual manera sino se limita de forma oportuna el derecho de propiedad del procesado, en caso de ser culpado al pago de las indemnizaciones, no habría posibilidad de hacer efectiva las obligaciones económicas.

Siendo necesarias las medidas de seguridad o cautelares, que cambian el propósito del derecho penal, poniendo en acción estas medidas se previene y defiende a la sociedad del delito, ya que “tienen un carácter preventivo general o especial”, siendo uno de los fines que la persona se abstenga de la comisión de otros delitos.

Para algunos tratadistas como Roxin y Jakobs, las medidas de seguridad no son sinónimo de medidas cautelares.

Roxin al tratar sobre las medidas de seguridad y la pena manifiesta que si bien el Derecho Penal está obligado con el principio de la culpabilidad, sin embargo necesita de las medidas de seguridad, “la autorrestricción de la intervención coactiva del Estado, que se asienta en la medida de la culpabilidad, posibilita ciertamente, por regla general, un adecuado equilibrio entre los intereses de protección estatales y los intereses de libertad del justiciable; sin embargo, la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad, no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad.”

Las medidas de seguridad se aplican excepcionalmente a personas que han cometido un ilícito, pero que por sus condiciones no pueden cumplir la pena impuesta, como por ejemplo el caso de un deficiente mental que solo es imputable en ciertos casos en unas legislaciones, y en otras se les considera como inimputables; sin embargo es necesario brindar la protección a la sociedad, siendo necesario el ingreso en una casa u hospital psiquiátrico en atención a los fines de corrección y aseguramiento.



El fin de las medidas de seguridad es de tipo preventivo especial, ya que se trata de evitar futuros actos delictivos del afectado por esta medida.

En el derecho español las medidas de seguridad consisten en la privación de bienes jurídicos que pertenecen al autor del injusto, que se determinan por la peligrosidad criminal, y se imponen para evitar futuros delitos, aplicando el tratamiento más adecuado en relación a las características de la personalidad, que pueden ser curativos, terapéuticos, educativos, asistenciales y socialmente integradores.

“Las medidas de seguridad son la consecuencia jurídica del ‘injusto típico’ realizado por un sujeto inimputable (incurso en una causa de inimputabilidad, esto es, ausencia de capacidad de culpabilidad) o semiimputabilidad (sujeto con capacidad de culpabilidad disminuida incompleta), o bien incluso por un sujeto imputable que en todo caso acredita una cualificada actitud de ‘peligrosidad criminal’ de futuro y que requiere para desvirtuar ésta un tratamiento singularmente adecuado a su personalidad.”¹¹

En este caso se da una distinción marcada entre la pena y las medidas de seguridad por la función que cumplen. La pena es preventiva, protectora y resocializadora, en tanto que las medidas de seguridad son de curación, tutela y rehabilitación.

La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal.

El conocido autor ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, cita “Para Jiménez Asenjo como para Alcalá-Zamora y Ricardo Levene, lo mismo es decir medida cautelar que medida de seguridad. En efecto, el primero de los antes nombrados dice: ‘Con el nombre común de medidas preventivas o cautelares y también asegurativas, puesto que todas ellas poseen significados equivalentes, entiende la práctica y la doctrina procesal todas aquellas acordadas por el Juez instructor (o Tribunal resolutor, en su caso) para asegurar la efectividad

¹¹ POLAINO NAVARRETE Miguel. Derecho Penal. Editora GRIJLEY 2004.



de las resultas de un proceso'. Y Alcalá y Levene dicen: 'La adopción de las medidas o proveimientos cautelares, asegurativos o precautelatorios (ya que los dos substantivos y los tres adjetivos citados se emplean indistintamente), constituyen un conjunto de actuaciones al que la más moderna doctrina propende a caracterizar el *proceso*, al igual que el conocimiento y el de ejecución, acotando entre los tres los fines del proceso globalmente considerado'. De la misma manera la Convención Interamericana Sobre Ejecución de Medidas Preventivas de 8 de mayo de 1979, proclamo en el art. 1, que 'para los efectos de esta Convención las expresiones 'medidas cautelares o 'medidas de seguridad' o 'medidas de garantía' se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos del proceso actual o futuro en contra de la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto la reparación civil...'.¹²

Las medidas cautelares son aquellas que se han impuesto para proteger el normal desarrollo del proceso penal, con las limitaciones establecidas en la Constitución de la República y demás leyes, por lo tanto su naturaleza es eminentemente de carácter procesal, al ser medidas coercitivas del proceso penal.

Para Leopoldo Vera Muñoz las medidas cautelares son un "instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto activo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia"

Por lo expuesto vemos que las medidas de seguridad son diferentes a las medidas cautelares, ya que las medidas de seguridad son de carácter sustancial, mientras que las medidas cautelares son de carácter procesal. Razón por la cual en el presente trabajo se hablará únicamente de medidas cautelares en materia procesal penal, como instrumentos para asegurar el

¹² ZAVALA BAQUERIZO Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal" Tomo VI, Editorial Edino, Guayaquil. 2005



cumplimiento de una sentencia condenatoria, que no podría ser posible sin la imposición de una medida.

“En el sistema procesal penal se han establecido mediadas cautelares como mecanismos de seguridad, en contra de los individuos procesados, cuya peligrosidad no garantice el cumplimiento de la condena, o la indemnización de daños y perjuicios.”¹³

Las medidas cautelares no son exclusivas del sistema acusatorio, fueron parte del sistema inquisitivo, utilizándolas para provocar medios de prueba como la confesión, o para incautarse, con antelación a la sentencia, el patrimonio de los acusados. Actualmente el sistema acusatorio ha señalado los presupuestos de procedibilidad de estas medidas para garantizar derechos fundamentales del ciudadano.

Las medidas cautelares al ser conocidas por Fiscales, y aplicadas por los Jueces, tienen vital importancia en todo el proceso penal, sobre todo con las últimas reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el registro oficial N°555 del 24 de marzo de 2009, al indicar de manera expresa una serie de medidas que garantizarán un trámite procesal, con la intervención directa del procesado, sin la necesidad de privarle de su libertad, además concede la facultad exclusiva al Fiscal de solicitarlas, y el Juez, es quien debe dictarlas, dejando a un lado la competencia, que tenía el Juez de Garantías Penales, que por decisión propia podía imponerla; además se da la posibilidad de solicitar medidas personales alternativas a la prisión preventiva, que se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como la sustitución a la prisión preventiva en casos excepcionales. Para la aplicación de estas medidas deben cumplirse con requisitos mínimos, existir una correcta motivación justificando los elementos incriminatorios, por parte del Fiscal y quedando a discreción del Juez de Garantías Penales, precautelando el interés superior.

Las medidas cautelares son aplicables a los procesados, que están en una fase de investigación para su posterior juzgamiento y a favor de ellos opera el

¹³ ARIAS Miguel Antonio “La Detención en Firme” Editorial bgoffset. Cuenca. s/f.



estado de inocencia, que no puede ser vulnerado en ningún momento, ni con la prisión preventiva, lo que impone una vez más al órgano judicial de control de garantías, la aplicación de la excepcionalidad de la privación de libertad.

El presente trabajo tratara de manera exclusiva sobres las medidas de cautelares de orden personal que contempla el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano y su aplicación.

1.2 CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.-

Como manifestamos anteriormente las medidas cautelares son propias del proceso penal, ya que tienden a asegurar el normal desarrollo de todas las etapas del proceso penal.

Para MAIER la medida cautelar es la “aplicación de la fuerza pública que coarta las libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico, que pretende el resguardo de los fines que persiguen el mínimo procedimiento, averiguar la verdad y la actuación de la ley sustantiva en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento.”.¹⁴

Ricardo Vaca Andrade cita a los colombianos Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett quienes dicen “para los fines de la investigación y de la justicia, y la efectividad de la sanción, es indispensable que los funcionarios, antes de proferir sentencia condenatoria, pueden tomar ciertas medidas entre las que se cuenta la privación de libertad del procesado; medidas tendientes a asegurar su comparecencia a las actuaciones procesales, o hacen efectiva la pena o medida de seguridad que se imponga”.¹⁵

Al ser uno de los deberes del Estado garantizar la protección y seguridad de sus conciudadanos, dentro del proceso penal, se hace necesario establecer medidas cautelares de orden personal y real, que permiten al Estado ejercer su función punitiva.

¹⁴ MAIER Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Tomo I Fundamentos.

¹⁵ VACA ANDRADE Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Cuenca 2001.



El sistema procesal ecuatoriano, concretamente en el Art. 159 del Código de Procedimiento Penal, establece *“A fin de garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.*

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.”

Según se establece las medidas cautelares pueden ser: medidas cautelares de orden personal y medidas cautelares de orden real, estas medidas limitan los derechos de las personas que están siendo procesadas, pero sin violar el principio de inocencia.

Consecuentemente las medidas cautelares personales son las que se aplican directamente sobre el sujeto activo de la infracción y mediante las cuales preferentemente se limita su libertad individual; y, reales aquellas medidas que recaen sobre los bienes de los procesados, que sirven para resarcir los daños ocasionados a los sujetos pasivos de las infracciones que son los ofendidos, limitando la libertad patrimonial.

Las últimas reformas establecidas dieron fin al sistema inquisitorio en el cual primaban las órdenes de prisión preventiva dictadas por los jueces, la aplicabilidad de las reformas es de vital importancia para sustentar el sistema acusatorio que va de la mano con las obligaciones de la Fiscalía que son investigar, acusar y finalmente solicitar la prisión; con el sistema anterior y por exceso de la prisión preventiva, primero se encarcelaba y luego se investigaba causando un grave daño al sujeto dentro del proceso penal, salvo el caso de



delito flagrante, en cuyo caso el fiscal al iniciar la instrucción fiscal, solicitará la medida cautelar personal de prisión preventiva.

El Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, detalla cuales son las medidas cautelares personales y reales:

“Las medidas cautelares de orden personal son: 1. La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares; 2. La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas; 3. La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada llamada a informar periódicamente al Juez de Garantías Penales o a quien éste designare; 4. La prohibición de ausentarse del país; 5. La suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos; 6. Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos; 7. Ordenar la prohibición de que el procesado por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia; 8. Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquico; 9. Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo los artículos 107 -(actual 108)-, regla 6ta del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia; 10. La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantías Penales o ante la autoridad que éste designare; 11. El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial; 12. La detención; y, 13. La prisión preventiva.

Las medidas cautelares de orden real son: 1. El secuestro; 2. La retención; 3. El embargo.”

El Juez de Garantías Penales es quien ordena una o varias medidas de orden personal y/o de carácter real, exclusivamente a petición del fiscal que está a cargo de la investigación.



El Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: “En todo proceso penal en se haya privado de la libertad a una persona se observarán excepcionalmente de la prisión preventiva para garantizar la comparecencia del procesado o cumplimiento de la pena. “La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 se refiere a que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

El Art. 4 del Código Penal establece la prohibición en materia penal de realizar una interpretación extensiva, es decir el juez debe ceñirse a la letra de la ley, en caso de duda podrá hacer una interpretación que sea lo más favorable al reo.

1.3 FINALIDAD.

La finalidad que persiguen las medidas cautelares según lo establece el Art. 159 del Código de Procedimiento Penal es “.....*garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido...*”.

Las medidas cautelares son actos que imponen los jueces o tribunales de garantías penales y limitan la libertad individual de una persona, o la libertad de disposición sobre parte de su patrimonio, y tiene por fin la comparecencia del procesado, asegurar la prueba, y cumplimiento de las indemnizaciones que correspondan. Las medidas cautelares de orden personal tienen como finalidad el garantizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria, una vez establecida la culpabilidad, o lograr la inmediación del procesado al enjuiciamiento. Además estas medidas son de carácter excepcional y se aplican en contra de individuos cuya culpabilidad no ha sido declarada, están procesados pero no son declarados culpables.



