



RESUMEN

La existencia de medidas cautelares en el proceso penal está dada fundamentalmente por dos circunstancias. Por un lado, todo proceso se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento, en consecuencia tiene una duración temporal; y por otro, está la actitud de la persona a la que afecta el proceso pues, tiene la tendencia de realizar actos que dificultan o impiden que el proceso penal cumpla su fin. En esta virtud, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz.

En el proceso penal los presupuestos de las medidas cautelares son dos: "**fumus boni iuris**", referente al juicio de probabilidad, atribuyendo razonadamente a una persona determinada un hecho punible; y, "**periculum in mora**", es decir que exista una situación de riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena.

Y en este contexto, hemos abordado este tema aunque sea muy parcialmente para conseguir, como principal propósito, mayor claridad del concepto y vislumbrar su justa dimensión dentro del ordenamiento jurídico procesal, fundamentalmente con las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal.

PALABRAS CLAVES : Medidas Cautelares, Medidas Cautelares Personales, Medidas Cautelares Reales, Proceso Penal, Detención



INDICE

CAPITULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Concepto de Medidas Cautelares	10
1.1. Medidas Cautelares y Medidas de Seguridad	15
1.2. Principios	19
1.3. Finalidad de las Medidas Cautelares	28
1.4. Clasificación	31

CAPITULO II

LA DETENCION

2.1. La detención: generalidades	35
2.2. Casos en los que procede	38
2.3. Límite Temporal	40
2.4. Principios y Garantías Constitucionales	41

CAPITULO III

LA PRISION PREVENTIVA

3.1. La prisión preventiva: generalidades	49
3.2. Concepto	56
3.3. Requisitos	65
3.4. Finalidad	77
3.5. Límite Temporal, Revocatoria, Sustitución	82
3.6. Medidas Alternativas y el Principio de Inocencia	89

CAPITULO IV

LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

4. Medidas Cautelares Reales	96
4.1. Naturaleza	97
4.2. Finalidades y Clasificación	99



CONCLUSIONES	98
RECOMENDACIONES	106
BIBLIOGRAFIA	108



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO**

**“LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
ECUATORIANO Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA”**

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

AUTORA: MIRIAM PATRICIA INGA GALARZA

DIRECTOR: DR. PABLO LEONCIO GALARZA CASTRO

CUENCA-ECUADOR

2010



DEDICATORIA

A mi querida Anita Patricia, por ser mi impulso, mi motivación y mi anhelo.

A mi Madre por todo el apoyo recibido, con quien siempre puedo contar.

LA AUTORA



AGRADECIMIENTO

A la Universidad de Cuenca por la oportunidad de reforzar lo que aprendí en las aulas cuando estudiante de pregrado.

Al doctor Pablo Galarza Castro por su apoyo en la realización de este trabajo.

LA AUTORA



RESPONSABILIDAD

Los criterios vertidos en el presente trabajo son
de exclusiva responsabilidad de su autora.

Miriam Patricia Inga Galarza.



INTRODUCCION

En muchas ocasiones hemos escuchado sobre el abuso del poder en el ejercicio del ius puniendi del Estado; y, en el uso o abuso de las medidas cautelares, en general y específicamente de la prisión preventiva, que es lesiva porque atenta el principio constitucional de presunción de inocencia. De otro lado, también está el derecho de la víctima de la tutela efectiva de acceso a la justicia, la finalidad de que todo proceso penal llegue a su conclusión y por lo tanto, de que se limite el derecho al procesado en su garantía de presunción de inocencia, con la finalidad de asegurar su comparecencia al proceso y para asegurar el cumplimiento de una pena determinada. Esta posición de aparente contradicción entre estos derechos deben ser ponderados de manera que, analizando siempre cada caso particular se determine que son y para qué sirven las medidas cautelares, las diferencias que existen entre ellas y analizar los casos en los que se pueden aplicar las medidas cautelares; cuando las medidas cautelares personales y cuando las reales y, bajo que fundamento se han de aplicar las medidas alternativas, es lo que desarrollamos en este trabajo. A través de este breve estudio realizamos un análisis de conceptos, finalidades y los principios que rigen en esta temática.

Las medidas cautelares penales, como ya se dijo, son una particular forma de injerencia estatal en las libertades y derechos del procesado, fundamentalmente contra el principio de presunción de inocencia, constituyen pues, una forma de limitación de esos derechos garantizados por la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos; sin embargo, a través de las reformas al Código de Procedimiento Penal de marzo de 2009, las medidas cautelares son confundidas con medidas de protección; a más de que, la prisión preventiva ha sido limitada en su aplicación, al extremo de considerarla como una medida de excepción por su connotación con el principio de inocencia y las garantías del debido proceso, lo que ha sido criticado por sectores de la sociedad civil, políticos que han visto en estas reformas como las causantes del tema de inseguridad ciudadana.



Es por ello que, hemos considerado importante realizar un breve estudio sobre el concepto de medida cautelar, sobre su finalidad, sus principios, su diferencia con las medidas de seguridad, su clasificación y obviamente nos referiremos a cada una de ellas; especificando sus límites de aplicación y las circunstancias en las que debe aplicarse. Finalmente, revisamos las medidas cautelares en su aplicación con respecto a derechos y garantías constitucionales: como el debido proceso y el principio de presunción de inocencia; para ello, hemos revisados nociones del Derecho Internacional de Derechos Humanos respecto de las medidas cautelares pero fundamentalmente respecto de la medida de privación de la libertad, realizando un breve análisis de los presupuestos materiales y sustantivos que la doctrina de los Derechos Humanos exige que debe ser verificados por el órgano encargado de realizar el control judicial imprescindible para autorizar toda privación de la libertad de una persona que aún no ha sido condenada.



LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA

CAPITULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Concepto de Medidas Cautelares

Dice Carnelutti que el objetivo del derecho es poner en orden a la sociedad, esto quiere decir, poner cada cosa en su lugar.¹ Así mismo refiere que la condición de la libertad es la posibilidad de ser diverso: individualidad y diversidad se implican recíprocamente. Sólo reconociendo a cada uno la posibilidad de ser él mismo, los hombres pueden vivir en paz y, esta separación es un medio para la unión entre los hombres y no se pueden unir más que a las cosas que están separadas.

La más fuerte experiencia del derecho es la experiencia del derecho penal, porque a la pena se la ha concebido como un remedio contra el delito. Pero como dice Carnelutti², el derecho nos enseña que esta ciencia sirve no solo para dar a cada uno lo que no tiene pero debe tener sino a hacerlo ser lo que no es pero debe ser.

La pena es un fenómeno que se presenta en dos planos, en el plano de la ley y en el plano del proceso, lo que equivale a decir, como amenaza y como actuación, es decir lo que tendría que ver con el derecho penal material y el derecho penal procesal.

El presente estudio se centrará en el derecho penal procesal pero relacionado con las medidas cautelares de aseguramiento. Recordemos ciertos criterios doctrinarios que sostenían que la naturaleza de la pena era el aislamiento, la

¹ CARNELUTTI, Francesco, Derecho Procesal Penal, Oxford University Press, volumen 2, México, 2001, ISBN 970-613-544-8, pág. 4

² CARNELUTTI, Francesco, Derecho Procesal Penal, Oxford University Press, volumen 2, México, 2001, ISBN 970-613-544-8, pág. 7.



reclusión, la segregación; al respecto Carnelutti, dice³ “La encarcelación tiene este significado profundo: tú que te has creído superior a aquel que has ofendido, eres de tal manera inferior que no mereces otra compañía sino la de aquellos que se han hecho indignos de vivir en sociedad.” Evidentemente esta forma de ver la pena dista del actual enfoque que es de la rehabilitación del delincuente, pero cuando ha sido condenado luego de un proceso penal, pero que pasa con las medidas cautelares, para que sirven si todavía el procesado no ha sido condenado?.

Se sostiene que pena y proceso o dicho en otras palabras que castigo y proceso son el anverso y el reverso de una misma medalla, como lo dice Carnelutti, “no se puede castigar sin proceder ni proceder sin castigar”, refiriéndose a San Agustín, respecto de la función del derecho penal que obliga a castigar para saber si uno deber ser castigado. Este es el drama del proceso penal, sobre todo por el principio constitucional de presunción de inocencia, es decir que, que al procesado se le considera inocente mientras no sea declarado culpable por una decisión definitiva, no obstante ello, quien es considerado inocente, en los casos en los que se admite prisión preventiva, es puesto en prisión, esta es una antinomia del proceso penal.

Si se sostiene que la finalidad inmediata del proceso penal es la de imponer la pena, la de declarar el derecho del ofendido al resarcimiento de los daños y perjuicios; más, si el sujeto pasivo del proceso no se encuentra a disposición del Juez al momento del juicio, el proceso se detiene y no puede llegar a su finalización es decir a la Audiencia de Juicio y obtener la sentencia que corresponde, tampoco se limita el ejercicio del derecho a la propiedad del procesado y si este es condenado al pago de la pena pecuniaria y de las indemnizaciones civiles no habrá la posibilidad de hacer efectiva dichas cargas económicas, si el condenado, con antelación enajena los bienes, de otro lado, es necesario recordar que en determinados casos es imprescindible que el juez ordene la aprehensión de ciertas cosas que pueden constituir elementos de

³ CARNELUTTI, Francesco, Derecho Procesal Penal, Oxford University Press, volumen 2, México, 2001, ISBN 970-613-544-8, pág. 19



prueba en el proceso y poner a ordenes del órgano estatal correspondiente para su respectivo peritaje, estas acciones se conocen con el nombre de medidas cautelares y medidas de seguridad que se encuentran reguladas como no pueden ser de otra manera en el Código de Procedimiento Penal.

En el proceso penal el Juez puede ordenar **medidas** con las que trata de asegurar el correcto desarrollo del proceso, y también que la persona acusada esté a disposición del Juez el tiempo necesario para investigar el delito. A estas medidas se las denomina **cautelares**.

El juez sólo puede adoptar estas medidas si existe algún **riesgo** o circunstancia que pueda poner en peligro o frustrar el desarrollo del proceso penal.

En consecuencia, podemos definir las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones *"encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte"* (GOMEZ ORBANEJA).

Estas medidas participan de los mismos **caracteres** que las adoptadas en el proceso civil: **instrumentalidad** (no constituyen un fin en sí mismas, sino que están vinculadas a la sentencia que se pueda dictarse), **provisionalidad** (no son definitivas, pudiéndose modificar en función del resultado del proceso o si se alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas) y **homogeneidad** (debe ser semejante o parecida a la medida ejecutiva que deba acordarse para la efectividad de la sentencia).

En el proceso penal, los **presupuestos** de las medidas cautelares se reducen a dos: *"fumus boni iuris"* (juicio de probabilidad consistente en atribuir razonadamente un hecho punible a una persona determinada) y *"periculum in mora"* (que exista una situación de riesgo o peligro de que el inculpaado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena).

El diccionario jurídico ESPASA nos da una definición de medidas cautelares y dice son "aquellas que se puede adoptar preventivamente por los Tribunales y estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento



en el que se haya acordado, o hasta que éste finalice, no obstante podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.”⁴

Según este concepto las medidas cautelares se adoptaran para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia condenatoria que se llegase a dictar, puede concederse con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación o revocatoria.

Las medidas cautelares tiene la característica de estar exclusivamente dirigida a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia condenatoria, de tal suerte que su ejecución o cumplimiento no pueda verse impedida por situaciones producidas durante la tramitación del proceso.

Las medidas cautelares para ser otorgadas, en el sistema acusatorio oral, debe ser solicitado debidamente fundamentado, presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan al Juez, sin entrar a prejuzgar el fondo del asunto, a tomar la decisión de otorgar tales medidas.

Por su parte Zavala Baquerizo considerar a las medidas cautelares como “la actividad coercitiva del proceso penal”⁵, que está dirigida a lograr que ese proceso cumpla con la finalidad inmediata, es decir imponer la pena y declarar el derecho del ofendido al resarcimiento de los daños y perjuicios.

A modo de ejemplo podemos decir que cuando el procesado no se encuentra a disposición del Juez o no ha comparecido al proceso, el juicio se detiene, salvo para el caso de delitos de lesa humanidad y contra la administración pública como peculado, que se sigue aún en ausencia del procesado; y, en el caso del ejemplo no se puede continuar con el proceso hasta llegar al estado de sentencia. De igual manera, si anticipadamente no se limita el ejercicio del derecho de

⁴ ESPASA, Diccionario Jurídico, Nueva Edición totalmente actualizada, editorial Espasa, Madrid- España, 2001, ISBN: 84-239-6666-6, pág. 963.

⁵ ZAVALA Baquerizo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.IV, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005, ISBN-9978-21-020-2.



propiedad del sujeto pasivo del proceso y es condenado al pago de la pena pecuniaria y al pago de las indemnizaciones civiles, no habría posibilidad de hacer efectivas dichas cargas económicas si el condenado ha ocultado o ha enajenado los bienes.

También debemos recordar que en determinadas ocasiones es necesario que el Juez ordene la aprehensión de ciertas cosas que puedan constituir elementos de prueba en el proceso y, por tanto, deben estar a disposición del órgano jurisdiccional penal para su respectivo reconocimiento pericial.

Nuestro Código de Procedimiento Penal vigente, no solo regula medidas cautelares sino también medidas de seguridad y yo me atrevería a decir que hasta de protección, pero para que ellas sean dictadas u ordenadas se deben cumplir presupuestos de procedibilidad con el objeto de garantizar derechos fundamentales del ciudadano contra quien se han de dictar.

En consecuencia, con la finalidad de que la realización del derecho se cumpla, el Estado, a través de la ley procesal penal, determina el momento, los casos y la forma como se puede limitar tanto la libertad personal como el patrimonio del sujeto pasivo del proceso. Y esta actividad es la que Zavala Baquerizo la señala como actividad coercitiva del Estado dentro del proceso penal. Así, Maier, dice “Los términos coerción o coacción, voces sinónimas para el caso, representan el uso de la fuerza para limitar o cercenar las libertades o facultades de que gozan las personas de un orden jurídico, con el objeto de alcanzar un fin determinado”.⁶

Para Fenech las medidas cautelares son “actos cautelares los que consisten en una imposición del Juez o Tribunal que se traduce en una limitación de la libertad individual de una persona o de su libertad de disposición sobre una parte o las responsabilidades inherentes al hecho punible, haciendo posible la consecución del fin del proceso penal.”⁷

⁶MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal. Tomo I, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

⁷FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal. Vol. II, Editorial Labor, Barcelona, 1952.



1.1. Medidas Cautelares y Medidas de Seguridad

Este punto analizaremos si las medidas cautelares son igual o tiene alguna diferencia con las medidas de seguridad.

Recordemos que las medidas cautelares son aquellas actuaciones judiciales que se adoptan con una finalidad preventiva pero también con una finalidad de garantista de que la tutela efectiva se la cumpla pero también de que la condena y el pago económico que lleva implícito la condena se cumplan.

En el caso de las medidas de seguridad estas son entendidas como sanciones impuestas a una persona física por su peligrosidad delictiva o criminal por la comisión de un hecho delictivo para lograr su reeducación, reinserción, o rehabilitación.

Entonces las medidas de seguridad están ajustadas a la peligrosidad criminal del sujeto, que ha cometido un hecho previsto en la Ley como delito, y con la finalidad exclusiva de prevención especial.

En consecuencia, el fundamento de las medidas de seguridad, es la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. En las medidas de seguridad también se consagra el principio de proporcionalidad.

Para los doctrinarios Jiménez Asenjo, Alcalá-Zamora y Ricardo Levene, medida cautelar tiene el mismo significado que medida de seguridad, así Jiménez Asenjo sostiene: “Con el nombre común de medidas preventivas o cautelares y también asegurativas, puesto que todas ellas poseen significados equivalentes, entienden la práctica y la doctrina procesal todas aquellas acordadas por el juez instructor (o el Tribunal resolutor, en su caso) para asegurar la efectividad de las resultas de un proceso”⁸

Por su parte, Alcalá y Levene sostienen: “La adopción de las medidas o proveimientos cautelares, asegurativos o precautorios (ya que los dos substantivos y los tres adjetivos citados se emplean indistintamente), constituye

⁸ JIMENEZ Asenjo, Derecho procesal Penal, Vol II., ob. Cit.



un conjunto de actuaciones al que la más moderna doctrina propende a caracterizar como proceso, al igual que el de conocimiento y el de ejecución, acotando entre los tres los fines del proceso globalmente considerado”.⁹

La Convención Interamericana Sobre Ejecución de Medidas Preventivas, de 8 de mayo de 1979, proclamó en el Art. 1, lo siguiente: “para los efectos de esta Convención las expresiones “medidas cautelares” o “medida 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 de un 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 a la reparación civil.”

Pese a estas consideraciones doctrinales consideramos que en el fondo si existe diferencias entre medidas cautelares y medidas de seguridad, porque las primeras se imponen para proteger el desarrollo normal del proceso penal, siempre dentro de los límites constitucionales y legales. En tanto que las medidas de seguridad se imponen para evitar la comisión de delitos o para controlar la conducta de quienes fueron sancionados por los delitos cometidos y por eso se las ubica en el Código Penal, dentro de la sección destinada a las sanciones.

En consecuencia, las medidas cautelares son fundamentalmente de carácter procesal, es decir, para servicio del proceso penal, el cual se sirva de ellas como un instrumento para el cumplimiento de sus fines, en tanto que las medidas de seguridad son esencialmente de carácter sustancial, las mismas que pueden ser pre-delictuales y post-delictuales de acuerdo al momento en las que se les impone, ya sea para evitar la comisión de un delito o para controlar la conducta del condenado posterior al cumplimiento de la pena.

Las medidas cautelares son una medida coercitiva del proceso penal mientras que, las medidas de seguridad son una manifestación del poder punitivo del Estado, como lo es la pena también, por ello también es necesario diferenciar

⁹ ALCALA y Levene, Derecho procesal Penal, Vol II., ob cit.



entre medida de seguridad y la pena que se sustenta en la culpabilidad mientras que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad y se la impone por lo que la persona puede hacer o puede volver a hacer mientras que la pena se impone por lo que esa persona hizo.

Nuestra legislación utiliza el término “medida cautelar” para regular la actividad coercitiva del Estado y, con este término debemos entender que comprende tanto: *medida* para prevenir efectos futuros que pudiera afectar el normal desarrollo del proceso; y, *cautelar* se refiere a los medios adoptados para evitar un riesgo. De esta manera, hemos de comprender la medida cautelar como aquella disposición que tiende a controlar el cumplimiento de los fines inmediatos y mediatos del proceso penal para evitar los riesgos que se pudieran presentar si no se toman estas precauciones. Precisamente Roxin al respecto sostiene que “para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal”¹⁰, recalcando que cualquiera de las medidas de coerción del proceso penal siempre están unidas a una intromisión en un derecho fundamental, como una injerencia en la libertad individual o, injerencia en la propiedad, fuera de otras injerencias previstas en la ley de procedimiento, como pueden ser la inviolabilidad del domicilio o del secreto de la correspondencia.

La Constitución de la República del Ecuador, garantiza entre otros derechos la libertad individual y la propiedad, derechos que, en determinados momentos o circunstancias, y solo por causas expresamente previstas en la Ley, son objeto de limitaciones en beneficio de la sociedad, es decir por interés público y por ser estos derechos fundamentales, el Estado los limita con mucha reserva y regulando sus limitaciones para evitar todo tipo de arbitrariedades de las personas encargadas de enervar el ejercicio pleno de estos derechos. Estas limitaciones reguladas por el legislador se encuentran contempladas en el Código de Procedimiento Penal, en cuyo texto se encuentran contempladas las medidas cautelares que forman parte de la actividad coercitiva del proceso penal.

