



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **RESUMEN**

La práctica procesal penal en el Ecuador, ha demostrado que se abusa en la aplicación de la prisión preventiva, sin considerar que es una medida cautelar personal de carácter excepcional, que debe ser dictada con sujeción a las normas Constitucionales y Procesal Penales, además para que se la ordene no se requiere que se hubiere comprobado la existencia del delito, ni las responsabilidades del procesado como autor o cómplice de la infracción, sino tan solo que hayan indicios suficientes de lo uno o de lo otro. La prisión preventiva, implica la pérdida de la libertad de las personas, que altera el principio Constitucional de la presunción de inocencia.

Por ello es preciso analizarla en cuanto a su concepto, objetivos, requisitos, y naturaleza jurídica, de acuerdo a lo que dispone nuestra Constitución, el Código de Procedimiento Penal, y lo que nos dice la Jurisprudencia y Doctrina Nacional y Extranjera, toda vez que existe un interés social primordial y preponderante de no dejar en la impunidad los delitos, pero desde luego sin violentar los principios del debido proceso de los sujetos procesales y esto con el objeto de asegurar el imperio de la ley penal y su correcta y debida aplicación.

## **PALABRAS CLAVES**

Prisión, Preventiva, Medida, Cautelar, Personal, Excepcional, Libertad, Inocencia, Procesal, Penal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **INDICE**

### **CAPITULO I**

#### **Generalidades de la Prisión Preventiva**

- 1. Reseña Histórica y Concepto de la Prisión Preventiva**
  - 1.1. Concepto de la prisión Preventiva**
  - 1.2. Principios básicos y finalidades de la Prisión Preventiva**
  - 1.3. Requisitos para la procedencia de la Prisión Preventiva**

### **CAPITULO II**

#### **Solicitud de la Prisión Preventiva**

- 2.1. Motivación para la solicitud de la Prisión Preventiva**
- 2.2. Competencia, forma y contenido de la decisión**

### **CAPITULO III**

#### **Caducidad, revocatoria y Apelación de la Prisión Preventiva**

- 3.1. Caducidad de la orden de Prisión preventiva**
- 3.2. Revocatoria o suspensión**
- 3.3. Apelación de la orden de Prisión Preventiva**

### **CAPITULO IV**

#### **La Caución**

- 4.1 Caución para la suspensión de la prisión preventiva y prohibiciones**
- 4.2. Obligaciones del Garante**



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**CONCLUSIONES**

**RECOMENDACIONES**

**BIBLIOGRAFIA**



UNIVERSIDAD DE CUENCA

UNIVERSIDAD DE CUENCA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES**

**ESCUELA DE DERECHO**

LA PRISION PREVENTIVA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL  
ECUATORIANO

**TESINA PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE DIPLOMADO  
SUPERIOR EN DERECHO PROCESAL PENAL**

**AUTORA:**

**MARIA AUXILIADORA PERALTA SANCHEZ**

**DIRECTOR:**

**DR. JOSE VICENTE ANDRADE VELEZ**

**2010**



UNIVERSIDAD DE CUENCA

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

María Auxiliadora Peralta Sánchez



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **AGRADECIMIENTO**

Mi profundo agradecimiento al Dr. José Vicente Andrade Vélez, por haber aceptado dirigir el presente trabajo, así como a mis verdaderos amigos quienes con un granito de arena ayudaron a plasmar el mismo.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **DEDICATORIA**

A Dios y a toda mi familia y amigos que me ayudaron e incentivaron a alcanzar una meta más.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## INTRODUCCION

La práctica procesal penal en el Ecuador, ha demostrado que se abusa de la aplicación de la prisión preventiva, sin considerar que es una medida cautelar personal de carácter excepcional, por ello es necesario realizar un estudio y análisis de la misma, toda vez que para ordenarla se requiere que siempre medien los requisitos establecidos en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y cuando la Juez 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, esta medida se puede ordenar solo al tratarse de los procesos y delitos de acción pública y nunca por delitos de acción privada

Para que se ordene la prisión preventiva no se requiere que se hubiere comprobado la existencia del delito ni que el procesado o acusado sea el autor o cómplice de la infracción, sino tan solo que hayan indicios de lo uno o de lo otro; en ningún caso cuando el imputado sea un presunto encubridor.

La prisión preventiva es una pérdida de la libertad de las personas, que altera el principio Constitucional de la presunción de inocencia, precepto este que se debilita en el instante en que la Jueza o Juez dicta auto de prisión preventiva en contra del procesado, con tanta liberalidad que muchas veces el acusado permanecía privado de su libertad a título de prisión preventiva por más tiempo de la pena máxima que podía imponérsela en la sentencia definitiva, situación superada en la actualidad.

Por lo manifestado en líneas anteriores es preciso analizar la prisión preventiva en cuanto a su concepto, objetivos, requisitos, y naturaleza jurídica, de acuerdo a lo que dispone nuestra Constitución, el Código de Procedimiento Penal, y lo que nos dice la Jurisprudencia y Doctrina Nacional y Extranjera.

En materia procesal penal, una medida de carácter cautelar personal como la prisión preventiva, debe ser dictada en casos de excepción y con sujeción a las normas constantes en la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal, puesto que en dichas disposiciones el legislador ha



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

establecido con claridad y precisión los requisitos que se han de cumplir para proceder en forma tan drástica contra un ciudadano; ley que permite que solo se acepte esta medida cautelar, cuando el delito reviste cierta gravedad, según la pena prevista por el legislador; siempre y cuando aparezcan del proceso datos ciertos que lleven al Juez a la convicción, al convencimiento de que dicha medida cautelar es conveniente, oportuna y, sobre todo, necesaria.

Por ello la importancia del estudio profundo y detallado de la prisión preventiva, en virtud de existir un interés social primordial y preponderante de no dejar en la impunidad los delitos; más aún, la medida cautelar de carácter personal no debe afectar al estado de inocencia del procesado ni destruye la presunción de que es inocente, que se mantiene hasta que se dicte sentencia.

La justificación del tema viene dada por la necesidad de un análisis de la prisión preventiva como medida imprescindible para asegurar el imperio de la ley penal y su correcta aplicación.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CAPITULO I

### GENERALIDADES DE LA PRISION PREVENTIVA

La prisión preventiva, es quizá, una de las instituciones del derecho procesal penal sobre la cual de manera reiterada y contundente, ha recaído el impacto y crítica de las discusiones políticas, y es que, como lo señala el profesor Winfried Hassemer "...es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente."(1)

La crítica a esta institución del procedimiento penal –*prisión preventiva*- a nivel general se encasilla desde dos aspectos diferentes: uno relativo a la ampliación del ámbito de acción de esta medida, sustentada en la eficiencia que representa como límite al auge de la criminalidad, convirtiéndola en mecanismo idóneo de la lucha contra la delincuencia; y, un segundo aspecto, que la considera excesiva, desde la visión restrictiva formal de un proceso penal desarrollado en un estado de derecho, generalmente garantista de las libertades y derechos fundamentales.

Si bien el objetivo primordial y específico para la aplicación de esta medida dentro de un determinado proceso penal, constituye impedir una posible evasión de la justicia aprovechando la presunción de inocencia, de la que goza quien está sometido a ese proceso durante el transcurso del mismo; lastimosamente, el sistema penal americano ha desnaturalizado el espíritu de esta medida procedimental, cuando ha realizado un uso excesivo y en ocasiones con un tiempo de duración prolongado de ella, lo que ha llevado a que la conviertan en una verdadera pena, así quedo demostrado en una publicación denominada “El preso sin condena en América Latina y el Caribe” (2).

A este respecto el profesor Raúl Zaffaroni en el prólogo a la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, afirma que la prisión preventiva es la vía más clara de



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional. "Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción -que solo los autistas jurídicos niegan- se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho."(3)

Dando continuidad a estas breves nociones referentes al tema y criterios generales que los tratadistas generan al respecto, constituye obligación ineludible referirnos al tratadista Carrara, quien considera a la detención preventiva, además de una garantía procesal, para la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas; como una garantía, para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga ante una eventual sentencia condenatoria. En este contexto, la prisión preventiva logra la finalidad de "anticipar el efecto intimidatorio de la pena", pues genera temor en los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos.

La tendencia del derecho moderno garantista de derechos por excelencia, considera que el espíritu y objetivo de la prisión preventiva son de carácter excepcional, esto es para impedir que el aparato punitivo del estado no desarrolle eficientemente el derecho a sancionar las conductas delictuosas y por ende que los procesos o enjuiciamientos penales se vean entorpecidos.

Ahora bien, resulta imperioso realizar un pequeño análisis de lo que la doctrina nacional ha desarrollado sobre la prisión preventiva y, como es obvio, debemos circunscribirnos al estudio efectuado por el jurista Doctor Jorge Zavala Baquerizo, quién en su libro Tratado de Derecho Procesal Penal Capítulo IV con respecto a las generalidades de la prisión preventiva manifiesta "La legislación Procesal Penal ha preferido hacer uso de la palabra preventiva al referirse a la privación de



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

la libertad del sujeto pasivo del proceso mientras éste se sentencia, en lugar de la palabra provisional que, a su opinión, contiene de manera especial la verdadera naturaleza de aquella privación de la libertad surgida en pleno desarrollo del proceso penal. La prevención consiste prepararse para un fin determinado o anticiparse a un resultado. Lo provisional en cambio 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 solo puede durar el tiempo para el cual fue creado, haya o no cumplido su finalidad, es temporalmente cierta.”

Señala que, hasta la vigencia del CPP de 1983 se justificaba el uso de la palabra prevención que acompañaba a la de prisión 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. Pero desde el momento en que el CPR estableció como una de las garantías del debido proceso penal la prescripción de la privación de la libertad del justiciable ordenada en la sustanciación del proceso, la prisión dejó de ser preventiva y pasó a ser provisional. De allí es que en lo sucesivo, me referiré indistintamente a la prisión preventiva o a la prisión provisional en el sentido que se ha dado en esta última, como lo correcto.

