



UNIVERSIDAD DEL PACIFICO

ESCUELA DE NEGOCIOS

FACULTAD DE DERECHO

**PLAN DE TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADO
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS**

TEMA:

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

AUTOR:

Marco Enrique Valencia Paredes

DIRECTOR:

Dr. Juan Vizueta Ronquillo

Guayaquil, noviembre del 2006

- (1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.
- (2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.
- (3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

A G R A D E C I M I E N T O

A la Facultad de Derecho Y Ciencias Políticas Ramiro Borja y Borja de la
Universidad del Pacifico.

Al Doctor Juan Vizueta Ronquillo, por los aportes Jurídicos y las
directrices para la elaboración de la presente tesis.

CERTIFICACIÓN

- (1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.
- (2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.
- (3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

Yo, **Doctor Juan Vizuela Ronquillo** profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Del Pacifico, como Director de la Presente Tesis de Grado, certifico que el señor **MARCO ENRIQUE VALENCIA PAREDES**, egresado de esta Institución, es autor exclusivo del presente trabajo, el mismo que es autentico, original e inédito.

Guayaquil, 26 de Octubre del 2006.

Dr. Juan Vizuela Ronquillo

D E D I C A T O R I A

A Mis padres

Abg. Marco Tulio Valencia Paredes

Sra. Janeth Marlene Paredes Símbala

Que me dieron la vida, fuente de inspiración constante en todos los retos de mi vida, quienes con sus sabios consejos, enseñanzas objetivas, puras, supieron formar mi carácter y sentar bases sólidas para seguir una línea de conducta provista de ética y moral.

A mi hermana **CATIA JANETH VALENCIA PAREDES** y mi sobrina que está por nacer, quienes siempre me han apoyado en alcanzar mis metas y conseguir mis objetivos.

DECLARACION DE AUTORIA

- (1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.
- (2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pág. 132.
- (3) Pericles, Filosofía de la vida, Pág. 15.

Yo, **Marco Enrique Valencia Paredes** declaro ser el autor exclusivo de la presente tesis.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieron de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad del Pacifico - Escuela de Negocios - para que pueda hacer uso del texto completo de la Tesis de Grado “ **La Prisión Preventiva en la Legislación Ecuatoriana**” con fines académicos y/o de investigación.

Guayaquil, 17 de Noviembre de 2006.

Marco Valencia Paredes

INTRODUCCION

He considerado que mi obligación era hacer un estudio sobre la Prisión Preventiva, tanto que como estudiante de derecho y ahora como futuro Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador, con el nuevo Código de Procedimiento Penal debo analizar y comprender todas las situaciones jurídicas que en el se presentan, por

(1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.

(2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.

(3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

esta razón, tengo la esperanza de que el presente trabajo satisfaga en parte la necesidad de conocer esta materia importante de la rama penal, esto es que sirva como herramienta útil para los futuros estudiantes y los que ya están cursando la carrera de leyes y que sea un instrumento para todos los que estamos inmiscuidos dentro de las ciencias jurídicas, a fin de que nos ayude a entender más rápidamente este nuevo sistema penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la protección de los derechos humanos, requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental, no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona.

Con razón dice Luís Rodríguez “El Derecho Penal latinoamericano está enfermo de pena de prisión, el abuso de la privación de la libertad ha llevado a un franco deterioro de todo el sistema penal. La justicia especialmente en el país es lenta, cara, desigual e inconsistente. Todo esto se refleja con mayor crueldad en la prisión.”

Un estudio detallado como el que realizo a continuación merece la Prisión Preventiva ya que, se ha convertido en uno de los rompecabezas de mas difícil solución.

Hay que reconocer que el Ecuador ha ingresado a la política de respeto por el Derecho Penal Humanitario, al actuar dentro de los márgenes que establece el Art. 24 de la Constitución, esto es dentro de unos márgenes filosóficos, ideológicos y políticos de un Estado Social de Derecho, respetando la dignidad, derechos y garantías judiciales del procesado, pero para que esto se haga realidad hay que cambiar de mentalidad de la eminentemente formalista que condena al excesivo ritualismo escrito con preservación de las formas como si esto produjese la solución del conflicto; o sea que hoy los jueces y Abogados tenemos, que escoger entre la violación de los ritos y formas que derivan en la observancia de las minucias y trámites del proceso, o su verdadero cometido.