¹⁰ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editorial Ariel, Barcelona 1989.



Opinamos que es esta actividad coercitiva la que tiende a lograr que el proceso penal cumpla con su finalidad inmediata, que es la de imponer la pena pero también es la de declarar el derecho del ofendido al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la comisión del injusto penal. Decíamos que opinamos que las medidas cautelares tiene a lograr esa finalidad porque si el sujeto pasivo del proceso no se encuentra a disposición inmediata del juez, el proceso se detiene, generalmente en la etapa de juicio y no es posible llegar a sentencia. Así como también, si no le limita el ejercicio del derecho de propiedad del procesado, en forma oportuna, al ser condenado al pago de la pena pecuniaria y de la indemnización civil, no se podrían hacer efectivas dichas cargas, porque el procesado podría disponer sus bienes antes de que se hagan efectivas la obligaciones económicas, que derivaran de una sentencias condenatoria.

Al respecto Clariá Olmedo¹¹ se refiere a que “en su conjunto la actividad coercitiva se integra por una variedad de actos independientes regulados por la ley procesal, que tienden a asegurar la efectiva satisfacción del resultado del proceso en cada una de sus fases fundamentales, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir si no se alcanzan los fines perseguidos”.

Por todo lo referido y con la finalidad de evitar confusiones, es necesario manifestar que las medidas cautelares no constituyen una pena, son **medidas** que evitan el riesgo de la paralización del proceso y de la pérdida de los bienes en relación al delito. Las medidas cautelares son básicamente provisionales de un fin específicamente procesal y de ahí que doctrinariamente las medidas cautelares se clasifican en provisionales o temporales. Así tenemos, que la prisión preventiva tienen una duración conocida, en tanto que la prohibición de enajenar bienes impuesta en el auto de llamamiento a juicio es una medida temporal porque su término de duración es incierto. En el primer caso, vencido el plazo para la eficacia jurídica del auto de prisión provisional, éste caduca y cesa la medida cautelar; en tanto que, cuando se ordena la prohibición de enajenar bienes en el auto de llamamiento a juicio, esta medida de carácter real es temporal porque su

¹¹ CLARIÁ, Olmedo Jorge, Derecho Procesal Penal, Tomo V., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1966.



término de duración es incierto, ya que depende de la sentencia que se dicte al finalizar el proceso en el que se dictó el mencionado auto.

1.2. Principios:

Decíamos que el fundamento de las medidas cautelares es hacer que la persona procesada comparezca hasta la audiencia de juicio, es decir hasta la consecución del proceso penal, este aseguramiento puede ocurrir desde la etapa de instrucción fiscal, al dictarse medidas cautelares personales o hacerse efectiva en las etapas subsiguientes del proceso; sin embargo, de no presentarse hasta la etapa de juicio se suspenderá el proceso hasta su presentación voluntaria o hasta que se lo detenga, encontrándose en ese momento en calidad de prófugo.

En los sistemas acusatorios el juzgamiento en libertad es la regla y la prisión preventiva o como se la conoce en la doctrina como provisional es excepcional, por tanto, la detención del imputado o procesado como su aseguramiento no puede decretarse solo por decisión de la autoridad judicial y no de una manera definitiva sino que está sometida a un control de parte de esta autoridad judicial, como jueces de garantías constitucionales, que será el mismo juez que conocerá de la causa y es quien decidirá sobre la procedencia o no de la prisión preventiva o de cualquier otra medida cautelar solicitada por la Fiscalía, esto se concibe respecto a una persona concreta sobre el principio general de libertad.

El juzgamiento en libertad, es decir cuando el procesado no ha sido sometido a ningún tipo de medida cautelar lo que es factible en el sistema acusatorio y además los doctrinarios lo consideraran como lo deseable, sobre todo cuando los delitos perseguidos no sean graves o no revistan peligrosidad, con ello, sostienen que se contribuye decisivamente a aliviar el problema de la súper población carcelaria; por ello, entenderemos que en el sistema procesal actual el juzgamiento de un persona en libertad es la regla y las medidas cautelares fundamentalmente la prisión preventiva ser la excepción, como de ultima ratio, cuando no hay otra opción y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, en el caso Ecuatoriano.



Los principios que rigen para el decreto de medidas cautelares a dictarse en contra de una persona procesada son los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, de temporalidad, de motivación, de interpretación restrictiva y otros que se refieren a lo siguiente:

Nuestro Código de Procedimiento Penal no refiere en ninguna disposición legal que requisitos deben cumplirse para dictar cualquier medida cautelar, solo dice que medidas pueden decretarse, su clasificación y solo refiere a la prisión preventiva y la detención pero está a perdido vigencia y nos referiremos a ella en el capítulo destinada para su estudio; y, los únicos requisitos que se establecen son los referidos a la prisión preventiva y nos preguntamos con respecto a las otras medidas cautelares se podrán pedir sin ningún tipo de requerimiento mínimo para su aplicación.

Encontramos en primer lugar el principio de **excepcionalidad** pues, por regla general toda persona es libre y tiene el derecho de disponer de su propiedad, en el momento que lo crea conveniente de acuerdo con las normas pertinentes. Cuando las medidas cautelares limitan la libertad y el ejercicio del derecho de propiedad *son medidas excepcionales*, en consecuencia deben ser aplicadas con sentido restringido por cuanto afectan a derechos garantizados en la Constitución. Además ciertas medidas cautelares, tales como la prisión preventiva, deben aplicarse en forma subsidiaria y no alternativa, es decir que sean impuestas en último término, cuando se considere que ninguna otra medida cautelar podría ser útil. Siempre debe tenderse a aplicar una medida distinta a la de la privación de la libertad, por ello se dice que debe aplicarse de última ratio por tratarse de una medida cautelar excepcional más grave.

En cuanto al principio de **necesidad**, significa que sólo se debe adoptar la medida cautelar de prisión preventiva cuando el juez, luego del análisis respectivo, llega a la conclusión que la única manera de garantizar el cumplimiento de las normas de procedimiento es cuando el justiciable es aprehendido provisionalmente, conociendo que la prisión preventiva o provisional como la llama la doctrina, solo debe estar vigente cuando subsistan los presupuestos que sirvieron de



fundamento para su dictación, de tal manera que desvanecida la necesidad de su vigencia debe ser revocada esta medida.

La **proporcionalidad**, se trata de un principio que es el resultado de una elaboración doctrinaria, porque busca proteger los derechos fundamentales de la persona fijando los límites de la intervención del Estado en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses generales que aquél persigue y los intereses básicos de los individuos o grupos que sólo excepcional, taxativa y motivadamente pueden ser lesionados. Este principio tiene rango constitucional, es inherente al Estado de Derecho, a la idea de dignidad de la persona y a la esencia de los derechos humanos. Para el tratadista Cesar San Martín Castro¹² este principio de proporcionalidad se subdivide en subprincipios: adecuación, necesidad y subsidiaridad, que constituyen los denominados requisitos intrínsecos del principio de proporcionalidad. Refiere además, que la jurisprudencia española, siguiendo lo dispuesto por la Convención Europea de Derechos Humanos, ha introducido una última exigencia: la motivación de la decisión judicial que determine la medida cautelar, es decir, ha impuesto dos requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad y motivación de la medida cautelar.

El Art. 159 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal señala:

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

El Art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece:

“Las restricciones permitidas... al goce y ejercicio de los derechos y libertades ..., no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

¹² SAN MARTÍN Castro, César, Derecho Procesal Penal, Volumen II, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima – Perú, 2001, Parte IV, pág. 789.



Para San Martín Castro, el subprincipio de *adecuación*, significa que la medida adoptada debe ser congruente o idónea para alcanzar el objetivo pretendido, que debe ser constitucionalmente relevante. Se traduce en la exigencia de una adecuación estricta entre el fin legal que se persigue y los medios elegidos para su realización.

“La medida cautelar ha de estar en adecuada relación con la entidad y trascendencia del hecho que se imputa al encausado.”¹³

En cuanto al subprincipio de *necesidad*, el autor sostiene que responde al interrogante de si la medida adoptada es la precisa para asegurar el respeto de la ley o del interés público y de si dicha medida no va más allá de lo estrictamente necesario para ser eficaz. Se busca evitar que se produzca un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza, a cuyo efecto el juez debe realizar un juicio de ponderación entre dos bienes o intereses jurídicamente protegidos, de manera que el sacrificado debe tener menor significación que el que se trata de garantizar.

“La medida cautelar que en concreto se adopte debe ser precisamente la necesidad para alcanzar de modo eficaz el objetivo previsto.”¹⁴

Finalmente, dice el autor que el subprincipio de *subsidiaridad*, responde a la pregunta de si aun siendo la medida en cuestión adecuada y necesaria, no existe otra que sea menos lesiva para el interés privado. Se trata de la denominada “alternativa menos gravosa”. La satisfacción del interés general ha de poder ser alcanzada en este caso por una medida igualmente eficaz en comparación con otra, pero que lesione con menor intensidad los intereses privados.

“La medida cautelar, resultando menos gravosa, debe ser asumida por el sujeto pasivo de la misma.”¹⁵

¹³ SAN MARTÍN Castro, César, Derecho Procesal Penal, cit., pág. 790.

¹⁴ SAN MARTÍN Castro, César, Derecho Procesal Penal, cit., pág. 790.

¹⁵ SAN MARTÍN Castro, César, Derecho Procesal Penal, cit., pág. 791.



Finalmente para que se cumpla el principio de la proporcionalidad, la medida cautelar debe guardar relación entre ella y el hecho que es objeto del proceso y con la finalidad que pretende garantizar. La desproporción entre la medida y el hecho provoca una desigualdad y una indefensión.

Obligatoriedad es otro principio de las medidas cautelares y es que el sujeto procesal debe acatar la medida que se ha dictado en su contra y por ende, es de cumplimiento obligatorio. Porque el mandato debe cumplirse aún en contra de la voluntad del afectado. Esto no quiere decir que la medida cautelar debe ser obligatoriamente impuesta por el juez, sino que, una vez impuesta es de obligado cumplimiento por parte del encausado que la sufre.

Instrumentalidad, es otro principio que rige las medidas cautelares, por cuanto éstas son un instrumento para lograr el desarrollo del proceso penal. Pero debemos entender que la medida cautelar no tiene un fin en sí misma, pues se satisface con hacer posible la actividad procesal, como puede ser la inmediación del procesado con el órgano jurisdiccional. La medida cautelar no goza de autonomía pues su vigencia depende de la existencia del proceso penal, está subordinada a él. Además es accesorio a la pretensión punitiva del Estado demostrada en el proceso y por tanto, subsiste en tanto subsista dicha pretensión, que se lo ejerce a través de la Fiscalía General del Estado. Es preciso que distingamos la función de la medida cautelar, porque ésta no tiene la función de precautelar el cumplimiento de la pena (función de cautela final) sino la función de propugnar la inmediación del justiciable con el proceso o la función de proteger los medios de prueba que es, entre otras, la función instrumental que debe cumplir la medida cautelar, en consecuencia tiene sus antecedentes propios porque no surge por el solo hecho de la iniciación del proceso penal sino que tiene sus presupuestos propios que deben cumplirse para su aplicación.

Al respecto Calamandrei¹⁶, considera la instrumentalidad como una característica típica de la medida cautelar, según este autor, consiste en que no tiene una finalidad en sí misma pues, está necesariamente vinculada a la sentencia que

¹⁶ CALAMANDREI, Piero: Introduzione allo stuido sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova, CEDAM, 1936, pag. 21.



pueda dictarse en el proceso principal por la función que tiene asignada, de asegurar su efectividad práctica. La actuación del derecho debe producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la demora de la sentencia.

De igual manera, Serra Domínguez y Ramos Méndez, sostienen “que el valor distintivo de la instrumentalidad es que si una medida no está dirigida a una ulterior medida principal no puede ser considerada como cautelar”.¹⁷

Para el autor San Martín Castro¹⁸ la instrumentalidad tiene las siguientes manifestaciones:

- 1) Solo puede adoptarse estando pendiente un proceso principal o para preparar su inacción en el más breve plazo; por ejemplo: en la detención policial o en la orden judicial de inscripción de una incautación en el curso de una investigación preliminar por delito de tráfico ilícito de drogas.
- 2) Se extingue cuando el proceso principal termina. Si la pretensión no es estimada, la medida se extingue, porque ya no hay efectos que deban asegurarse. Si la pretensión es estimada, sancionándose al justiciable, la medida también se extingue porque a partir de allí la sentencia principal despliega sus efectos propios, esto es, desarrolla su eficacia ejecutiva. Esta especial manifestación o **consecuencia de la instrumentalidad se denomina provisionalidad, en cuya virtud los efectos de la medida cautelar tiene una** duración limitada en el tiempo y deben desaparecer una vez haya recaído la resolución, a lo que hay que diferenciar la nota de temporalidad, que significa que independientemente de darse un evento determinado, la medida está sujeta a un tiempo determinado.
- 3) Los efectos jurídicos que genera coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con estos en su resultado práctico, pero siempre con el carácter provisional aludido en el punto anterior. A esta

¹⁷ SERRA Domínguez, Manuel / RAMOS, Méndez, Francisco: Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil, Editorial Industrias Graficas Pareja, Barcelona, 1974.

¹⁸ SAN MARTÍN Castro, César. Derecho Procesal Penal, cit., pág. 785.



manifestación de la instrumentalidad se denomina homogeneidad. Su contenido incide en el mismo bien jurídico que puede resultar afectado por la sentencia de condena.

Provisionalidad, esta característica surge en función del plazo cierto que tiene la prisión provisional para su existencia jurídica. Cuando se ordena la privación de la libertad del procesado a través del auto de prisión preventiva se conoce el plazo que tanto la Constitución de la República como el Código de Procedimiento Penal prevén para su eficacia jurídica.

Principio de **Revocabilidad**, la medida cautelar es esencialmente revocable, así cuando desaparecen los presupuestos que le dieron vida se extingue la medida cautelar. No se debe confundir, la revocabilidad de la medida cautelar con la suspensión de los efectos jurídicos de la misma. Se revoca la medida por falta de causa procesal. Y, se suspenden los efectos jurídicos de la medida cautelar cuando se garantiza el cumplimiento de los mandamientos procesales, como la caución excarcelaría, en virtud de la cual sin revocar el auto de prisión provisional se suspende sus efectos, es decir no se hace efectivo o no se enerva la orden de privación de libertad. De otro lado, es importante mencionar que aun cuando el auto que dictó la medida cautelar estuviere ejecutoriado, este auto puede ser revocado, es decir que ese ha pasado en autoridad de cosa juzgada puede ser modificada o revocada en tanto varíen o desaparezca los presupuestos a base de los cuales se la dictó.

Principio de **Impugnabilidad**, por cuanto las medidas cautelares admiten la impugnación tanto en el efecto suspensivo como devolutivo. Dicha impugnación se la hace a través del recurso de apelación presentado ante el Juez de lo penal que dictó la medida.

Principio de **Judicialidad**, este principio tiene que ver con que las medidas cautelares sólo pueden ser dictadas por el juez penal competente. Ningún otro funcionario judicial puede dictar la medida cautelar en un proceso penal, además



que en auto en el que se dicta esa medida debe constar plenamente identificado con su nombre y apellido el sujeto pasivo de la medida cautelar respectiva.

Debemos recordar que hasta antes de las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal en marzo de 2009 y publicada en el Registro Oficial número 555, se posibilitaba que el juez de oficio dictase la medida cautelar de prisión preventiva, es decir, que por la sola voluntad del juez. Pero de acuerdo a los principios que rigen al sistema procesal acusatorio, para que la medida cautelar pueda decretarse debe ser el fiscal quien lo solicite.

El Art. 168 del Código de Procedimiento Penal, dice:

“El auto de prisión preventiva sólo puede ser dictado por la Jueza o Juez de Garantías Penales competente, a petición de la fiscal o el fiscal ...”

Esto tiene su razón por cuanto la adopción de medidas cautelares implica un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y, por tanto constituye una potestad exclusivamente jurisdiccional, en consecuencia se encuentra reservada con carácter exclusivo a la Función Judicial.

Además las medidas cautelares deben ser jurisdiccionales porque es una consecuencia directa de la instrumentalidad de las mismas, razón por la cual su adopción está vedada a las autoridades administrativas.

Principio de **Motivación**. La medida cautelar debe ser expresamente motivada, es decir, previo a un razonamiento es decir, decretadas mediante una motivación jurídica, luego de exponer los hechos deberá exponer por qué concurren o no tales circunstancias que le servirán de base para su decisión y, no solo por mandato constitucional (Art. 76 Numeral 7 literal I de la Constitución de la República del Ecuador) que ordena que toda resolución de los poderes públicos que afecten a las personas debe ser motivada, sino porque el Código de Procedimiento Penal así lo determina.

Como ya se ha mencionado las medidas cautelares limitan derechos humanos constitucionalmente garantizados, la ley adjetiva penal establece los requisitos de espacio, tiempo y firma que son necesarios para la procedibilidad, es decir para la



admisibilidad y eficacia jurídica de cada una de las medidas cautelares que limitan la libertad y la propiedad del sujeto pasivo del proceso; en consecuencia, la motivación debe comprender de manera expresa la relación de los presupuestos que permiten la admisibilidad de la medida cautelar para que esta pueda tener eficacia jurídica.

Principio de la **Legalidad**, con ello queremos decir que ninguna medida cautelar ni medida alguna de carácter asegurativa pueda imponerse si es que previamente no se encuentra autorizada por una ley. Con ello se garantiza a los ciudadanos el respeto de sus derechos humanos como son la libertad y la propiedad. De tal suerte, que en virtud de este principio se limita posibles arbitrariedades del Juez para imponer medidas cautelares que no estén previstas con anterioridad en la ley y solo en los casos y con los requisitos previamente establecido en la Ley.

Finalmente, nos referimos a la **interpretación restrictiva** es decir que para que se dicten las medidas cautelares en contra de una persona investigada, deben concurrir todos los requisitos establecidos en nuestra legislación procesal penal, fundamentalmente para la prisión preventiva. Y, no es válido argumentar que existe peligrosidad del sujeto pasivo del proceso penal o de obstaculización de la justicia para decretar prisión provisional, si no se encuentran cumplidos los presupuestos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal.

Zavala Baquerizo refiere que existen algunos tratadistas que ven cierta homogeneidad entre la medida cautelar y la acción ejecutiva de la pena, justificando que la primera sea un anticipo de la segunda y, afirmando que la medida cautelar debe proyectarse anticipando los efectos de lo que será en el futuro la ejecución de la sentencia condenatoria por lo que el tiempo que el justiciable pasa en prisión provisional se debe abonar a la pena a que pudiera ser condenado el acusado en el futuro, existiendo una similitud entre prisión provisional y la pena. Sostiene Zavala, que es una apreciación equivocada porque la prisión provisional, de lege ferenda no es un anticipo de pena.



1.3. Finalidad de las Medidas Cautelares

El artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, determina lo siguiente:

Art.- 159.- “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.”

Al respecto dice Gómez de Liaño,¹⁹ que la finalidad del proceso cautelar consiste en proporcionar un sistema de protección para atenuar de alguna manera los riesgos de una tardanza en la resolución definitiva que la haga ilusoria. Así también José Tomé Paule, citado por César San Martín,²⁰ expresa que el proceso cautelar pretende asegurar la eficacia del fallo antes de la sentencia que pueda dictarse e impedir las consecuencias que para los fines del proceso pueda originar la duración del mismo.

La actividad jurisdiccional cautelar puede considerarse como un proceso en sí mismo y diferente de los procesos de declaración de ejecución. No constituye un elemento complementario de los procesos de declaración y ejecución, menos aún un incidente del primero ni un medio de aseguramiento del proceso de ejecución; en suma, tiene su propia sustantividad desde que la medida cautelar se adopta en cuanto cumplimiento de unos presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal.