“Si una medida cautelar se ejerce en forma excepcional en contra de una persona cuya responsabilidad no ha sido declarada, es obvio que la medida siempre será de carácter provisional, revisable en todo momento, pudiendo incluso ser revocada por el juez de la causa si los indicios preliminares que le sirvieron de fundamento se hubieren desvanecido. En el derecho penal contemporáneo se busca que el juez sea el garante del cumplimiento de las garantías fundamentales de los individuos, que los derechos no sean conculcados ni siquiera por los mismos representantes del Estado”¹⁶

Las medidas cautelares deben aplicarse respetando el principio de proporcionalidad en virtud de que no se podría imponer una medida más grave, ni de más duración que la pena que correspondería al autor en el caso de ser culpable; además que la proporcionalidad se tomará en relación al fin preventivo perseguido, no pudiendo la medida exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Estoy de acuerdo con Zavala Baquerizo quien expresa: “Por lo expuesto, con la sola finalidad de que la realización del derecho sea completa –lo que solo se consigue con el cumplimiento de los fines del proceso penal- el Estado, por medio de la ley de procedimiento penal, se ha señalado el momento, los casos y la forma cómo se puede limitar tanto la libertad personal, como el patrimonio del sujeto pasivo del proceso. A lo dicho es que se refiere la actividad coercitiva dentro del proceso penal”¹⁷

1.4. LEGALIDAD.

“En el moderno Estado Social y Democrático de Derecho el principio de legalidad es una garantía de seguridad jurídica, y también de implícito reconocimiento de libertad: en Derecho está permitido –por antonomasia, en el Derecho Penal- todo aquello que no está prohibido por la ley. El principio de legalidad opera en el amplio ámbito de lo jurídico. Todo el Derecho ha de

¹⁶ ARIAS Miguel Antonio. Ob. cit.

¹⁷ ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Ob. Cit.



regirse por este principio, lo cual no excluye la utilización de otros instrumentos normativos de rango inferior, que en todo caso no puede contrariar lo dispuesto por la ley”¹⁸

Conforme al principio de legalidad –Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 9 de la Convención Interamericana-, el tipo de pena como el delito deben estar establecidos con anterioridad al hecho delictivo, por lo tanto, guardando armonía, no se pueden dictar medidas cautelares que no estén contempladas en la Ley.

El último inciso del Art. 159 del Código de Procedimiento Penal dice: “*Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.*”

Para que el Juez de Garantías Penales pueda ordenar el cumplimiento de una medida cautelar ya sea real o personal, esta debe estar establecida en la Ley con anterioridad, de esta manera estamos precautelando el derecho que tiene el procesado a conocer cuáles son las medidas que se le podría aplicar, y no dejar al criterio de la autoridad la imposición de las mismas, sin que estén contempladas de manera concreta en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, numeral 11 dice: “*La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicaran de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.*”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 9, que hace referencia al Principio de Legalidad y de Retroactividad dice: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del

¹⁸ POLAINO Navarrete Miguel. Ob. cit.



delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

La Constitución Ecuatoriana y los Convenios Internacionales, son concordantes al imponer, tanto a Jueces como Tribunales de Garantías Penales, el deber de velar por los derechos que a los procesados les asiste, y ser garantes de los derechos fundamentales que como seres humanos les corresponde, imponiendo medidas cautelares que estén establecidas en la ley.

En la actualidad las decisiones de los Jueces de Garantías Penales y de los Fiscales, conllevan en la práctica la aplicación del principio de mínima intervención del Derecho Penal, como así lo dispone el Art. 5.4 del Código de Procedimiento Penal, y que es concordante con las funciones de la Fiscalía General del Estado, Art. 195 de Constitución.

En el presente estudio me concentraré en analizar las medidas cautelares de carácter personal (Art. 160 Código de Procedimiento Penal), su excepcionalidad, si son medidas alternativas, sustitutivas o de protección.



CAPITULO II

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

2.1 ANÁLISIS DE CADA UNA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES, SU APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO EN EL ACTUAL SISTEMA PROCESAL PENAL ECUATORIANO.

A través de las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Registro Oficial No. 555 del 24 de marzo de 2009, se da un giro en cuanto al establecimiento de las medidas cautelares, sobre todo de orden personal, guardando armonía con lo establecido por la Constitución de la República, aprobada en octubre del 2008 y con la normativa supranacional.

Con anterioridad el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 160 establecía las clases de medidas cautelares y enunciaba las mismas al manifestar “Las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva y ‘la detención en firme’. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo....”

En este caso las medidas cautelares de carácter personal únicamente se referían a medidas privativas de libertad. En cuanto a la detención esta podía ser solicitada al Juez con el objeto de investigar un delito de acción pública, a petición del Fiscal, y cuando esté motivada con argumentos que presuman responsabilidad. Esta detención no podía ser por más de veinticuatro horas, si no se hallaban indicios de la participación del detenido en el hecho investigado se ordenaba de forma inmediata la libertad, caso contrario se iniciaba la Instrucción Fiscal y se solicitaba la prisión preventiva de ser necesario. El caso de la detención en firme no merece comentario ya que fue derogada, sin embargo fue una medida “inconstitucional”, que debía ser aplicada una vez que



el Juez de lo Penal dicte Auto de Llamamiento a Juicio, con esta medida el legislador hechó por tierra la caducidad de la prisión preventiva.

La prisión preventiva fue la medida cautelar de orden personal usada por regla general, misma que podía dictarse no sólo a petición del Fiscal que lleva la investigación, sino que el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, facultaba al Juez, de “creer necesario”, aplicar esta medida para garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de una posible pena; cumplidos ciertos requisitos.

Como vemos, al ser la prisión preventiva la única medida cautelar de orden personal que podía garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso y asegurar el cumplimiento de una pena en caso de ser declarado culpable, fue abusada, ya que los administradores de justicia no tenían otra alternativa, porque les estaba prohibido imponer medidas cautelares no previstas en la Ley, lo aplicaban, a pesar de los Convenios Internacionales que regulan la prisión preventiva. Tanto juez y fiscal necesitaban para solicitar la prisión preventiva, que medien los siguientes requisitos: que el delito por el cual se le imputaba a una persona sea de acción pública; que la posible pena a ser aplicada sea superior a un año; y, que existan suficientes indicios que hagan presumir que el imputado es autor, o cómplice del delito.

Cuando todavía se iniciaban las instrucciones fiscales por escrito en la ciudad de Cuenca se dieron casos sui generis, ya que los señores jueces de lo penal, corrían traslado a la persona a ser imputada para que se pronuncie sobre la solicitud de prisión preventiva realizada por el fiscal, aplicación que en ese momento fue duramente criticada por las víctimas y su defensa ya que se anunciaba la pretensión de reducir al individuo a prisión.

¿Esta era una forma de “frenar” la aplicación de la prisión preventiva? Fue la oportunidad que los imputados tenían para por sus propios medios garantizar su comparecencia al proceso de otra manera. Generalmente lo hacían, señalando un domicilio fijo y comprometiéndose a estar presentes en todas las etapas del proceso hasta su culminación. En unos casos dio resultado, porque “el imputado no deseaba desvincularse del proceso ni evadir la acción de la



justicia sino, con certeza, hacer frente al proceso penal y dentro de las correspondientes etapas aclarar sus actuaciones personales y demostrar su inocencia...”¹⁹; pero en otros, esta forma de actuar dio la oportunidad para que ciertos procesos queden en la impunidad; porque estamos en una sociedad en la que no es suficiente el compromiso personal, sino se hace necesario el uso de medidas para asegurar y garantizar el cumplimiento de la justicia.

En la actualidad se establecen una gama de medidas cautelares de orden personal, que son aplicadas por los Jueces de Garantías Penales, mismas que permiten asegurar la comparecencia del procesado o acusado durante todo el proceso penal; estas medidas únicamente se impondrán cuando el Fiscal así lo solicite, sin que sea atribución del Juez de Garantías Penales de creer necesario imponerla, pero el juez puede negar la adopción de estas medidas; la prisión preventiva ya no constituye la regla sino la excepción incluso por mandato constitucional.

En las Audiencias de Inicio de Instrucción Fiscal, el Fiscal solicitará, de considerar necesario, la imposición de una medida cautelar de orden personal o real, que puede ser cualesquiera de las contempladas en el Código de Procedimiento Penal. En un principio, en la práctica, equivocadamente algunos Jueces de Garantías Penales negaban la aplicación de cualquier medida diferente a la prisión preventiva, ya que consideraban que para poder imponer una medida cautelar de orden personal “alternativa”, era necesario que se solicite primero la prisión preventiva y luego sustituirla por las otras medidas; como manifesté, esto no es correcto, ya que según nuestra Constitución, de manera expresa señala que siempre se podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, por lo tanto no se refiere a una sustitución, que es otra institución, sino a una aplicación directa de cualquier medida que no sea la prisión preventiva, ya que ésta, es una medida de carácter excepcional.

“Las otras medidas cautelares del Art. 160 reformado del Código de Procedimiento Penal, son medidas alternativas no sustitutivas de la prisión preventiva. Solo el arresto domiciliario en los casos del 171 Ibídem, es una

¹⁹ VACA ANDRADE Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal. Segunda Edición Corporación de Estudios y Publicaciones. Cuenca. 2001



medida sustitutiva... Por lo tanto con eso queremos decir que en la audiencia de control de flagrancia o en la audiencia de formulación de cargos, si el Fiscal no pide una medida cautelar personal, el Juez de Garantías Penales no puede hacerlo. Ergo, si ha pedido la medida cautelar personal de prisión preventiva, el Juez solo debe pronunciarse por ella, no estando posibilitado para dictar otra medida de las previstas en el Art. 160 reformado del Código de Procedimiento Penal.”²⁰ lo que confirma el principio que la autoridad judicial no tiene iniciativa procesal.

El Estado Ecuatoriano, como una política penal, vio la necesidad de incorporar las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, por el fracaso en la aplicación del Código de Ejecución de Penas, ya que los Centros de Rehabilitación Social, destinados para quienes tienen que cumplir una pena, por una sentencia condenatoria, son utilizados para que se pueda cumplir con la medida cautelar ordenada por el Juez de Garantías Penales, es decir la prisión preventiva; misma que se convertía en una pena adelantada, excediendo los límites establecidos por la Ley, en la Constitución de 1998 y ratificada en la de Montecristi, en el artículo 77 numeral 9, dispone los límites de la prisión preventiva no podrán exceder de seis meses y un año.

Con la orden del juez de cumplimiento de la prisión preventiva en los Centros de Rehabilitación Social del país, se vulnera el estado de inocencia, no hay declaratoria de culpabilidad, el individuo con medida cautelar de prisión preventiva es inocente, mientras no se demuestre su responsabilidad mediante sentencia condenatoria, aquí nos preguntamos si el individuo es inocente; ¿cómo se puede iniciar un proceso de rehabilitación?; es necesario que se cumplan las Reglas Mínimas de Tratamiento al Delincuente que previenen la separación de los internos; en un espacio estarán los sentenciados, y en otro los que se encuentran con prisión preventiva. A pesar de los límites de la prisión preventiva, vemos que una de las fallas del sistema, es el penitenciario que no está todavía en la capacidad de albergar a internos de máxima peligrosidad, mínima peligrosidad, mediana peligrosidad y centros especiales

²⁰ VALDIVIESO VINTIMILLA Simón. El Derecho a un Juicio Rápido. Ediciones CARPOL. Cuenca 2010.



de detención provisional, actualmente todos se encuentran en un mismo lugar, separados por pabellones y conocemos que solo existen dos pabellones de alta seguridad en Quito y Guayaquil. El Estado a pesar de los esfuerzos con la creación del Ministerio de Justicia, se encuentra en deuda con el cumplimiento de la “separación de los internos por categorías” los que se encuentren con medidas cautelares de prisión preventiva, y los sentenciados; y los centros para adolescentes infractores. El Ministerio de Justicia, actual autoridad de regencia penitenciaria, debe implementar con los gobiernos seccionales de cada una de las provincias, centros especializados y adecuados de detención provisional, sabemos las condiciones de hacinamiento en las cárceles, más de la mitad de detenidos se encuentran con prisión preventiva.