Además, manifiesta que la libertad es uno de los bienes fundamentales del hombre, es por ello que la Constitución reconoce y garantiza la libertad individual del habitante del país, sin excepción alguna. Entendiéndose que lo que se reconoce y garantiza es el bien de la libertad, bien que es natural desde el momento en que la misma Carta Fundamental proclama que *todas las personas nacen libres*, esto es, que la libertad no es una donación del Estado, no es una gracia que la comunidad le entrega al habitante del país; la libertad propia, inseparable del hombre. No solo que el hombre nace, sino que nace libre, dice nuestra ley Suprema. De allí es que surja la libertad como regla general que solo en casos excepcionales y extremos puede ser limitada, jamás abolida, para ciertas



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

personas que incumplan las normas penales enunciadas por el Estado que ofenden bienes garantizados por el mismo. La importancia social y jurídica del bien de la libertad, por lo general, no ha sido bien entendida por fiscales y jueces que con ligereza propia se apresuran de manera mecánica, automática y no pocas veces interesada, a privar de la libertad a una persona sin que se hubieran cumplido los presupuestos necesarios exigidos legalmente para la procedencia del auto de prisión preventiva, olvidándose muchas veces que solo el derecho es el único que puede limitar la libertad de un hombre. (4)

En nuestro país poca importancia se da a la libertad como bien jurídico. El automatismo de la prisión provisional es aceptado por la sociedad como una cuestión normal que surge en tanto el comportamiento de quién sufre la privación de la libertad ha sido antisocial. Y, aun más, se ha llegado al convencimiento que una de las medidas prácticas necesarias y eficaces en la llamada *lucha contra la delincuencia* es la prisión preventiva como un instrumento decisivo para garantizar seguridad a la sociedad. Sin embargo, la mayor parte de las prisiones provisionales se resuelven en la revocatoria posterior por falta de fundamentos.

Con el afán de contribuir a esta discusión y formular algunas ideas, desarrollaremos el tema, a partir de su consideración tanto desde la perspectiva de los derechos fundamentales como desde su vinculación con el fenómeno del encierro aplicado como pena luego de la tramitación de un proceso.

### **1.- Reseña Histórica y Concepto de la Prisión Preventiva**

Resulta necesario e ilustrativo para el estudio que vengo desarrollando, realizar una breve reseña histórica del origen y evolución de la prisión a lo largo de la humanidad, así como su real ubicación en la historia. Así tenemos que existen planteamientos que ubican el nacimiento de la “prisión” con los postulados liberales reaccionarios de mitad del XIX, específicamente a finales de dicho siglo; incluso aseguran que existió un período anterior a la sanción privativa de libertad



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

en el cual la prisión era únicamente un medio para asegurar la presencia del reo en el acto del juicio; sin embargo, de manera concreta debemos ubicarnos en la sociedad Griega cuna de la cultura, quienes en los poemas homéricos ya establecen su presencia y en general, en expresiones culturales, en mitos, en leyendas, en la oralidad y la escritura , así , el episodio de los gigantes Alóadas, los dos hijos de Poseidón que como rebeldía contra los dioses encarcelaron en una vasija al dios Ares, manteniéndolo allí durante trece meses, hasta que Hermes lo libera.

Recordemos así mismo que en la historia griega, en el Tártaro, por debajo de los Infiernos, se vivieron escenas en las que dioses, titanes o cíclopes, se encarcelaban unos a otros; dentro de este contexto histórico, una leyenda mítica, describe la idea de castigo y encierro con caracteres de total impiedad, cuando la hija de un noble ateniense, Leimone, por haber perdido la virginidad y tener un amante antes de casarse, es encerrada por su propio padre en una casa aislada sin alimentos y en compañía de un caballo, animal que furioso y enloquecido por el hambre, devoró a la joven.

Existen lecturas y testimonios que nos hablan de distintas fórmulas de encierro en las civilizaciones antiguas. En Grecia por ejemplo, Platón, en la redacción de las leyes además de establecer la cárcel-custodia para deudores y algunos ladrones, ya planteaba un tipo de política carcelaria que contemplaba la pena privativa de libertad como castigo en sí mismo e incluso como forma de corrección.

En el Derecho Romano encontramos un progresivo avance del poder de castigo en manos de la justicia frente a la acción privada, aunque coexistieran; sin embargo, se debe reflexionar sobre la evolución jurídica del derecho y la acción privada, antes y después de la Ley de las XII Tablas, cuando, por ejemplo en el caso de los homicidios, el poder de castigar pasa de la familia de la víctima a los



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

responsables judiciales de la comunidad. En este espacio de la historia, si bien adquirió real importancia la pena privativa de libertad, se consolidan además otros castigos como el destierro, los encierros con trabajos forzados y la *deportatio in insulam*, o la *relegatio* en ocasiones temporal y en otras, permanente.

Luego ya en legislaciones de la Edad Media se presenta un fenómeno jurídico y religioso aislado de lo que realmente constituye la prisión preventiva, pero determinante para la época: el monarca, utiliza a la prisión como encierro penitencial y correccional que tenía como fundamento los postulados del derecho canónico, materializado en procesos de los tribunales de Inquisición.

Luego con el cambio de modelo de producción, algunos indicadores determinan la vigencia de la prisión no como medida provisoria en contra de la libertad del ciudadano, sino como una pena privativa de libertad en sí misma; posteriormente, ya desarrollados los estados modernos y fundamentados en la carta de derechos humanos y legislaciones propias de cada estado, se van estableciendo formas y restricciones para la aplicación de la prisión preventiva.

Finalmente como corolario de este sucinto recuento de la evolución histórica de la figura de la prisión preventiva, debemos anotar que si bien las modernas constituciones liberales han proclamado que la libertad es un valor supremo, no es menos cierto que la privación de la misma, constituye el más importante de los castigos.

### **1.1.- Concepto de la Prisión Preventiva.**

Es conveniente a fin de arribar a, o generar, un concepto de lo que debemos entender por -prisión preventiva-, previamente puntualizar el origen etimológico de uno de los vocablos que forman parte del mismo y en base del que, se podrá establecer o aproximar el referido concepto general del tema; así,



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

etimológicamente la palabra **prisión**, viene del latín prehensio-onis, que significa "detención" sea esta por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad; sin embargo, a este primer análisis de la palabra prisión, debemos acotar que en el lenguaje común también equivale a encarcelamiento, tan es así que comúnmente se los denomina de la misma forma al lugar en que se cumple prisión y la pena.

Teniendo como antecedente el significado del indicado vocablo, y ya en el ámbito jurídico, entendemos prisión como privación de la libertad, en tanto que, intentando definir el tema prisión preventiva, debemos entenderla como la privación de la libertad del individuo sometido a juicio y que aún no ha sido sentenciado, la que es de carácter absolutamente preventivo y tiene por objeto asegurar la presencia del justiciable en el proceso, ante la inminente amenaza de una pena privativa de libertad mediante sentencia. También vale la pena mencionar que, sustentados en el estudio de la doctrina general, podemos generar otras conceptualizaciones sobre el tema, así vemos que es considerada una medida cautelar personal que puede adoptarla un juez de instrucción o tribunal sentenciador, consistente en la privación absoluta del inculpado de su derecho a la libertad, con su ingreso en un centro penitenciario durante la sustanciación del proceso penal o hasta que la sentencia de instancia sea definitiva; y, finalmente, aquel que considera a la prisión provisional como una medida cautelar personal, cuya finalidad principal es la de asegurar la presencia física del imputado con miras al cumplimiento de una sentencia condenatoria, eventualmente dictada en su contra, impidiendo así que el sujeto pasivo de la imputación distraiga la acción de la justicia.

En este estado, y a fin de clarificar de mejor manera los conceptos personales esbozados en el párrafo anterior, es indispensable puntualizar conceptos que algunos textos y tratadistas del procedimiento penal nos aportan, así: "Medida de Seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Como esta



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

precaución contraria en cierto modo el principio de que toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario, su adopción requiere determinadas condiciones de apreciación conjunta, sin las cuales la medida resultaría ilegal. Son ellas que la existencia del delito este justificada cuando menos por semiplena prueba: que al detenido se le haya tomado declaración indagatoria o se haya negado a prestarla, habiéndosele además impuesto de la causa de su prisión: que haya indicios suficientes para creer al imputado responsable del hecho. El Juez podrá decretar la libertad provisional del encausado en los casos y en la forma que la ley determine”. (*Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, pag. 609*) (5); “Un acto procesal de carácter preventivo, provisional que 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 dictarlo con la finalidad de asegurar la realización del Derecho violentado por el delito”. (*Dr. Jorge Zavala Baquerizo tomado de Mendoza-Carrillo, Diccionario Jurídico, pag. (159)*) (6)

Creemos que constituye una necesidad forzosa expresar, sustentada en los conceptos aportados en líneas anteriores, que, bajo ninguna premisa a la prisión preventiva se la puede considerar una pena, y así lo reconocen la mayoría de países con marcos constitucionales y legales conexos al nuestro; sin embargo, en la realidad fáctica constituye una auténtica privación de uno de los derechos más sagrados del hombre, su libertad, medida cautelar que en la generalidad de casos del sistema judicial americano, se prolonga por años y que, en caso de condena se computa al tiempo de prisión impuesta, en tanto que, caso contrario constituye una flagrante violación de derechos humanos fundamentales e irrecuperables.

Para finalizar y, a criterio personal considero que la –prisión preventiva- es ciento por ciento atentatoria al principio de inocencia consagrado en nuestra Constitución y demás constituciones del continente, como así incluso lo manifiesta el profesor argentino de Derecho Penal Zaffaroni, cuando expresa que en la mayoría de los



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

casos la prisión preventiva lesiona la presunción de inocencia; además considero que, en regímenes democráticos como el nuestro y del resto de países de la región, los delitos solo pueden reprimirse a través de los procedimientos establecidos en forma previa, respaldados en los principios del respeto a la dignidad del ser humano, por lo que en este sentido, es indispensable que, si en la etapa procesal de instrucción se debe restringir la libertad del justiciable con el objeto de proteger los fines del proceso y mantener vinculado a éste al mismo, solamente se pueda tomar tal determinación como última ratio, bajo las formas y límites que el propio ordenamiento ha establecido y, en estricta sujeción al debido proceso.