¹⁹ GOMEZ De Liaño, Fernando, El Proceso Penal, Editorial Forum, Oviedo, 1996.

²⁰ ALMAGRO Nosete, José y Tomé Paule, José, Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal, 2da. Edición, Editorial Trivium, Madrid, 1994.



En consecuencia, en el proceso penal, los efectos de las medidas cautelares están en función a la clase de medidas que existen, es decir si son reales o personales. Las primeras pueden tener efectos de mero aseguramiento, de conservación de una situación pero no como simple aseguramiento que busca evitar el riesgo de que la demora facilite la concreta posibilidad de actuación de la sentencia y efectos anticipativos de la satisfacción de la pretensión; mientras que las medidas personales solo tienen efectos de aseguramiento pues cualquier anticipación en satisfacer el ius puniendi colisionaría con el ***derecho a la presunción de inocencia***.

En nuestra legislación procesal penal, las medidas cautelares surgen con un fin doble: garantizar la inmediación del sujeto pasivo del proceso con éste y avalar el pago de la indemnización de perjuicios al ofendido. En consecuencia, no es una finalidad de las medidas cautelares la de aprehender al imputado o, limitar el derecho de propiedad del mismo, por el contrario, en el proceso penal, como lo sostiene Zavala Baquerizo²¹ se vale de la medida cautelar como instrumento que le permite cumplir su finalidad. Y, no es que la medida cautelar garantiza la inmediación o el pago de las indemnizaciones sino que la medida cautelar permite que se hagan efectivas tanto la inmediación como el pago. Es decir, hace posible la inmediación no la garantiza, es un instrumento y no un fin en sí mismo pues, hace posible que el proceso penal cumpla su finalidad y por ende es un instrumento de la actividad coercitiva del proceso.

Las medidas cautelares siempre dependen de la existencia de un proceso a cuyo fin están al servicio. Entonces la iniciación del proceso es uno de los presupuestos necesarios para que tome vida una medida cautelar y esto tiene una importancia fundamental desde el momento que impide que surja una medida cautelar sin que, previamente, se haya establecido la existencia objetiva de un delito que origine un proceso penal y que la persona que sufre la medida cautelar tiene un nexo causal con dicho delito.

²¹ ZAVALA Baquerizo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.IV, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005, ISBN-9978-21-020-2, pag. 16.



Recordando que la utilidad de la medida cautelar se caracteriza por el auxilio que, como medio, presta al proceso. La intermediación del imputado con el proceso no es un fin de la medida cautelar sino un medio de que se sirva el proceso para su efectividad, esto es, que la medida cautelar está al servicio del proceso penal y por ello es un medio accesorio instrumental del proceso. Esto es así, porque las medidas cautelares para que puedan tener vigencia en el proceso penal están sujetas a requisitos que deben cumplirse dentro del proceso. Y, solo cuando el proceso necesita de la medida cautelar es que se sirve de ella para hacer efectiva la finalidad para la cual se inicia el proceso penal. Cuando desaparece la necesidad procesal desaparece la medida cautelar.

Zavala Baquerizo dice no estar de acuerdo con la doctrina respecto del tratamiento que da al tema de las medidas cautelares desde la perspectiva de su función que ya lo expusimos en líneas anteriores y sostiene que no está de acuerdo porque dice que esta división no responde a la realidad jurídico-procesal y fundamenta su opinión en lo que dijera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “la adopción de una medida cautelar privativa de libertad no debe convertirse así en un sustituto de la pena en prisión” y esto porque la ejecución de la pena no es misión del proceso penal, sino de órganos extraños a la Función Judicial, recordemos que el fin del proceso penal es la imposición de la pena, pero no es de su competencia el buscar y aprehender al condenado.

En opinión de Zavala Baquerizo, la disposición legal contenida en el Art. 159 del Código de Procedimiento Penal, adopta la posición de la doctrina al sostener que la medida cautelar entre sus finalidades es la de garantizar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del delito, aspirando que el ofendido se asegure la indemnización haciendo uso de la medida cautelar de carácter procesal con fines extraprocesales, lo que desnaturaliza la figura jurídica de la medida cautelar, que no es más que un instrumento del proceso y por tanto como ya se ha dicho no tiene un fin en sí misma.

En el proceso penal, la finalidad se circunscribe a la imposición de la pena y a la declaración del derecho del ofendido a obtener la indemnización del perjuicios,



pero en ningún caso, el proceso penal debe asegurar el cumplimiento de la pena, ni el pago de la indemnización.

Las medidas cautelares afectan a derechos personales garantizados constitucionalmente, como son, la libertad, la inocencia y la propiedad y por consiguiente el Juez penal, al momento de dictar la medida cautelar debe ajustar su decisión a evitar en lo posible que tales bienes jurídico sean afectados, haciendo un estudio exhaustivo de las circunstancias de hecho y de derecho a fin de que su resolución sea lo menos lesiva posible respecto de estos derechos.

1.4. Clasificación

El Código de Procedimiento Penal divide las medidas cautelares en dos grupos, **personales** y **reales**, según limiten la libertad de la persona, o la disponibilidad sobre sus bienes, respectivamente.

Las medidas cautelares personales, que afectan la **libertad individual** de la persona y de acuerdo a las últimas reformas procesales introducidas por la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, publicada en Registro Oficial, Suplemento No. 555 de fecha 24 de marzo de 2009, forman parte de este grupo 13 medidas cautelares personales incluida la prisión preventiva y la detención, que no es propiamente un acto procesal son eminentemente extraprocesal con fines de investigación, cuyo resultado puede influir en el desarrollo procesal, más aun por lo dispuesto en la Constitución de la República contenido en el Art. 77, siendo en definitiva, en el fondo muy pocas las medidas cautelares personales pues el legislador confundió medidas cautelares con medidas de protección que ya lo analizaremos en su debido momento.

Las medidas cautelares reales, que afectan el **patrimonio del procesado**. Entre ellas están el secuestro, retención y el embargo y con las reformas al Código de Procedimiento Penal vigentes desde el 29 de marzo de 2010 publicado



en el Registro Oficial número 160, además de las medidas ya señaladas también lo es la prohibición de enajenar.²²

En el Código de Procedimiento Penal, en el libro III que habla de las Medidas Cautelares, se establece un Capítulo titulado de la Aprehensión, que no es una medida cautelar sino es la ejecución de una medida cautelar, es decir el acto físico de capturar a la persona contra la cual se ha dictado una medida cautelar personal y privativa de la libertad o, cuando es sorprendido en la comisión de un delito. Aunque solo queda como título Aprehensión pero en la redacción de las disposiciones legales se habla de Detención, confundiendo el termino Aprehensión y Detención.

El Art. 160 del Código de Procedimiento Penal, dice:

“Art. 160.- Las medidas cautelares de carácter 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;*

²² Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial No. 160, del 29 de marzo de 2010, Ley Reformativa al Código Penal y Código de Procedimiento Penal.



8. *Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;*
9. *Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107 regla 6 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; y,*
4. *La prohibición de enajenar.²³*

De la transcripción de la norma podemos ver que las medidas cautelares de carácter personal tiene relación directa con la persona del justiciable, en tanto que las medidas cautelares de carácter real tiene relación con la disponibilidad de los bienes patrimoniales del sujeto pasivo del proceso. En ambos casos se afectan bienes jurídicos del procesado, como son la libertad, la movilidad y la propiedad que a través de la limitación que la ley impone al ejercicio de los derechos que general tales bienes. En el caso, de las medidas cautelares personales se refieren a las limitaciones de la persona como tal, es decir a la libertad y a la movilidad; mientras que, las medidas cautelares reales las denomina así porque si bien

²³ Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento 555 del 24 de Marzo del 2009 y Registro Oficial No. 160 del 29 de Marzo de 2010.



están en relación con la persona no forman parte de ella. La propiedad es un bien jurídico que está en relación con la persona, pero no es un bien jurídico que integra la persona, como la libertad, sino que está fuera de la persona.

Las consecuencias entre una y otra son de distinta intensidad porque las medidas personales afectan más severamente a quien las sufre, lo que no sucede con las reales, que si bien alteran la vida del procesado no lo hacen con las graves y negativas consecuencias individuales, familiares y sociales que provocan las medidas cautelares personales.



CAPITULO II

LA DETENCION

2.1. La detención: Generalidades

Uno de los pilares fundamentales que sustenta al Estado de Derecho lo constituye la libertad y precisamente en torno a ella, las constituciones modernas se han estructurado, en defensa de la libertad de las personas y sin ella nada tendría significado ni valor en una sociedad civilizada y políticamente organizada.

Nuestra Constitución en el Art. 66 Numeral 29²⁴, determina lo siguiente:

“29. Los derechos de libertad también incluyen:

- a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.*
- b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.*
- c) Que ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.*
- d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”*

Esta disposición constitucional garantiza en forma total y absoluta la libertad, en consecuencia todos tenemos derecho a ella y nadie nos puede negar o no permitir el ejercicio de este derecho.

La libertad desde el punto de vista filosófico consiste en la autodeterminación del hombre para poder organizar su vida de acuerdo a su personalidad. Desde el punto de vista jurídico es un bien, esto es, un valor que permite satisfacer las

²⁴ Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008.



necesidades individuales y sociales para el natural desarrollo de la persona durante su vida de acuerdo con las normas jurídicas imperantes.

Zavala Baquerizo²⁵ al respecto sostiene “la inocencia es una situación natural y jurídica por la cual el hombre está libre de toda culpa. El hombre nace inocente y se incorpora al medio familiar y social como una persona sin culpa, esto es, independiente de la culpa o de la culpabilidad de sus antecesores. La inocencia es general, la culpa es concreta. Se es generalmente inocente y concretamente culpable. Dentro de la situación jurídica de inocencia general surge la situación jurídica de culpabilidad en razón de una conducta concretamente establecida y probada. De esa manera se explica el mandato constitucional por la cual proclama la inocencia de toda persona hasta que no se haya declarado su culpabilidad en sentencia condenatoria ejecutoriada.”

La llamada Detención con fines de investigación es un rezago del sistema inquisitivo y como lo dice Zavala Baquerizo²⁶ “una verdadera afrenta al bien jurídico de la libertad”. Pues, si la prisión provisional se encuentra cuestionada por la doctrina contemporánea con mayores argumentos se desecha la presencia de esta institución en el ordenamiento procesal penal y se sostiene que la Detención carece de fundamento para estar en la norma positiva, alegando por parte de Zavala que los Legisladores creen ciegamente en la necesidad de la detención como uno de los medios para combatir la delincuencia y como uno de los pilares fundamentales para la seguridad ciudadana.

Pero en la doctrina también encontramos a quienes defiende esta institución; así, Clariá Olmedo²⁷ expone lo siguiente “por detención en sentido procesal y amplio debe entenderse el acto de privar a una persona transitoriamente de su libertad por estimársela sospechosa de haber participado en un hecho delictuoso o por la

²⁵ ZAVALA Baquerizo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.IV, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005, ISBN-9978-21-020-2, pag. 36 y 37.

²⁶ ZAVALA Baquerizo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.IV, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005, ISBN-9978-21-020-2, pag. 37.

²⁷ CLARIÁ, Olmedo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1966.



exigencia de obtención de prueba, para ponerla o retenerla a disposición del instructor en la causa y cumplida con o sin orden de éste según los casos”.

Fenech²⁸ define la detención como “un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad de carácter provisional, y que tiene por fin ponerla a disposición, mediata o inmediatamente, del Instructor del proceso penal para los fines de éste, en expectativa de su posible prisión provisional.”

En consecuencia, para este autor la detención resulta ser la antesala de la prisión provisional y cuya finalidad es la de entregar al detenido al Instructor para los “fines de este” cuando, como se sabe la detención tiene un fin en sí misma, cual es la de facilitar la investigación de un delito y conocer las personas que intervinieron en su comisión.

Por su parte Ferrajoli²⁹ es contrario a la detención en cuanto limitación de la libertad personal antes del proceso y sostiene que “La misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fue el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en no poder ser detenido únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sobre la base de un juicio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso...”

Doctrinariamente se sostiene que la orden de detención cuando surge ha pedido del Fiscal sobre la base de la sola indagación previa y con fines de investigación, violenta el principio de judicialidad, en virtud del cual, los derechos del hombre garantizados constitucionalmente no pueden ser limitados sino en razón de un proceso penal en donde consten los motivos que hacen procedente tal limitación. Es decir que, según esta opinión, no basta que la orden de detención la dicte un juez para que se sostenga su constitucionalidad, se dice que es necesario que se fundamente sobre un proceso penal. La judicialidad no solo radica en que la

²⁸ FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal. Volumen II, Editorial Labor, Barcelona, 1952.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Trota, Madrid, 1995.



orden de detención surja de un juez, sino que surja legalmente y sobre la existencia de un proceso penal.

Hemos de entender por detención aquel acto cautelar de carácter personal, esencialmente extra –procesal, por el cual el titular del órgano jurisdiccional penal priva provisionalmente de su libertad a una persona de quien se sospecha ha intervenido, como sujeto activo, en la comisión de un delito de acción pública, a fin de que se procesa a investigar la forma en la que se cometió el delito y el gado de intervención de la persona detenida.

Para Zavala Baquerizo, la detención, es una medida cautelar porque tiende a evitar el riesgo de que la persona a quien se detiene obstaculice el conocimiento de la verdad sobre la comisión de un delito y su intervención en el mismo al no colaborar con su presencia en la labor investigativa.

Podemos decir de ella que es una medida extra procesal porque no surge dentro del proceso formal y sobre la base de éste sino que se origina antes del proceso penal y la finalidad de la detención es lo que posibilita el inicio de tal proceso.

2.2. Casos en los que procede

Considerada la detención como una medida extra procesal, ésta no puede ser otorgada por cualquier persona, cualquier autoridad o cualquier agente de la autoridad porque para ello se debe tener capacidad jurídica para privar de la libertad personal a un ciudadano en el Ecuador y esta capacidad jurídica la otorga la ley; así tenemos que, el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal, determina lo siguiente:

Art. 27.- Competencia de los Jueces de Garantías Penales.- Los Jueces de Garantías Penales tiene competencia para:



...2. Tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares;...³⁰

Del texto de esta disposición legal conocemos que la única Autoridad con capacidad jurídica para otorgar medidas cautelares y por ende de privar de la libertad a una persona es un Juez de Garantías Penales, además esta medida solo puede ser otorgada en los casos, por el tiempo y con las formalidades determinadas en la ley.

El Art. 160 del Código de Procedimiento Penal determina:

Art. 160.- Medidas cautelares personales.- *Las medidas cautelares de carácter personal son:*

... 12. La detención; ...”

En nuestra legislación procesal penal se admite esta medida cautelar y así lo determina el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal, que reza lo siguiente:

Art.164.-Detención.- *Con el objeto de investigar un delito de acción pública, a 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 que se la expide; y,*
- 3. La firma de la jueza o juez competente.*

Para el cumplimiento de la orden de detención se entregará dicha boleta a un agente de la Policía Judicial.³¹

³⁰ Código de Procedimiento Penal

³¹ Código de Procedimiento Penal.



De acuerdo con esta disposición legal, el motivo por el cual se puede otorgar el auto de detención es la sospecha de una persona ha actuado o participado en la comisión de un delito. Pero la sospecha no puede ser considerada una presunción, porque no concurren premisas ciertas. Y también no se trata de indicios porque de éstos surgen o dan lugar a la presunción. Al respecto, Zavala Baquerizo dice que los motivos por los cuales dan lugar a la detención “se tratan de incoherentes apreciaciones o interpretaciones de ciertas circunstancias fácticas que pueden hacer creer que una persona está relacionada con la comisión de una infracción penal.”

La finalidad de la detención es investigar la comisión de un delito de acción pública, respecto del cual el fiscal tiene la sospecha de que una persona ha intervenido de manera directa, indirecta. Se trata de conocer todo lo relacionado con el delito y las personas partícipes.

La detención debe ser ordenada por un Juez de Garantías Penales solo a petición del fiscal, que lo hace en forma motivada, y además es quien deberá proceder a realizar la investigación del detenido y respetando las normas del debido proceso y derechos constitucionales que le asisten.

2.3. Límite Temporal

La detención es provisional porque tiene un plazo fatal y respecto del cual no puede superar y fundamentalmente ningún juez puede dejar pasar este límite temporal pues de lo contrario se podría estar incurriendo en detención arbitraria o ilegal.

El plazo límite para la terminación de la detención es de veinticuatro horas, vencidas la deberá terminar la detención y sujeto pasivo de esta medida deberá ser puesto en inmediata libertad, o por el contrario, si del resultado de la investigación se obtuviesen fundamentos necesarios para la iniciación del proceso penal concurrirá lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento



Penal y de existir los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión provisional se solicitará la misma.

El Art. 165 del Código de Procedimiento Penal, reza lo siguiente:

“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 fuere procedente.”*

2.4. Principios y Garantías Constitucionales

El Código de Procedimiento Penal de 1983, disponía lo siguiente: “Con el objeto de investigar la comisión de un delito antes de la respectiva acción penal, el juez competente podrá ordenar la detención de una persona, sea por conocimiento personal o por informes verbales o escritos de los agentes de la Policía Nacional o Judicial o de cualquier otra persona, que establezcan la constancia de las correspondientes presunciones de responsabilidad. Esta detención se ordenará mediante bolea que contendrá los siguientes requisitos: 1. Los motivos de la detención; 2. El lugar y la fecha en que se expidió; y, 3. La firma del juez competente. Para el cumplimiento de la orden de detención se entregará dicha boleta a un agente de la Policía Nacional o de la Policía Judicial”.

De esta disposición podemos colegir la confusión del legislador sobre la acción cuando determinaba que el Juez podía ordenar la detención de una persona antes de la respectiva acción penal cuando se refería a que podía dictar la detención antes de que el Juez inicie con la etapa de instrucción del sumario y antes de que dicte el auto cabeza de proceso. En esta misma disposición se determinaba el tiempo que una persona podía estar detenida “para investigaciones” era de cuarenta y ocho horas, tiempo dentro del cual no se encontraba que el detenido había participado en la comisión del delito que se



investigaba obtenía inmediatamente la libertad; caso contrario, el Juez iniciaba el correspondiente proceso penal y si procedía dictaba auto de prisión preventiva.

El Código de Procedimiento Penal de 1983, redujo el tiempo de detención de setenta y tres horas a cuarenta y ocho horas, en virtud del cual una persona podía quedar privada de su libertad antes de la instrucción del sumario, pero se diferenciaba de la investigación en flagrancia pues, la Constitución Política de esa época, solo permitía mantener a una persona privada de su libertad, por veinte y cuatro horas, sin formula de juicio.

El Código de Procedimiento Penal del 2000 contiene normas que correspondían al anterior, esto es de 1983, en el caso de la detención solo restringía el plazo de cuarenta y ocho horas a veinte y cuatro horas, acogiendo la norma constitucional; además, por el cambio de sistema inquisitivo al sistema oral, la norma determinaba que el juez podrá ordenar la detención, a pedido del fiscal, dueño del ejercicio de la acción penal pública, quien luego de la investigar, encontrase presunciones de que el detenido intervino en la comisión del delito, el fiscal debía dictar la resolución de instrucción fiscal y de ser procedente el Juez dictaba el auto de prisión preventiva.