Según el Art. 77 numeral 2 de la Constitución de la República “Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de la libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.”

El Código de Ejecución de Penas en su Art. 5 referente a las atribuciones y deberes del Consejo Nacional de Rehabilitación en el literal i) dice “...Crear o suprimir centros de rehabilitación social y unidades especializadas de detención y tratamiento. Los centros y unidades que se creen serán administrados por instituciones estatales o privadas sin fines de lucro;...”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Art. 5 que trata sobre el Derecho a la Integridad Personal en el numeral 4 manifiesta “Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”.

En este caso se refiere específicamente que la prisión preventiva se cumplirá en centros de privación “**provisional**” de libertad legalmente establecidos, es decir que serán centros momentáneos, ya que sobre los procesados se mantiene el principio de inocencia, hasta que se demuestre su culpabilidad.



Sabemos que son muchos los factores, ya sean de orden político, social, económico, etc., que impiden la creación de centros adecuados para cumplir la medida cautelar de prisión preventiva, razón por la cual con acertada decisión se establecen medidas alternativas a la prisión preventiva, evitando de esta manera una sobrepoblación innecesaria en los Centros de Rehabilitación Social.

Las medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva son ordenadas por Juzgados y Tribunales de Garantías Penales, asegurando de esta manera la comparecencia del procesado o acusado a todas las etapas del proceso penal, hasta obtener una sentencia y el cumplimiento de las indemnizaciones a las que estén obligados.

En la práctica para la efectividad del cumplimiento de las medidas cautelares personales, el Juez de Garantías Penales tiene la facultad, no solo de imponer una medida, sino dependiendo del delito y grado de participación del procesado se podrá aplicar dos o más; esto no afecta el principio de proporcionalidad, más bien asegura la tramitación y culminación de todo el proceso.

Fue tanta la influencia y aplicación de la prisión preventiva que a pesar que nuestra ley considera a las demás medidas como alternativas, sin embargo cuando las detalla aparece como una más de las medidas cautelares.

A través de la aplicación de las medidas cautelares diferentes a la privación de libertad, se está cumpliendo con los principios del derecho penal como inmediación, contradicción, celeridad, debido proceso, mínima intervención; ya que en el transcurso del proceso, el procesado o acusado está en contacto directo con la investigación y puede ejercer plenamente su derecho a la defensa, considerando ésta una de las mayores ventajas que encontramos en las reformas al Código de Procedimiento Penal.

Dentro de las medidas cautelares de orden personal encontramos:

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



3. La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada llamada a informar periódicamente al Juez de Garantías Penales o a quien este designare;
4. La prohibición de ausentarse del país;
5. La suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
6. Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
7. Ordenar la prohibición de que el procesado por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
8. Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
9. Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo los artículos 107 – actual 108- regla 6ta. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
10. La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantías Penales o ante la autoridad que éste designare;
11. El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
12. La detención; y,
13. La prisión preventiva.

La escala de medidas detalladas guardan proporción con las exigencias que vive la sociedad en estos últimos tiempos, ya que si bien estas medidas limitan el derecho a la libertad, sin embargo se tiene libertad para comparecer a un proceso sin ingresar en un centro de privación de libertad provisional, hasta



que se conozca y resuelva su situación, brindando la oportunidad de buscar una justicia con dignidad, teniendo el procesado o acusado acceso directo, permanente y oportuno a todas las etapas procesales.

La aplicación de cualquier medida de orden personal evita el riesgo de la paralización del proceso y la pérdida de los objetos relacionados con el delito, ya que el contacto con el procesado es continuo, al ser parte fundamental en el proceso y ejercitando su defensa en libertad.

Además la diversidad de las medidas cautelares de orden personal, permite que se apliquen en forma proporcional al hecho que se está investigando, optando el Fiscal por la medida que mejor convenga no solo al proceso, sino inclusive a la víctima.

Estas medidas son provisionales, su vigencia depende de la duración del proceso penal, o cuando se desvanezcan los indicios que motivaron su aplicación, tornando a las medidas revocables, revisables. En caso de incumplimiento de las medidas alternativas, el Juez ha pedido del Fiscal podrá dictar la prisión preventiva o por el contrario el juez puede revocar la prisión preventiva y ordenar el cumplimiento de cualquiera de las medidas contenidas en el artículo 160 del C.P.P.

Con lo anteriormente manifestado podemos decir que las medidas cautelares provienen necesariamente por la imposición de un Juez o Tribunal de Garantías Penales, a petición del fiscal; tienen la finalidad de asegurar los medios prueba; limitan la libertad de la persona, buscan asegurar los bienes necesarios para hacer efectivas las responsabilidades penales y civiles, evitando que se frustre el fin del proceso penal, así como asegurando un efectivo resultado del proceso y una real actuación de la ley sustantiva.

En la práctica la aplicación de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva ha dado mayor flexibilidad al proceso penal, permitiendo a los administradores de justicia ver y escuchar a las partes, cumplir el principio de inmediación, además da la ventaja de acceder a una justicia sin dilaciones, ya que existe celeridad en la tramitación del proceso penal.



Continuando con el tema propuesto 1. La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares; 2. La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas; 5. La suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos; 6. Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos; 7. Ordenar la prohibición de que el procesado por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia; 8. Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica; 9. Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo los artículos 107 –actual 108- regla 6ta. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia; contemplan prohibiciones establecidas, que tratan de proteger a la víctima, a los testigos, para que puedan concurrir a determinados lugares, y puedan estar en sus viviendas en tranquilidad, sin que sufran algún tipo de intimidaciones por parte de los procesados o de terceros que tengan relación con éste. Estas medidas son eminentemente de protección a la víctima, pero en un momento pueden asegurar también la inmediación del sujeto con el proceso.

Al analizar la medida contenida en el numeral 3, la sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada llamada a informar periódicamente al Juez de Garantías Penales o a quien este designare; ésta medida la encontramos también como una pena peculiar del delito según lo establece el Art. 51 del Código Penal vigente. Lo que significaría que según el delito, la medida cautelar y la pena, podrían responder a un cumplimiento estricto de vigilancia de autoridad, lo que llevaría a la aplicación de la mínima intervención.

Dentro de las innovaciones la medida No. 4. La prohibición de ausentarse del país; es una de las más aplicadas, para este efecto el Juez de Garantías Penales, tiene que remitir un oficio a las oficinas de migración, para que a través del sistema a nivel nacional conste que sobre determinado procesado



existe esta prohibición. De esta forma la justicia asegura que el procesado no se fugue del país, una medida restrictiva de la libertad ambulatoria de efectiva aplicación.

10. La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantías Penales o ante la autoridad que éste designare; en este caso, generalmente el Juez de Garantías Penales dispone que la presentación del procesado, se lo haga ante el Fiscal, quien a su vez tendrá que informar al Juez sobre el cumplimiento o no de esta medida. Inclusive cuando se ha pasado la Audiencia de Juzgamiento, y se ha determinado la culpabilidad del acusado, el Tribunal de Garantías Penales ordena la permanencia de esta medida hasta que se ejecutorie la sentencia.

11. El arresto domiciliario puede ser con supervisión o vigilancia policial; este caso en concreto se lo aplicará como sustitución de la prisión preventiva en los casos contemplados en el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal. Esta medida significa la integración de la policía nacional en el sistema procesal, ya que sus miembros tienen que velar por la permanencia de los individuos en sus domicilios.

12. La detención que es, una medida cautelar excepcional que la ordena el Juez de Garantías Penales, en la fase de indagación previa ha pedido del Fiscal, para investigar un delito de acción pública, la misma que no podrá ser por más de veinticuatro horas.

13. La prisión preventiva, que se aplicará de manera excepcional,

De estas medidas tienen carácter excepcional la prisión privativa que debe ser utilizada como último recurso para asegurar la comparecencia del procesado; de igual manera la detención es excepcional al ser solicitada y aplicada en una fase de indagación previa, que es preprocesal, ya que como manifestamos anteriormente las medidas cautelares surten efecto con el nacimiento del proceso que es el inicio de la Instrucción Fiscal.

En el caso del arresto domiciliario la propia ley, Código de Procedimiento Penal, establece de manera clara cuales son los casos en los cuales se debe



aplicar este tipo de medida, cuando el procesado es mayor de sesenta años y cuando se trate de una mujer embarazada.

Las medidas cautelares personales que constan del numeral 1 al 12 del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, son consideradas medidas alternativas a la prisión preventiva, pero que deben ser aplicadas por jueces y solicitadas por fiscales de manera directa, porque cada una ellas es independiente y surte efecto por sí sola, al estar establecidas en la ley permite tener acceso oportuno a los administradores de justicia para imponerlas y a los procesados garantizar su aplicación inmediata. Para la imposición de estas medidas no se necesitan cumplir los requisitos mínimos establecidos en la ley, será el fiscal que conoce de forma directa la investigación quien determine la factibilidad de solicitar una medida para cada caso concreto.

Si bien, en el Código de Procedimiento Penal anterior se establecían medidas alternativas a la prisión preventiva enumeradas en el Art. 171 como eran: a) el arresto domiciliario con vigilancia policial que el Juez o Tribunal disponga; b) la obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o Tribunal o ante la autoridad que él designase; y, c) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside e inclusive del ámbito territorial que fije el Juez o Tribunal. Sin embargo estas medidas no eran de aplicación directa, en forma alternativa a la prisión preventiva ya que debían cumplir dos condiciones; uno que el delito de que se trate en el proceso penal, tenga una pena que no exceda de cinco años; y, el segundo que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por el cometimiento de ningún delito.

En la práctica, para solicitar una medida de orden personal, que garantice la comparecencia del procesado a todas las etapas que conlleva el proceso, el Fiscal hace un análisis de las medidas alternativas a la prisión preventiva, que permitan un cumplimiento eficaz de la misma sin perturbar las actividades normales de los procesados, como por ejemplo en un caso de Evasión o de Peculado, donde los procesados generalmente tiene la calidad de funcionarios públicos, se podría solicitar como medida la contemplada en el numeral 10 que es la obligación de presentación periódicamente ante el Juez de Garantías



Penales o ante la autoridad que este designare, y adicionalmente la medida cautelar del numeral 4, esto es la prohibición de ausentarse del país.

Lo que se persigue con las medidas alternativas a la prisión preventiva es ante todo cumplir con el fin de estas medidas, esto es hacer efectiva la comparecencia del procesado al proceso, a fin de que no exista ningún tipo de dilaciones, ya que la más frecuente se presentaba por la ausencia del procesado. Mario Iguaran Arana, citado por Simón Valdivieso ha dicho, "... En materia penal es claro que cualquier dilación indebida del proceso genera consecuencias nocivas en el plano personal, familiar y patrimonial de quien las sufre..."²¹

Algunas de las medidas que el sistema procesal ecuatoriano ha considerado como medidas cautelares de orden personal, en otras legislaciones han sido aplicadas como medidas de seguridad para casos concretos así tenemos: "En España se suscita la presente problemática especialmente en relación con la violencia intrafamiliar: comúnmente el maltrato a mujeres por parte de sus parejas (en el seno del matrimonio o de parejas de hecho). La cuestión estriba en verificar si pueden imponerse ciertas medidas preventivas (v.gr. la prohibición de visitar el hogar de la víctima-o de comunicarse o aproximarse a ésta u otros familiares (310)-, prohibición de residencia en tal localidad, instalación de cámaras de seguridad y vigilancia en la vía pública (311), sometimiento a vigilancia por parte de fuerzas y cuerpos de seguridad, internamientos en ciertos establecimientos especializados, publicación en listas públicas de los hombres condenados por malos tratos (312), etc.) en los supuestos en que ha denunciado repetidamente a la pareja por los malos tratos recibidos, o bien si, en el caso en que el agresor fue condenado, luego de su condena acecha nuevamente a la víctima con repetidas amenazas.