### **2. Principios básicos y Finalidades de la Prisión Preventiva:**

El nuevo marco constitucional que rige no solo a nuestro país sino a la mayoría de estados con similares sistemas normativos, cada vez y con mayor frecuencia va generando acorde al desarrollo de las modernas teorías de derecho en general y de manera específica al moderno derecho penal, una serie de principios rectores que viabilizan de manera plena la vigencia de derechos fundamentales establecidos a favor de sus ciudadanos; estos principios, generalmente de carácter básico, están orientados a regular la mayoría de instituciones procesales creadas para el efecto.

Dentro del contexto expuesto tenemos que esta nueva regulación constitucional vigente en nuestro país, recoge los principios básicos que deben presidir la institución procedimental de la **-prisión preventiva-**, así tenemos que:

**2.1.- Jurisdiccionalidad**, esto es que la prisión preventiva tiene carácter procesal ya que solo puede adquirir vigencia dentro de un proceso penal y, fundamentalmente, no puede provenir de ninguna otra autoridad, sino única y exclusivamente por la orden escrita de Jueza o Juez de Garantías Penales competente para disponerla.

**2.2- Excepcionalidad**, este principio o característica está representada como contraria a la regla general, regla está que garantiza la libertad individual sin restricción alguna y de conformidad con el marco constitucional,



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

consecuentemente, una institución procesal como la prisión preventiva que se opone a la mencionada regla, constituye una excepción, en cuanto ésta -la prisión preventiva- sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley.

**2.3.- Subsidiaridad**, principio caracterizado en que la prisión sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas gravosas a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional, es decir se convierte en una decisión emanada desde el órgano jurisdiccional por el Juez de Garantías competente y de última ratio, ya que prioritariamente se buscará afectar los derechos constitucionalmente garantizados a favor del justiciable con cualquiera de las medidas menos gravosas, además de que el Juzgador deberá interpretar las normas que regulan esta institución de manera restrictiva a favor de la libertad. Es por ello y dentro de este contexto que la Constitución ha previsto que **“La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.”**

### **3.- Finalidades de la prisión preventiva.**

Si bien, tanto a nivel interno cuanto a nivel de todos los sistemas de justicia penal americano, la prisión preventiva ha sido mal utilizada ya que, principalmente, ha servido como medio para garantizar el cumplimiento de la pena a la que eventualmente sea sancionado el procesado; y no plasmar su fin específico que dada la característica de provisionalidad de la medida, es la necesidad de garantizar el desarrollo y cumplimiento del proceso penal.

Por lo arriba expuesto, la adopción de la medida cautelar de prisión preventiva, busca esencialmente:

- **Asegurar la presencia del acusado durante el proceso cuando se infiera riesgo de fuga.** A fin de establecer y valorar la existencia de esta eventualidad, necesariamente deberá atenderse de manera conjunta a los siguientes aspectos: la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al acusado y el grado de peligrosidad de éste.

- **Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas,** aspecto este estrictamente vinculado con el proceso penal instaurado y en el que



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

necesariamente se vincule al justiciable, investigación que, de encontrarse en libertad el procesado, podrá obstaculizarse o alterarse.

**- Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos** de la víctima y de la sociedad en general.

Para criterio personal pensar que la prisión preventiva, como nos plantea la norma procesal del Art. 167 del C. de P. Penal, tenga como finalidad ligarle al acusado al proceso a fin de asegurar el cumplimiento de la pena es, como ya lo he indicado a lo largo de la investigación, contrariar a lo que la doctrina general considera como la naturaleza y finalidad propia de esta institución es garantizar la vinculación del acusado al proceso mientras éste se desarrolla. Consiguientemente la prisión preventiva dentro de un Estado constitucional de derechos como el nuestro, no puede convertirse únicamente en mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado sino al contrario, su aplicación debe ocurrir siempre y cuando una persona se encuentre dentro de los límites que señala la ley, toda vez que la Constitución garantiza la vigencia y efectividad de los derechos y libertades ciudadanas, de principios constitucionales como la presunción de inocencia, y promover el respeto de la dignidad humana, por ello la Constitución de la Republica dispone que **“la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario”**.

### **3.- Requisitos para la procedencia de la prisión preventiva.**

La Constitución de la Republica en vigencia desde el año 2008, así como las constituciones del resto de países con legislaciones similares a la nuestra y que reconocen, como parte de su marco legal interno y a convenios y tratados internacionales que en el moderno derecho penal advierten plena aplicación y vigencia, establecen como regla general y como un derecho fundamental, la libertad de los ciudadanos. Dentro de este contexto observamos que el marco constitucional no asegura la facultad del Estado para la detención preventiva de ningún ciudadano, al contrario garantiza el derecho a gozar de su libertad, durante el desarrollo de un proceso en el cual eventualmente esté inmerso, esta restricción no como consecuencia única de disposiciones que establecen la libertad como



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

derecho, sino también del principio de inocencia que, solo puede ser desvirtuado por la imposición de una pena mediante sentencia condenatoria firme, que destruya ese estado jurídico de inocencia referido y del que goza toda persona, incluso garantizado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 8.2. Sin embargo se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, el derecho a la libertad se lo restrinja durante el desarrollo de un proceso penal, a través de la prisión preventiva, medida cautelar cuyos fines exclusivos son de carácter procesal.

Para concluir esta breve introducción al tema que trata este capítulo, lo haremos recalcando que la excepcionalidad de la medida cautelar –*prisión preventiva*– constituye el principio rector de esta institución procesal, característica reconocida en el marco constitucional interno e internacionalmente consagrada en instrumentos de derechos humanos, así en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.3, que señala: "...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general."; la regla 6.1 de las Reglas Mínimas de la NNUU sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Pacto de Tokio) destaca que "...; en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso...", en el mismo sentido tenemos el principio 39 del Conjunto de Principios sobre la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que determina: "Excepto en casos especiales indicados por la ley, toda persona tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera del juicio con sujeción a las condiciones que le impongan conforme a derecho."; en definitiva, como corolario se puede establecer que la excepcionalidad, al mérito sustantivo y la provisionalidad son los requisitos que deben preexistir a la decisión judicial en la que se ordene la prisión preventiva.

Desarrollando ya de manera puntual el tema materia de investigación, tenemos que, en cuanto a los requisitos para la procedencia de la medida –prisión



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

preventiva-, el jurista doctor Ricardo Vaca Andrade en el Manual de Derecho Procesal Penal dice: “Para que se pueda dictar prisión preventiva deben cumplirse tanto los requisitos de fondo como los de forma.” (7)

### 3.1. Requisitos de Fondo:

De lo anotado en el párrafo anterior podemos puntualizar que los requisitos de fondo para dictar la prisión preventiva, los vamos a encontrar en nuestro ordenamiento procesal penal el que, de manera imperativa, establece aquellas exigencias de procedibilidad que debe necesariamente preceder para que una resolución judicial viabilice una orden de prisión preventiva, así tenemos que el **Art. 167 del C. de P. Penal**, vigente y sustentado en las reformas introducidas en marzo de 2009, establece que “Cuando 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 pena privativa de 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 libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.”

De la norma legal transcrita podemos extraer los presupuestos que esta institución del procedimiento penal ecuatoriano requiere estén presentes para su procedibilidad, debiendo además establecer que estos presupuestos o elementos, como también podríamos llamarlos, son de dos clases: uno de carácter subjetivo y, los demás, cinco específicamente, inmersos en el plano objetivo, así:



### **3.1.1. Presupuesto o elemento subjetivo.**

Este presupuesto lo podemos ubicar en el ámbito personal e interior del Juez de Garantías Penales, que procesalmente se lo exterioriza en la decisión que éste asuma con respecto al requerimiento de prisión preventiva que haya efectuado el fiscal titular de la acción penal pública; decisión que, de conformidad con el marco procedimental vigente y sistema acusatorio que rige el mismo, debe tomar el Juez de Garantías como sujeto procesal ajeno a la investigación, previa una audiencia pública contradictoria en la cual deberá atender los argumentos a favor y en contra de la medida cautelar, es decir escuchar al sujeto activo y pasivo del proceso penal.

En conclusión debemos anotar que este presupuesto es el resultado negativo o positivo que, sustentado en el grado de certidumbre y convicción ha alcanzado en la autoridad –Juez de Garantías Penales- el sujeto activo de la acción penal, al momento que le corresponda establecer la existencia de los presupuestos objetivos para la procedencia de la medida cautelar por él requerida.

### **3.1.2. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.**

Como premisa necesaria a fin de efectuar un análisis de este elemento o requisito de procedibilidad previa a la orden de prisión preventiva, resulta indispensable efectuar un breve comentario sobre lo que debemos entender como “delito” y “acción penal pública”, intentando establecer un concepto sobre ellos, así como, ubicar al delito dentro de nuestro ordenamiento penal en cuanto a su tipificación, procesamiento y trámite, en procura de la sanción correspondiente a esta clase de delitos. Así tenemos que WIKIPEDIA La Enciclopedia Libre en lo principal define al delito así: “El delito, en sentido estricto, es definido como una conducta, acción u omisión típica (tipificada por la ley), antijurídica (contraria a Derecho), culpable y punible. Supone una conducta infraccional del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. La palabra delito deriva del



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley...”; en tanto que “acción penal pública”, lo hace en el siguiente sentido: “La acción penal pública es aquella ejercida de forma exclusiva, excluyente y de oficio por el ministerio público, o el juez, según de que normativa procesal se trate, para la persecución de un delito.”.

Respaldados en las transcripciones que anteceden, tenemos que por regla general los delitos son de acción penal pública y serán procesados por la autoridad pública respectiva una vez en conocimiento a través de cualquier medio de los hechos contrarios a ley, es decir que, el Estado actúa sin necesidad de intervención o pedido de persona alguna, ni siquiera de la víctima directa del crimen, o sus familiares. De tal suerte que, concluiremos fijando que el fundamento de la acción pública radica en que la conducta delictuosa se someta al procedimiento punitivo del estado, pues perjudica a la sociedad en su totalidad y por ello el organismo estatal, se arroga el papel de defensa de la sociedad.