En nuestra opinión, esta medida cautelar es un rezago del sistema inquisitivo por cuanto esta figura fue muy utilizada hasta devaluada por cuanto se lo uso para fines de persecución, inquisitivos porque con el pretexto de investigar la comisión un delito se detenía para recién investigar, situación que cambio con el nuevo sistema imperante de la acusación y oralidad, donde primero se investiga para detener y ya no detener para investigar. Y esta medida se la está dejando en desuso por cuanto los presupuestos requeridos son muy exigentes, muchos más de lo que se requiere para que se otorgue la medida cautelar de prisión preventiva donde se exigen tan solo indicios, en cambio en el caso de la detención el artículo 164 del código adjetivo penal dice que para que proceda el petitorio de detención deben haber presunciones de responsabilidad del investigado, pero para llegar a la presunción es indispensable que existan indicios, varios, concordantes, unívocos, directos, que hagan presumir que esa persona sospechosa es presuntamente el responsable de ese ilícito, pero si primero debemos investigar la



comisión de un ilícito antes de detener a una persona, a quien le asiste el principio de presunción de inocencia, como es que debemos tener presunciones de responsabilidad para que proceda a esta medida extraprocesal, parece que no tiene lógica y tan es así que en nuestra ciudad, los jueces de Garantías Penales no otorgaban esta medida alegando que al existir presunciones de responsabilidad los fiscales podían iniciar instrucción fiscal, pero con ello se violentaba el principio dispositivo, por el cual los jueces no pueden tomar decisiones de oficio sino todo a petición de las partes.

Por tanto creemos que no se debería requerir presunciones sino para otorgar esta medida debían justificarse únicamente indicios que hagan presumir la participación de una persona en el hecho que es materia de investigación

Al respecto sostiene Nicola Framarino³² “...el raciocinio de la presunción va de lo conocido a lo desconocido, con el auxilio del principio de identidad, el raciocinio del indicio, por el contrario, va de lo desconocido a lo conocido, a la luz del principio de causalidad...”

Zavala Baquerizo al respecto sostiene “Las presunciones, lo hemos dicho, no existen en el proceso, ni en el mundo de los fenómenos. La presunción es un juicio lógico que hace el juez a base de elementos fácticos, que se dan en la realidad y que se conocen procesalmente con el nombre de indicios. El indicio es el que existe en el proceso de manera tangible y la suma de indicios es lo que permite a una persona presumir. Pero la presunción encierra un contenido de verdad superior al de la mera sospecha. La detención no se funda en indicios, la detención se funda en sospechas, esto es, en el conocimiento de ciertos datos, no precisos, que hacen pensar de manera provisional que se ha cometido un acto o que una persona está relacionada con ese acto. *La sospecha es el antecedente de la detención; la presunción es el antecedente de la prisión provisional.*”³³

Si es así que la investigación tiene como base una sospecha, con la detención del sospechoso se pretende obtener el conocimiento de ciertas circunstancias

³² FRAMARINO, Nicola, Lógica de las Pruebas en materia criminal, Bogotá, 1988, pág. 251

³³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.IV, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005, ISBN-9978-21-020-2, pag. 43, 44.



objetivas, anteriores, concomitantes o posteriores al delito, que permitan llevar al juicio los medios de pruebas necesarios para el cumplimiento de la finalidad procesal. Es por ello que para Zavala la detención tiene un fundamento deleznable, impreciso, inseguro, porque con la investigación se pretende transformar esas débiles bases en pilares que sostengan la acusación fiscal y resulta inconsistente transformar, con la investigación, las sospechas en presunciones fundamentadas en indicios reales y precisos o, en certeza, sobre la base de medios de prueba.

De otro lado, otorgar esta medida es facultativa para el Juez de Garantías Penales, es decir queda a criterio del juez, ordenar la detención de una persona para fines de investigación.

El razonamiento esgrimido por los Jueces para no otorgar esta medida de la detención es que si en la fase de la indagación previa se han recibido versiones y de éstas ya se imputa la participación de una determinada persona o personas, en consecuencia ya no es preciso ver si el sospechoso o sospechosos han participado en el ilícito. De modo que, para que proceda esta medida solo se requiere únicamente la versión del ofendido y se sospeche de una persona o varias personas, bajo estas circunstancias si procede la detención para efectos de investigación.

Tampoco procede la detención para investigación si la persona ha estado detenido bajo los supuestos de un delito flagrante y, bajo este supuesto lo que cabe es que el Juez de Garantía Penales confirme o revoque esa aprehensión efectuada por un agente de la Policía o por un tercero.

En otro contexto, debemos indicar que la detención debe darse en franco cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República y en la norma positiva constante del procedimiento penal, que disponen que toda persona, al ser detenida, tiene derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los antes que la llevan a cabo y de los responsables del respectivo interrogatorio. También deberá ser informado de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar



la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Que será sancionado quien haya detenido a una persona o con sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente, y que la misma comunicación sobre los derechos del detenido se debe realizar a una persona de confianza que indique el imputado a su defensor.

El Art. 166 del Código de Procedimiento Penal, determina lo siguiente:

“Art. 166.- Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio.

También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita de la Jueza o Juez de Garantías Penales, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente.

La misma comunicación se debe realizar a una persona de confianza que indique el imputado y a su defensor.”

Los doctrinarios sostienen respecto de esta medida que la privación de la libertad que ésta conlleva constituye una violación de la libertad individual y un desconocimiento abusivo de la situación jurídica de inocencia en la que se encuentra toda persona. El fundamento de este criterio es que si la fiscalía necesita investigar es porque las sospechas que tiene sobre la actividad de una persona concreta no son suficientes como para imputarle de manera directa la comisión del delito que investiga, por lo que carece de todo sustento jurídico constitucional que se enerve el derecho a la libertad por la sola sospecha de un fiscal, sospecha que, por lo general, carece de fundamento real.

En consecuencia, la libertad es la regla general y la privación de la misma es la excepción, sobre esta base es menester que la excepción sea administrada con



muchas restricciones, de tal forma que su aplicación perjudique lo menos posible a quien debe sufrirla.

Carrara figura como uno de los más detractores de la detención y es por ello que nos vamos a permitir transcribir su opinión respecto de esta medida. “Nada obsta para que el apercibimiento de la acusación se le haga al reo sin arrestarlo, pede libero. Sin embargo, en los sistemas inquisitivos y mixtos prevalece la regla de que, en los delitos graves, dicha intimidación debe ir precedida o acompañada del arresto del reo, sometiéndolo a custodia preventiva; así se llama el encarcelamiento de un ciudadano, por la sola sospecha de su culpabilidad, antes de ser convicto y condenado.”³⁴

Con lo expuesto hacemos hincapié en que la detención es una medida privativa de la libertad de carácter extra-procesal y por tanto su finalidad es la de investigar un delito de acción pública; en consecuencia, no podrá ser utilizada cuando el fiscal tiene los fundamentos suficientes para imputar a una persona la participación de un hecho delictivo, en cuyo caso procederá la instrucción fiscal y por ende la petición de otra medida cautelar como la prisión preventiva.

Respecto de la detención se dice que es un acto que afecta no solo a la libertad de una persona que constitucionalmente es reconocida como inocente, sino que también violenta otros bienes jurídicos importantes como el honor y la buena fama. La detención en general es una marca estigmatizadora social grabada en la personalidad de un hombre porque ni la libertad inmediata o mediata puede borrar ese antecedente en la vida de un ciudadano, es por ello que se alega que la detención debe ser usada solo en casos extremos.

Finalmente una persona que ha sido detenida debe ser debidamente informada para los efectos jurídicos posteriores, como es conocer el motivo por el cual se dio lugar a su privación de la libertad, que autoridad la dictó, que agente cumple con esta orden y que autoridad lo va a interrogar. La finalidad de la información es la que el detenido desde el momento en que es privado de su libertad haga efectivo su derecho a la defensa.

³⁴ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Volumen II. Editorial Temis, Bogotá, 1971.



Mientras no exista una sentencia condenatoria, el detenido es una persona inocente, por tanto le corresponde al fiscal enervar la situación jurídica de inocencia en la que se encuentra la persona de quien se tiene sospechas como partícipe de un hecho punible, por lo que a éste no le corresponde probar su inocencia, porque ésta se encuentra presente en todo momento antes y durante el desarrollo del proceso penal.

Tampoco es obligación del sujeto pasivo de la investigación de coadyuvar con la fiscalía en la investigación del delito y por ende su derecho a permanecer en silencio no puede ser violentado bajo amenazas psíquicas o físicas, promesas o dádivas. El derecho a guardar silencio es parte integrante de su derecho a la defensa y ésta es una garantía constitucional.

De otro lado en virtud de las normas del debido proceso una persona detenida no puede ser incomunicada, menos aun violentada físicamente, torturada, es decir que el agente que lleva adelante la detención no puede hacer uso de la fuerza bruta, golpear a una persona que pretende detener menos aun hacerlo con amenazas haciendo uso de su arma de fuego, salvo el caso de que esté en peligro la vida del agente ejecutor de la orden por reacción del detenido.

No se le está permitido al agente que ejecuta la detención violentar el domicilio de la persona a la que se pretende detener, sin que exista auto de allanamiento dictado por el Juez.

El auto que dispone la detención no es susceptible de apelación, porque así lo dispone el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con esta norma procesal, sin lugar a dudas, el recurso de apelación de la medida de detención impuesta o negada no se encuentra establecida en nuestra legislación.

Actualmente se alega por parte de los operadores de Justicia que la detención, medida que está contemplada en el Código de Procedimiento Penal ha sido descartada por la Constitución vigente porque hacen una aplicación literal del Art. 77 que dice:



“Art. 77.- Garantías en caso de privación de la libertad.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:...”

En consecuencia, al no haber proceso penal no se puede decretar la privación de la libertad de ningún ciudadano y como sabemos que la naturaleza de esta medida es preprocesal, al iniciarse el proceso penal ya no se puede tener sospechas para investigar porque ya existen fundamentos suficientes para imputar a una persona sobre la participación de un hecho punible.



CAPITULO III

LA PRISION PREVENTIVA

3.1 La prisión preventiva: generalidades

En el proceso penal y generalmente dentro de la sustanciación de la etapa investigativo o etapa de instrucción fiscal se produce una situación procesal que no corresponde exactamente al cometido o función de esta etapa procesal, pero que es una consecuencia casi ineludible e ella. Nos estamos refiriendo a aquella circunstancia por la cual se asegura al procesado al juicio, dicho en otras palabras, a la decisión de privarle de la libertad a la persona contra quien se ha iniciado un proceso de investigación, ya sea como resultado de un accionar en flagrancia o contra quien se ha iniciado una fase de investigación, por cuanto existes graves sospechas de que podría escapar o entorpecer la investigación. Y, decíamos que es una consecuencia del inicio de la instrucción fiscal, porque ella solo puede ser pedida como resultado del ejercicio de acción penal propiamente dicha, ya que la solicitud de aseguramiento del procesado se ejerce, no desde el momento de la indagación sino desde cuando existen fundamentos suficientes para imputar a una persona en la participación de un hecho presuntamente punible.

Ya nos habíamos referido a que las medidas cautelares que pueden imponerse a los procesados tienen dos vertientes claramente diferenciadas: a) las medidas de coerción personal, destinadas a asegurar o garantizar la inmediatez o mejor dicho la asistencia del procesado a los actos del proceso; nuestra legislación no acoge el criterio de que la medida cautelar privativa de libertad sea para asegurar la ejecución probable de la pena privativa de la libertad que se le pudiere imponer; sin embargo, los doctrinarios opuestos a esta medida, sostienen que esta medida tiene esta finalidad. Existen, desde las reformas del Código de Procedimiento Penal de 2009, otras medidas que están destinadas a brindar protección a la víctima, sus familiares y testigos para evitar la obstaculización del proceso; y, b) las medidas cautelares patrimoniales, destinadas a asegurar la eventual



responsabilidad civil, como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido.

Las medidas de coerción de personal van desde la obligación de abstenerse de concurrir al procesado a determinados lugares; prohibición de abstenerse de acercarse a determinadas personas; la sujeción a vigilancia de autoridad determinada; prohibición de ausentarse del país, suspensión del agresor a realizar tareas cuando pudiere significar algún influjo sobre la víctima; la salida del procesado de la vivienda; la prohibición de realizar actos de persecución o intimidación contra la víctima o algún familiar o testigo; reintegrar al domicilio a la víctima y la salida simultánea del procesado; privar la custodia de la víctima menor de edad; presentación periódica ante el Juez de Garantías penales o ante cualquier autoridad designada; el arresto domiciliario; hasta la detención y prisión preventiva estas medidas que deben adoptarse en forma excepcional y restrictiva y cuando la utilización de las otras medidas de carácter personal alternativas no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

En el sistema acusatorio tanto la detención del justiciable cuanto la prisión preventiva no pueden ser decretados de suyos y de manera definitiva por la autoridad sino a pedido del fiscal, que es quien dirige la investigación, además tales medidas están sometidas al control de la autoridad judicial como garantista del debido proceso, porque es la autoridad judicial quien debe decidir sobre la procedencia o no de la detención y de las medidas cautelares solicitadas contra el procesado.

Según, lo refiere César San Martín Castro³⁵ la restricción de la libertad en el curso de un proceso penal solo puede justificarse por la necesidad de garantizar la sujeción de una persona para que en su momento pueda hacerse efectiva las consecuencias jurídicas del delito por el que se la condene. El objeto preponderante de las medidas cautelares penales son la personas, sin que se desconozca que también recaen sobre las cosas.

³⁵ SAN MARTIN Castro, César. Derecho Procesal Penal, Volumen II, editorial Grijley, Lima –Perú, 2001, pág. 802.



La libertad del ciudadano es la regla en materia de sujeción al proceso penal. Su restricción no solo debe estar expresamente descrita en una norma con rango de ley, en virtud del principio de legalidad, sino que debe acomodarse a los postulados de necesidad, adecuación, discrecionalidad así como al principio de presunción de inocencia. Solo y sobre la base del respeto de estos principios se justifica la imposición de restricciones procesales en la esfera de la libertad del ciudadano, las que deben arbitrarse equitativamente por el juez con el único objetivo de garantizar la efectividad de una posible sentencia condenatoria. Es por ello que le corresponde a la autoridad judicial formular un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y condicionada a las circunstancias concurrentes al caso concreto.

Las medidas cautelares, como sabemos, tiene por objeto garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, del ius puniendi, impidiendo que el justiciable evada la acción de justicia. Las medidas que coartan la libertad individual se les califica de personales. Y este es el punto más crítico respecto de equilibrio sobre el cual gira el proceso penal, respeto de los derechos del procesado en relación a la eficacia en la represión de los delitos.

Nuestra legislación procesal penal cuando se refiere a la privación de la libertad del sujeto pasivo del proceso, utiliza el término “preventiva”, en lugar de utilizar la palabra “provisional” que según la doctrina contiene de manera especial la verdadera naturaleza de aquella privación de la libertad surgida en pleno desarrollo del proceso penal. Se fundamenta este criterio porque se alega que “la prevención” consiste en prepararse para un fin determinado o anticiparse a un resultado. En cambio, “lo provisional” es todo aquello que se realiza temporalmente para cumplir una finalidad pero que tiene un plazo de duración. La prevención es temporalmente incierta: subsiste hasta tanto subsista la necesidad de su imposición; en tanto que, lo provisional sólo puede dudar el tiempo para el cual fue creado, haya o no cumplido su finalidad, es temporalmente cierta.

En esta línea se encuentra Zavala Baquerizo quien sostiene que el término “prevención” estaba bien utilizada cuando se encontraba vigente el Código de Procedimiento Penal de 1983, por cuanto no se había determinado de manera



precisa el plazo en que, fatalmente, se extinguía, se hubiera o no cumplido las finalidades que le dieron vida. Más desde cuando la Constitución del Ecuador estableció como una de las garantías del debido proceso penal la prescripción de la privación de la libertad de la procesada ordenada e la sustanciación del proceso, la prisión dejó de ser preventiva y pasó a ser provisional, sostiene Zavala Baquerizo.

Nuestra Constitución reconoce y garantiza la libertad individual de todos los habitantes del país, de esta garantía surge la libertad como la regla general y tan solo en circunstancias excepcionales y extremos puede ser limitada, jamás abolida, para aquellas personas que incumplen las normativas penales que protegen bienes jurídicos garantizados por el Estado.

Entorno a la prisión preventiva como medida cautelar han existido detractores y defensores y uno de sus grandes detractores nacional es Zavala Baquerizo, quien en su opinión dice que fiscales y jueces no han entendido la importancia social y jurídica del bien de la libertad pues, estas autoridades con ligereza propia de la irresponsabilidad se apresuran de una manera mecánica, automática a privar de la libertad a una persona sin que se hubieren cumplido los presupuestos legales para la procedencia de esa medida cautelar, olvidándose estas autoridades que el derecho es el único que puede limitar la libertad de un hombre. Así mismo refiere que el uso indiscriminado de esta medida cautelar es aceptado por la sociedad como una cuestión normal; y, se ha llegado al convencimiento de que es una de las medidas prácticas necesarias y eficaces en la llamada “lucha contra la delincuencia”. Se le considera como un instrumento decisivo para garantizar seguridad a la sociedad, aunque implica la discriminación carcelaria del sospechoso. Finalmente sostiene que la sociedad no repara en que la mayor parte de las prisiones provisionales se resuelven en la revocatoria posterior por falta de fundamentos, olvidando que la persona es sede del bien jurídico de la inocencia, derecho que no se enerva mientras no se dicte la sentencia condenatoria y que la misma se encuentre ejecutoriada, es decir pasada por autoridad de cosa juzgada. Entonces vemos que cuando hablamos de prisión



preventiva, ésta medida no solo afecta a la libertad individual si no también la inocencia del que sufre tal limitación de su libertad.

El Código de Procedimiento Penal garantiza la inocencia de toda persona por lo que la limitación de la libertad personal en cuanto prisión preventiva o provisional no afecta la inocencia del justiciable porque se trata de una medida cautelar que no lleva implícita la presunción de culpabilidad ni la prevención para garantizar el cumplimiento de una futura pena, la debemos entender como una medida cautelar que sirva como instrumento del proceso para particulares fines del mismo como es la inmediación del procesado, así como también un medio del que se vale el proceso para poder desarrollarse conforme a las normas de procedimiento legal previamente establecido.

El Art. 4 del Código de Procedimiento Penal, vigente, determina:

Art. 4.- Presunción de Inocencia.- *Todo procesado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.”*

Y sobre la libertad de toda persona el Código de Procedimiento Penal, dispone:

Art. 15.- Interpretación restrictiva.- *Todas las disposiciones de esta Ley que restringen la libertad o los derechos del procesado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente.”*

En líneas anteriores citábamos a Zavala Baquerizo como uno de los doctrinarios ecuatorianos destacados que han hecho expresa su oposición a uso de la prisión preventiva como medida cautelar, pero creemos que debemos citar a otras opiniones que se han dado a lo largo de la historia unos que defienden y otras en contra de esta medida cautelar, pero que la admiten como un mal necesario y otros criterios que la rechazan totalmente por considerarla como una de las mas graves negaciones a la libertad humana.

Carrara, cita lo siguiente “no faltan ciertos espíritus excéntricos que, arrodillados ante los terribles altares de la crueldad y el miedo, pretenden apoderarse del



derecho ilimitado de encarcelar a los sospechosos”³⁶, cuando hacía referencia a que en Grecia no se hacía uso de la prisión provisional, poniendo como ejemplo el caso de Sócrates, quien fue condenado a muerte pero pese a ello estuvo en libertad hasta el momento de la condena. Esto lo expresaba cuando citaba a Harduin, quien en su obra “La Detención Preventiva” sostenía: “Si es legítimo el derecho de castigar el delito, también será legítimo capturar por sospecha, pues cuando el juez sospecha que una persona es delincuente, debe presumirse que en ella existe el delincuente.”