La doctrina ha reaccionado de diferente manera ante la aprobación de este tipo de medidas preventivas. Ha llegado a decirse que 'sin lugar a dudas, la nueva prevención legislativa es merecedora de una crítica positiva, tanto por el fin que persigue, como por su adecuada regulación. (314). A nuestro juicio, si hay lugar

²¹ VALDIVIESO VINTIMILLA Simón. Ob. Cit.



a dudas sobre el acierto, la oportunidad y la constitucionalidad de las mismas. El fin (preventivo) perseguido por el legislador puede ser loable (aunque) en algunos supuestos, no llega a conocerse el concreto fin pretendido, que debe inferirse no más que por presunción o por suposición, pero la titubeante regulación dudosamente puede ser calificada de acertada. Como hemos afirmado, y a más de la incierta naturaleza de este tipo de medidas (¿son medidas penales o medidas cautelares?, ¿son medidas preventivas *ex ante* o sancionadoras *ex post facto*?, ¿son medidas predelictuales o posdelictuales?), su regulación legal se realiza, en ocasiones, con tan ambigua como imprecisa redacción que llega incluso a comprometer seriamente su propia constitucionalidad....”²²

2.2 MEDIDAS CAUTELARES Y SU EXCEPCIONALIDAD: LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA DETENCIÓN.

2.2.1 LA PRISION PREVENTIVA.

Las reformas del 24 de marzo de 2009, al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, establecen como una más de las medidas cautelares de orden personal, a la prisión preventiva. El constituyente dentro de la enumeración realizada de las medidas cautelares, coloca a la prisión preventiva como última; y es porque se exige que esta medida sea considerada y aplicada como un mecanismo de *última ratio*, es decir, cuando no exista otra medida alternativa que pueda garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso.

La prisión preventiva “puede recaer sobre una persona aprehendida por delito flagrante, cuando el agente fiscal inicia la instrucción fiscal, dentro de las veinte y cuatro horas; sobre una persona que recibió orden de detención provisional y luego del proceso de investigación preprocesal (de veinte y cuatro horas) el agente fiscal considera que existen indicios de responsabilidad penal; o puede dictarse aun sobre cualquier persona que no tuvo ninguna de estas relación

²² POLAINO NAVARRETE Miguel Ob. Cit.



preprocesal, pero que en el transcurso de una investigación el resultado determina la existencia de indicios claros y precisos de que el individuo es autor o cómplice de la infracción.”²³

Para poder hablar de la excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar personal, es necesario referirnos al contenido del Art. 77. 1 de la Constitución de la República del Ecuador que establece: “...*La privación de libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.*”.

Este artículo guarda relación con el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, que trata exclusivamente de la Prisión Preventiva al manifestar: “*Cuando la jueza o juez de Garantías Penales **lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso para asegurar el cumplimiento de la pena puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:...***”

Por lo tanto, la prisión preventiva se aplicará únicamente cuando sea el único medio, por el cual se puede asegurar la comparecencia del procesado o acusado al proceso, y el cumplimiento de una posible pena, en caso de ser declarada la culpabilidad, siendo mínima en este caso, la respuesta del Estado, ya que se aplicará de manera excepcional y restrictiva.

Para que el Fiscal pueda solicitar la prisión preventiva, debe cumplir ciertos requisitos establecidos en el Art. 167 como son: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; 3. Que se trate de un delito sancionado con un pena privativa de libertad superior a un año; 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegura

²³ ARIAS Miguel Antonio. Ob. Cit.



su comparecencia al juicio; y, 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

Por las exigencias dadas para imponer la prisión preventiva, se establece que es una medida procesal, es decir que se debe solicitar cuando se ha iniciado una Instrucción Fiscal, ya sea porque el Fiscal obtuvo suficientes indicios, o ha culminado la investigación.

El artículo innumerado a continuación del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, (160.1), establece que para solicitar la prisión preventiva como medida cautelar, se lo hará a través de una audiencia oral, pública y contradictoria, medida que podrá ser solicitada desde el inicio de la Instrucción Fiscal, hasta concluir la etapa intermedia. Por medio de esta audiencia se da la oportunidad de debatir a las partes sobre los fundamentos que sustentarán para la procedencia o no de la aplicación de esta medida cautelar, ya que el Juez de Garantías Penales, tendrá que resolver en ese momento sobre la aplicación o no de la prisión preventiva, en base a los argumentos presentados por las partes el momento de la audiencia.

Cuando el Juez de Garantías Penales convoca a la audiencia, tiene la obligación de prevenir al defensor particular que en caso de no asistir, lo hará el defensor público que será nombrado en la misma providencia que señala la fecha.

Como constancia de la diligencia se elaborará un extracto de la audiencia, la cual contendrá la identidad de los participantes, los puntos propuestos y debatidos y la resolución del Juez de Garantías Penales, finalmente el acta será suscrita por el secretario.

En el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, en las últimas reformas existe un artículo innumerado (167.1) que trata sobre la solicitud de prisión preventiva y dice: *“La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. El*



juez de Garantías Penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.

Si el Juez de Garantías Penales resuelve no ordenar la prisión preventiva, y se estableciera que la libertad del procesado puede poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica del ofendido, testigos o de otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de amparo prevista en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal.

Si se trata de delitos sexuales o lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres niños, niñas o adolescentes, a más de las medida de amparo adoptadas por la Fiscalía, el Juez de Garantías Penales prohibirá que el procesado tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o algún miembro de su familia.

Toda medida de prisión preventiva se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria, en la misma que el Juez de Garantías Penales resolverá sobre el requerimiento fiscal de esta medida cautelar, y sobre las solicitudes de sustitución u ofrecimiento de caución que se formulen al respecto.

En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción, o el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, en la forma y términos previstos en este Código.

“Para disponer esta medida cautelar, deben justificarse los elementos **objetivos y subjetivos**; el primero, que tiene que ver con la gravedad del ilícito y el segundo con la personalidad del procesado. Esta medida cautelar procede únicamente para asegurar la comparecencia del procesado en el proceso o el cumplimiento de la pena, cuestiones que deben ser suficientemente fundamentadas por el juez, cuando exista el riesgo de fuga del procesado, se encuentre prófugo o el peligro de que pueda eliminar o modificar las pruebas, así como también para asegurar la protección de la víctima, y precautelar que



el procesado pueda continuar su actividad delictiva, el juez debe analizar estas circunstancias con sumo cuidado y objetividad, para ordenar la prisión preventiva estrictamente cuando sea necesaria. De la misma manera el Fiscal al momento de solicitar esta medida cautelar, su petición se debe fundamentar en el cumplimiento de los elementos subjetivos, cuestión que en nuestro medio ocasionalmente se cumple, en todo caso es el juez, como garante del debido proceso, quien debe pronunciarse sobre el pedido del representante de la Fiscalía, para evitar la privación injustificada de la libertad. La prisión preventiva según nuestra Constitución se fundamenta en dos presupuestos:

Garantizar la comparecencia del procesado o acusado al juicio; y, Asegurar el cumplimiento de la pena.

En el primer caso al disponer esta medida cautelar sin fundamentar sobre la necesidad de adoptarla, se violan los derechos constitucionales: la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, por cuanto al disponer la prisión preventiva, se corre el riesgo de que al término de la etapa de instrucción fiscal, se establezca la inocencia del procesado, con lo cual se habría privado de la libertad a una persona injustificadamente, al menos por el lapso de noventa días que normalmente debe durar dicha etapa procesal y, en el caso de haberse vinculado a otra persona con la instrucción, por treinta días más sumado en total ciento veinte días, que aparentemente parecía un corto tiempo, pero considerando que un día en la cárcel es un siglo, ciento veinte días, es toda una eternidad; por esta razón, para ordenar esta medida cautelar, el juez debe tener razones más que justificadas sobre la necesidad de disponer dicha medida es decir, analizar la gravedad del presunto ilícito y la personalidad del procesado, para evidenciar la adopción de dicha medida, pero si se trata de una persona que justifica no tener antecedentes penales precedentes, que es una persona honorable, domiciliada en un lugar donde se promueve el proceso penal, ejercen una función o desempeña una labor productiva, no hay mérito alguno para disponer la prisión preventiva; sin embargo, algunos administradores de justicia, especialmente en los niveles inferiores disponen esta medida cautelar de manera apresurada, sin el análisis mesurado de las constancias procesales y los sustentos documentales,



fundamentándose exclusivamente en la petición fiscal, la misma que muchas de las veces no se halla motivada en cuanto a la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar, así como lo relacionado al cumplimiento de los presupuestos a los que se refiere el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y, de los elementos objetivo y subjetivo anteriormente analizados; en este caso, el Juez de Garantías Penales está obligado a rechazar la solicitud del Fiscal.”²⁴

Para que el Juez de Garantías Penales pueda dictar la prisión preventiva tiene que valorar; los indicios suficientes y necesarios que son acreditados por el Fiscal en la audiencia a través versiones, evidencia material o documental, obtenida por medio de peritajes; que existan suficientes elementos de convicción que permitan sustentar que el procesado es el presunto autor o cómplice del delito; que la pena que posiblemente se aplicará es superior a un año; un elemento importante se refiere al “Presupuesto subjetivo de procedibilidad: El Juez de Garantías Penales debe considerar la situación en que el procesado, dio el paso al acto delictivo y el análisis de la personalidad.

Debe ver circunstancias precedentes y concomitantes del hecho que es objeto del proceso y de las circunstancias individuales de la persona afectada con la imposición de medidas cautelares, tales como:

- .- Efectos o consecuencias familiares que dicha medida cautelar puede provocar.
- .-Medida necesaria para la sociedad y el proceso.
- .-Elementos subjetivos como los antecedentes delictivos del procesado, su peligrosidad actual y los móviles y motivos que dieron paso al delito.
- .-Peligro en la investigación por la destrucción u ocultamiento de los medios de prueba, o impida la comparecencia de los ofendidos o testigos mediante amenazas.

²⁴ SANTOS BASANTES Jaime. El Debido Proceso Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones”. Quito 2009.



.- Mantener el orden público: en atención a la gravedad del delito y reacción del público, por la amenaza de disturbios de orden público.

.- Alarma social del hecho.

.-Riesgo para testigos, lo que se conoce como riesgo de contaminación probatoria.

.-La magnitud del daño causado.

.- El peligro de obstaculización, pues lo cierto es que puede recurrirse a otras personas, vinculadas con el imputado, para producir alteraciones o falsificaciones de prueba, intimidación de testigos, etc. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad dice la doctrina, se tendrá en cuenta, especialmente, **la grave sospecha de que el imputado:**

a.- Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.

b.- Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales compromisos.

Peligro de fuga o riesgo de evasión. Este presupuesto subjetivo debe ser observado bajo los siguientes parámetros:

.-Gravedad de la sanción, que está dada por la cantidad de pena que llegaría a imponerse,

.-Carácter de la persona,

.-Moralidad de la persona,

.-El domicilio,

.-Los cambios frecuentes de domicilio,

.-El formar parte de una banda organizada,

.-La profesión,



.-Recursos económicos,

.-Relaciones familiares,

.-Historia Personal,

.-Peligro de reincidencia,

.-Arraigo en la ciudad, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente la ciudad, el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

.-El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.”²⁵

La motivación que la Fiscalía presentará, al solicitar la prisión preventiva como medida cautelar de orden personal; será con fundamento en la investigación e información recopilada, deberá demostrar que esta medida es la única que permitirá cumplir con los objetivos del proceso penal, utilizando argumentos razonables y convincentes que demuestren, no solo al Juez de Garantías Penales la necesidad de esta medida, sino también al procesado, quien tiene la oportunidad de contradecir y exponer de igual manera los argumentos que cree le asisten.