Situándonos ya en el marco jurídico de nuestro país, tenemos que el Código de Procedimiento Penal, en el Título II Capítulo I, efectúa una clasificación de la acción penal, así el **Art. 32** del cuerpo legal citado establece: “**Clasificación.- Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos clases: pública y privada.**”, a la vez que el mismo cuerpo legal, en el **inciso primero del Art. 33**, claramente determina quién de manera exclusiva puede ejercer o ser titular de esta acción penal pública, así: “**Ejercicio.- El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal...**”; finalmente, creemos necesario aunque someramente realizar una breve reseña en cuanto a que, contraria a la “acción penal pública”, tenemos la “**acción penal privada**”, cuyo ejercicio de la misma forma y conforme lo dispone el **inciso segundo del referido Art. 33**, de manera privativa corresponde asumirlo a quien ostente la calidad de ofendido en el hecho tipificado como delito, los cuales se persiguen mediante



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

acción penal privada a través de una querrela, se encuentran de forma expresa y puntual establecidos en el **Art. 36** del Código de Procedimiento Penal.

Corresponde, en este estado de la investigación, iniciar el estudio puntual del primer presupuesto objetivo de procedibilidad enunciado en el Art. 167 del C. de P. Penal, esto es la existencia de “indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública”; al respecto tenemos que este presupuesto tiene vigencia en tanto en cuanto procesalmente se hayan establecido de manera objetiva indicios de la comisión de un delito, aclarando con esto que no se requiere la comprobación de su existencia, reitero únicamente indicios objetivos sobre su existencia y además que dicho delito sea de acción pública, previamente tipificado en las normas sustantivas penales y que su persecución deba estar a cargo del órgano punitivo del estado, esto es la Fiscalía General de la Nación en sus distintos estamentos. Finalmente debo puntualizar que los indicios a los que se refieren el presupuesto, no corresponden a aquellos que obran del proceso materialmente hablando ni al requerimiento que efectúe el Fiscal, estos deben ser el resultado de la investigación levantada para establecer materialmente los hechos, así el resultado de una pericia o de una actuación testimonial etc.

### **3.1.3. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito.**

Dando la continuidad que el presente trabajo de investigación requiere, corresponde analizar el segundo presupuesto objetivo de procedibilidad enunciado en el Art. 167 del C. de P. Penal, esto es la existencia de “indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito”, al respecto tenemos que este presupuesto se sustenta de la misma forma que el anterior, en la existencia de indicios claros y precisos que necesariamente vinculen al justiciable sea como autor o cómplice en la comisión del delito que se procesa. Los indicios a los que se refiere este presupuesto y que conllevan la presunción de autoría o complicidad, deben obligatoriamente estar ligados a los demás indicios que



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

sustentan el primer presupuesto y no fundamentados en sospechas únicamente, además de que deben guardar estrecha relación con el objeto del proceso.

Vale la pena puntualizar, como una circunstancia relevante de este presupuesto, el que los indicios a los que se refiere están encaminados a establecer en el justiciable la calidad de autor o cómplice únicamente, no mira ni remotamente a la calidad que eventualmente pueda tener un justiciable de encubridor.

La prisión preventiva es una medida que afecta la libertad de las personas por un tiempo determinado, por lo que se exige que el delito sea de tal gravedad y que el mismo este sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, conforme lo dispone el numeral tercero del Art. 167 del C. de P. Civil, no así, en los delitos de acción privada en los que no se puede ordenar la prisión preventiva, ni en los que no tengan prevista pena privativa de libertad, ni en las infracciones que se sancionan con una pena que no exceda de un año de prisión, de acuerdo a la prohibición establecida en el Art. 173 ibidem.

### **3.1.4. Que se trata de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.**

Avanzando en el análisis de los presupuestos objetivos previos a una resolución judicial de prisión preventiva acorde a lo que dispone el Art. 167 del C. de P. Penal, corresponde analizar el tercer presupuesto objetivo de procedibilidad esto es “que se trate de un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año”. Al respecto y a criterio personal, creería que este presupuesto constituye un límite referencial para la conciencia del Juez de Garantías en manos de quien esta disponer o no la prisión preventiva del justiciable, limite éste, obviamente supeditado a la existencia de los demás presupuestos establecidos por la norma procesal toda vez que, determinados aquellos, ahí recién, el Juzgador podría desarrollar la posibilidad de resolver la prisión preventiva como medida cautelar en contra del procesado.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

La prisión preventiva es una medida que afecta a la libertad de las personas por un tiempo determinado, por lo que su procedencia exige que el delito sea de gravedad y que al mismo tiempo este sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, conforme lo dispone el numeral tercero del Art. 167 del C. de P. Penal que lo hemos venido analizando; sin embargo, es oportuno establecer así también que en aquellos delitos que tengan prevista pena privativa de libertad inferior a un año, en los que no tengan prevista pena privativa de libertad y en los delitos de acción privada, no se puede ordenar la prisión preventiva, prohibición establecida en el Art. 173 ibidem.

### **3.1.5. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.**

Como cuarto presupuesto objetivo previo a una resolución judicial de prisión preventiva el Art. 167 del C. de P. Penal, determina el siguiente “indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio”, así también y dentro de los mismos parámetros de análisis que hemos venido desarrollando, previamente respecto de este presupuesto y el que ha continuación comentaremos, es necesario puntualizar que estos responden a y son parte de las reformas introducidas en marzo del año 2009, en el Código Adjetivo Penal; reformas que, procuran agilizar el proceso penal ejecutando los principio de oralidad y contradicción, básicos y necesarios para que las resoluciones judiciales que afectan derechos fundamentales como el de la libertad, tengan el respaldo procesal necesario para su vigencia.

Creería que este presupuesto básicamente puede justificarse y servir como fundamento de una decisión positiva, en cuanto el acusado no acredite procesalmente, ante el eventual requerimiento del órgano punitivo estatal, hechos de carácter público que constituyen referentes de su conducta individual en la sociedad, por ejemplo un trabajo estable y conocido, un hogar debidamente



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

conformado, un domicilio habitual y fijo, es decir hechos que necesariamente le obligarían a mantener fincada su permanencia en el lugar del juicio.

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

Finalmente, el quinto y último presupuesto objetivo previo a una resolución judicial positiva de prisión preventiva, el Art. 167 del C. de P. Penal lo considera así: “indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”, atendiendo nuevamente al esquema que ha caracterizado este análisis y, refiriéndome a este presupuesto tendríamos que el acusado deberá estar en imposibilidad absoluta de justificar hechos como los descritos en el presupuesto anterior, es decir serían todos aquellos de carácter social que de existir, determinarían su obligación de permanecer en el lugar en el que se encuentra siendo sometido a la justicia.

Con respecto a los indicios, el Art. 300 del C. de P. Penal Colombiano establece que: “Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia del otro”; luego el Art. 302 exige que “El hecho indicador debe estar probado”; por lo que resulta claro suponer que las presunciones tanto de que se ha cometido un delito como que el procesado es responsable del mismo como autor o cómplice, tienen que estar sustentados en datos, hechos o circunstancias que deberán ser apreciados debidamente por el Juez Penal al momento de ordenar la prisión preventiva.

El Art. 87 del C. de P. Penal Ecuatoriano establece que las presunciones que la Jueza o Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales obtenga en el proceso, estarán basadas en indicios probados, graves y concordantes; y, que para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario conforme lo establecido en el Art. 88 ibidem:



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho
2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,
3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:
  - a) Varios;
  - b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;
  - c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,
  - d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

Los indicios son, entonces, señales claras o fenómenos que permiten conocer o inferir la existencia de un hecho no percibido; el indicio es una de las pruebas directas o semiplenas que tiene una calidad más determinante y específica que la simple sospecha, que es vaga y difusa, y en todo caso, carente de fundamentos.

Los indicios son el resultado de elementos de convicción de una prueba directa introducida en el juicio. Las presunciones sobre la responsabilidad deben ser graves, precisas y concordantes, y fundamentarse en los elementos de convicción constantes en el proceso. Esto es, debe haber hechos suficientemente probados que reafirmen la sospecha.

Además, se exige la probabilidad de que existe un delito determinado de acción pública, por lo tanto, no es indispensable que el Juez “tenga la certeza de que se ha cometido un delito, pero si es indispensable que la prueba semiplena de que habla la ley (argentina) demuestre en ese grado que ha existido un delito”, dice RUBIANES. (8)



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

El vocablo “existencia” recalca la necesidad de que la acción delictiva se haya exteriorizado de alguna forma, para que pueda ser apreciada objetivamente a fin de que la resolución del Juez no esté basada en meras subjetividades.

La decisión de privar de la libertad a una persona es una facultad del Juez, atribución que está dentro de sus prerrogativas y su exclusiva capacidad de decisión, cuando según su criterio considere que es necesario asegurar la comparecencia del procesado o acusado a las actuaciones que deban cumplirse en las distintas etapas procesales; o cuando considere necesario asegurar la presencia del mismo para que cumpla con la pena que le imponga el Tribunal al momento de dictar sentencia.

Además, el Juez debe ordenar la prisión preventiva única y exclusivamente en base a los elementos que le presenten y en los que consten los indicios a los que hago referencia en líneas anteriores, pero, si el juzgador tiene la certeza de que el procesado no rehuirá sus responsabilidades y que se mantendrá vinculado al proceso hasta la finalización del mismo, este se abstendrá de ordenar la prisión preventiva o en su defecto imponer una de las tantas medidas alternativas de carácter personal establecidas en el Art. 160 del C. de P. Penal, tomando en consideración que no existe norma expresa en el C. de P. Penal que imponga al Juez el deber o la obligación de dictar orden de prisión preventiva, sino que la misma se base en elementos objetivos de convicción, interpretación de los hechos y valoración de los indicios.