La mayoría de doctrinarios se pronuncian respecto de la prisión preventiva o provisional como la llaman como una medida cautelar “necesaria”. Beccaria³⁷ considera que la prisión provisional es una necesidad social pero que debe estar regulada con antelación por la ley para que no se constituya en una arbitrariedad de los jueces y dice: “La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero en el delito, las amenazas y constante enemistad con el ofendido, el cuerpo del delito y otros semejantes, son pruebas suficientes para encarcelar un ciudadano...”

Otro de los pensadores que se manifiestan como uno de los que justifican la prisión preventiva o provisional, es Voltaire³⁸, dice: “Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarle en un calabozo horrible sin permitir el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros, como si ya lo hubieseis juzgado culpable...¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse? ¡Oh, jueces; ¿Queréis que el inocente acusado no se escape? Pues facilítadle los medios para defenderse”.

Carnelutti se pronuncia por el uso mínimo de la privación de la libertad como medida cautelar refiriendo que la persona que sufre tal medida se encuentra en iguales condiciones que la del condenado, dice: “El aislamiento preventivo del

³⁶ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Volumen II. Editorial Temis, Bogotá, 1971.

³⁷ BONECASA, Cesar, Marqués de Beccaria. Tratado De Los Delitos y De Las Penas. Ob. Cit., pag. 73.

³⁸ FRANCOIS-MARIE, Arouet (VOLTAIRE) Comentario Sobre el Libro de los Delitos y de las Penas. Ob. Cit. pág. 73.



imputado se asemeja, pues, a una de aquellas medidas heroicas que deben ser propinadas por el médico con suma prudencia, porque pueden curar al enfermo pero también ocasionarle un mal grave; quizá un parangón eficaz es el que se puede hacer con la anestesia, y sobre todo, con la anestesia general, la cual es un medio indispensable para el cirujano, pero ¡ay si éste abusa de ella!³⁹

Pero no debemos confundir la prisión preventiva con la pena, ello significa que cuando se decreta esta medida cautelar las autoridades judiciales no deben abusar de ella porque de lo contrario estaríamos confundiendo la prisión preventiva con una pena que se comienza a imponer antes de la sentencia condenatoria, olvidando que el procesado es inocente mientras no sea declarado culpable por una sentencia firme. Debiendo referir que el abuso también puede darse cuando se confiera esta medida sin que se respeten los presupuestos de procedibilidad para que se pueda privar de la libertad a una persona.

Julio Maier⁴⁰ dice que la prisión provisional es una necesidad en tanto legítima actuación coercitiva del Estado y dice: “De todos modos, resulta evidente que, si, además de la facultad de aplicar penas, se entiende que los jueces naturales son los autorizados a emitir la orden escrita de arresto, permitida por la Constitución, durante el procedimiento penal, ello significa que es posible y legítima la coerción, aún antes de la sentencia firme de condena.”

En definitiva la privación de la libertad de manera provisional se ha visto como una necesidad de la política criminológica de los Estados, pero de ninguna manera puede quedar al arbitrio de las autoridades judiciales tiene que existir un límite y control para que su uso no se constituya un abuso y solo en casos en donde se cumpla los presupuestos legales y constitucionales se conceda esta medida cautelar.

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Vol. II. Ob. Cit. pág. 75.

⁴⁰ MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. Tomo I, Editores del Puerto, Argentina, 1996.



3.2 Concepto

Guillermo Cabanella, nos dice que debemos entender por prisión preventiva: “La que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución de juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito y por razones de seguridad.”⁴¹

El Diccionario Jurídico Espasa, también nos trae una definición respecto de la prisión provisional o preventiva y dice: “Supone la privación de libertad del encausado durante la tramitación del proceso penal, dentro de los plazos señalados en la ley”. “El tiempo de la privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.”⁴²

El Código de Procedimiento Penal, en su Art. 167 respecto de la prisión preventiva, determina lo siguiente:

Art. 167.- Prisión preventiva.- *Cuando la Jueza o el Juez de Garantías Penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:*

1. *Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;*
2. *Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito;*
3. *Que se trate de un delito sancionado con una pena privativa de la libertad superior a un año;*
4. *Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; y,*

⁴¹ CABANELLAS de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires – Argentina, ISBN: 950-0065-09-6, 6ª reimpresión 1983, pág. 257.

⁴² DICCIONARIO Jurídico Espasa, Nueva edición totalmente actualizada, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid-España, 2001, ISBN 84-239-6666-6, pág. 1170.



5. *Indicios suficientes de que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio*⁴³

De acuerdo con el texto legal antes transcrito la prisión preventiva es la medida cautelar consistente en la limitación de la libertad individual de una persona, ordenada por el órgano jurisdiccional competente y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un centro de privación provisional de libertad legalmente establecidos (pese a que nuestra Constitución así lo establece, en la realidad estos centros no existen) como instrumento para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia.

La prisión provisional regulada en el Código de Procedimiento Penal como todas las medidas cautelares personales supone una privación de la libertad, pero por ser más acusada que el resto debe ser aplicada con especial cuidado. El Consejo de Europa ha señalado en repetidas ocasiones los principios sobre los que debe inspirarse, así tenemos: no es obligatoria; tiene un carácter excepcional por lo que deberá acordarse como "*ultima ratio*" cuando sea estrictamente necesaria atendiendo a las especiales circunstancias del caso; y en ningún caso se puede aplicar con fines punitivos.

La prisión provisional y la detención presentan la nota común de constituir una privación de la libertad individual de la persona, pero tienen importantes diferencias; entre otras: la detención es de corta duración (en el caso del Ecuador veinte y cuatro horas), mientras que la prisión puede persistir un tiempo más prolongado en tanto dure el proceso o las causas que la motiven no desaparezcan, pero en ningún caso superior a seis meses o un año ya sea en delitos penados con prisión o reclusión, respectivamente.

El Art. 77 de nuestra Constitución, vigente desde octubre de 2008, en relación a la medida cautelar de privación de la libertad determina:

⁴³ Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial Suplemento 555 del 24 de marzo de 2009. Ley Reformativa al Código Penal y Código de Procedimiento Penal.



“Art. 77.- Garantías en caso de privación de la libertad.- *En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observará las siguientes garantías básicas:*

1. *La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrán mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar mediante medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.*

2. *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 del delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.*

9. *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 con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.*

11. *La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad 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.*

Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en



aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.”⁴⁴

Estas normas constitucionales que están en plena armonía con lo dispuesto en el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución que reza:

Art. 76.- Garantías básicas del derecho al debido proceso.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

2. *Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”*

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Asamblea Francesa, el 26 de agosto de 1789, expresa que “ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso más que en los casos determinados por la Ley y según las formas prescritas en ella. Los que soliciten, expiden, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados...”

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, votada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, proclama que, “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado; que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, que nadie será sometido a servidumbre; y que la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas...”

De la misma manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), determina en su artículo 9, lo siguiente:

⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No.449 del 20 de octubre de 2008.



“Artículo 9

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

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

3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

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

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

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), también determina:

“Derecho de protección contra la detención arbitraria

Artículo XXV: Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.



Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Derecho a proceso regular

Artículo XXVI: Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) llamada Pacto de San José, declara:

“ARTICULO 5

Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

4. 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.”



“ARTICULO 7

Derecho a la Libertad Personal

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
6. *Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*
7. *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”*



Todos estos instrumentos internacionales ratifican la libertad y condenan la prisión arbitraria y garantizan la inocencia mientras no sea declarada la culpabilidad en sentencia firme, además exigen la limitación regular y controlada de la prisión provisional.

La prisión provisional es una medida cautelar procesal de carácter personal, excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal por la cual se limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso cuando, al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarla con la finalidad de que el proceso se desarrolle normalmente.

Esta medida surge a través de un acto procesal llamado legalmente auto de prisión preventiva que se hace efectivo por medio de la orden de prisión preventiva.

Es una medida cautelar de carácter procesal porque solo puede ser decretada dentro de un proceso penal. Es cautelar pretende evitar un riesgo; es excepcional porque la regla general es la libertad individual como bien jurídico garantizado constitucionalmente y por tanto la limitación de esta garantía, constituye una excepción que debe ser impuesta sólo en casos extremos.

Como consecuencia de la característica de excepcionalidad la prisión preventiva es subsidiaria, esto quiere decir que debe aplicarse solo a falta de otras medidas cautelares personales que sean menos perjudiciales que la prisión preventiva como son el arresto domiciliario, la prohibición de salida del país, entre otras, establecidas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal.

Es importante mencionar que el Estado no le impone como obligación al Juez de Garantías Penales el imponer la prisión preventiva como medida cautelar aun cuando se hallen reunidos los requisitos de procedibilidad pues, le concede la facultad de decidir sobre la necesidad o no necesidad de imponer la medida cautelar de prisión preventiva. De otra parte, el Estado le permite al afectado con esta medida cautelar interponer el recurso de apelación del auto respectivo.



No se puede reconocer la característica de la excepcionalidad sin que se reconozca la subsidiaridad, ya que solo en última ratio debe ser impuesta esta medida, esto nos significa que primero debe escogerse las medidas de menor afectación a los derechos constitucionalmente garantizados del procesado. Además por ser excepcional, se debe respetar el principio *favor libertatis o in dubio pro libertate*, es decir que las normas legales que rigen para la procedencia de la prisión preventiva deben interpretarse de manera restrictiva a favor de la libertad.

La prisión preventiva es una medida cautelar provisional porque el ordenamiento jurídico impone un límite temporal para su vigencia, vencido el cual prescribe dicha medida cautelar.

Esta medida es proporcionada y homogénea porque no puede ser impuesta sino en consideración con el objeto del proceso y solo en los casos en que sea necesaria para satisfacer el normal desarrollo del proceso en el que incide dicha medida. En otras palabras, la prisión preventiva debe estar de acuerdo con la finalidad procesal que persigue y con la naturaleza de la infracción; así por ejemplo; si la pena impuesta para el delito que se persigue es menor a un año de privación de la libertad no se puede decretar la prisión preventiva o, en el caso de que la pena solo sea pecuniaria, no podría imponerse esta medida cautelar.

Tanto la petición cuanto el auto de prisión provisional debe ser motivado, ya que toda resolución de los poderes públicos que afecten a las personas deben ser explicadas razonablemente; por ello nosotros sostenemos que tanto el fiscal como el Juez están obligados a explicar los motivos para solicitarla y para imponerla y explicar porque esta medida es necesaria y porque no aplicar las otras medidas subsidiarias.

El auto de prisión preventiva es esencialmente revocable, esto se debe a que para dictarse esta medida deben cumplirse ciertos presupuestos procesales y si en el curso del proceso estos requisitos desaparecen, no pueden persistir esta medida por ello se debe revocar, aun en el caso en que se encuentre ejecutoriado.



3.3 Requisitos

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 27 del Código de Procedimiento Penal, únicamente los jueces de garantías penales tienen competencia para dictar el auto de prisión preventiva. Las Cortes Provinciales tienen competencia para la sustanciación y resolución de los recursos de apelación y con las reformas al Código de Procedimiento Penal expedidas en marzo de 2009, esta facultad les fue retirada a los Tribunales Penales, quienes durante la etapa de juicio podían dictar auto de prisión preventiva en caso de no presentarse el acusado. Pero actualmente esto ya no ocurre porque cuando no se ha dictado en la etapa de intermedia la medida de prisión preventiva o se ha dictado una medida alternativa, no consta entre su competencia el dictar medidas cautelares y entre ellas el auto de prisión preventiva; solo en el caso de caución de no presentarse en el plazo fijado, se puede ordenar la prisión pero si el Tribunal ya no tiene esta facultad, quien dictará esta orden si se ha efectivizado la caución. Este es el resultado de reducir la aplicación de esta medida cautelar y muchos procesos no llegan a la etapa final es decir, muchas audiencias de juicios no se pueden efectuar por la no comparecencia del acusado al proceso y con ello no se cumple con la finalidad del proceso penal.

Transcribimos la norma que solo faculta a los jueces la posibilidad de dictar esta medida cautelar.

“Art. 27.- Competencia de los Jueces de Garantías Penales.- Los jueces de Garantías Penales tienen competencia para:

2. Tramitar y resolver en audiencia, en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal, la adopción, exención, revisión, fijación de plazo y control de necesidad de mantención de medidas cautelares.”

Esta norma contiene una cuestión que llama la atención con respecto a la adopción de medidas cautelares pues, según su texto, los Jueces de Garantías Penales deberán tramitar en audiencia temas relacionados con las medidas cautelares ya sea en la fase de indagación previa y etapa de instrucción fiscal pero recordemos que, en el caso de la prisión preventiva solo se la puede otorgar



en la etapa de instrucción fiscal pues es una medida eminentemente procesal y se la concede cuando hay cumplidos requisitos de procedibilidad de modo que existen indicios suficientes para que le hagan decidir a un Juez dictar esta medida para garantizar la comparecencia del procesado al juicio y, esto en contra de un derecho humano como es la libertad y fundamentalmente el de inocencia; en consecuencia no podría otorgarse esta medida ni ninguna otra sino solo en la etapa de instrucción fiscal. Entonces porque el legislador determina que al Juez le compete tramitar medidas cautelares en la fase indagatoria, será que se refiere únicamente a la medida de detención, que según la doctrina es la única medida cautelar extraprocesal y, si fuese así esta disposición tendría plena concordancia con lo establecido en el Art. 77 de la Constitución que dice que “**en todo proceso penal**” en que se haya privado de la libertad a una persona, se observan las garantías básicas que establece a continuación. Y nos, preguntamos que estas garantías son solo para el proceso penal no refiere nada a una fase indagatoria pero si manteniendo posterior a la Constitución la normatividad relacionada con la detención para investigación. Esto evidentemente provoca confusiones y por ende inseguridad jurídica.

Retomando lo que veníamos expresando que, con las reformas al Código de Procedimiento Penal de marzo de 2009, se le quita esta competencia a los Tribunales de Garantías Penales, es decir si el procesado no comparece a Juicio y no se ha dictado una medida cautelar, los Tribunales no pueden disponer nada respecto de una comparecencia obligada del procesado al Juicio. Aun más si es que cumpliendo lo determinado en la Constitución un Juez de Garantías Penales no otorga la medida cautelar de prisión preventiva y dicta una medida alternativa y si se dicta auto de llamamiento a juicio o auto de..... conforme ahora se lo llama a partir de las reformas al Código de Procedimiento Penal de marzo de 2010, y no se ha decretado la medida cautelar de prisión preventiva, y el procesado no comparece a Juicio, no hay forma de obligarlo a comparecer y con ello no se cumple la finalidad de todo proceso que es que se llegue a la sentencia. En la práctica nos hemos encontrado con estos problemas, quedando casos muy graves en la impunidad por la aplicación del respeto al derecho de libertad de un



procesado pues, muchas de las audiencias de juicio se declaran fallidas por falta de concurrencia del procesado.

El artículo 167 del Código de Procedimiento penal nos dice que se requiere para que proceda la medida cautelar de prisión preventiva, la transcribimos a continuación:

“Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

- 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;*
- 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito;*
- 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de la libertad superior a un año;*
- 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; y,*
- 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.”*

Podemos inferir del texto de la norma transcrita que la prisión preventiva se puede ordenar al tratarse de los procesos por delitos de acción pública nunca al tratarse de los procesos por delitos de acción privada y menos al tratarse de las contravenciones de policía. Tampoco se requiere que se hubiera comprobado la existencia del delito ni que el procesado sea el autor o cómplice de la infracción, sino tan solo que hayan indicios de estos dos presupuestos. De otro lado, como se deduce de la norma aludida, los sujetos pasivos de esta medida cautelar solamente pueden ser los autores y los cómplices de la infracción; en esta virtud no se puede dictar la prisión preventiva en contra de quien figura en el proceso como encubridor. En la práctica, no resulta fácil al comienzo de la investigación distinguir con claridad los límites de la responsabilidad personal de los distintos participantes, por este motivo se corre el riesgo de que los fiscales soliciten y de que



los jueces ordenen la prisión preventiva a un procesado que al final se lo llama a juicio o se lo condena como encubridor.

Y lo referido en estas líneas tiene plena relación con lo determinado en el Art. 168 del Código de Procedimiento de Penal, que reza:

“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 fiscal 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 clasificación delictiva;*
- 3. La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior; y,*
- 4. La cita de las disposiciones legales aplicables.”*

Antes de las reformas de marzo del 2009 al Código de Procedimiento Penal, se requería que el auto de prisión preventiva se lo debía dictar por escrito ahora con las reformas procesales y sobre la base del principio constitucional de la oralidad, este auto debe decretarse oralmente pero debe constar por escrito en un acta que lo debe realizar el secretario del Juzgado.

Decíamos que para que se conceda esta medida cautelar deben haber indicios, de acuerdo a la doctrina, hemos de referir lo que es la prueba indiciaria para ello citaremos a Allan Arbuola Valverde⁴⁵, que dice: “...No omito indicar que, en nuestro país, la mayoría de los operadores de la administración de justicia adolecen e una idónea formación en el campo de la valoración de la prueba indiciaria, provocando por un lado la impunidad de algunos hechos punibles y, por otro, que muchos se encuentran privados ilegítimamente de su libertad sólo por el hecho de ser condenados por un juez o tribunal que desconoce lo que significa la

⁴⁵ ARBUOLA Valverde, Allan. La Prueba Indiciaria o Circunstancias, Costa Rica, 1995, pág. 39.



univocidad de los indicios, peor aún, que los indicios deben ser precisos, concordantes, varios y seguros”.

Indicio viene del latín *indicium* y significa acción o señal que da a conocer algo oculto; entendemos que el indicio es aquella circunstancia, es decir todo hecho conocido que debe estar probado y ser susceptible de llevarle al fiscal o al juez, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. La naturaleza probatoria de la prueba indiciaria nace de su relación con determinada norma de experiencia, por medio de un mecanismo silogístico en donde tenemos lo siguiente, según Arbuola Valverde:

a. *Premisa mayor*: enunciación basada en la experiencia común; b. *Premisa menor*: hecho indiciario; c. *Conclusión*: surge de aquella relación existente ente la premisa mayor y la premisa menor.”

El indicio puede nacer de los siguientes medios de prueba: documento, informe pericial, prueba testimonial, inspección ocular.

Los indicios suficientes se encuentran en el proceso, por cuanto son el resultado de la investigación que obra en la instrucción fiscal y deben ser varios de tal manera que sean capaz de hacer surgir la presunción judicial de que se ha cometido un delito que solo puede ser de acción pública y que merece una pena privativa de libertad y además superior a un año.

De otra parte, también se exigen requisitos de procedibilidad para que se pueda otorgar esta medida referente al sujeto pasivo del proceso y nos estamos refiriendo a indicios varios y que provoquen un elevado grado de posibilidad de que el procesado es autor o cómplice de la infracción que se imputa.

La doctrina respecto de los presupuestos procedimentales de la medida cautelar en estudio los identifica en dos grupos: a) *Fumus boni iuris*: significa la razonada atribución del hecho punible al justiciable y, que consta de dos reglas, una objetiva y otra subjetiva.

La *primera regla* exige constancia en el procedimiento, específicamente en los recados acompañados por el Fiscal, de la existencia de un hecho punible. Se



refiere a que se debe tener acreditados los aspectos objetivos del delito, que dicen de su imputación objetiva, los que han de ofrecer plena seguridad sobre su constitución.

Se debe entender que sin una seguridad acerca de la realidad de la comisión de un delito no es posible razonar acerca de la probabilidad delictiva del justiciable; por consiguiente, el hecho típico debe estar sólidamente acreditado por los recaudos acompañados por el Fiscal (podría ser el atestado policial, la investigación previa fiscal acompañada de elementos de convicción instrumental o pericial consistente).