Art. 168.- Competencia, forma y contenido de la decisión.- El Auto de prisión preventiva solo puede ser dictado por la Jueza o Juez de Garantías Penales competente, a petición de la Fiscalía o el Fiscal y debe contener:

- 1. Los datos personales del procesado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo,*
- 2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva;*

²⁵ VALDIVIESO VINTIMILLA Simón Ob. cit.



3. *La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previsto en el artículo anterior, y,*
4. *La cita de las disposiciones legales aplicables*

Los datos del procesado consignarlos de forma precisa, es importante para evitar privar de la libertad a otras personas, ya que algunas ocasiones se proporciona al Fiscal solo un nombre y un apellido, pudiendo crear inconvenientes, sin embargo como la medida cautelar se solicita una vez iniciada la Instrucción Fiscal, ya se debe conocer de forma precisa los datos del procesado o su identidad. Además en la resolución se hará constar una breve exposición del hecho, para determinar la calificación delictiva y con fundamento claro y preciso los presupuestos establecido en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal; finalmente exponiendo las disposiciones legales aplicables en este caso.

Si bien se exige una motivación del Fiscal en cuanto a la solicitud de prisión preventiva, no debemos olvidar que el Juez de Garantías Penales, el momento de resolver sobre la procedencia o no de esta medida, también tiene que motivar. “Referido a la necesidad de motivación que es también una garantía constitucional del debido proceso y parte de las garantías del derecho a la defensa (Art. 76, numeral 7, letra 1, Constitución de la República), expresamos, que es de exigencia y obligatorio cumplimiento la fundamentación de las peticiones, resoluciones y fallos judiciales tanto para entender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el **debido proceso**, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos de gobierno y de sus autoridades y funcionarios que son responsables por sus decisiones, demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones.”²⁶ .

“Los jueces penales tienen la obligación de cumplir a cabalidad estas disposiciones y satisfacer los requerimientos legales constantes en los Art. 167 reformado y 168 del CPP. Así se evitarán abusos y atropellos como los que se han cometido inveteradamente en nuestro país, menospreciando la libertad de

²⁶ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. Estudio Introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2009



las personas que han sufrido menoscabo por decisiones apresuradas, abusivas y abiertamente ilegales de unos pocos jueces que no han hecho honor al encargo recibido para administrar justicia y, ahora con más razón, cuando en el nuevo sistema procesal penal los jueces penales son garantistas de los derechos fundamentales de las personas, de todas las personas, incluidas las sospechosas de haber cometido delitos de acción pública. Ojalá nunca más tengamos que leer autos de prisión preventivas en los que supuestamente se cumple la exigencia legal de motivar la decisión con solo expresar que 'por encontrarse reunidos los requisitos exigidos en la ley se ordena la prisión preventiva de NN'. Ello, incuestionablemente, denota la baja calidad del juez penal y la mediocridad con la que se ejerce tan delicada función."²⁷

En definitiva el Fiscal y el Juez conforme a la Constitución están obligados a fundamentar y motivar su petición y decisión respectivamente, caso contrario incluso podrá acarrear una nulidad, al recordar el sistema anterior, el inquisitivo, el Juez dictaba la conocida orden de prisión preventiva en muchos de los casos sin fundamento y necesidad alguna, con el sistema oral-acusatorio, el justiciable escucha y conoce los motivos justificados por los cuales se decide su privación de libertad.

Como lo hemos sostenido, el abuso en dictar la prisión preventiva, provocó que el legislador en la Constitución de 1998 y en la de 2008, limite el exceso de la prisión preventiva y ese principio lo tenemos reflejado en la norma adjetiva, El Art. 169 del Código de Procedimiento Penal que manifiesta: "*La Prisión Preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión.*

En ambos casos, el plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva.

Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad de la Jueza o Juez de Garantías Penales que conoce la causa.

²⁷ VACA ANDRADE Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal. Cuarta Edición Actualizada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Cuenca 2009.



Este artículo guarda relación con el Art. 77 numeral 9 de la Constitución de la República, que dice *“Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.”*

Como vemos, dependiendo de la pena establecida por el delito imputado, se establecerá la caducidad de la prisión preventiva, caducidad que se declarará de forma inmediata una vez cumplidos los seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión, quedando bajo la responsabilidad de los Jueces de Garantías Penales que conocen el proceso su incumplimiento.

Esto ha permitido que los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tengan un tratamiento preferente en la culminación de sus procesos ya la administración de justicia no puede rebasar los límites establecidos por la Constitución y la ley.

Esta regla se estableció por cuanto en el sistema inquisitivo el abuso de la prisión preventiva, hacía que existan presos sin sentencia de forma indefinida; sin embargo es necesario destacar que en la provincia del Azuay, se han respetando los plazos establecidos y en el año 1998, fue el único distrito a nivel nacional en que se cumplían los plazos de la prisión preventiva, lo que confirma que la administración de justicia en el Azuay es un ícono a nivel nacional.

Al dictar la prisión preventiva se mantiene intacto el principio o estado de inocencia, razón por la cual si se produce la caducidad de la misma, la consecuencia es la libertad inmediata de quien se halle afectado por ella, sin que esto afecte la continuidad del proceso.

Con acierto se establece que en caso, de que no pudiera llevarse a cabo la Audiencia de Juzgamiento por motivos que no son imputables a la administración de justicia *“... se suspenderá ipso jure el decurso de los plazos determinados en este artículo hasta la fecha en que efectivamente se realice la*



audiencia de juzgamiento.... No se considerará por consiguiente, que ha excedido el plazo de caducidad de prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, ha evadido, retardado, evitado, o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva.”

En caso de que se produzca la caducidad de la prisión preventiva, “...el juez de Garantías Penales dispondrá que el procesado quede sujeto a la obligación de presentarse periódicamente ante el Juez y a la prohibición de ausentarse del país, o una sola de estas medidas si la estimare suficiente, para garantizar la inmediación del procesado”.

“La prisión preventiva tiene relación íntima con el principio de excepcionalidad, ya que las medidas cautelares personales dictadas tienen una temporalidad que reiterarse se hallan limitadas en la Constitución Política y, en el Código de Procedimiento Penal.”²⁸

Art. 170.- *La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:*

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

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

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

“Según el Art. 170 del Código de Procedimiento Penal, la revocatoria de la prisión preventiva procede cuando se hubieren desvanecido los indicios que motivaron la adopción de tal medida cautelar; en este supuesto, es absolutamente razonable la revocatoria, decisión que debe el Juez de

²⁸ CARVAJAL FLOR Paul. Manual Práctico de Derecho Penal. Primera Edición Librería Jurídica Azteca Ambato 2008.



Garantías Penales decidir durante el tiempo que dura la etapa de Instrucción Fiscal, si el procesado o el Fiscal demuestran a través de los elementos de convicción que se ha desvirtuado los fundamentos que sirvieron de base para disponer la prisión preventiva, no necesariamente cuando ésta haya concluido y el proceso pase a conocimiento del Juez para la tramitación de la etapa intermedia, lo que ocurre con cierta frecuencia; la revocatoria también procede, cuando el procesado o acusado hubiese sido sobreseído o declarado inocente, es decir cuando el juez decide en la etapa intermedia el sobreseimiento del procesado el mismo que puede ser provisional o definitivo.”²⁹

En este caso el mandato de la ley es imperativo cuando dice “debe”, y es el juez en su condición de garante del debido proceso, quien debe tomar la decisión de la revocatoria de la prisión preventiva.

El Art. 171 Establece: *“El Juez de garantías Penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente cuando:*

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

En este caso de forma clara se establece cuales son los requisitos por los cuales una medida cautelar de prisión preventiva puede ser derogada o sustituida, cuyo análisis lo haremos más adelante con mayor detalle.

Sin embargo es importante mencionar que la prisión preventiva puede ser pedida desde el inicio de la Instrucción Fiscal, durante ésta etapa, y al concluir la etapa intermedia. En caso de no haber ordenado, el juez en el auto de llamamiento a juicio, puede disponer la prisión preventiva de conformidad con lo dispuesto en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal.

El Art. 172 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta que cuando se dicte la orden de prisión preventiva esta puede ser apelada *“...cuando considere que hubo errónea valoración de los elementos aportados por las partes para la*

²⁹ SANTOS BASANTES Jaime. Ob. Cit.



adopción de la resolución. Su trámite se realizara conforme a lo establecido en el presente Código.”.

El trámite de apelación no tendrá efecto suspensivo ni será causa que obstaculice la prosecución de la investigación fiscal o del proceso. La resolución que se tome se hará en mérito de lo actuado.

El Art. 173 habla de los casos en los cuales se prohíbe ordenar la prisión preventiva *“por delitos de acción privada, en los que no tengan prevista pena privativa de libertad, ni en las infracciones que se sancionan con una pena que no exceda de un año de prisión independientemente de la pena que pueda imponerse en la sentencia”.*

Del breve análisis realizado vemos la importancia que como medida cautelar de *última ratio* se da a la prisión preventiva, con las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal, estableciendo la manera cómo debe solicitarse dentro del proceso penal como medida cautelar de orden personal, la fundamentación razonada que debe existir para la aplicación de la misma y la garantía de ser revisada, revocada o sustituida por el Juez de Garantías Penales.

Para Jaime Santos Basantes “la prisión preventiva tiene las siguientes características:

1. La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que podrá disponerse únicamente de manera personal y restrictiva.
2. El Fiscal es quien solicita la prisión preventiva
3. El juez ordena.
4. Cuando el fiscal solicita la prisión preventiva el juez debe analizar exhaustivamente la petición, para determinar de manera motivada y fundamentada su procedencia o improcedencia.
5. Si el fiscal solicita la revocatoria de prisión preventiva, el juez debe revocarla inmediatamente pues se trata de garantizar un derecho constitucional fundamental, la libertad para lo cual el CPP, faculta al juez ordenar y revocar la prisión preventiva.



6. La prisión preventiva puede ser revocable, o sustituida por cualquiera de las medidas cautelares alternativas, en cualquier momento se la dicta al inicio o durante la etapa de instrucción fiscal.
7. El juez puede ordenar la prisión preventiva cuando se han cumplido los elementos subjetivos y objetivos y siempre que justifique la necesidad de la aplicación de dichas medidas, además que se acredite de manera motivada y fundamentada la concurrencia de los presupuestos del Art. 167 del CPP.”

En cuando a esta medida y por su importancia dentro del proceso, se dan varios criterios a favor y en contra; así tenemos a Francesco Carrara, citado por Roberto Reynoso, quien “...admite la necesidad política de la detención preventiva e invoca como justificantes de la misma las siguientes: a) de justicia, para impedir la fuga del reo; b) de verdad para evitar que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las pruebas o intimide a los testigos, y c) de defensa pública para impedirle a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen con sus ataques a derechos ajenos. ... En contra de la prisión preventiva Olga Isla Magallanes dice: ‘en cuanto a la efectiva realización del proceso no es necesaria la prisión preventiva, sino más bien lo necesario es que el sujeto acuda a la realización de todos los actos en que se requiera su presencia y para lograrlo no hace falta tenerlo tras las rejas como lo demuestra la práctica judicial. En cuanto al aseguramiento de la ejecución de la sanción penal, este objetivo se ve claramente reducido a los supuestos en que la punibilidad es necesariamente privativa de la libertad y aun con esta reducción penal, no queda asegurada cuando el sujeto obtiene su libertad caucional el riesgo de la fuga. En relación a la necesidad de impedir que el acusado se oculte, altere o destruya los medios probatorios, se dan casos en que el sujeto se siente y es inocente; por lo que su actitud será la de colaborar con los órganos investigadores para demostrarlo. En cuanto al objetivo de impedir que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices para subvertir el proceso mediante la distorsión de los medios probatorios, o el de impedir la



comisión de nuevos delitos por parte del acusado, muchos reclusos desde sus celdas siguen dirigiendo una red bien organizada de delincuencia’.”³⁰.