Yo se, que no se puede modificar la cultura sin cambiar el sistema procesal, por eso es fue bien acogido el nuevo Código de Procedimiento Penal, aún cuando tengo también que reconocer que el cambio de este último, no garantiza por si sólo la transformación inmediata de la cultura social, por esta razón cuidado que una cosa diga nuestra

(1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.

(2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.

(3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

Constitución Política sobre Derechos y Garantías y otra sea la realidad en que ellos operan, por eso, sólo en la medida en que la reforma sea capaz de producir cambios en la práctica del sistema y en la forma en que sus actores operan, podríamos decir que se ha producido un mejoramiento sustancial en la protección de los derechos del ciudadano.

Hace falta también un cambio cultural en la sociedad ecuatoriana en general y en particular de los jueces, representantes del Ministerio Público, Abogados en libre ejercicio profesional y sobre todo de la policía judicial esto es un cambio de mentalidad, pues, recordemos que hoy hay una gran relación entre la jurisdicción penal y la constitucional, así hoy en día en el Ecuador no se puede admitir que se desarrolle una causa y que se dicte la sentencia correspondiente sin que se haya asegurado previamente el respeto a estos principios constitucionales.

Señores jueces en todas las actuaciones deben haber garantías del proceso, especialmente en materia penal, esto es un conjunto de condiciones que enmarcan y limitan las actuaciones de los jueces y que junto con las garantías fundamentales del Art.23 de la Constitución Política proporcionan legitimidad al poder de juzgar en un Estado de derecho como se supone es el Ecuador.

El Autor

TEMA

“ LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA ”

PLAN DE DESARROLLO

INTRODUCCION

CAPITULO I

- (1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.
- (2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.
- (3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Análisis y Conceptos	1
1.2 Medidas Cautelares y Medidas de Seguridad	14
1.3 Principios	17
1.4 Grupos	21
1.5 Naturaleza	22

CAPITULO II

2.1 Análisis histórico de la Prisión Preventiva	25
2.2 Aspectos y Soluciones	30

CAPITULO III

LA PRISION PREVENTIVA EN EL AMBITO DE LOS TRATADOS DE LOS DERECHOS HUMANOS.

3.1 El Origen	41
41	
3.2 La Situación	41
41	
3.3 El sistema de Protección Internacional	43
43	
3.4 El Objeto de esta comparación	44
44	
3.5 Los Deberes de los Jueces Penales	46
46	
3.6 EL PRINCIPIO DE INOCENCIA	
3.6.1 El significado del Principio	47
47	
3.6.2 La regulación del Principio en el Derecho Positivo	49
49	
3.6.3 El contenido del Principio de Inocencia	50
50	
3.6.4 La Prisión Preventiva y Principio de Inocencia	51
51	
3.7 FIN PROCESAL DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD	
3.7.1 La exigencia del fin Procesal de la Detención	53
53	
3.7.2 Supuestos de peligro Procesal	55
55	
3.7.3 Verificación del Peligro Procesal	59
59	
3.8 PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD	
3.8.1 El derecho a la libertad durante el Proceso	62
62	
3.8.2 Medidas de Coerción personal alternativas	64
64	

(1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.

(2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.

(3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

3.9 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

3.9.1 Fundamentos Políticos Criminales	65
3.9.2 Reconocimiento Normativo	66
3.9.3 Aplicación del Principio de Proporcionalidad	67
3.10 SOSPECHA SUSTANTIVA DE RESPONSABILIDAD	
3.10.1 La exigencia del merito Sustantivo	69
3.10.2 El reconocimiento Normativo	70
3.11 PROVISIONALIDAD DE LA DETENCIÓN	
3.11.1 Significado del Principio	71
3.11.2 Reconocimiento Normativo	72