La *segunda regla* se refiere a un juicio de verosimilitud de la imputación. Exige la presencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito denunciado. Comprende los aspectos fácticos y jurídicos ínsitos en la atribución del delito a una persona determinada y que permiten entender que el procesado ha cometido el hecho delictivo como autor o de otro modo ha participado con grandes dosis de probabilidad en el hecho delictivo y, por tanto puede esperarse una condena con grandes posibilidades, es decir que debe exigirse algo más que una posibilidad y menos que la certeza y que no basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del procesado.

El segundo grupo que identifica la doctrina es: b) *Periculum in mora*: significa la existencia de un daño jurídico derivado del procedimiento. Y está determinado por dos peligros: **a)** de fuga; y, **b)** de entorpecimiento de la actividad probatoria que consta también de dos reglas, una objetiva y otra subjetiva.

La *primera regla* se refiere a una preocupación esencial de determinar un límite cuantitativo respecto de la presumible pena a imponer a partir del cual se pudiera pensar que el sujeto preferiría sustraerse al proceso que tener que soportar la futura pena. Se trata de una presunción legal de incomparecencia pero que también puede ser destruida por otros datos relevantes del proceso, puesto que hacer depender la adopción de la detención exclusivamente a partir de tal presunción se vulneraría el estado de inocencia del procesado y se dictaría una resolución sin la motivación real correspondiente. En definitiva, se trata de un dato



que debe estar presente pero es insuficiente para determinar la peligrosidad procesal.

La *segunda regla* se vincula a un criterio subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez y, se refiere a dos peligros. Uno es el peligro de fuga y otro es el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria.

En cuanto al peligro de fuga, la doctrina sostiene que el juez debe valorar todas aquellas circunstancias que rodean al caso y al imputado, que le permitan realizar un juicio fundado acerca de su permanencia en la sede del órgano jurisdiccional o del cumplimiento de sus obligaciones procesales, es decir, de su sujeción al proceso, si huirá o fugará o si estará a disposición del órgano jurisdiccional durante todo el proceso.

Existe un conjunto de datos relevantes que permiten valorar el peligro de fuga. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sentado una doctrina que vale tener presente por cuanto la interpretación realizada por ese Alto Tribunal es aplicable a nuestro derecho en atención a la similitud normativa entre la Convención Europea de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos (arts. 7 de la CADH y 5 de la CEDH). Es importante tener presente, lo siguiente:

“1. Son datos relevantes -que el juez debe valorar- la posibilidad de huir al extranjero del imputado, su arraigo en el país; su carácter y moralidad; y su profesión, domicilio, recursos y lazos familiares.

2. Esos datos permiten obtener una presunción de incomparecencia al proceso y ello con independencia de la gravedad de la presunta pena a imponer.

3. La gravedad de la pena no basta por sí sola para probar el peligro de fuga, sino que debe conjugarse con toda una serie de circunstancias que coinciden con las arriba expresada.

4. La concurrencia o no de cualquiera de los índices o parámetros citados anteriormente, por sí solos no implican la existencia o inexistencia de peligro de evasión al proceso, sino que deben ser contrastados entre sí y fundamentalmente con la gravedad de la pena.”



El concepto de arraigo tiene que ver con el establecimiento fijo en un lugar y en donde el imputado mantiene relaciones de una intensidad determinada con el medio donde se desenvuelve. Pero además comprende otro parámetro de la profesión, domicilio, recursos y lazos familiares del imputado pues, el establecimiento en un determinado lugar depende de la actividad económica o laboral que desempeña, así como de sus relaciones familiares y recursos. Si el arraigo es menor, obviamente mayor es el peligro de fuga.

Sobre la posibilidad de huir al extranjero o de ocultarse, es posible afirmar que en tanto el imputado posea un mayor poder económico (presente en los delitos económicos) y si tiene relaciones, bienes negocios en un país extranjero, la posibilidad de huida, de evasión al proceso será mayor.

En cuanto al carácter y moralidad del imputado, que es el criterio que debe utilizarse con mayor cautela para evitar arbitrariedades, se debe tener presente aquellos aspectos del individuo que pueden determinar la posibilidad de fuga o sustracción a la acción de la justicia. Los antecedentes y su actitud respecto a otros procesos que ha tenido –las incomparecencias producidas- son algunos índices que pueden tomarse en consideración.

Más allá de lo que determina nuestra legislación procesal penal en cuanto a requisitos para que se conceda o se otorgue esta medida cautelar, la prisión preventiva solo puede surgir en tanto el juez **“lo crea necesario”**. Este funcionario es quien toma su decisión sobre la base de algunos presupuestos que son de carácter objetivo pero hay otros de carácter subjetivo que debe tomar en consideración como son los antecedentes delictivos del imputado y su peligrosidad actual.

Al respecto Zavala Baquerizo⁴⁶ sostiene que la reincidencia y la reiteración en la comisión de los delitos ponen ante el juez de lo penal la insociabilidad del imputado y su manifiesta tendencia de cometer actos antisociales. Por lo tanto, las personas a quienes por primera vez se les imputa la comisión de un delito y que exhiben una vida anterior intachable no pueden ser tratadas de la misma

⁴⁶ ZAVALA, Baquerizo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.IV, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005, ISBN-9978-21-020-2, pág. 101.



manera que aquel que se manifiesta como un delincuente de hábito o profesional. El juez penal no debe soslayar el limpio antecedente personal del procesado por el solo hecho de haber cometido un delito. Además, sostiene que el juez no debe olvidar que la prisión preventiva, en la práctica, participa de las consecuencias de las medidas de seguridad como son la pena de prisión correccional y de reclusión, siendo, por ende, una verdadera pena impuesta a un inocente con efecto retroactivo antes de la culpabilidad del procesado.

En todo caso como lo exige la Constitución y en concordancia con esta norma el Código de Procedimiento Penal, el juez, en toda resolución que afecte a las personas debe motivar su decisión y, en el caso de la prisión preventiva debe ser el reflejo del análisis que el juez hizo sobre la necesidad de dictar el auto de prisión preventiva o, caso contrario debe motivar su negativa. La necesidad de limitar la libertad de una persona debe tener fuertes fundamentos que no pueden ser generalizados, esto es, que no pueden adecuarse a todos los procesados, sino que deben ser particulares, específicos, de acuerdo con el delito cometido y de la persona que se dice que lo cometió.

Otro aspecto que refiere la doctrina y que en la práctica se lo viene utilizando es motivar el pedido y a su vez la concesión de esta medida sostener sobre el peligro de fuga, es decir que debe tenerse presente el procesado por las circunstancias de hecho o de la personalidad del justiciable, éste puede sustraerse de la actividad de la justicias y, a partir de este presupuesto es posible sostener –sobre la base del principio de la proporcionalidad que puede haber peligro de fuga tratándose de un delito de violación, asesinato o, de latrocinio porque la pena en concreto que se llegue a imponer es un incentivo para la fuga, entonces hay necesidad de cautela.

En la Constitución de la República del 2008, se establece los principios que deben regir en todo proceso, así consta en el Art. 165, que reza y concretamente el numeral sexto:

“Art. 165.- Principios.- *La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicara los siguientes principios:*



6. *La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencia se llevara a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”*

Estos principios ya estuvieron presentes en la Constitución del 98, pero acogiendo esta disposición constitucional, la llamada Corte Suprema de Justicia mediante resoluciones determino que todo pedido de medidas cautelares debían hacerse en audiencias orales, con ello se aplicaba la oralidad en toda instancias y en toda diligencia del proceso penal. Posteriormente con las reformas procesales publicadas en el Registro Oficial el 24 de marzo de 2009 esa resolución se convirtió en ley pues, se introdujo la oralidad en casi todo el proceso penal.

Así consta en los Arts. 5.2 y 5.3 del Código de Procedimiento Penal, que determina:

“Art. ...(5.2).- Contradictorio.- *Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El juez resolverá con base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal.”*

“Art. ...(5.3).- Oralidad.- *En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral. No se excluye el uso de documentos, siempre que estos no reemplacen a los peritos y testigos, ni afecten a las reglas del debido proceso y del principio contradictorio.”*

En concordancia con la norma constitucional y las disposiciones procesales antes transcritas el legislador dispuso, lo siguiente.

“Art. ...(160.1) Audiencias para la medida de prisión preventiva.- *Desde el inicio de la instrucción fiscal, la medida cautelar de prisión preventiva deberá ser resuelta en audiencia oral, pública y contradictoria, salvo las excepciones previstas en este Código.*

Al efecto, el Juez de Garantías Penales convocara a los sujetos procesales en el término de hasta cinco días a audiencia. La parte que pretenda valerse de un



elemento de convicción tendrá la carga de su presentación en la diligencia, la cual, sin embargo, no podrá suspenderse por falta de tal elemento.

El Juez de Garantías Penales escuchará en primer lugar al fiscal; luego concederá la palabra a la contraparte y promoverá el debate sobre los puntos litigiosos de los elementos presentados. El Juez de Garantías Penales decidirá en la misma audiencia exclusivamente sobre lo solicitado, lo debatido y aquello que resulte directa y procesalmente relacionado.

La comunicación de la resolución, que en todo caso será oral, bastará como notificación a los sujetos procesales.

Toda convocatoria audiencia llevará la prevención que de no asistir el defensor particular del sospechoso o procesado actuará en su lugar el defensor público, designado por el Juez de Garantías Penales en la misma providencia que contenga tal convocatoria.

Se redactará un extracto de la audiencia, la cual contendrá la identidad de los participantes, los puntos propuestos y debatidos y lo resuelto por el Juez de Garantías Penales. El acta será suscrita por el secretario.”

Con esta norma confirmamos que la medida cautelar de prisión preventiva solo puede pedirse cuando se ha dado inicio a la etapa de instrucción fiscal. Pero además las reformas aludidas determinan que no solo el Juez de Garantías es quien debe motivar la decisión de otorgar o negar la medida cautelar, se impone la obligación también de que es el Fiscal quien debe motivar su solicitud y además demostrar la necesidad de aplicar dicha medida. Al respecto transcribimos la norma que contiene tal disposición:

“Art. ...(167.1).- Solicitud de prisión preventiva.- *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 previstas en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal.

Si se trata de delitos sexuales o de lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas 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 término previsto en este Código.”

No entendemos mucho lo que quiso decir el legislador en esa disposición porque en esta se violenta el principio dispositivo porque el Juez puede decretar medidas alternativas a la prisión preventiva pero sin que le pidan las partes, cuando haya negado dictar la medida cautelar pero se trata de delitos sexuales.

Como conocemos el principio de contradicción es uno de los pilares fundamentales del sistema acusatorio, e incluso hay referencias a este principio como la llamada igualdad de armas y reconociendo que el principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías.

La esencia del sistema acusatorio radica en el debate que se extiende en todo el proceso, debate que es oral, público y contradictorio y es por ello que cualquier



decisión que deba tomarse y que afecte los derechos de las partes tiene que ser sometido al principio de contradicción, al respecto Clariá Olmedo opina “la regla del contradictorio se manifiesta en primer término en la exigencia de la comunicación a las partes por la vía de la notificación, la actividad que cumpla el oponente y la que resuelva practicar el juez. Es el procedimiento destinado a dar vida al derecho de audición, que se traduce primero en la posibilidad de dar al juez razones opuestas a las de la otra parte, y segundo, de oponerse las partes con iguales posibilidades a las resoluciones irregulares de los tribunales.”⁴⁷

3.4 Finalidad

El primer inciso del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal determina cual es la finalidad concreta de la medida cautelar prisión preventiva.

“Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:...”

El Art. 159 del mismo cuerpo normativo determina también en forma general la finalidad de las medidas cautelares y dice:

Art. 159.- Medidas cautelares personales o reales.- 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 adoptará 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.”

⁴⁷ CLARIÁ Olmedo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1966.



De las normas legales vigentes podemos concluir que en nuestra realidad procesal penal la finalidad de la prisión preventiva son específicamente dos, la de mantener al justiciable a la orden del juzgado y, retenerlo físicamente para que cumpla la futura pena para el caso de que se dictara sentencia condenatoria.

Cuando una persona viola norma jurídica penal tiene la obligación de tolerar la sustanciación de un proceso y por tanto debe estar a la orden del juez; es por ello que se dice que existe la necesidad de que el justiciable se encuentre a disposición del órgano jurisdiccional que lo está juzgando para evitar que el proceso se suspenda o se paralice ante la ausencia del justiciable, en consecuencia lo pretende la ley es garantizar la inmediación del sujeto pasivo del proceso. Pero ya habíamos mencionado que esta forma de asegurar la inmediación del justiciable con el proceso, no es un fin del proceso sino que esta medida es un instrumento del que se vale el proceso para garantizar su futuro desarrollo.

Entonces el auto de prisión preventiva tiene como antecedente la posibilidad de que el proceso se suspenda por la ausencia del justiciable y tiende a asegurar la celeridad del proceso como lo exige la Constitución para evitar la rémora procesal que evidentemente atenta contra la correcta administración de justicia; en consecuencia, lo que se pretende a través de esta medida cautelar es enervar el riesgo razonable de fuga del procesado o acusado lo cual impediría el normal desarrollo del proceso y fundamentalmente la sustanciación de la etapa de juicio.

Sobre el riesgo o peligro de fuga de un procesado, Zavala Baquerizo, comenta que ninguna persona ya sea inocente ni culpable acepta constituirse en preso provisional para ser llevado a un centro penitenciario donde es confundido con los sentenciados donde debe sufrir todo tipo de maltrato, insalubridad, hacinamiento, todo tipo de violencia, chantaje, de ahí que concluye expresando que el riesgo de fuga siempre existirá y que es el propio Estado quien lo estimula al no haber organizado científica y técnicamente el sistema carcelario y que ha propiciado el afán de fuga de los encausados, porque los centros carcelarios constituyen el castigo adelantado vivido en martirio permanente e invoca a Voltaire, que dijo "Cual es el hombre a quien este procedimiento no asuste?"



¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse? ¡Oh, jueces! ¿Queréis que el inocente acusado no se escape? Pues facilítadle los medios para defenderse”. Y parangoneando tan invocación decir: ¡Oh, jueces! Si queréis que los encausados no fuguen, dadles un lugar de privación de su libertad que esté de acuerdo con el respeto a elementales normas de convivencia humana individual y social.⁴⁸

De otro lado, el juez para otorgar la medida cautelar de prisión preventiva debe valorar la naturaleza del delito que es objeto, pena prevista para ese delito, la situación familiar, así como la situación económica del procesado, sin dejar de examinar el medio de trabajo desarrollado por el mismo y las consecuencias sociales y psicológicas que tal medida puede causar al procesado. La gravedad del delito está determinado por las circunstancias en las que surge en el medio social, es decir la gravedad de la infracción es lo que causa la gravedad de la pena, en estos casos el Juez debe considerar las circunstancias en que se produjeron los delitos como uno de los indicios que puedan llevarlo a presumir la posibilidad de fuga del imputado o del acusado.

Otro incentivo para la fuga es la tiempo de la pena que podría recibir el autor de un delito, entonces a mayor pena mayor probabilidad de fuga, otro aspecto que deberá considerarse el porcentaje de arraigo y bajos las circunstancias del caso no necesariamente porque el procesado tiene una buena situación económica no pueda fugarse, en determinados casos esa buena situación económica le va ayudar para salir fuera del país o, al contrario si no tiene una buena situación económica, no tiene ningún trabajo o un trabajo estable no le ha de importar al procesado dejar un trabajo no rentable frente al hecho de quedar preso provisionalmente.

Nuestra legislación considera como una de las finalidades de la prisión preventiva asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, sin tomar en consideración las circunstancias de la posible fuga y sin considerar cuanto arraigo

⁴⁸ ZAVALA, Baquerizo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.IV, editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005, pág. 106.



social tenga el procesado, pero en la práctica vemos que ya los fiscales, jueces y abogados sobre todo de oficio, hacen referencia en la fundamentación y motivación del auto de prisión preventiva al referirse a este tipo de circunstancias por las cuales podría enervarse la libertad o no de una persona.

Además de las señaladas, existen otras posibles finalidades para que se dicte la medida cautelar de prisión preventiva por parte de un Juez y se refiere a la sospecha de que el procesado estando en libertad ponga en peligro la investigación procesal mediante la destrucción u ocultamiento de los medios de prueba o, impida la comparecencia de los ofendidos o testigos mediante amenazas, esto se conoce en la doctrina como el peligro de que el justiciable se encuentre en libertad, y en tal situación podría intimidar o amenazar al ofendido y a los testigos para que estos no cooperen con la investigación y por ende con la administración de justicia. Pero es necesario no confundir medidas de seguridad personal o de protección con las medidas cautelares, que en el caso legislador sí lo hace cuando en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal enumera las medidas cautelares personales, más ellas son de protección, tales como prohibirle que vaya a determinados lugares o que no le intimide por sí o por medio de terceras personas a las víctimas, sus familiares o testigos, protección que está a cargo de la Fiscalía a través del Programa de Protección a Víctimas, testigos y demás participantes del proceso penal. Pero si está justificada la medida de prisión provisional cuando la actividad del justiciable está dirigida a destruir, ocultar o alterar fuentes de prueba para desviar el desarrollo del proceso y afectar la resolución definitiva.

Pero no es una finalidad para la concesión de esta medida el sostener que se le prive de la libertad al procesado para que no cometa otros delitos porque en este caso ya no sería una medida cautelar sino de seguridad que le corresponde a la administración ejecutiva y que no tendría nada que ver con el sistema de justicia, la prisión preventiva no es un acto procesal dirigido a evitar un daño sino un riesgo relacionado con el desarrollo del proceso.

Nuestra legislación procesal penal establece como una de las finalidades de la prisión preventiva la de asegurar el cumplimiento de la penal, lo cual le convierte a



esta medida en una medida de seguridad, contraria a la naturaleza de la prisión preventiva, porque ella constituye una de las instituciones procesales más íntimamente ligada con la garantía constitucional de inocencia.

Al respecto Maier⁴⁹ dice que el estado de inocencia “no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone el fin al procedimiento, condenándolo”. Esto nos enseña que lo que subyace en el proceso penal es una presunción de culpabilidad por lo que el justiciable es tratado como posible culpable durante todo el proceso, sin negarle la situación jurídica de inocencia que preside procesalmente toda actividad del inculpado. De esta comprensión se justifica que la prisión preventiva no está dirigida con el generalmente inocente sino contra la persona a la que concretamente se la presume culpable y que tiene la expectativa de recibir una sentencia condenatoria.

Este mismo autor argentino Maier dice que el hombre es inocente, salvo que traspasando los límites del tipo penal adecue su conducta a dicho tipo, en cuyo caso deberá someterse al proceso penal como presunto culpable. Pero, la presunción de culpabilidad no excluye la situación jurídica de inocencia, situación que extinguirá solo cuando se dicte una sentencia condenatoria que pase por autoridad de cosa juzgada, mientras tanto en la sustanciación del proceso esa persona es inocente porque ningún proceso se inicia para reconocer la inocencia sino para imponer una pena, a quien se le declara autor de una infracción penal luego del correspondiente juicio de atribuidibilidad.

En consecuencia, si consideramos que toda persona es inocente la prisión preventiva no puede tener como finalidad el asegurar el cumplimiento de la pena, por ello contraría esta garantía constitucional y a la vez un derecho humano de todas las personas y sería injusto que una persona cumpla una pena anticipada, lo que refiere la norma sustancia en el artículo 59 del código penal es que en caso de imponer una sentencia condenatoria se deberá considerar el tiempo que estuvo privado de la libertad como tiempo devengado de la pena.

⁴⁹ MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, pag. 113.