“La necesidad de proceder contra un individuo que presuntamente ha lesionado o destruido bienes jurídicos individuales o sociales, y los esenciales del Estado, debe ser racionalmente valorada por el Juez y siempre teniendo en consideración la necesidad de defender el orden jurídico y su efectiva observancia, así como la mayor o menor jerarquía y valoración de los bienes jurídicos protegidos.”³¹

La prisión preventiva no es la proclamación de una presunta culpabilidad, ni la prevención para garantizar el cumplimiento de una futura pena. Es sólo una medida cautelar y como tal es un medio del que se vale el proceso para poder desarrollarse conforme a las normas de procedimiento legal previamente establecido.

2.2.2 LA DETENCIÓN.

En necesario dentro del presente análisis referirnos a la medida cautelar de Detención contemplada en el Código de Procedimiento Penal.

Art. 164.- “Con el objeto de investigar un delito de acción pública, ha pedido de la fiscal o el fiscal, la jueza o juez de garantías penales competente podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad.

Esta detención se ordenará mediante boleta que contendrá los siguientes requisitos.

- 1. Los motivos de la detención;*
- 2. El lugar y la fecha en la que se la expide; y,*
- 3. La firma de la jueza o juez competente.*

³⁰ REYNOSO DAVILA Roberto. Ob. Cit.

³¹ VACA ANDRADE Ricardo Manual de Derecho Procesal Penal. Segunda Edición Corporación de Estudios y Publicaciones. Cuenca 2001.



Para el cumplimiento de la orden de detención se entregará dicha boleta a un agente de la policía judicial.

Art. 165.- Límite.- la Detención de que trata el artículo anterior no podrá exceder de veinticuatro horas. Dentro de este lapso de encontrarse que el detenido no ha intervenido en el delito que se investiga, inmediatamente se lo pondrá en libertad, en caso contrario de haber mérito para ello, se dictará auto de Instrucción Fiscal y de prisión preventiva si fuera procedente.”

Se ha considerado a la detención como una medida excepcional, ya que en el desarrollo de este trabajo hemos manifestado que las medidas cautelares se aplican en el proceso penal, sin embargo la detención es la única medida que solicita la Fiscalía en la fase de indagación previa, la misma que es preprocesal.

Esta medida es ordenada por el Juez de Garantías Penales, a pedido del Fiscal, quien deberá solicitar esta medida motivando y exponiendo que de la investigación realizada hasta el momento, se puede establecer que una persona determinada puede ser considerada como autora del ilícito indagado.

Esta medida tiene un límite de aplicación que es de veinte y cuatro horas, tiempo dentro del cual la Fiscalía tendrá dos opciones: 1) si considera que cuenta con los suficientes elementos de convicción para establecer que la persona detenida es la presunta responsable del delito que se investiga, iniciará la instrucción fiscal y de creer necesario solicitará la prisión preventiva u otra medida cautelar alternativa; y, 2) de no encontrar indicios suficientes, la dejará de forma inmediata en libertad.

En la práctica el Art. 77.1 de la Constitución de la República, habla sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva, que procederá por orden escrita de jueza o juez competente en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. *“Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas.”*; concluyendo que la jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.



Como dijimos el límite de la detención es de veinticuatro horas, y está ordenada por un juez a petición del fiscal, en dónde se ubicaría esta medida dentro del Art. 77.1. “En otras palabras da la impresión que tácitamente se ha derogado la medida cautelar de detención provisional constante en el Art. 165 del Código de Procedimiento Penal, puesto que esta medida cautelar tiene por objeto detener para investigar si una persona ha intervenido en un delito de acción pública, valga la redundancia, que se está investigando, no existe proceso en términos de la norma constitucional o instrucción fiscal en palabras del Código de Procedimiento Penal”³²

El fin de la detención para Ricardo Vaca Andrade es “...esencialmente jurídica a lo que hacen referencia las disposiciones constitucionales y legales así como los pronunciamientos de los organismos que protegen los derechos fundamentales de la persona, en lugar de otras concepciones harto equivocadas que parecen prevalecer en el ámbito popular y que en ocasiones se invocan para justificar detenciones ilegales, como cobrar obligaciones civiles o deudas; obligarse a casarse al estuprador; presionar en la exigencia o determinación de los alimentos; deshacerse de trabajadores inconformes o en proceso de conformar un sindicato; venganzas políticas o asegurar al sospechoso antes de la iniciación del proceso para evitar su fuga simplemente por el hecho de ser tal; y, en definitiva para castigar al supuesto delincuente anticipándose al proceso. Solo como algo complementario y en adición a esos injurídicos ‘fines’ se concibe a la detención, como un mecanismo posterior o secundario para investigar la posible responsabilidad en el delito que se pesquisa, cuando en realidad, en estricto sentido jurídico, ese es y debería ser el único objetivo primordial y básico... Confiamos que estas situaciones no se repitan jamás conforme a la nueva Constitución de la República del Ecuador de 2008, y a las reformas al CPP de marzo de 2009. Y esto porque ahora las personas privadas de la libertad deben comparecer con el Defensor y Fiscal ante el Juez penal en la audiencia. Nuevamente, tenemos que distinguir la intención de la realidad. La finalidad que se persigue al pretender que el detenido sea presentado de inmediato ante el Juez penal es altamente positiva

³² VALDIVIESO VINTIMILLA Simón Ob. cit.



porque de ese modo se evitarán prolongaciones de abusos y arbitrariedades; y, en definitiva, en 24 horas se definirá la situación legal del ciudadano....”³³

2.3 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS.

“Los abusos de las autoridades en dictar órdenes de prisión al momento de dictar auto cabeza de proceso –con el anterior Código Adjetivo Penal- porque no tenía plazo de caducidad, dio lugar a que dicha medida cautelar personal se convierta en indefinida. Muchas ocasiones sucedía que cuando se dictaba sentencia, la pena impuesta era inferior al tiempo que permaneció detenido, o se le imponía el tiempo que había permanecido preso.”³⁴

Con la vigencia del Código de Procedimiento Penal en el año 2001, se da un giro al sistema inquisitivo, en el cual la facultad de investigar y juzgar radicaba en el Juez, existiendo un monopolio en los procesos penales; entrando en vigencia el sistema acusatorio, desaparece el monopolio, asumiendo la Fiscalía (Ministerio Público en ese entonces), el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública, y el Juez es quién garantiza el cumplimiento del debido proceso.

Al referirse a las medidas cautelares se establecía en el anterior Código de Procedimiento Penal, “Las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva y ‘la detención en firme’. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo...”.

Por lo tanto la única medida aplicable era la prisión preventiva y al hablar de medidas alternativas no se aplicaban de manera autónoma, sino que estaban sujetas a ciertas condiciones que ya analizamos.

La reforma al Código de Procedimiento Penal, en marzo de 2009, es innovadora al establecer con mayor precisión la aplicación del sistema procesal acusatorio oral; ya que a través de las audiencias se conocerán y resolverán

³³ VACA ANDRADE Ricardo. Ob. cit. 2009

³⁴ CARVAJAL FLOR Paul. Ob. Cit.



las controversias que se dan dentro del proceso penal, cumpliendo de esta manera con los principios de inmediación, contradicción, celeridad, publicidad, etc.; da la oportunidad de la aplicación del principio de mínima intervención penal del Estado garantizando los derechos fundamentales del procesado y la víctima.

En relación al tema que nos ocupa se ha utilizado la frase “medidas alternativas a la prisión preventiva”, porque la única medida cautelar de orden personal, que se aplicaba con anterioridad era la prisión preventiva; sin embargo con las reformas dadas al Código de Procedimiento Penal, guardando armonía con la Constitución tenemos medidas “diferentes” a la prisión preventiva que pueden ser solicitadas por los Fiscales de forma independiente, ya que cada una de ellas es autónoma, independiente, surte efecto por sí mismas.

El Art. 77 numeral 9 de la Constitución de la República dice: “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.”

Aquí la Constitución establece cuales son las condiciones que debe el Fiscal, considerar en cada caso investigado, para solicitar una medida cautelar de orden personal como es la personalidad del infractor y las exigencias de la reinserción social de la persona sentenciada.

Es importante insistir que no se necesita solicitar en primer lugar la prisión preventiva para que luego esta sea “sustituida” por una medida cautelar, de las contempladas en el Art. 160 del numeral 1 al 12, porque son independientes, sin embargo en la práctica los señores Jueces de la ciudad de Cuenca, indican que no pueden ordenar la medida “alternativa” solicitada por la Fiscalía ya que no se ha pedido la prisión preventiva.

El calificativo de “medida alternativa”, es utilizado para explicar que en el Código de Procedimiento Penal están presentes medidas cautelares de orden



personal, que pueden ser solicitadas independientemente por los Fiscales e impuestas por Jueces de Garantías Penales, y que se dé prioridad a éstas, y se trate con el carácter de excepcional a la prisión preventiva.

Así como se establecen ciertas ventajas existentes al tener una diversidad de medidas cautelares de orden personal, también es necesario que se hagan críticas, ya que si bien manifestamos que con la aplicación de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, se asegura la comparecencia del procesado al proceso, permitiendo que el mismo se desarrolle con normalidad; la desventaja podemos encontrarla al momento que el proceso es conocido en los Tribunales de Garantías Penales, en donde tienen prioridad aquellos procesos en los cuales se han dictado como medida cautelar la prisión preventiva, porque esta medida está sujeta a plazos improrrogables, quedando relegados los procesos en los que se han dictado medidas alternativas, y en estos procesos las audiencias se fijarán con posterioridad, de acuerdo al calendario del Tribunal, al tiempo de avocar conocimiento; en este caso estaríamos frente a un retardo en la administración de justicia, ya que el Tribunal confía en el contacto directo entre proceso y acusado por la permanencia de la medida cautelar personal alternativa ordenada, la misma que puede estar vigente por periodo indefinido.

2.4 MEDIDAS CAUTELARES SUSTITUTIVAS.

El Art. 171 del Código de Procedimiento Penal dispone: *“El Juez de Garantías Penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente cuando:*

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

Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en los



que la persona procesada será mayor de sesenta años de edad o una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre hasta que las mismas se superen.

Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio.

Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el Juez de Garantías Penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el Juez de Garantías Penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar.

Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto.

El control del arresto domiciliario está a cargo del Juez de Garantías Penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Policía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial ininterrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica.

Si se incumpliere la medida sustitutiva, el Juez de Garantías Penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución.

El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad tendrá la obligación ineludible de informar al Juez de Garantías Penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si esta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a las que hubiere lugar.



La prohibición de salir del país será notificada a la dirección nacional de migración y a las jefaturas provinciales de migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento bajo prevenciones legales.”

Este artículo no es tan claro razón, siendo necesario sintetizar para una mejor comprensión:

- a) Habrá que solicitar al Juez Penal que convoque a audiencia pública y oral, según las normas generales;
- b) Se puede pedir la revisión o la sustitución aunque el Juez la hubiere negado anteriormente, cuando existan nuevos elementos que la justifiquen;
- c) La revisión o sustitución de la prisión preventiva procede:
 - Si no se trata de un delito contra la Administración Pública.
 - Que el delito no hubiere producido la muerte de una o más personas.
 - Que no se trate de un delito de violación o de odio.
- d) La sustitución de la prisión preventiva por arresto domiciliario puede darse cuando el procesado:
 - Sea mayor de sesenta años;
 - Se trata de una mujer embarazada o parturienta; en este último caso hasta noventa días después del parto, plazo que puede extenderse indefinidamente hasta que se supere el mal, si el recién nacido, tiene una enfermedades que requieran el cuidado permanente de la madre.