CAPITULO IV

LA PRISION PREVENTIVA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

LA PRISION PREVENTIVA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO

4.1 Estudio sobre la Prisión Preventiva	74
4.2 Que es la Prisión Preventiva	78
4.3 Porque se llama Preventiva	80
4.4 Computo de la Prisión Preventiva	80
4.5 Cuando deja de ser Preventiva	81
4.6 Características de la Prisión Preventiva	81
4.7 Necesidad de la Prisión Preventiva	82
4.8 Requisitos para dictar Orden de Prisión Preventiva	84
4.9 Opiniones negativas para que el Juez dicte Prisión Preventiva cuando lo creyere necesario	87
4.10 Sanción Contra el Juez que dicta Prisión Preventiva de manera inadecuada	92
4.11 Formalidades que se deben cumplir para Ordenar Prisión Preventiva	92
4.12 Prisión Preventiva	93
4.13 Caducidad de la Prisión Preventiva en el Código de Procedimiento	94

(1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.

(2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.

(3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

Penal 94

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CAPITULO I

MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Análisis y Conceptos.

El hombre por naturaleza vive en sociedad. El ir y devenir de las necesidades lo hace ligarse a otros hombres, a su familia, a la tribu, al pueblo, al estado.

La convivencia de los hombres da origen a las normas sociales. Al principio, las normas fueron de carácter religioso. Poco a poco, con el correr del tiempo y de la cultura, las normas religiosas fueron separándose de toda otra, y así, paulatinamente, aparece el derecho como el grado superior de la organización de las sociedades.

(1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.

(2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.

(3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

Juan Jacobo Rousseau, en “**El contrato Social**”, expresa que “la más antigua de todas las sociedades y la única natural, es la familia, y que la familia es, pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas. El jefe es la imagen del padre, el pueblo es la de los hijos”.¹

Una vez aparecido el derecho como el grado más alto dentro de las sociedades, los avances mismos de la civilización lo hacen abarcar diversos aspectos de la actividad humana. (Jorge Mario Quinzio Figueredo, **Manual de Derecho Constitucional**).²

Esta necesidad, por el carácter inmanentemente social del hombre, por la supervivencia de la comunidad y la propia, aunada con el interés mancomunado, es lo que hace traslucir a su defensa, aunque sea necesario por medio de la coacción.

Pero al hombre no sólo lo caracteriza su inmanente sociabilidad su deseo de convivir, de organización, de defensa. El hombre, por el avance mismo de la civilización, se manifiesta de la manera más pura, por una forma; por una actividad democrática. En el siglo V, en Atenas, la democracia era el término oficial con que se designaba al Estado Político. Democracia que, para Pericles³ en la filosofía de la vida, era un modo de vivir. “La palabra democracia designa en principio al gobierno del pueblo”

(1) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Pág. 42.

(2) Jorge Mario Quinzio Figueredo, Manual de Derecho Constitucional, Pag132.

(3) Pericles, Filosofía de la vida, Pag15.

George Burdeau, en el libro “La democracia, ensayo sintético”, expresa que la democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión, y, accesoriamente, una forma de gobierno.⁴

El hombre en su manifestación social, siempre de acuerdo a la época y al lugar, trata de llegar al Estado, donde la ley es la misma para todos y en donde es igual la participación en los negocios públicos y en el poder.

El hombre nace ligado a la idea de libertad y de igualdad. En un estado democrático, sus fundamentos reposan en estos principios. Viene a mi mente, de uno de mis ilustres maestros el Doctor Alfonso Zambrano Pasquel, aquel concepto de que es la libertad, definiéndola así “El hombre es la libertad”. Es el hombre quien desemboca en ese gran río que se llama historia, y es en su interminable recorrido, a través de su cauce que reposa en el tiempo y en el espacio, que ha tratado y trata de definir, de dar una significación aquel que es de su propio albedrío, la libertad. Para las Institutas de Justiniano, la libertad desnatural y la persona puede hacer todo, solo con dos límites: El impuesto por el derecho y el impuesto por la fuerza. El cristianismo planteó la libertad humana y la predestinación del espíritu divino. El racionalismo moderno nos dice que la libertad puede darse en el plano de la razón. Kant establece diferencias entre el determinismo y la libertad del hombre, planteando dos conceptos: el noúmeno y el fenómeno, que es el hecho sensorial. Ortega y Gasset, dice: vivir es sentirse fatalmente forzado a ejecutar la libertad, a decidir lo que vamos a hacer en este mundo. Sartre sostiene que la libertad constituye el carácter único y esencial del hombre, y que todos los demás caracteres son secundarios. Otros dicen que es la potencia del intelecto. La doctora María Clelia Rosenstock – enciclopedia jurídica “Omeba”- Tomo XXIII , Pag 185, expresa que “a través de la historia, el derecho ha recogido una y otra acepción de la libertad, para hacerla objeto de tutela jurídica; pero la lucha por la libertad humana no puede considerarse concluida”.⁵