Los indicios que sirven de antecedente y presupuesto de la presunción deben ser: varios, reuniendo a lo menos las condiciones de ser anteriores o concomitantes al hecho, relacionados tanto con el asunto materia del proceso como con otros indicios, de manera que sean concordantes entre sí. Deben ser unívocos de manera que todos lleguen a una misma conclusión, y directos esto es que establezcan la presunción de manera lógica y natural.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Juez de Garantías Penales para ordenar la prisión preventiva, observará que en el proceso existan indicios que le permitan concluir, con relativa certeza que se ha cometido un delito de acción pública.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CAPITULO II

### SOLICITUD DE LA PRISION PREVENTIVA

#### **2.1.- Motivación para la solicitud de prisión preventiva.**

El Art. 167.1 reformado establece que: *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.*

#### **2.2.- Competencia, forma y contenido de la decisión.**

##### **2.2.1. Competencia.**

El Art. 168 reformado del C. de P. Penal establece que: 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, quien debe formular la solicitud de que se dicte tal medida, pero de forma motivada y en base a las evidencias que le permiten establecer no solo que se ha cometido un delito de acción pública sino también que el procesado tiene responsabilidad como autor o cómplice; y, que tal solicitud puede ser rechazada por el Juez si esta no está debidamente motivada.

La decisión de privar de la libertad al procesado debe darse mediante un auto, providencia que la dictan solo quienes tiene jurisdicción, es decir los jueces penales, decisión que igualmente tiene que estar debidamente fundamentada en forma razonada, ya que el Juez tiene que hacer saber de manera explícita y detallada cuales son las razones que le sirvieron de base para disponer la privación de libertad de una persona.

Con respecto a la motivación del auto de prisión preventiva, se expresa que es de exigencia y obligatorio cumplimiento la fundamentación de las resoluciones y fallos judiciales tanto para atender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el debido proceso, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

del Estado de Derecho. La motivación exige además el razonamiento de los elementos probatorios que sirven de base o premisa para las conclusiones a que llega el Juez.

### 2.2.2. Formalidades

#### a) Audiencia pública y oral

El Art. 217 reformado dice que: *Quando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviara a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales a fin de que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, acto en el que solicitara de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales.* En este caso la audiencia es tanto para la formulación de cargos como para pedir, si considera pertinente, medidas cautelares personales, una de las cuales puede ser la prisión preventiva como última alternativa.

Cabe recalcar, que la prisión preventiva debe solicitarse y disponerse en audiencia pública, oral y contradictoria, convocada por el Juez Penal, a la que deben acudir el Fiscal, el procesado personalmente o a través del defensor privado o público, y el Juez quien presidirá y conducirá la misma.

#### b) Auto

La orden de prisión preventiva debe constar en auto, que es una providencia judicial trascendental en el proceso, pues decide sobre la privación de la libertad de un ciudadano, debe constar por escrito y estar firmada por el Juez Penal competente que hubiere dictado la orden de prisión.

Para los entendidos en materia procesal penal, una medida de carácter cautelar personal, como el auto de prisión preventiva, debe ser dictado en casos de excepción y cuando poderosas razones de política criminal así lo ameriten. El amparo legal que permite y legitima la medida privativa del derecho a la libertad



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

prevista en el Art. 167 y siguientes del Código de Procedimiento Penal se aplica por excepción a personas que gozan del amparo constitucional del derecho a la inocencia, mientras no exista sentencia condenatoria.

La prisión preventiva se basa tan solo en una presunta peligrosidad por la sospecha de que el imputado cometió un delito y lo que se pretende con dicha medida es impedir la fuga, asegurar la presencia a juicio, asegurar las pruebas, proteger a los testigos, garantizar la ejecución de la pena.

### **c) Contenido del Auto**

El auto de prisión preventiva de conformidad con el Art. 168 reformado debe contener:

1. Los datos personales del procesado o, si se ignoran, los que sirvan para identificarlo, con el propósito de evitar que se prive de la libertad a otra persona
2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva, esto es la descripción del hecho presuntamente punible y los elementos y resultado de la indagación que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación.
3. La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior, esto es, de los indicios sobre la existencia del delito y la participación de procesado como autor o cómplice, la necesidad de ordenar una medida en virtud de la cual se priva de la libertad al procesado, es decir el Juez Penal tiene la obligación de puntualizar cuales son a su juicio, los indicios suficientes que le permitan concluir que se ha cometido un delito de acción pública, así como también tiene el deber de expresar cuales son los indicios claros y precisos que le permite llegar a la conclusión de que el procesado es autor o cómplice del delito y sobre la necesidad de imponer la medida cautelar personal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

4. La cita de disposiciones legales aplicables, entendiéndose como tales no solo las sustantivas que tipifican los delitos sino también las disposiciones constitucionales y las leyes adjetivas o procesales.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CAPITULO III

### CADUCIDAD, REVOCATORIA Y APELACION DE LAPRISION PREVENTIVA

#### 3.1.- Caducidad de la orden de prisión preventiva

El Art. 169 reformado del C. de P. Penal establece que: *La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en la causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión.*

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

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

Si se han excedido los plazos de seis meses en los delitos sancionados con prisión o doce meses en los delitos sancionados con reclusión, el Juez Penal tendrá que decretar la libertad de quien se halle efectivamente privado de la misma, sin perjuicio de que el proceso penal continúe, pero con el procesado en libertad, imponiéndole al Juez el deber de remitir “obligatoriamente e inmediatamente” el expediente completo de cada caso de caducidad de prisión preventiva, al Consejo de la Judicatura, órgano que llevara un registro individualizado de estos hechos.

Cuando haya caducado la prisión preventiva y el preso recupera la libertad, el Juez debe disponer otras medidas cautelares personales alternativas y que son las que constan en el inciso final añadido al Art. 169 del C. de P. Penal reformado, conforme el siguiente texto:



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

“Producida la caducidad de la prisión preventiva, en la misma providencia que la declare el Juez de Garantías Penales dispondrá que el procesado quede sujeto a la obligación de presentar periódicamente ante el juez y la prohibición de ausentarse del país, o una sola de estas medidas si la estimare suficiente, para garantizar la inmediación del procesado con el proceso”

En la actualidad, son los representantes del Ministerio Público los que inician la etapa de instrucción fiscal y solicitan a los jueces que dicten las medidas cautelares. Entonces, los jueces adoptan una posición de independencia frente al pedido de los fiscales y conceden o niegan la medida cautelar en forma imparcial, según los fundamentos de la petición y el cumplimiento de los requisitos procesales.

El Art. 77 numeral 9 de la nueva Constitución, dispone en forma clara que 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 quedara sin efecto. El Código de Procedimiento Penal promulgado en enero del 2000, repitió el precepto constitucional, en el artículo 169.

### **3.2.- Revocatoria o suspensión**

El Art. 170 del C. de procedimiento penal reformado dispone que la prisión preventiva, debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron. Si al Juez Penal se le exhiben documentos, evidencias, o más elementos de prueba que demuestren con claridad que no existen indicios de que se hubiere cometido el delito o de que el procesado nada tiene que ver con la comisión del delito, ni como autor ni como cómplice; o si es que la intervención del sujeto fue



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

posterior a la consumación del delito configurando una de las formas de encubrimiento, el Juez Penal tendría que revocar la orden de prisión.

2. Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído. Una vez que se dicte auto de sobreseimiento, sea provisional o definitivo, del proceso o del procesado, el Juez Penal tiene el deber de revocar el auto de prisión preventiva y ordenar la inmediata libertad del procesado si estuviere bajo prisión preventiva, sin perjuicio de que vuelva a ordenarla si el auto de sobreseimiento fuere revocado, o si siendo provisional, resultaren nuevos cargos contra el procesado.
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 artículo 169. Cuando la duración del proceso exceda de 6 y 12 meses, respetivamente, de acuerdo a la Constitución y al artículo antes mencionado.

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

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

### **3.3.- Apelación de la orden de prisión preventiva**

El Art. 172 reformado del C. de P. Penal dice: *El procesado o el fiscal, pueden apelar de la orden de prisión preventiva impuesta o negada por el Juez de Garantías Penales cuando consideren que hubo errónea valoración de los elementos aportados por las partes para la adopción de la resolución. Su trámite se realizara conforme a lo establecido en el presente Código.*

*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.*



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

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

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

Para impugnar la orden de prisión preventiva, dictada o no, el Juez penal debe convocar a una audiencia pública, entendiéndose que en la audiencia deberá fundamentarse la apelación oralmente.

La apelación se la interpone para ante el superior de quién dicto, o dejo de dictar, la prisión preventiva. El procesado apelara de la orden de prisión dictada en su contra, o el fiscal apelara de la decisión del Juez Penal de no dictar la prisión preventiva solicitada por él y negada por el juzgador.

El recurso de apelación se lo concederá en el efecto devolutivo, por disposición legal; por tanto no tendrá efecto suspensivo ni la impugnación ni la concesión del recurso, con lo cual se deja abierta la posibilidad de que la privación de libertad dispuesta por el Juez penal se cumpla por más que exista pendiente un recuso de apelación interpuesto por el procesado, aclarándose expresamente que continuara la investigación Fiscal o el proceso que por esta causa no puede ser obstaculizado.

Como se sabe, desde el momento en que una persona se constituye en parte procesal dentro de un proceso penal adquiere el derecho de impugnación sobre las providencia judiciales que le cusan agravio en el modo y forma previstas por la ley de procedimiento penal, es decir, desde el instante en que una persona se la ubica en una situación jurídica de procesado dentro de un proceso penal adquiere el derecho de impugnar el auto de prisión provisional, en el caso en que fuere dictado, cumpliendo con las exigencias procesales previstas legalmente.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Art. 172 del CPP, concede el derecho de impugnación del auto de prisión preventiva, tanto al fiscal como al procesado, derecho que lo puede objetar a través del recurso de apelación.

El Art. 345 del CPP dice: *“Una vez recibido el recurso,, la Sala respectiva de la Corte Provincial convocara a los sujetos procesales a una audiencia oral, pública y contradictoria, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de recepción del recurso. La audiencia se llevara a cabo dentro de los diez días siguientes a la convocatoria, en la cual los intervinientes expondrán oralmente sus pretensiones. Intervendrá en primer lugar el recurrente y luego la contraparte. Habrá lugar a replica. Los jueces podrán preguntar a los sujetos procesales sobre los fundamentos de sus pretensiones.*

*Finalizado el debate, la Sala procederá a la deliberación y en merito de los fundamentos y alegaciones expuestas, pronunciará su resolución en la misma audiencia, considerándose que la decisión queda notificada legalmente a los sujetos procesales asistentes*

*Luego de haber pronunciado su decisión y dentro de los tres días posteriores, la Sala elaborara la sentencia, que debe incluir una motivación completa y suficiente y la resolución de merito adoptada sobre el objeto del recurso, la que se pondrá en conocimiento de los sujetos procesales en los domicilios judiciales respectivos.*

La disposición antes transcrita claramente establece que el trámite para sustanciar el recurso de apelación es celebrando una audiencia pública, oral y contradictoria con la presencia de las partes y que la Sala debe resolver por el merito de lo actuado en el plazo ahí establecido y en la misma audiencia, debiendo luego la misma elaborar la sentencia por escrito y debidamente motivada, la que se pondrá en conocimiento de la partes en las casillas judiciales respectivas.