3.5 Límite Temporal, Revocatoria, Sustitución

La extinción de toda medida cautelar, en atención a su característica de instrumentalidad, se da cuando el proceso termina, sea con sentencia condenatoria o con fallo absolutorio; además la medida cautelar puede variar como consecuencia de la variación de los presupuestos que determinaron su imposición. En el caso de la prisión preventiva, en virtud del principio de la excepcionalidad se hace presente la regla de la temporalidad. En principio, debemos tener presente que la prisión preventiva debe durar el tiempo estrictamente necesario para asegurar la finalidad que toda medida cautelar persigue y en sistema procesal acusatorio vigente en el Ecuador, en cuanto a la prisión preventiva se fija un sistema de plazos destinado a evitar que el justiciable permanezca privado de la libertad más tiempo que el que podría derivarse de la hipotética condena. La doctrina fundamenta esta temporalidad en razones de justicia que actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica en el uso de esta medida.

La necesidad de fijar un plazo a la prisión preventiva, explica Alberto Bovino, ha sido reflejada en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su art. 7, inc.5, establece que “toda persona detenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad”

En nuestra legislación procesal es con el cambio de sistema que se pone plazo a la duración de la medida cautelar de prisión preventiva pues, antes de las reformas del 2000, el Código de Procedimiento Penal no refería nada con respecto al uso de esta medida, lo que motivo que se abusara de la misma. Con la Constitución de 1998, ya se adopta esta temporalidad pero como decíamos más bien como un reflejo del instrumento internacional ya referido, pero por primera vez se limitaba la duración de la prisión preventiva de manera que esta no podía durar más de seis meses en casos de delitos sancionados con penas de prisión y un año en caso de delitos sancionados con penas de reclusión, estableciendo que si la prisión preventiva se extendía de ese plazo, esta medida quedaba sin efecto bajo la responsabilidad del juez que conoce de la causa. El Código de Procedimiento Penal como no podía ser de otra manera transcribió esta



norma constitucional a sus preceptos, sin embargo se dieron muchos casos en los que procesados recuperaron su libertad porque el tiempo de duración de esta medida era corta y además en ciertas ciudades los imputados por recomendación de sus abogados no se presentaban a la audiencia con el objeto de beneficiarse de la caducidad de la prisión preventiva por ello, el legislador se inventó aquella fórmula que fue declarada inconstitucional y que se denominaba “*la detención en firme*”, en virtud de la cual, cuando un procesado obtenía un auto de llamamiento a Juicio la prisión se convertía en detención en firme; en consecuencia, podría permanecer privado de su libertad más de los plazos previstos tanto en la norma procesal como en la Constitución.

Actualmente con respecto a la caducidad de la prisión preventiva con las reformas al Código de Procedimiento Penal del 2009, la prisión preventiva no puede exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. En estos dos casos, el plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva.

En caso de llegarse a exceder estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad de la Jueza o Juez de Garantías Penales; en este caso la Jueza o Juez o el Tribunal de Garantías Penales deberán remitir obligatoriamente e inmediatamente el expediente completo de cada caso al Consejo de la Judicatura, Órgano que llevará un registro individualizado de estos hechos. En la práctica se conoce que se hace una investigación sobre la causa para que se haya dado la caducidad de la prisión preventiva y si son imputables a los operadores de justicia, desconocemos si se hayan dado sanciones con respecto a la caducidad de la prisión preventiva.

Actualmente la norma procesal prevé la posibilidad de que no pudiese realizarse la audiencia de juzgamiento por inasistencia de los imputados, de los testigos considerados indispensables para la resolución del caso, de los peritos, de los intérpretes o de los abogados defensores de los acusados, es decir por causa no imputable a la administración de justicia, dicha inasistencia suspenderá ipso jure el decurso de los plazos legales previstos hasta la fecha en la que efectivamente



se realice la audiencia de juzgamiento. De todo esto se deberá dejar constancia por parte del secretario respecto de la suspensión en cada expediente.

En consecuencia, no se considerará 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.

Se considerara una suspensión del plazo de esta medida en relación a los actos unilaterales del imputado o acusado, cuando con deslealtad procesal provoque incidentes o dilataciones al trámite del proceso que no correspondan al derecho de impugnación a una resolución o sentencia, o cuando incumpla en forma deliberada las disposiciones del Juez, para que se presenten a las audiencias legalmente convocadas y notificadas, evidenciando la intención de retardar el desarrollo normal del proceso para beneficiarse de una futura declaratoria de caducidad.

En las reformas establecidas se determina que el plazo de caducidad no se computará el tiempo que haya transcurrido entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de los fallos sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando éstas hayan sido negadas.

En caso de que se haya producido la caducidad de prisión preventiva, obligatoriamente el Juez debe disponer que el procesado queda sujeto a presentarse periódicamente ante el juez, además de la prohibición de ausentarse del país o una sola de estas medidas si la estimare suficiente, para garantizar la inmediación del imputado con el proceso. Es decir que, cumplido el tiempo que debe durar la prisión preventiva, ésta será sustituida por otras medidas alternativas establecidas en los numerales 4 y 10 del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal. La disposición legal que regula el tema de la caducidad de la prisión preventiva se encuentra contenida en el Art. 169 del Código Adjetivo Penal. La Constitución de la República determina el tiempo de duración de la medida cautelar de prisión preventiva, en el Art. 77 numeral 9, que reza:



“Art. 77.- Garantías en caso de privación de la libertad.- En todo proceso penal en que se haya privado la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

...9. 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 con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.”

Revocatoria.- Respecto de este tema, podemos decir que el auto de prisión provisional es una providencia *rebús sic stantibus*, esto quiere decir es una providencia judicial que aún estando ejecutoriada puede ser revocada o sus efectos jurídicos suspendidos en los casos expresamente señalados en la ley, como lo prevé el Art. 170, que dice:

“Art. 170.- Revocatoria o suspensión de la prisión preventiva.- La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la 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.

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

El fundamento para que la medida cautelar pueda ser revocada en cualquier tiempo y en los casos determinados en la ley es la garantía constitucional que se lesiona con esta medida y que es la libertad del ciudadano, que solo puede estar limitado en su libertad el mínimo tiempo posible y solo en los casos de extrema y última necesidad.



El primer caso para que se revoque la prisión preventiva es que hubieren desaparecido los indicios que hacían sospechar que se había cometido un delito de acción pública o, en su defecto, que se habían desvanecido los indicios que hacían creer que el imputado había intervenido como agente en el delito que es objeto del proceso, es decir cuando hubieren desaparecido los indicios estructurales de los presupuestos objetivos de la medida cautelar.

El otro caso se refiere que el juez debe revocar el auto de prisión preventiva cuando se hubiere dictado el auto de sobreseimiento a favor del procesado. El auto de sobreseimiento es aquel por el cual el procesado queda liberado provisional o definitivamente de la pretensión punitiva que se exhibió frente a él durante la instrucción fiscal. Si para la procedencia de la prisión preventiva es necesario para existan indicios claros y precisos de la existencia de un delito y de la intervención del procesado en el mismo, para que se dicte el auto de llamamiento a juicio es necesario que se hayan justificado presunciones graves y fundadas sobre la existencia de la infracción y exista el nexo causal entre el delito y el procesado. En relación a esta norma esta la garantía constitucional establecida en el numeral 10 del Art. 77 que reza:

“Art. 77.-.- Garantías en caso de privación de la libertad.- En todo proceso penal en que se haya privado la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida cobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.”

También es posible la revocatoria de la prisión preventiva cuando el juez considere conveniente reemplazar la prisión preventiva por otra medida alternativa que se encuentran enumeradas en el artículo 160 de la norma adjetiva penal y esto tiene su fundamento en lo que dispone la Constitución que en el Art. 77 dispone lo siguiente:



“Art. 77.- - Garantías en caso de privación de la libertad.- En todo proceso penal en que se haya privado la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la Libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso,... La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad 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.”

Finalmente, el referido artículo 170 dispone que la prisión preventiva debe revocarse cuando se hayan cumplidos los plazos determinados en el Art. 169 del Código Adjetivo Penal, este caso no se requerirá de la solicitud de las partes pues el juez de oficio decretara la revocatoria de esta medida.

Sustitución, el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, determinar en forma general que una medida cautelar dispuesta con anterioridad o, pese haberla negado anteriormente puede ser sustituida o derogarla, cuando: a) Cuando hechos nuevos que así lo justifiquen; y, b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad. Esto tiene relación prácticamente con el numeral 3 del Art. 170 del Código procesal penal, creemos que en este caso se está redundando y hasta condicionando para que el juez para reemplazar o sustituir una medida o derogarla debe también observar que se cumplen estos dos requisitos, es decir ha cambiado el cuadro procesal y así motivar la sustitución.

No cabe tal sustitución en los siguientes delitos: contra la administración pública, de los que resulten la muerte de una o más personas, de violencia o de odio. En los demás casos si cabe la sustitución, esto se mantuvo desde el 24 de marzo del 2009 hasta el 28 de marzo de 2010 pues, con las recientes reformas al Código de



Procedimiento Penal, concretamente a esta disposición legal, no cabe la sustitución en los siguientes delitos: contra la administración pública, de los que resulten la muerte de una o más personas, de los delitos sexuales o de odio, de los sancionados con pena de reclusión o cuando no exista reincidencia.⁵⁰

En los demás delitos la prisión preventiva puede ser sustituida por *arresto domiciliario* en los casos en que la persona procesada sea mayor de sesenta años de edad o una mujer embarazada o parturienta, en este caso hasta los noventa días después del parto; y, además este plazo podrá extenderse cuando el niño o la niña hubiere nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre hasta que los supere. En el caso de que, las mujeres embarazadas, privadas de la libertad, no pueden beneficiarse con la sustitución de la medida cautelar, deberá cumplirla en lugares especialmente adecuados para este efecto.

En todo caso, el juez puede adoptar la medida cautelar que corresponda buscando la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio.

Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el Juez para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida no otorgue una explicación satisfactoria, es decir si no motiva porque no ha concluido la investigación, el juez está facultado a derogar o sustituir la medida cautelar.

Con respecto al arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la policía judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no está necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida creemos que quiso decir ininterrumpida por ello puede decretar la vigilancia policial periódica.

En el supuesto de incumplir una medida sustitutiva, el juez debe dejarla sin efecto y al mismo tiempo ordenará la prisión preventiva del procesado y en este caso ya no procederá una nueva medida de sustitución.

⁵⁰ Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial No. 160 de lunes 29 de marzo de 2010, Ley Reformativa al Código Penal y Código de Procedimiento Penal.



Para la medida de control de la presentación periódica, el funcionario designado tiene la obligación de comunicar al juez dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día de la presentación, si esta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar. De otra parte, la prohibición de salir del país será notificado a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones de ley.

En todo caso, la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva no es otra cosa que el cumplimiento de la disposición constitucional ya referida en líneas anteriores y que se encuentra contenida en el numeral 11 del Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

Finalmente debemos manifestar que la prisión preventiva es susceptible de apelación ya sea por parte del procesado cuando se ha concedido esta medida o, de parte del fiscal cuando esta medida ha sido negada. En todo caso, la impugnación y la concesión del recurso no tendrán efecto suspensivo, ni serán causa que obstaculice la prosecución de la investigación fiscal o del proceso. Se remitirá una copia del proceso y la Sala correspondiente deberá resolver sobre los méritos de lo actuado en un plazo de cinco días, de lo contrario los jueces provinciales serán sujetos de sanción. Solo en este caso, la norma no prevé que se lleve a efecto una audiencia oral y pública para que en ella se argumente y se justifique por parte del recurrente la impugnación o concesión de esta medida cautelar.

3.6 Medidas Alternativas y el Principio de Inocencia

Ya hemos referido que el derecho a la libertad personal –ius libertatis- se encuentra garantizado en nuestra Constitución y la única forma de enervar este derecho es la comisión de una infracción que como sabemos debe estar prevista en la ley penal pero no solo haber adecuado la conducta a ese tipo penal hace que una persona pierda su derecho a la libertad y es que es necesario que se



cumplan determinados presupuestos para que se prive de la libertad a una persona. En consecuencia, la libertad ambulatoria es la regla general y la prisión preventiva constituye una excepción a esa libertad y que el Estado – a través del poder punitivo- ha creado algunas medidas para enervar esa libertad frente a la comisión de una conducta antijurídica, las mismas que se encuentran contempladas en el Art. 171 y que se encuentran en relación a lo dispuesto en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal y que fueron referidas en el punto anterior cuando tratamos el tema de la sustitución de la prisión preventiva, estas medidas alternativas son:

- El arresto domiciliario, con o sin vigilancia policía interrumpida o vigilancia policial periódica
- La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez de Garantías Penales o ante la autoridad que éste designare
- La Prohibición de ausentarse del país

Si la privación de la libertad es por mandato constitucional excepcional y de última ratio, estas medidas llamadas alternativas deberían ser principales para que solo como una medida alternativa se privad de la libertad a una persona.

Privar de la libertad a una persona es una de las resoluciones más grave y serias que tiene que adoptar una juez penal pues, por un lado se encuentra una persona a la que tanto la norma constitucional como la legal la consideran inocente hasta que no sea declarada culpable en sentencia condenatoria ejecutoriada y, por otro lado, se encuentra la administración de justicia, que exige que el imputado se encuentra a sus órdenes para impedir la paralización del proceso penal y además impedir que se alteren o destruyan los medios de prueba. Sobre estos temas el juez debe resolver sobre la conveniencia de limitar la libertad al sujeto pasivo del proceso o, en su defecto imponer una medida de menor gravedad que la anterior para que cumpla con la misma finalidad instrumental que cumple la prisión preventiva.

El fundamento de las llamadas medidas alternativas a la prisión preventiva es la proporcionalidad que debe existir entre la necesidad de su procedencia para fines



procesales y el sacrificio que significa a la persona la limitación de uno de sus derechos fundamentales como el de la libertad; entendiéndose por necesidad que la medida cautelar a imponerse sea el único medio capaz de garantizar la sustanciación del proceso penal.

Es importante destacar que nuestra legislación procesal penal en la disposición legal antes invocada establece como presupuestos de procedibilidad para la sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas, es que el delito no se trata de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de delitos sexuales, de odio, de los sancionados con una pena de reclusión o cuando no exista reincidencia. Esto, según las reformas de marzo de 2010 que se incrementó los delitos sexuales en lugar de delitos de violencia y además se incrementaron los delitos sancionados con una pena de reclusión o cuando no exista reincidencia. Hasta antes de las reformas de marzo de 2009 las únicas excepciones para la aplicación de las medidas cautelares alternativas eran los delitos sancionados con una pena mayor a cinco años y cuando el imputado o acusado no haya sido condenado con anterioridad por haber cometido un delito.

Otro aspecto que debemos anotar con respecto a las medidas cautelares alternativas es que no son de aplicación obligatoria por parte del juez pues, si se hubieren cumplido los presupuestos legales el juez no está obligado a sustituir la medida cautelar de prisión preventiva, que debió dictarse con anterioridad para puedan aplicarse las medidas cautelares alternativas.

Es importante destacar que el segundo inciso del artículo 171 –según reformas de marzo de 2010- que analizamos establece que la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en la que la persona procesada tenga una discapacidad mayor al cincuenta por ciento certificada por el CONADIS, padezca de enfermedad catastrófica, sea mayor a sesenta años de edad o sea una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. 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.



Las medidas alternativas pueden ser revocadas en el caso que el juez considere que el procesado se encuentra incumpliendo la medida sustitutiva, en este caso el juez dejará sin efecto la medida alternativa y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado, en este caso no procederá que se disponga una nueva medida alternativa de sustitución.

Al respecto citaremos a Alberto Bovino⁵¹, que sobre el tema opina que los Tribunales de la justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano de cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el poder judicial, exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda detención ilegítima. La detención será ilegítima en la medida en que no cumpla con todas y cada una de las exigencias jurídicas formales y materiales propias del encarcelamiento preventivo.

Y, continúan, expresando que si los tribunales no asumen esta obligación, no sólo incumplen con uno de los deberes esenciales de la función judicial sino que, además, resultan responsables directos, a través de sus resoluciones, del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado capaz de generar la atribución de responsabilidad internacional. Para cumplir adecuadamente su función de protección de los derechos fundamentales de las personas, los tribunales deben reconocer y respetar la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno, aun del derecho constitucional.

En el tema de la prisión preventiva o “encarcelamiento preventivo” como lo llama Alberto Bovino, el principio de presunción de inocencia, es sin duda el “principio de principios”, porque es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de la libertad procesal.

⁵¹ BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 2005, pág. 128.



En la formulación tradicional de este principio se impone la exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los seres humanos; es por ello que, el imputado, a pesar de ser sometido a persecución penal, debe recibir un tratamiento distinto al de las personas condenadas.

El principio de presunción de inocencia no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige el trato de inocente, sin importar, para ello, el hecho de que sea realmente culpable o inocente por el hecho que se le atribuye.

Las consecuencias del principio de inocencia son varias. En primer lugar, exige la realización de un juicio penal de determinadas características, como presupuesto indispensable para obtener la sentencia condenatoria capaz de destruir el estado jurídico de inocencia del imputado. En segundo lugar, una consecuencia que deriva del principio de inocencia es expresada por el aforismo *in dubio pro reo*, que requiere que la sentencia de condena y la aplicación de una sanción penal esté fundada en la certeza del tribunal que resuelve el caso acerca de la responsabilidad penal del imputado. La tercera consecuencia del principio de inocencia consiste en la atribución de la carga de prueba al órgano acusador, exigencia que se denomina *onus probando*. Por cuanto el estado de inocencia actúa como un escudo que protege al imputado, le corresponde al acusador - particular o estatal- la tarea de presentar elementos de prueba que demuestren con certeza los presupuestos de la responsabilidad penal del imputado. Y, finalmente, una cuarta consecuencia derivado del principio de inocencia exige que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del proceso. La consecuencia más importante de esta exigencia consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso y, en las limitaciones que, necesariamente, deben ser impuestas al uso de la coerción del Estado en el marco del procedimiento penal. Para que no se vulnere el principio de presunción



de inocencia, la aplicación concreta de las medidas de coerción procesal debe, ineludiblemente, cumplir los requisitos y condiciones que determinan su legitimidad.

Los Tratadistas sostienen que la detención preventiva contradice todos los principios de protección que impiden el abuso de poder penal del Estado. La sanción penal sólo puede ser impuesta luego de la sentencia condenatoria firme pues, hasta ese momento rige el principio de inocencia, es decir que las personas no pueden ser privadas de la libertad anticipadamente; sin embargo de ello, la prisión preventiva vulnera de modo inevitable esas garantías.

La obligación del Estado exige el respeto del derecho a la libertad personal de toda persona jurídicamente inocente, incluso de quien se halla sometido a persecución penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o la verosimilitud de la imputación, porque lo que se trata es de proteger al individuo de la acción del poder estatal, en consecuencia no se puede recurrir a la prisión preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena o impedir que el imputado cometa un nuevo delito.

Desde esta perspectiva de protección de los derechos humanos y fundamentalmente del principio de presunción de inocencia, la prisión preventiva solo se encuentra justificada cuando resulta imposible neutralizar el peligro procesal con medidas de coerción alternativas al encarcelamiento preventivo. El principio aludido obliga a aplicar siempre la medida menos gravosa e incluso en aquellos casos en los cuales se debe elegir entre distintas medidas no privativas de la libertad. Así mismo, el legislador está obligado a prever una amplia gama de medidas de coerción, alternativas a la prisión, que permitan su aplicación en la generalidad de los casos y que también sirvan para garantizar los fines del proceso penal; precisamente en este sentido, que nuestra legislación procesal penal establece medidas cautelares alternativas que son menos gravosas para aquellos casos que resulte posible neutralizar el peligro procesal sin necesidad de recurrir a la prisión preventiva, tales medidas son el arresto domiciliario, la obligación de presentarse ante el juez u otra autoridad, la obligación de



presentarse periódicamente ante el juez, quien deberá agotar toda posibilidad de garantizar los fines del proceso sin acudir a la privación de la libertad.