En este caso la sustitución de la prisión preventiva le corresponde al Juez de Garantías Penales, quien es el garante del debido proceso, examinando los elementos de convicción presentados por el Fiscal. En el caso del arresto domiciliario se debe realizar con la colaboración de la Policía Nacional, a veces se alega que no hay personal suficiente cumplir esta orden, sin embargo debemos recordar que la misma norma establece mecanismos de control periódico, acudiendo inclusive sin previo aviso al domicilio del procesado, y si se determina que no está cumpliendo con la medida impuesta se revocará la medida sustitutiva imponiendo la prisión preventiva que lo cumplirá en uno de los centros de detención.



En la práctica vemos que en los delitos de narcotráfico y sexuales a pesar de que se cumplen con los requisitos establecidos para sustituir la prisión preventiva, algunos jueces son renuentes a disponer el arresto domiciliario, por la gravedad de los delitos mencionados, razón por la cual se estaría violando el mandato Constitucional y del Código de Procedimiento Penal, ya que tanto a las personas mayores de sesenta años como las mujeres embarazadas forman parte de los grupos vulnerables según el Art. 35 de la Constitución de la República y para el ellos se aplican procedimientos especiales como se ha relatado, ya que en este caso la finalidad de las medidas cautelares sustitutivas sería la protección integral de los procesados.

Las mujeres embarazadas tienen derecho a la sustitución de la prisión preventiva, por arresto domiciliario, durante la etapa de gestación e inclusive noventa días después del parto, hasta lograr una estabilidad psicológica y emocional de su hijo, e inclusive da atribución al Juez de Garantías Penales para que en caso de ser necesario, por enfermedad del recién nacido, alargar el plazo de los noventa días.

Si no se sustituye la prisión preventiva en los casos señalados, la Constitución de manera expresa señala, que para el cumplimiento de medidas privativas de libertad, esto es de una persona mayor de sesenta y cinco años, y mujeres embarazadas, se lo hará en centros adecuados.

2.5 MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN.

Nos referiremos exclusivamente a las medidas cautelares de orden personal contenidas en los numerales 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, que dicen: 1. La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares; 2. La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas; 5. La suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos; 6. Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos; 7. Ordenar



la prohibición de que el procesado por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia; 8. Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquico; 9. Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo los artículos 107 –actual 108- regla 6ta. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia.

Como vemos en la práctica estas medidas cautelares de orden personal, sirven para dar seguridad a las víctimas, ya que prohibirles a los procesados tener contacto con ellas, ya sea frecuentando lugares, acercándose a personas determinadas, no compartiendo la vivienda ni su medio social o laboral, brinda tranquilidad para que pueda recuperarse de la lesión que ha sufrido, también cumple la finalidad de permitir la intermediación del procesado, con el proceso.

Es necesario anotar lo que al respecto de estas medidas opina el Dr. Ricardo Vaca Andrade “Es innegable que los assembleístas del congresillo ni tuvieron ni tienen conocimientos jurídicos suficientes para entender lo que son medidas de seguridad, que más bien tienen un carácter preventivo general o especial en cuanto lo que se busca es evitar que la persona se vea expuesta a cometer un delito concurriendo o viviendo en sitios o en compañía de ciertas personas, lo que podría prestarse a la perpetración de infracciones de distinta naturaleza o gravedad y por ello las incluyeron entre las medidas cautelares personales; así, lo dispuesto en los números 1,2,5,6,7,8,9. Las medidas de seguridad ‘son fruto del positivismo penal que atienden esencialmente al delincuente y sostiene la responsabilidad por el hecho de vivir en sociedad, se enfrenta a la necesidad de asegurar, por algún medio la no repetición de los maleficios causados por los sujetos, hayan sido o no declarados imputables, pero de todos modos responsables (...) La medida de seguridad no castiga, sino que persigue un fin utilitario, una prevención general y una prevención especial, respecto de quien presenta una indiscutible peligrosidad. Son medios de asistencia, que procuran la readaptación del individuo...’. (Raúl GOLDSTEIN). Como se ve con claridad



las medidas de seguridad difieren sustancialmente de las medidas cautelares.”³⁵

Estas medidas podrían ser incorporadas a nuestra legislación como medidas de seguridad, y así tener una mayor aplicación ya sea como prevención general o especial en la sociedad.

Es necesario que hagamos referencia a un Anteproyecto de Código Penal, que se dio durante la década de los noventa, dentro del cual el Título Quinto de la Penalidad Capítulo I, se encontraban los principios generales en el Artículo 33; el Artículo 34 trataba de las penas contempladas en el Código y son las siguientes: 1. Prisión; 2. Multa; 3. Inhabilitación; 4. Interdicción de Derechos; 5. Detención de fin de semana; 6. Prestación de trabajo de utilidad pública; 7 Limitación de residencia; 8. Prohibición de residencia; 9. Arresto domiciliario; 10. Cumplimiento de instrucciones; 11. Multa reparatoria; 12. Amonestación; 13 Caución de no ofender; y, 14. Satisfacción de la víctima.

Las penas de los numerales 2 al 14, aunque no se encuentren establecidas precisamente para un delito, podrán ser impuestas para sustituir la pena de prisión en la forma y los casos del presente Código.

Como vemos en este anteproyecto ya hubo la intención de buscar penas alternativas a la privación de libertad que dependiendo del delito podía ser aplicadas, además que el anteproyecto contemplaba una división de las penas en: leve, menor, media, grave y máxima.

2.6 MEDIDAS CAUTELARES REALES.

El Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, dispone las medidas cautelares de orden real son: 1. El secuestro; 2. La retención; y 3. El embargo. Al respecto haremos una breve referencia.

³⁵ VACA ANDRADE Ricardo. Ob. cit. 2009



Como lo hemos manifestado “la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en general dentro del proceso penal, tienen por finalidad garantizar la inmediación del acusado al proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales.”³⁶

“Las medidas cautelares de carácter real son así llamadas porque inciden sobre objetos materiales, a diferencia de las anteriores, que, siendo también medidas cautelares actúan sobre las personas y por eso se las denomina “cautelares personales”. Las medidas de nuestro actual estudio comprenden los bienes del encausado para asegurar los efectos civiles de la condena penal... En nuestra legislación procesal penal la medida cautelar real es menos ambiciosa en su ámbito y se limita ... a la aprehensión de los bienes del justiciable con la pretensión de que la víctima del delito se encuentre asegurada en la posible futura indemnización, y el Estado en el pago de la pena pecuniaria, si ésta fuera impuesta”.³⁷

El Art. 191 del CPP dice: *“Para asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y de las indemnizaciones pecuniarias, el Juez de Garantías Penales podrá ordenar sobre los bienes de propiedad del procesado el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar. Estas medidas solo podrán dictarse cuando el caso reúna las condiciones necesarias como para hacer previsible que el procesado pueda ser llevado a juicio como autor o cómplice y que la necesidad de precautelar la administración de justicia así lo imponga.”*

Art. 192 Monto *“Todas las medidas cautelares de carácter real comprenden bienes por valores suficientes para garantizar las obligaciones a las que se refiere el artículo anterior, valores que serán fijados por la Jueza o Juez de Garantías Penales, con equidad, al momento de dictar el auto en que ordene la respectiva medida.”*

Art. 193. *Disposicion de una Medida Cautelar Real.- “En todo caso en que se expida el auto de llamamiento a juicio el Juez de Garantías Penales dispondrá*

³⁶ VACA ANDRADE Ricardo. Ob. cit. 2009.

³⁷ ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Ob. cit.



una de las medidas de carácter real si antes no lo hubiera dispuesto, por una cantidad equivalente al valor de la multa y a las indemnizaciones civiles, por los perjuicios causados al ofendido.

La prohibición de enajenar y el embargo de inmuebles se inscribirán obligatoriamente y en forma gratuita por los Registradores de la Propiedad.”

Estas medidas limitan la libre disposición de los bienes del procesado cuya responsabilidad no ha sido declarada, pero como la misma ley manifiesta, que para su aplicación, se puede hacer previsible que el procesado sea llevado a juicio como autor o cómplice; las medidas cautelares reales son aplicadas para asegurar o hacer posible la ejecución económica de una sentencia condenatoria.

La medida cautelar de carácter real que generalmente es solicitada por la Fiscalía, es la prohibición de enajenar bienes, que puede ser pedida desde el inicio de la Instrucción Fiscal, justificando cuales son los bienes que posee el procesado, y en caso de que esta medida sea concedida por el Juez de Garantías Penales, ordenará que sea inscrita en el Registro de la Propiedad dicha prohibición, asegurando el pago de la indemnizaciones a las que tendría derecho la víctima.

En la práctica no se aplican estas medidas como lo establece la ley, a pesar de que en Art. 309 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a los requisitos de la sentencia, concretamente en el numeral 5, dispone *“la condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación del monto económico a ser pagado por el sentenciado al ofendido haya o no presentado acusación particular”*.

Por lo tanto se constituye en obligación del Tribunal de Garantías Penales el momento de resolver establecer cuál es el valor de los daños y perjuicios que el acusado debe asumir, y si han sido aplicadas oportunamente las medidas cautelares de orden real, podrá la víctima u ofendido tener acceso al pago de las indemnizaciones que le corresponda.



Para ilustrar lo referido, me permito incorporar en el presente trabajo dos modelos de actas, tanto de calificación de flagrancia y procedencia de medida cautelar, como la de negativa de procedencia de medida cautelar:



MODELO DE ACTA DE CALIFICACION DE FLAGRANCIA Y PROCEDENCIA DE MEDIDA CAUTELAR.

Instrucción Fiscal

Juzgado de Garantías Penales

ACTA DE LA AUDIENCIA DE CALIFICACIÓN DE FLAGRANCIA

Lugar: Juzgado de Garantías Penales

Fecha:

Hora:

Juez de Garantías Penales:

Representante de la Fiscalía:

Detenido (a):

Defensor (a): Casilla Judicial N°

Ofendido (a):

Defensor (a): Casilla Judicial N°

En la ciudad de... el de hoy ... de ... del año..., siendo las diez horas cuarenta y cinco minutos, ante el señor Juez de Garantías Penales, y el suscrito Secretario del Juzgado compareció el ciudadano (a)..., quien según el parte policial que ha sido entregado, el día de hoy a la 08h40, contenido en el Oficio N° 2009-0000-PJ-CP-6dr "12 de marzo de 2009", ha sido detenido por parte de un agente policial. Acto seguido, el señor Juez le preguntó si el agente de policía que le detuvo había cumplido con las obligaciones constitucionales constantes del documento que se le entregó previamente a la audiencia, ante lo que el detenido (a) dijo: que no le fueron leídos todos sus derechos, que su detención se produjo... Intervención del agente de policía que ha procedido a la detención: El agente de policía señala... Luego, el señor Juez de Garantías



Penales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 209 N° 3 del Código de Procedimiento Penal, confirma la aprehensión realizada por considerar que se trata de delito flagrante al tenor de lo establecido en el Art. 163 del Código de Procedimiento Penal, por lo tanto calificó como legal la actuación del agente de policía y señala además que el tiempo que ha estado privado de la libertad el detenido es de: 7 horas, INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA FISCALIA .- El señor Fiscal se refiere al caso, indicando que por el parte policial... Evidencia encontradas en poder del sospechoso: arma de fuego, Inicio de instrucción fiscal: El Representante de la Fiscalía dice que la imputación se justifica con: calificación de delito flagrante, arma encontrada. Imputación.- Delito de robo agravado. Datos personales del procesado: . . . Petición de medida cautelar.- Si (X) No (), Motivación: la alarma social que produce este tipo de delitos.- Plazo de duración de la instrucción fiscal: El fiscal señala que la instrucción fiscal concluirá en treinta días.- Intervención del ofendido (a): no concurrió a la audiencia.- Intervención del defensor procesado: El defensor señala: que... PROVIDENCIA JUDICIAL.- El señor Juez de Garantías Penales dispone que por Secretaria se proceda a notificar a los sujetos procesales, lo cual fue cumplido por el secretario en la audiencia.

PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL RESPECTO A MEDIDAS CAUTELARES: El señor Juez de Garantías Penales luego de escuchar al defensor (a) del procesado (a), facultado por lo dispuesto en el Art. 27 N. 2 del Código de Procedimiento Penal reformado, y en relación con lo establecido en el Art. 77. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el Art. 29 N. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Art. 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dijo: que la doctrina internacional precisa la concurrencia de varios presupuestos para dictar la prisión preventiva de un imputado, entre otros: Probable responsabilidad del procesado, o “presunción de culpabilidad”, según la Comisión Internacional de Derechos Humanos, es decir, la existencia de suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente, que el imputado es, con probabilidad autor o participante del hecho punible; de fuga, o “riesgo de evasión”; peligro de obstaculización; riesgo de comisión de nuevos delitos o “peligro de reiteración”; y, prevención de orden público. Que los



presupuestos consignados en el Art. 167 reformado del Código de Procedimiento Penal, se cumplen, por lo que se dicta orden de prisión preventiva del procesado (a)....., que la cumplirá en el centro de Rehabilitación Social de Varones de..... Debiendo girarse la boleta constitucional para legalizar su detención, por el hecho narrado por la Fiscalía, hecho suscrito en las circunstancias de tiempo y lugar que allí se precisan; puesto que existen indicios suficientes de: A) Haberse cometido un delito de acción pública (delito contra la propiedad), delito tipificado y sancionado en los Art. 550, 551 y 552 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, según la imputación realizada por la Fiscalía, lo que se advierte de la calificación de flagrancia delictual, evidencia material: candado roto y vehículo, así como de la exposición realizada en esta audiencia por parte del agente de policía que ha detenido al ahora procesado; B). Que el procesado es el presunto autor del hecho, conforme a la calificación de flagrancia delictual; C). Que el delito imputado conlleva una pena privativa de libertad superior a un año D). Que, es necesario privar de la libertad al procesado para garantizar su comparecencia al proceso, ya que existe riesgo de fuga o peligro de evasión, puesto que la pena que podría llegarse a imponer es alta, y la experiencia como Juez indica que ninguna persona a la que eventualmente se le impondría una pena como la que conlleva el delito imputado en forma provisional por la Fiscalía está dispuesta a concurrir a un llamado de quienes hacen la justicia penal; y, E). Que la aplicación de alguna o algunas de las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la comparecencia al proceso en esta ciudad de Cuenca y el domicilio del procesado está en otra ciudad. El señor Juez de Garantías Penales, declaró concluida la audiencia, e indicó al procesado que puede apelar de esta resolución.

Para constancia de ello, firmo, Cuenca, jueves 12 de Marzo de 2009.

EL SECRETARIO DEL JUZGADO.



INTRUCCIÓN FISCAL NIEGA PETICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA

Juzgado de Garantías Penales

Lugar: Juzgado de Garantías Penales

Fecha:

Hora:

Juez de Garantías Penales:

Representante de la Fiscalía:

Detenido (a):

Defensor (a): Casilla Judicial N°

Ofendido (a):

Defensor (a): Casilla Judicial N°

En la ciudad de... el de hoy . . . de . . . del año . . . , siendo las diez horas cuarenta y cinco minutos, ante el señor Juez de Garantías Penales, y el suscrito Secretario del Juzgado, compareció el ciudadano (a) . . . , quien según el parte policial que ha sido entregado, el día de hoy a la 08h40, contenido en el Oficio N° 2009-0000-PJ-CP-6 "12 de marzo de 2009", ha sido detenido por parte de un agente policial. Acto seguido, el señor Juez le preguntó si se había



cumplido por parte del agente policía que lo detuvo con las obligaciones constitucionales constantes del documento que se le entregó previamente a la audiencia, ante lo cual el detenido (a) dijo: que no le fueron leídos todos sus derechos, que su detención se produjo... Intervención del agente de policía que ha procedido a la detención: El agente de policía señala... Luego, el señor Juez de Garantías Penales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 209 N. 3 del Código de Procedimiento Penal, revoca la aprehensión realizada por considerar que se no trata de delito flagrante al tenor de lo establecido en el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, por lo tanto calificó como ilegal la actuación del agente de policía y señala además que el tiempo que ha estado privado de la libertad el detenido es de: 7 horas. Por principio constitucional ha dispuesto la inmediata libertad del detenido. INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LA FISCALIA.- El señor Fiscal se refiere al caso, indicando: que por el parte policial... Evidencias encontradas en poder del sospechoso... Inicio de instrucción fiscal: El Representante de la Fiscalía dice que la imputación se justifica con... Imputación.- Delito de robo agravado. Datos personales del procesado: ... Petición de medida cautelar.- SI (X) No () Motivación.-... Plazo de duración de la instrucción fiscal: El Fiscal señala que la instrucción fiscal concluirá en treinta días. Intervención del ofendido (a): No concurrió a la audiencia. Intervención del defensor procesado: El defensor señala: que..... PROVIDENCIA JUDICIAL.- El señor Juez de Garantías Penales dispone que por secretaría se proceda a notificar a los sujetos procesales, lo cual fue cumplido por el suscrito en la audiencia. **PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL RESPECTO A MEDIDAS CAUTELARES:** El señor Juez de Garantías Penales que luego de escuchar al defensor (a) del procesado (a), de conformidad con lo dispuesto en el Art. 27 N. 3 del Código de Procedimiento Penal en armonía con lo establecido en el Art. 29. N. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, observa, que no se cumplen con los presupuestos objetivos de Procedibilidad de la prisión preventiva del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, ya que la Fiscalía no ha fundamentado la necesidad de esa medida conforme lo dispone el artículo agregado del Art, 167 del Código de Procedimiento Penal, que señala, que la solicitud de prisión preventiva debe ser motivada, que el Fiscal deberá demostrar la necesidad de



la aplicación de dicha medida cautelar, consiguientemente se ha incumplido por parte de la Fiscalía por lo dispuesto en la norma invocada y el precepto del Art 76. 7.1 de la Constitución de la República del Ecuador, puesto que como dice la doctrina, “Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia del peligro y en consecuencia justificar la medida que se pide”(Cecilia Sánchez Romero); por lo que se denegó la petición de medida cautelar solicitada por la Fiscalía, por no considerar necesaria por el momento. El señor Juez de Garantías Penales, declaró concluida la audiencia, e indicó al procesado que puede apelar de esta resolución.

Para constancia de ello, firmo, Cuenca, jueves 12 de Marzo d 2009.

EL SECRETARIO DEL JUZGADO.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

A través del presente estudio se han podido establecer las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- Acorde a las normas internacionales de derechos humanos, la legislación ecuatoriana, ofrece ahora una serie de medidas cautelares reales y personales, que garantizan a los individuos la aplicación de la mínima intervención del derecho penal.
- El nuevo régimen que vivimos, es el resultado de garantizar que al individuo no se le prive de libertad de forma ilegal, arbitraria, sin límite de tiempo, era necesario establecer salvaguardas contra las formas de abuso de la privación de libertad, estas se ven reflejadas en la gama de medidas alternativas estudiadas en este trabajo.
- Incluso la privación de libertad que ahora es excepcional, no debe ser arbitraria, debe llevarse de acuerdo a lo establecido en la Ley.
- Podemos afirmar luego del análisis realizado, que el colorario fundamental de las medidas cautelares y de protección, es el derecho de todo individuo a la libertad personal, en contra de detenciones arbitrarias e ilegales.
- Si bien son casi diez años del sistema oral, el cambio hasta ahora genera cuestionamientos, el paso del sistema inquisitorio al acusatorio, significa que nuestra generación debe sentar los cimientos para el futuro del sistema acusatorio oral. En el caduco sistema inquisitivo, la Fiscalía era una dependencia más de la Procuraduría General del Estado, fuimos testigos de los excesos y arbitrariedades que le otorgaba a los Jueces el sistema, juzgadores que ordenaban la detención como única respuesta, practicaban la prueba y dictaban la sentencia. Hoy el sistema se levanta en tres pilares fundamentales: Fiscalía en la investigación, manejando la acción penal, pretendiendo la acción punitiva, basado en los principios de defensa a la víctima y la mínima intervención del derecho penal; Defensoría Pública Nacional, velando por la defensa de los individuos de forma técnica, gratuita; Jueces Penales independientes, garantes del cumplimiento fiel del proceso,



obligados a dictar medidas diferentes a la privación de libertad, y finalmente declarando la culpabilidad.

- El descontento de la ciudadanía, los altos índices de delincuencia, deben ser valorados como Política Criminal del Estado, en la práctica estas medidas en muchos de los casos no han dado resultado por las características del infractor.
- En la actualidad la discusión política criminal, basa sus críticas a favor de la víctima del delito, ya no solo importa el autor, y con algunas de estas medidas se consigue la protección de la víctima.
- Como política criminal, el descongestionamiento de las instituciones penitenciarias, el fracaso del sistema punitivo, las condiciones de hacinamiento por todos conocidas, intolerables y ofensivas al ser humano que viven las personas privadas de la libertad en las cárceles, son la base y la corriente que ha llegado al Ecuador, para por fin aplicar conforme a la Constitución principios de mínima intervención, economía procesal, excepcionalidad de la medida de prisión preventiva.
- Se recomienda a todos quienes forman parte de la administración de justicia la aplicación de medidas “alternativas”, a la prisión preventiva, a fin de darle el carácter excepcional a esta última.
- No debemos olvidar que la finalidad de las medidas cautelares personales es asegurar la comparecencia del procesado a todas las etapas del proceso penal, a fin de llegar al cumplimiento de la justicia, con una mínima intervención del Estado.



BIBLIOGRAFÍA

INSTRUMENTOS LEGALES

- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Código de Procedimiento Penal 2006 del Ecuador.
- Código de Procedimiento Penal 2009 del Ecuador.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica 1969.
- Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos 1966.

LIBROS

- FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, Archivos de Criminología Neuro-Psiquiatría y Disciplinas Conexas No. 30-31, Vol. XXVIII, Año 1990-1992
- ARIAS Miguel Antonio "La detención en Firme". Editorial bgoffset Cuenca s/f
- BECCARIA Cesar "De los delitos y de las penas". Tercera Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá 2003.
- BETTIOL Giuseppe "Derecho Penal Parte General". Editorial TEMIS S.A Bogotá 1965.
- CARVAJAL FLOR Paúl "Manual Práctico de Derecho Penal" Primera Edición. Libertaria Jurídica Azteca. Ambato 2008.
- CAFFERATA NORES José I.- AROCENA Gustavo A. "Temas de derecho procesal penal" Editorial Mediterránea. s/f.
- FOUCAULT Michel "Vigilar y Castigar" 12 Edición Editores siglo veintiuno, Argentina 2003.
- GÓMEZ Eusebio "Tratado de Derecho Penal" Tomo I, Compañía Argentina de Editores Buenos Aires 1985.
- MAIER, Julio "Derecho Procesal Penal", Tomo I fundamentos, 2da. Edición, Editores del puerto, Buenos Aires 2004.
- POLAINO Navarrete Miguel. "Derecho Penal". Editora GRIJLEY 2004.



- ROXIN Claus, “Derecho Penal”. Parte General. Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Javier de Vicente Remesal. Civitas Ediciones S.L. España, 2006.
- REYNOSO DAVILA Roberto, “PENOLOGÍA” Editorial PORRUA. Primera Edición, México D. F. 1996.
- SANTOS BASANTES Jaime “EL DEBIDO PROCEO PENAL”, Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2009. Quito Ecuador.
- VACA ANDRADE Ricardo. ”Manual de Derecho Procesal Penal”. Segunda Edición. Tomo Corporación de Estudios y Publicaciones. Cuenca. 2001.
- VACA ANDRADE Ricardo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Cuarta Edición, Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones. Cuenca. 2009.
- VALDIVIESO VINTIMILLA Simón “El Derecho a un Juicio Rápido” Editorial “CARPOL”. Cuenca 2010.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, “Estudio Introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo VI, Editorial Edino, Guayaquil-Ecuador. 2005.