La Sala a la que corresponda puede confirmar la orden de prisión o, aceptando el recurso de apelación interpuesto, dejarla sin efecto por considerar que no era



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

necesario o era procedente legalmente disponer la medida cautelar porque se ha dictado sin el debido sustento al que hace referencia el reformado Art. 167 CPP, en cuanto al cumplimiento de esos requisitos; por ello, debe dejar sin efecto la prisión de libertad que pesaba sobre el recurrente.

Creemos necesario en este estado de la investigación efectuar un corto análisis de lo que consideramos un excepción en cuanto a la tramitación de los recursos contemplados en nuestro ordenamiento procesal penal, para ello previamente debemos establecer que la regla procesal general la encontramos en el artículo innumerado introducido conforme Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009, constante a continuación del **325 del Código de Procedimiento Penal** y que constituye el procedimiento general e imperativo para el trámite a seguirse con relación a los distintos recursos contemplados por la ley y que puedan oponerse dentro de un proceso penal, norma procesal que dispone lo siguiente : “**Art. ...- Trámite de los recursos.-** La sustanciación de los recursos previstos en este Código se desarrollará mediante audiencia pública, oral y contradictoria, que se iniciará concediéndole la palabra, en primer lugar, al recurrente para que se pronuncie sobre los fundamentos y motivos de la impugnación, y a continuación se escuchará a las otras partes, para que igualmente se pronuncien sobre lo expuesto y alegado por el recurrente.

Al finalizar el debate, la Sala deliberará y emitirá la resolución que corresponda. La comunicación oral de la resolución bastará como notificación a los sujetos procesales. Luego de haber emitido su decisión, en la forma prevista en el inciso precedente, y en el plazo máximo de tres días, la Sala elaborará la resolución debidamente fundamentada.

De la audiencia se elaborará un acta que contendrá un extracto de la misma y será suscrita por el secretario bajo su responsabilidad.”

Contraria a esta norma y la que, a nuestro criterio constituye la excepción establecida por el legislador para la tramitación de los recursos en general, la encontramos en el **Art. 172 incisos primero, tercero y cuarto del C. de P.**



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

**Penal** que dispone: “ **Art. 172.-** El procesado o el fiscal, pueden apelar de la orden de prisión preventiva impuesta o negada por el juez de garantías penales cuando consideren que hubo errónea valoración de los elementos aportados por las partes para la adopción de la resolución. Su trámite se realizará conforme a lo establecido en el presente Código... Para conocer y resolver la apelación, se enviará copia del proceso al Superior... La Sala a la que le corresponda, resolverá por el mérito de lo actuado en un plazo de cinco días; de no hacerlo, el Superior jerárquico impondrá a los respectivos jueces la multa de un salario mínimo vital por cada día de retraso; si el atraso fuere causado por una de las salas de la Corte Nacional la sanción será impuesta por el tribunal en Pleno, con exclusión de los jueces que incurrieron en el retraso.”; debemos entender que el legislador ha establecido esta excepción procesal, justamente en atención al derecho fundamental que afecta la decisión judicial, esto es la –libertad- de una persona, buscando además con ella, que la decisión del órgano jurisdiccional jerárquicamente Superior a la autoridad que dicta la medida de prisión preventiva en contra de una persona sometida a juicio, cumpla con los términos y formas establecidas en el ordenamiento procesal para el trámite del recurso de apelación que eventualmente llegue a proponerse en contra de dicha decisión judicial de prisión preventiva.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CAPITULO IV

### LA CAUCION

En el Capitulo V del libro sobre Tratado de Derecho Procesal Penal, Jorge Zavala Baquerizo (9), manifiesta como generalidades de la caución que: Uno de los efectos inmediatos que provoca el auto de prisión provisional es el de aprehender al encausado. Sin embargo, ha observado en su oportunidad que el Estado autoriza una serie de medidas a través de las cuales el justiciable puede mantener su libertad personal, aunque sea de manera condicionada o provisional. Y que esta manera de proceder del Estado tiene como fundamento el que considera que la limitación de la libertad individual debe ser manejada por los jueces como una excepción que sólo puede surgir en el mundo jurídico cuando se cumplan las exigencias que impone la norma respectiva. De allí es que el auto de prisión provisional no pasa en autoridad de cosa juzgada pues puede ser revocado en cualquier momento, esto es, cuando el juez considere que no es necesario que continúe el mandamiento de prisión provisional, o cuando observe que se han desvanecido los indicios que dieron lugar a la vigencia de los presupuestos objetivos del tal auto. Aún más, el Estado, a pesar de que existan en el proceso los presupuestos de procedencia que permiten la vigencia jurídica del auto de prisión provisional autoriza la suspensión de los efectos jurídicos del mismo a través de lo que se llama la libertad caucionada que se traduce en la libertad provisional del sujeto pasivo del proceso contra quine se hubiere dictado la medida limitativa de su libertad.

Clariá Olmedo (10) define la libertad caucionada como *la medida por la cual se libera al imputado contra quien ha recaído o puede recaer prisión preventiva, sujeto a determinadas restricciones cuyo cumplimiento se garantiza mediante caución juratoria, personal o real.*

Manzini (8) opina que la libertad provisional es *un estado de libertad limitada a los fines del proceso penal* y que tiene como presupuestos la legitimidad, la actualidad



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

y la perseguibilidad de *la custodia preventiva*, que constituye un verdadero beneficio otorgado por la ley y que puede discrecionalmente ser aplicable por el juez dentro de los límites legales.

Zavala Baquerizo opina que la libertad caucionada es un derecho que el Estado otorga al justiciable y no una medida generosa que puede ser aceptada o desechada por el juez cuando él lo crea necesario. La caución, cuando reúne las exigencias legales, debe ser aceptada aunque el juez no la considere conveniente. De allí la diferencia entre el derecho y el favor.

Además, aclara que cuando se habla de la libertad caucionada o condicionada, se refiere de manera precisa a que la libertad del imputado no es completa, ilimitada, sino que está sujeta a condiciones y que, en este punto, Alcalá y Levene (11) sufren una confusión cuando advierten que *la libertad provisional (provisoria o bajo fianza)*, que algunos confunden, por lo menos en cuanto al nombre, con *la libertad condicional*, presenta con ésta alguna diferencia que se apresuran a anotar. Los autores citados al referirse a *la libertad condicional* la confunden con la libertad surgida de la condena de *ejecución condicional*. La libertad condicional proveniente de la suspensión de los efectos jurídicos del auto de prisión provisional por presentación de garantía suficiente surge mientras se está sustanciando el proceso, en tanto que la libertad nacida de la sentencia que deja en suspenso la pena impuesta es consecuencia de un proceso concluido, terminado. Y que es verdad que ambas están condicionadas al cumplimiento de ciertas obligaciones que, en cada caso, son diversas pero cuyo incumplimiento provoca efectos diversos. Así, si el que obtuvo la libertad mediante caución incumple las obligaciones ínsitas en el auto de liberación provisional, el juez hace efectivo el auto de prisión provisional revocando el auto por el cual aceptó la libertad del imputado mediante caución y, por ende, ordenando la prisión del encausado. En cambio, cuando el que obtuvo la libertad a través de la sentencia condenatoria que impuso pena al reo y que dejó en suspenso el cumplimiento de



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

la misma, incumple las condiciones previstas en la ley penal, es aprehendido para que cumpla la pena.

El Código de Procedimiento Penal regula el procedimiento que debe cumplirse para que el preso provisional pueda obtener su libertad condicionada.

La caución penal es una garantía que rinde el encausado con el propósito de obtener que el Juez deje sin efecto el auto de prisión preventiva dictado en su contra.

Así mismo, el Art. 31 del Código Civil con respecto a la caución dice: *“Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.”*

La libertad provisional bajo caución, es la que obtiene el procesado o acusado en el curso de una causa o proceso penal antes de la resolución definitiva, para impedir o suspender la prisión preventiva, garantizando su presentación al Juicio y la eventual ejecución de la pena, por medio del suministro de una caución real o personal.

Es un derecho constitucional y un mecanismo procesal en virtud del cual la persona privada de la libertad, o contra quien se ha dictado orden de prisión, puede recuperarla o lograr que se suspendan sus efectos hasta que se resuelva definitivamente su situación procesal; para ello, el procesado contra quien se ha dictado orden de prisión ofrece una caución real o personal que garantiza que en su oportunidad responderá al llamamiento del Juez penal, o se presentara al juzgamiento en el Juicio; y de ser condenado, se presentara a cumplir la pena que se le imponga en sentencia condenatoria.

La ley procesal penal da la posibilidad al privado de la libertad o contra quien existe orden de prisión, de que recobre la misma al suspenderse la decisión judicial, a fin de que intervenga directamente en el proceso aportando pruebas de



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

descargo que permitan descubrir la verdad. En tal caso, la orden de prisión preventiva dictada por el Juez Penal queda en suspenso por la caución que garantiza:

- a) Que el procesado estará presente durante el desarrollo del proceso y que se presentara al juicio ante el Tribunal Penal; y,
- b) Que al dictarse sentencia condenatoria cumplirá la pena privativa de la libertad.

### **4.1.- Caución para la suspensión de la prisión preventiva y prohibiciones**

El Art. 174 del CPP reformado dice que: *“Se suspenderán los efectos del auto de prisión preventiva, cuando el imputado rindiere caución a satisfacción de la jueza o juez competente, caución que podrá consistir en dinero, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera.”*

Disposición esta cuya única finalidad es la de impedir la privación de la libertad de una persona que se encuentra eventualmente sometida a un proceso penal.