CAPITULO IV

LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

4 Medidas Cautelares Reales

Las medidas cautelares reales o patrimoniales son aquellas que tienden a limitar la libre disposición de un patrimonio con el objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal.

Coral Arangüena Fanego⁵² define a las medidas cautelares reales como aquellas medidas procesales que, recayendo de modo exclusivo sobre el patrimonio del legalmente obligado a su prestación, están específicamente orientadas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible por el que se procede a declarar en su día la sentencia. En consecuencia, están destinadas a asegurar cautelarmente las consecuencias jurídicas económicas del delito.

Las medidas cautelares, en virtud a su característica de instrumentalidad están predeterminadas a garantizar la efectividad de la posible sanción penal-civil que se imponga a quien resulte responsable de la comisión de un delito. Y, en atención a su característica de homogeneidad permiten asegurar el derecho afirmado, adelantando parcialmente alguno de los efectos de la resolución definitiva, mientras es discutido en el proceso para mantenerlo íntegro en la fase ejecutiva, una vez que fuera reconocido en la sentencia judicial.

Por ello, las medidas cautelares reales, en cuanto limitan la posibilidad de la disponibilidad de ciertas cosas, es una respuesta procesal al pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido. En suma, las medidas cautelares reales buscan proteger, garantizar los intereses pecuniarios conexos al hecho ilícito penal, a declarar en la sentencia.

⁵² ARANGÜENA, Fanego Coral, Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.



Calamandrei sostiene que las medidas cautelares reales se fundamentan en la necesidad de evitar el primer peligro que conlleva la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz la ejecución forzosa. Por ello, dice este autor, que no es necesario probar que el imputado ocultará o hará desaparecer sus bienes así como su suficiencia o insuficiencia patrimonial, basta la simple valoración objetiva que nace de la imputación delictiva fundada. A este objetivo de evitar la infructuosidad de la sentencia está llamada la medida cautelar real.

En otras palabras, como no es posible determinar el tiempo de duración del proceso y es probable que durante este tiempo el responsable pretenda crearse una situación de insolvencia que le exima del pago de las responsabilidades a las que está obligado.

4.1 Naturaleza

Las medidas cautelares reales inciden sobre objetos materiales a diferencia de las medidas cautelares personales. Las medidas cautelares reales comprende los bienes del encausado para asegurar los efectos civiles de la condena penal. Para Clariá Olmedo, las medidas cautelares reales son de coerción real porque recaen sobre elementos probatorios distintos de las personas mismas o, sobre bienes del imputado o de terceros para asegurar la prueba material o las responsabilidades pecuniarias ante la eventualidad de una condena.

En nuestra legislación procesal penal la medida cautelar real es menos ambiciosa y se refiere 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.

Manzini⁵³ hace una diferencia entre la aprehensión real de las cosas que sirvan de medios probatorios o para la completa sustanciación del proceso penal con aquellas medidas contenidas en “las providencias cautelares que sirvan, en

⁵³ MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, ob. cit.



cambio, como garantía de intereses procesales penales...” a las cuales considera “actos relativos a la coerción procesal” a fin de satisfacer los intereses civiles que se derivan de la imposición de una condena o la de su disponibilidad para la ejecución de la condena.

Maier por su parte, critica la división de las medidas cautelares en personales y reales, según afecten a las personas o a las cosas y manifiesta que las cosas no pueden ser objeto de la coerción. Además que todas las medidas coercitivas de carácter procesal afectan a los derechos de las personas garantizados constitucionalmente.

La medida cautelar de carácter personal actúa como instrumento del proceso, porque mira al normal desenvolvimiento del proceso al asegurar la intermediación del encausado con el órgano jurisdiccional o impedir la destrucción, alteración de los medios de prueba. En cambio, las medidas cautelares de carácter real, se sostiene por parte de la doctrina que en sí misma no es una medida cautelar sino que se refiere a asegurar el cumplimiento de la pena pecuniaria y a asegurar la satisfacción económica del ofendido por la indemnización de daños y perjuicios, que es una actividad posterior a la conclusión del proceso y por tanto dichas medidas no tienen ninguna incidencia en la sustanciación del proceso y que solo se hacen efectivas una vez concluida definitivamente el proceso.

El Art. 191 del Código de Procedimiento Penal, dispone lo siguiente:

Art. 191.- Modalidades.- *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 cautelares 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 impugnan”.*

Además la norma procesal penal establece que todas las medidas cautelares de carácter real comprenderán bienes por valores suficientes para garantizar las



obligaciones a las que se refiere el artículo anterior, valores que serán fijados por el Juez, con equidad, y al momento de dictar el auto en que ordene la respectiva medida.

4.2 Finalidades y Clasificación

Las medidas cautelares tienen como única finalidad asegurar el efecto económico del proceso y, esto en razón de que la realización de la justicia penal debe ser integral, no basta que se imponga la pena y se ejecute ésta sino que también es necesario el resarcimiento de los perjuicios económicos que la comisión de un delito provocó. De este modo, se cumple a cabalidad el pronunciamiento constitucional contenido en el Art. 169 que determina “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia”. Tal realización, en materia penal, presenta dos aspectos: por un lado, el conocimiento del delito y la declaración de culpabilidad del autor; por otro lado, la ejecución de la condena impuesta. La primera es procesal; la segunda, es post-procesal.

En pocos casos la ley penal prevé como sanción, además de la pena privativa de la libertad, la accesoria de multa; en otros casos, muy pocos, la ley penal se limita a fijar como pena única y principal la pecuniaria, excluyendo la pena privativa de libertad cuando se trata de delitos que generan poco daño social e individual. Además, la ley penal, en ciertos casos señala como pena accesoria, el comiso que comprende la aprehensión de la cosa instrumento preparatorio o consumativo de la infracción; en este caso el comiso es una pena accesoria que solo procede como acto provisional en los casos expresamente previsto en el Código de Procedimiento Penal y en las leyes especiales; y como acto definitivo en todos los casos en que la ley prevé esta pena vinculada con un delito.

La ley procesal penal establece que los bienes que pueden ser objeto de la medida real de seguridad deben ser de propiedad del encausado, por tanto no pueden ser objeto de a limitación a la propiedad los bienes de copropiedad, o que se encuentren al cuidado del justiciable. Esto tiene su fundamento porque se trata de medidas que sólo pueden afectar a las personas que se encuentran en



situación procesal de imputados, porque solo ellos deben cumplir una posible condena a una pena pecuniaria o, pagar indemnización de perjuicios, si fuere el caso.

Generalmente estas medidas son otorgadas cuando el ofendido ha presentado acusación particular; sin embargo, como excepción los jueces deben ordenar de oficio estas medidas al tratarse de los siguientes casos:

- a) Delitos de traición a la Patria, en este caso la sentencia condenatoria por ese grave delito, debe contener la obligación de resarcir al Estado los daños y perjuicios ocasionados.
- b) Delitos contra la seguridad interior del Estado, en este caso toda sentencia condenatoria debe imponer la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados al fisco.
- c) Delitos de peculado, en este caso la sentencia condenatoria debe resolver lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios y establecer las bases para la liquidación correspondiente aun cuando no se hubiere deducido acusación particular.
- d) Siguiendo esta línea los delitos de trata con fines de explotación sexual, de pornografía infantil el juez en la sentencia condenatoria haya o no acusación particular deberá mandar a pagar la indemnización de daños y perjuicios.

Decíamos que por regla general el juez otorga medidas cautelares reales cuando el ofendido presenta acusación particular; sin embargo, con las reformas introducidas por la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal publicada en Registro Oficial –Suplemento 555 de 24 de marzo de 2009, se reformó el Art. 309 del Código Adjetivo Penal incluyendo el numeral 5 que dice:

Art. 309.- Requisitos de la sentencia.- *La sentencia reducida a escrito, deberá contener:*

5 *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.”*



En nuestra opinión estamos de acuerdo con esta reforma por cuanto ya se cumple con los derechos de las víctimas que es el resarcimiento e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, sin necesidad de que haya actuado como acusador particular o no.

Las medidas cautelares reales debe ser ordenadas al tiempo que se solicitan las medidas cautelares personales, por tanto durante la etapa de instrucción fiscal y luego, en todo caso en que se expida el auto resolutorio, antes hace poco llamada “auto de llamamiento a juicio” por las tantas reformas al Código de Procedimiento Penal. El juez deberá disponer una de las medidas cautelares de carácter real si antes lo hubiera dispuesto, por una valor equivalente al valor de la multa y a las indemnizaciones civiles, por los perjuicios causados al ofendido.

Clasificación Nuestra ley procesal determina que son cuatro modos de hacer efectiva la medida cautelar real y son: secuestro, retención, embargo y prohibición de enajenar, éste último fue suprimido en las reformas de marzo de 2009 pero restituido en las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal, mediante Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal publicado en Registro Oficial 160 de 29 de marzo de 2010.

El secuestro es una medida cautelar que tiene semejanza con el embargo pues ambos pueden tener como objeto bienes muebles o bienes inmuebles; sin embargo el secuestro es de naturaleza provisional y simplemente preventivo; en tanto que el embargo es una medida que no puede revocarse hasta que el proceso no haya concluido por la sentencia absolutoria firme. En el caso de una sentencia condenatoria, el bien embargado puede ser rematado para satisfacer con el producto del remate el valor de la pena pecuniaria y el de las indemnizaciones civiles.

El secuestro puede ser revocado cuando el juez lo crea conveniente, su finalidad se agota al aprehender el bien con fines de aseguramiento, porque no tiene carácter definitivo, puede haber transición del secuestro al embargo pero no puede suceder lo contrario. En otras palabras, una vez ordenado el embargo no puede dejar de cesar por haberse ordenado el secuestro del bien embargado; en



cambio, una vez ordenado el secuestro, éste puede ser revocado por haberse dictado el embargo sobre el bien secuestrado anteriormente.

La Retención es la aprehensión de una cosa mueble –generalmente rentas o créditos- que el deudor tiene en poder de una tercera persona y que queda a disposición del juez en poder de un depositario judicial.

La Prohibición de enajenar bienes, se refiere exclusivamente a bienes raíces que se encuentran registrados dentro del patrimonio del encausado. Para que el juez ordene el auto por el cual prohíbe enajenar un inmueble necesita que conste en el proceso la certificación del Registrador de la Propiedad del cantón en donde está ubicado el inmueble, que acredite que el sujeto pasivo del proceso es propietario del inmueble individualizado en dicho certificado. Esta prohibición como es una medida asegurativa provisional puede ser revocada en el momento en que el juez lo considere conveniente o cuando hayan cesado las causas que la hicieron precedente.

El embargo, es una medida cautelar que al igual que la retención, el secuestro o la prohibición de enajenar de los bienes de imputado, se dicta para asegurar el pago de indemnizaciones civiles y de las penas de carácter pecuniaria.

El embargo tenía la característica de ser una medida obligatoria que el juez la decretaba cuando se dictaba el auto de llamamiento a juicio, antes del 2000, “auto de llamamiento a plenario” y ahora “auto resolutivo”, con el único propósito de asegurar el pago de daños y perjuicios derivados de la acción delictiva. Decimos, que el embargo era una medida cautelar que se la dictaba con el auto que daba por terminado la segunda etapa del proceso penal, que es la intermedia, ahora el contenido del artículo 193 del Código de Procedimiento Penal, dispone lo siguiente:

“Art. 193.- Disposición de una medida cautelar real.- En todo caso en que se expida el auto de resolución correspondiente, el Juez de Garantías Penales dispondrá una de las medidas cautelares 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 inscribirá obligatoriamente y en forma gratuita por los Registradores de la Propiedad.”

De acuerdo con la norma transcrita no necesariamente se dispondrá el embargo de los bienes del procesado si no que puede otorgar cualquiera de las medidas cautelares reales si antes no lo hubiera dispuesto por una cantidad equivalente al valor de la multa y a las indemnizaciones civiles, dejando con ello a la subjetividad del juez considerar el monto de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el delito.



CONCLUSIONES

La libertad personal constituye uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía superado solo por el derecho a la vida. En consecuencia, la garantía de la libertad se erige como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho; en este orden, la Constitución de la República del Ecuador consagra la libertad y seguridad personales como un derecho humano fundamental que sólo puede ser restringido por expresas disposiciones jurídicas con rango de ley.

El proceso penal se encuentra destinado a la aplicación del ius puniendi del Estado; pero constituida en salvaguarda de la libertad y de la convivencia en nuestra sociedad. Para la configuración del proceso penal, el legislador debe tener presente, por un lado, el necesario aseguramiento del orden con la prevención general; y, por otro lado, la defensa de la libertad del ciudadano; de esta pretendida armonía surgen las medidas cautelares pero sobre la base del derecho a la libertad de toda persona; por ello, actualmente existe una tendencia, por exigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de dar una prevalencia de la libertad sobre la autoridad y las formas de limitación a esa libertad.

La libertad está restringida en el desarrollo de un proceso penal; solo puede justificarse por la necesidad de garantizar la sujeción de una persona, para que pueda hacerse efectiva las consecuencias jurídicas del delito por el que se la condena.

El Objeto preponderante de las medidas cautelares penales son las personas sin desconocer que también recaen sobre las cosas.

La libertad del ciudadano es la regla en materia de sujeción a proceso penal y su restricción debe estar reglada en normas expresas, en virtud al principio de legalidad y además debe estar sujeto a los postulados de necesidad, discrecionalidad, proporcionalidad, así como el principio de presunción de inocencia.



La única autoridad para restringir procesalmente la libertad la libertad de un ciudadano, es un Juez y además que esta restricción debe estar justificada con el único objetivo de garantizar la efectividad de una posible sentencia condenatoria.

Finalmente podemos concluir expresando que las medidas cautelares tienen por finalidad garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, del ius puniendi, impidiendo que el procesado evada la acción de la justicia.



RECOMENDACIONES

Consideramos importante citar como recomendaciones, las siguientes, las mismas que van a tono con la exigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, que deben ser recogidos por todos los Estados que han incorporado a su legislación, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos:

- 1)** Que frente a una simple sospecha de la comisión de un delito, el Estado no puede y no debe adquirir el derecho de privar de su libertad al sospechoso. Por el contrario, lo que primero se debe justificar en cada caso es, el derecho del Estado a privar de la libertad al procesado. En consecuencia y en armonía con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, debería eliminarse del Código de Procedimiento Penal, el tema de Detención para investigaciones, para que no exista una medida extra procesal que podría resultar ser arbitraria frente al derecho de libertad de todo ciudadano.
- 2)** Que por regla, y hasta tanto se ha condenado como autor o cómplice de un delito, el procesado gozará efectivamente del derecho a su libertad personal y, solo excepcionalmente, cuando éste intente abusar de su libertad para frustrar el propósito de afianzar la justicia que persigue el juicio previo, solo en esa circunstancia al Estado puede limitar o restringir su libre movilidad, siempre que tal riesgo no puede neutralizarse por otro medio menos cruel. En consecuencia, se aplicará las medidas cautelares, fundamentalmente la de privación de la libertad como excepción y procurando utilizar medidas alternativas para asegurar la comparecencia del procesado al juicio.
- 3)** Corresponde al Estado demostrar: la existencia de los peligros que justifiquen la limitación o, la restricción de la libertad del procesado, es decir se deberá evidenciar que tiene derecho a privar de la libertad en el caso concreto, probando; que lo contrario, significaría tolerar que la justicia sea burlada. Por tanto recomendamos, que así como la Jueza o Juez de Garantías Penales deben motivar la dictación de una medida cautelar, la parte que solicite estas medidas, es decir que el Fiscal también lo haga, por constituir el órgano estatal encargado



de impulsar la acción penal, en consecuencia, es quien deberá demostrar el peligro que justifique la limitación de la libertad de un procesado.



BIBLIOGRAFIA

ALMAGRO Nosete, José y Tomé Paule, José, “Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal”, 2da. Edición, Editorial Trivium, Madrid, 1994.

ARANGÜENA, Fanego Coral, “Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

ARBUOLA Valverde, Allan. “La Prueba Indiciaria o Circunstancias”, Costa Rica, 1995.

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio “Litigación Penal Juicio Oral y Prueba” Concordancias con la legislación colombiana, grupo Editorial IBAÑEZ, ISBN:978-958-8297-20-0, Bogotá-Colombia, 2008.

BINDER, Alberto M. “Introducción al Derecho Procesal Penal” 2da. Edición, Editorial Ad-Hoc, ISBN:950-894-185-5, Buenos Aires-Argentina, 2005.

BOVINO, Alberto, “Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo”, editores del Puerto, ISBN:987-9120-22-1, Buenos Aires-Argentina, 2005.

CABANELLAS de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires – Argentina, ISBN: 950-0065-09-6, 6ª reimpresión 1983.

CALAMANDREI, Piero: “Introduzione allo stuido sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova”, CEDAM, 1936, pag. 21.

CARNELUTTI, Francesco, “Derecho Procesal Penal”, Volumen 2, Editorial Oxford, ISBN:970-613-544-8, México D.F., 2001.

CARRARA, Francesco, “Programa de Derecho Criminal”, Volumen II. Editorial Temis, Bogotá, 1971.



CLARIÁ, Olmedo Jorge, “Derecho Procesal Penal”, Tomo V., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1966.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial Suplemento No. 360. 13 de enero del 2000. Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 555. 24 de Marzo del 2009.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008.

ESPASA, Diccionario Jurídico, Nueva Edición totalmente actualizada, editorial Espasa, Madrid- España, 2001, ISBN: 84-239-6666-6.

FENECH, Miguel, “Derecho Procesal Penal”, Vol. II, Editorial Labor, Barcelona, 1952.

FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Trota, Madrid, 1995.

FRAMARINO, Nicola, “Lógica de las Pruebas en materia criminal”, Bogotá, 1988.

GOMEZ De Liaño, Fernando, “El Proceso Penal”, Editorial Forum, Oviedo, 1996.

GUERRERO, Vivanco Walter, “Derecho Procesal Penal”, Tomo II “La Acción Penal”, Cuarta Edición corregida y aumentada, Pudeleco Editores S.A., ISBN: 9978-966-61-7, Quito-Ecuador, 2004.

MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Ariel, Barcelona 1989.

SAN MARTÍN Castro, César, “Derecho Procesal Penal”, Volumen II, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima – Perú, 2001, Parte IV.



SERRA Domínguez, Manuel / RAMOS, Méndez, Francisco, “Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil”, Editorial Industrias Graficas Pareja, Barcelona, 1974.

VACA, Andrade Ricardo, “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal”, Edición 2da., Corporación de Estudios y Publicaciones, ISBN: 9978-86328-1, Quito-Ecuador, 2000.

VALDIVIESO, Simón “El Juez Ecuatoriano y el Nuevo Código de Procedimiento Penal”, Edición 1ra., Corporación de Estudios y Publicaciones, ISBN: 9978-86-471-7, Quito-Ecuador, 2003.

VALDIVIESO, Vintimilla Simón, “Derecho Procesal Penal”, Edición 1ra., Ediciones “CARPOL” Obras Selectas, ISBN: 978-9942-01-069-8, Cuenca-Ecuador, 2007.

WRAY, Alberto, “Los Principios Constitucionales del Proceso Penal”, Quito-Ecuador, 2001.

ZAMBRANO, Pasquel Alfonso, “Proceso Penal y Garantías Constitucionales”, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2005.

ZAVALA, Baquerizo Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo VI, Edino, ISBN: 9978-21-020-2, Guayaquil-Ecuador, 2005.

ZAVALA, Baquerizo Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Edino, Quito-Ecuador, 2002.