Toda persona privada de la libertad puede ofrecer caución para poder recuperarla legalmente; en consecuencia, la caución es una garantía que se ofrece al Juez penal a cambio de la libertad que está afectada por la orden de prisión.

La libertad provisional bajo caución es un derecho constitucional de todo detenido para ofrecer garantía a cambio de la prisión preventiva que pesa en su contra.

La caución es sustitutiva de la prisión preventiva ya que aun cuando se mantienen los fundamentos o bases de tal decisión jurisdiccional, se permite que el individuo pueda recuperar su libertad; y, aún cuando el procesado recupere su libertad, este se mantiene a órdenes del Juez o Tribunal Penal, ya que no puede ausentarse del país, ni dejar de atender el llamado de los mismos; por lo que, el



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

procesado se obliga, en virtud de la caución, a concurrir al llamado del Juez o Tribunal Penal, tantas veces así se disponga.

La libertad provisional bajo caución se puede conceder mientras el proceso se encuentra en manos del Juez penal, es decir, en la etapa de la Instrucción fiscal o antes del juicio.

La caución es también una medida cautelar de carácter personal porque sustituye a la prisión preventiva, imponiéndole al sujeto obligaciones que restringen su libertad; por lo tanto la caución no es sino la garantía que acepta el Juez penal, a cambio de la cual concede la libertad de quien ya está detenido o deja en suspenso la orden de prisión de quien no ha sido todavía aprehendido.

El Art. 175 del CPP reformado dispone que no se admitirá la caución en los siguientes casos:

1. Si el procesado es acusado de un delito sancionado con pena máxima privativa de la libertad superior a cinco años, es decir que si alguien está acusado de un delito reprimido con pena de reclusión menor inferior a cinco años si podría solicitar caución.
2. Si hay reincidencia, es decir, cuando el procesado hubiere sido condenado anteriormente por delito de acción pública. En la práctica, el cumplimiento de esta disposición ha motivado algunos inconvenientes, en virtud de que se tiene que demostrar de modo convincente, fehaciente y válidamente al Juez Penal de la causa que una persona no es un “reincidente”. El Art. 77 del Código Penal dice que hay reincidencia “cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria.”, en la práctica esto significa que la existencia de esta prohibición hay que demostrar con los respectivos antecedentes penales emitidos por los tribunales penales.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

3. Cuando el proceso o acusado, por cualquier motivo, hubiese ocasionado la ejecución de la caución en el mismo proceso. Si alguna vez ya se hizo efectiva la caución por falta de seriedad del procesado o acusado en el cumplimiento de su formal oferta de hacer frente a las consecuencias judiciales de su conducta, la sociedad no puede aceptar su palabra, no puede darle una nueva oportunidad, por ello no se le concede otra caución en el mismo proceso, de acuerdo al Art. 175 numeral 3.
4. En los delitos de odio, sexuales y de violencia intrafamiliar, o aquellos que por sus consecuencias y circunstancias causen gran alarma social, a criterio del juez de garantías. Este añadido a los tres numerales que ya tenía el Art. 175 ahora reformado.

Al respecto, Jorge Zavala Baquerizo, expresa que existen diversos criterios para aceptar o negar la presentación de la caución para suspender los efectos jurídicos del auto de prisión preventiva, siendo unos de carácter objetivo y otros de carácter subjetivo. Unas veces no se admite la caución en relación con la naturaleza del delito o con la cantidad de pena con la que se encuentra enlazado; otras, se toma en consideración la supuesta peligrosidad del encausado; o se, considera la reincidencia genérica, o la específica, o ambas; en fin, se asumen diversos criterios para no admitir la caución.

La caución se puede otorgar en dinero, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera.

**Dinero.-** De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 182 del CPP, se puede rendir caución en dinero en efectivo o cheque certificado. Esta clase de caución es la más expedita, porque se deposita el dinero o cheque en la cuenta que cada Juzgado de lo Penal tiene en el Banco de Fomento, disponiendo en consecuencia el Juez de inmediato dejar sin efecto el auto de prisión preventiva.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

**La fianza.-** De conformidad con la definición del Código Civil, la fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple. Por lo mismo, en el campo penal, el procesado puede ofrecer la fianza de alguna persona que reúna los requisitos puntualizados en la norma respectiva del Código Civil, que son: 1.- Capacidad para obligarse y 2.- Que tenga bienes inmuebles, que no estén embargados ni litigiosos, que se encuentren ubicados dentro del territorio nacional y que no se hallen sujetos a hipotecas gravosas o condiciones resolutorias.

**La prenda.-** Cuando lo que se ofrece como garantía es un bien mueble, para lo cual hay que presentar los documentos que acrediten el dominio del bien que se ofrece en prenda, cuyo valor no puede ser inferior al monto de la caución fijada por el Juez.

**La hipoteca.-** También podemos rendir una caución hipotecaria, para lo cual debemos presentar el certificado del Registrador de la Propiedad del Cantón en donde se encuentra ubicado el inmueble y el certificado del avalúo correspondiente, que no puede ser inferior al monto de la caución fijada por el Juez.

**Carta de garantía otorgada por una institución financiera.-** Es una garantía bancaria incondicional, irrevocable y de pago inmediato llamada por la doctrina “garantía a primera demanda” o a “primera solicitud”, es un contrato abstracto y autónomo por el hecho de estar desvinculado del contrato principal. El efecto práctico de esa desvinculación es la cobranza automática de la obligación, sin necesidad de invocar o explicar la relación de causalidad que los justifica. La garantía es exigible sin que el acreedor tenga que justificar su causa, valiendo por sí misma como una especie de título ejecutivo, o sea de ejecución determinada unilateralmente por el beneficiario, en el caso de que no se ha efectuado el pago o



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

la adecuada ejecución del contrato por el deudor en la fecha y forma prevista. La simple orden del beneficiario debe ser, en principio, obedecida inmediatamente.

En virtud de lo expuesto, si efectuado el llamado del Juez a la audiencia de juzgamiento o para que el condenado cumpla la pena, en su caso, si no lo hace, el banco o institución financiera deberá atender automáticamente el requerimiento del Juez penal y pagar el monto señalado en la caución por el que se emitió la carta de garantía.

El Art. 176 del CPP reformado establece que: *La procedencia y monto de la caución se discutirá en audiencia pública. El monto deberá ser suficiente para garantizar la presencia del procesado al juicio; para el efecto se tomara en cuenta las circunstancias personales del procesado y el delito de que se trate. En ningún caso el monto establecido podrá ser inferior al de los daños y perjuicios ocasionados al afectado, donde entre otros rubros se calcularan los daños personales y económicos sufridos, los ingresos que ha dejado de percibir fruto del delito causado, el patrocinio legal, el daño causado a su núcleo familiar y el tiempo invertido por parte del afectado.*

*El Juzgador podrá negar el pedido de caución cuando por la gravedad del caso, el interés público o el incentivo de fuga, considere que no procede.*

*El fiscal, el ofendido o el procesado, pueden apelar de la resolución judicial, si consideran que el monto fijado no corresponde a las circunstancias procesales. La apelación se concederá en efecto devolutivo.*

El Juez tiene que convocar a audiencia pública y oral, la que se efectuara conforme a las normas generales dispuestas en las reformas de marzo del 2009. Si el Juez considera procedente la petición de acuerdo con la ley, fijara el monto tomando en consideración la norma antes transcrita.

El Juez Penal tendrá que presumir la situación económica de modo arbitrario para llegar a fijar el monto de la caución, sin perjuicio de pedir que se le exhiban



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

documentos que digan relación con el patrimonio del procesado. No hay que olvidar que el señalamiento del monto de la caución es de trascendental importancia y puede afectar considerablemente al procesado y su familia.

La determinación del monto de la caución se puede impugnar interponiendo oportunamente recurso de apelación; pueden apelar: el Fiscal si consideran que el monto es bajo; y, el procesado, si considera que el monto es excesivamente alto y está fuera de sus posibilidades económicas.

Según el Art. 176 del CPP reformado, si el Juez penal acepta la caución fijara el monto teniendo en cuenta que en ningún caso el establecido podrá ser inferior al de los daños y perjuicios ocasionados al afectado, donde entre otros rubros se calcularan, los siguientes:

1. Los daños personales y económicos sufridos;
2. Los ingresos que ha dejado de percibir a consecuencia del delito causado;
3. El patrocinio legal;
4. El daño causado a su núcleo familiar; y,
5. El tiempo invertido por parte del afectado

La determinación de montos siempre será delicada y más aún cuando se trata de establecer valores por delitos en los que el bien jurídico es inapreciable y no guarda relación con cantidad alguna.

Ahora bien, la caución es una garantía que el Juez libremente la acepta o igualmente la cancela por su sola voluntad, o a petición de parte de manera especial en los casos contemplados en el Art. 189 del CPP y que son:

1. Cuando el garante lo pida presentando al procesado, supuesto que el primero ya no desea, o ya no puede tener dicha calidad.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

2. Cuando el acusado, se presentare a cumplir la pena impuesta, en tal caso, cumplida la obligación principal, la caución ya no tiene sentido porque no garantiza nada.
3. Cuando se dicte auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria. Si el acusado resulta ser inocente y así se lo declara, desaparece la obligación.
4. Por muerte del procesado o acusado, una vez que se extingue la acción penal.
5. Cuando quedare firme la sentencia que imponga condena de ejecución condicional. En este supuesto se dicta la sentencia y en la misma se ordena la suspensión de la pena, por lo tanto, si no hay pena que cumplir tampoco tiene sentido la caución.
6. Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, el Juez Penal en este caso, adopta la decisión porque se ha desvanecido los fundamentos que le sirvieron para dictarla, o también porque se ha aceptado el recurso de amparo de libertad.
7. Cuando se dicte auto de prescripción de la acción penal.

Cuando el procesado está en libertad provisional bajo caución debe acudir al llamamiento que se le haga y para ello se presentara cuando el Juez Penal así lo disponga.

### **4.2.- Obligaciones del Garante.**

El Art. 177 del CPP reformado dice que: *El garante se obliga a presentar al imputado cuando la Jueza o Juez de Garantías penales lo ordene o a pagar el valor de la caución.*



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

*Para la imposición de estas obligaciones al garante bastara que transcurra el tiempo señalado por la Jueza o Juez de Garantías Penales para la presentación del procesado, plazo que no podrá exceder de diez días.*

De acuerdo a la norma antes transcrita, el garante se obliga a presentar al acusado cuando el Juez lo ordene, o a pagar el valor total de la caución fijada por el Juez, por lo que pueden darse varias posibilidades:

1. Una vez que el Juez Penal llama al procesado y éste se presenta, absuelve al garante de la obligación que se la ha impuesto.
2. De acuerdo con el Art. 185 del CPP, si el encausado no comparece dentro del plazo fijado, el Juez Penal debe decretar nueva orden de prisión contra él, y en la misma providencia, debe fijar un plazo a fin de que el garante lo presente, bajo prevenciones de que se ejecutara la caución. Si se presenta el encausado, éste pierde la libertad pero no se hace efectiva la caución.

Pero, si la caución se hizo efectiva, en primer lugar deben cubrirse los daños y perjuicios y la reparación del daño causado.

Según el reformado Art. 186 del CPP, la caución debe dividirse de la siguiente forma, luego de excluirse los valores que correspondan al ofendido o al acusador particular por concepto de daños y perjuicios, en caso de que hubiere acusación particular, el 50% para la Función Judicial y 50% para la Fiscalía.

Téngase presente que, el monto de las exclusión del ciento por ciento de la que habla el Art. 186 CPP reformado, no podrá ser entregado a la parte agraviada sino cuando exista sentencia condenatoria en el juicio penal y en el juicio verbal sumario se mande a pagar una suma determinada por concepto de daños y perjuicios. Hasta tanto debe ser mantenida en depósito en la cuenta que para tal efecto tienen los juzgados. Pero si cumplido el tiempo señalado en la ley para la prescripción de la acción civil, ésta se produce, el monto excluido deberá ser



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

distribuido en dos partes iguales como ordena la ley, entre la Función Judicial y la Fiscalía.

Ahora bien, aun cuando se haga efectivo el pago de la caución, el procesado no queda liberado ni del enjuiciamiento ni del cumplimiento de la pena que se dicte en sentencia condenatoria. Art. 188 CPP.

Ni el sobreseimiento ni la sentencia absolutoria dan derecho a la devolución de lo pagado si el encausado permitió que se haga efectiva la caución.

De acuerdo al inciso segundo del Art. 185 del CPP, el garante puede señalar para el embargo bienes del acusado para que en ellos se haga efectiva la caución, y no en los suyos; además el garante perjudicado tiene acciones civiles previstas en el Código Civil en contra del garantizado si se hizo efectiva la caución; en consecuencia tiene derecho a demandar la devolución de los valores comprometidos y de los bienes que hubieren resultado afectados por haberse ejecutado la caución.

Además, el garante queda comprometido ante el Estado y ante el Juez, porque el garante se obliga a presentar al garantizado cuantas veces lo ordene el Juez o el Tribunal a fin de garantizar dicha obligación el garante se compromete a pagar los valores correspondientes prefijados en la caución.

Según el Art. 181 inciso final del CPP, se puede sustituir una clase de caución por otra, con la condición de que el Juez Penal la acepte, quién debe considerar para tomar dicha decisión lo establecido en el Art. 187 del CPP, ya que es de exclusiva responsabilidad admitir o no una caución, en virtud de que si da paso a una caución que no es procedente o no cumple con los requisitos previstos en la ley, responderá personalmente por ello.

Cuando el Juez Penal acepta la caución y la fija en una cantidad determinada, lo hace precautelando los intereses de la sociedad. Por esta razón si el Juez acepta una caución permitiendo que el procesado o acusado recupere su libertad sin



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ofrecer garantías, o no hace efectiva la garantía cuando el encausado no se presenta, es personalmente responsable conforme lo establece el Art. 187 del CPP.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## CONCLUSIONES

La prisión preventiva es una medida cautelar que dentro del proceso penal tiene como finalidad garantizar la comparecencia del procesado a juicio y, en caso de ser declarado culpable, cumpla la pena que se le imponga al momento de dictar la sentencia respectiva.

Además, es una medida que debe dictarse en base a lineamientos constitucionales en mira de los principios de inocencia, excepcionalidad y cuando se hayan agotada otras medidas que perjudiquen menos al procesado.

Téngase en cuenta que la prisión preventiva es una medida de carácter personal, en virtud de que busca evitar un riesgo a través de una restricción que directamente afecta al imputado, restringiéndole su libertad; es también excepcional, subsidiaria, motivada, revocable en virtud de que puede quedar sin efecto el momento en que se extingan los requisitos que la motivaron.

El Juez de Garantías Penales está en la obligación de revisar periódicamente los procesos y revocar la orden de prisión preventiva en caso de que hayan desaparecido las causas que la motivaron.

Nuestra legislación regula dentro del proceso penal las medidas cautelares o de aseguramiento, con el propósito de garantizar la inmediación del procesado y el proceso, el pago de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales.

La prisión preventiva es una medida de carácter personal que proviene del titular del órgano jurisdiccional, que es quien limita la libertad del procesado cuando se cumplen los presupuestos exigidos por la ley, con el fin de asegurar el proceso.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Como bien lo detallara al inicio del presente trabajo, lejos estuvo el ánimo de reiterar conocimientos propios de cada Institución tratada, lo cual está al alcance de todos. Pero si de demostrar las finalidades propias de la pena privativa de libertad como de la prisión preventiva, que si bien pertenecen a dos ámbitos completamente distintos concurren sistemáticamente.

Considero también que esta conclusión llega más allá de cuestiones puras de derecho. Lejos de la necesidad económico-social que se tuvo para el surgimiento de la pena *privativa de la libertad*, hoy tal vez la motivación se traduce en la necesidad social de llevar tranquilidad a la sociedad, frente a cuestiones que tienen un origen que va más allá del propio *ius puniendi*, pero al no encontrarse respuesta inmediata, la necesidad es urgente de mantener la *paz social*, objetivo que le pertenece principalmente al Estado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## RECOMENDACIONES

Luego del somero trabajo investigativo realizado quedan muchas reflexiones que en mi condición de Abogada de los Tribunales de la Republica del Ecuador y con relación a la institución procesal de la prisión preventiva y su aplicación en nuestro País, se deben hacer, así podríamos iniciar generando una de carácter eminentemente Académico que involucra a todos los operadores del aparato de justicia, llámese Jueces y Tribunales de Garantías Penales, Fiscalía General de la Nación y Fiscalías Provinciales, Policía Judicial como ente auxiliar de la Administración de Justicia, consistente en una mayor y profunda profesionalización de todos y cada uno de los integrantes de aparato punitivo del Estado, a fin de forjar concepciones más equilibradas en cuanto al alcance y verdadero espíritu del marco procesal que regula la prisión preventiva y, así evitar que el uso de esta medida cautelar “prisión preventiva”, se convierta en la regla general dentro de los procesos penales y la excepción el que el justiciable pueda acceder a su derecho a la defensa de manera libre y responsable, sin la presión de la restricción del derecho a su libertad.

Vale la pena ahondar más en este aspecto ya que, como lo hemos indicado en el presente trabajo, las cárceles no solo de nuestro País sino de todos los países con sistemas judiciales similares al nuestro se encuentran abarrotados de ciudadanos sometidos a juicio y sobre los cuales pesa orden de prisión preventiva, reclusos que en ocasiones en función de esa medida cautelar, han cumplido quizá en su integridad la pena que sanciona el delito por el cual están siendo juzgados, este hecho, insistimos está necesariamente presente en nuestra medio por la impreparación de quienes deban en un momento dado solicitar la medida cautelar y además por quienes acto seguido deban avalar dicha solicitud ordenando la misma, ya que por la falta de capacidad y análisis del verdadero alcance de la medida restrictiva, así como de las circunstancias no solo constitutivas que rodean al hecho penal bajo su competencia sino aquellas de carácter eminentemente



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

social del mismo, los lleva a creer que la mejor manera de mantener vinculado al proceso penal al justiciable es, privándolo de su libertad, situación totalmente extraña y diferente a lo que se busca la ley a través de esta institución procesal.

El legislador luego del análisis respectivo, recogiendo la problemática y estado social en el que vivimos, adecuando al fenómeno criminal y su auge en nuestro país, aplicando el derecho comparado, crea el precepto legal en función del cual la autoridad judicial puede ordenar se limite dentro de un proceso penal un derecho fundamental como el de la libertad el que, acorde con los principios constitucionales debe regir de manera imperativa como excepción a la regla general –libertad-, más como he dejado puntualizada, la impreparación de la autoridad solicitante y de la que lo ordena, de manera general hacer que esta regla no solo de carácter constitucional sino procesal, sea vulnerada, a través de resoluciones que cada vez en mayor medida afectan no solo al derecho fundamental al que nos hemos referido sino además se ha generado un verdadero abuso de autoridad que un momento dado menoscaba a los demás derechos fundamentales como son la seguridad jurídica y obviamente a un debido proceso.

Por todo lo expuesto considero fundamental implementar una nueva estructura de capacitación al interior de los órganos punitivos del Estado nombrados en líneas anteriores, a fin de que los administradores de justicia una vez superado los paradigmas del viejo sistema inquisitivo que son parte de su formación social e intelectual, apliquen de manera ponderada las normas del nuevo procedimiento y justicia penal que posibilitan afectar un derecho fundamental, como el de la libertad.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

## **BIBLIOGRAFÍA:**

CARRANZA Elías y otros. "El preso sin condena en América Latina y el Caribe" Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente. San José, C.R., 1983

CODIGO CIVIL, Legislación Conexa, Concordancias, Jurisprudencia, Tomo 1. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Deposito IND del 2 de marzo de 1999.

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

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial No. 449. Lunes 20 de octubre de 2008.

HASSEMER Winfried. "Crítica al derecho penal de hoy", Ad-Hoc, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, primera edición, 1995.

VACA Andrade Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo 2. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. 11 de Agosto del 2009

ZAFFARONI Eugenio Raúl. "En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal", Ediar S.A., editora comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 1989.

ZAVALA Baquerizo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo VI. Ed. Edino. Guayaquil-Ecuador