Y así, el hombre, tal cual lo manifiesta la tratadista doctora María Clelia Rosenstock, ha querido dar una aceptación a la palabra libertad y tutelarla jurídicamente, al igual que su convivir entre sus iguales, en democracia, y por ende siempre se ha traducido, se ha

(6) Abraham Lincoln, Oración de Gettysburg.

(7) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

(8) Derechos del Hombre de 1948.

manifestado en tal sentido, y así tenemos la **Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 4 de julio de 1776**: “Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que a todos los confiere su Creador, ciertos derechos inalienables, entre los cuales está la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad; que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que deriven sus justos poderes del consentimiento de sus gobernados; que siempre que una forma de gobierno tienda a destruir sus fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla o a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, que a su juicio, garantice mejor su seguridad y su felicidad”.

El 19 de noviembre de 1863, Abraham Lincoln⁶ en su famosa **Oración de Gettysburg**: “Hace 87 años que nuestros padres fundaron en este continente una nueva nación concebida en la libertad”, y consagra el principio de que todos los hombres nacemos iguales, oración que la concluye así: “Y que el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, no desaparecerá de la tierra”.

En la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789**, los revolucionarios franceses señalan: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho; la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás”.⁷

Naciones Unidas, 1 de diciembre de 1948, aprobación de los **Derechos del Hombre**. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derecho, están dotados de razón y de conciencia y deben obrar los unos para con los otros con espíritu de fraternidad”.⁸

En España, Constitución de Cádiz, 1812 Europa, Movimiento Liberal- 1839- 1848. Ideas de Montesquiev, John Locke, Rousseau, etc. Carta Magna, 1215. “Ningún hombre libre puede ser procesado, detenido, arrestado, ni desposeído de lo que legalmente se encuentre en su poder, ni privado de sus libertades, ni puesto fuera de la ley, desterrado, ni castigado en forma alguna por sus iguales o pares”.

Las previsiones de Oxford, 1258; Ratificación de Cortes, 1927; Petición de Derechos, 1628; Hábeas Corpus, 1679; Declaración de Derechos, 1689; Bill of Rights, Acta de Restablecimiento, 1701; Acta de Reforma, 1832, ect.

(6) Abraham Lincoln, Oración de Gettysburg.

(7) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

(8) Derechos del Hombre de 1948.

Ha sido la manifestación del hombre social y libre que ha tratado de tutelar jurídicamente lo que es de su propio albedrío, nace con él y muere: la libertad, manifestación que de una manera u otra se constituye para el hombre, inalienable, inconmensurable, etc.

Valores Inherentes que se les consagra y garantiza por su trascendencia en el interés social; se los plasma, como lo hemos visto, como lo he demostrado en una y otra forma, los mismos que, habiendo llegado al grado superior de las sociedades y del Estado, son recogidos en lo que actualmente conoce el hombre como **Cartas Políticas o Constituciones**.

Y el hombre ecuatoriano no escapa a esta magnificencia, también se traduce desde nuestros primeros ancestros, también desemboca en ese gran río que se llama Historia, a través de la cual le dio acepciones a la palabra libertad; buscó, desde un primer momento, vivir en comunidad, trató de erigirse para felicidad de todos, democráticamente, para luego constituirse, como un avance de la misma actividad humana, en la forma de gobierno republicano, y consagra estos principios fundamentales en las Cartas Políticas, en las Constituciones. Y en el Ecuador fue introducida por primera vez en forma amplia, no sólo para amparar la libertad personal de los asociados, sino todas las garantías individuales, en la Carta Política de 1928 – 1929.

Al igual que los griegos elogiaban y examinaban a fondo la libertad, al igual que los atenienses, que conquistaron lo que se llama la libertad civil, cuando Solón prohibió la prisión por deudas, la libertad jurídica se estableció cuando fue dictada una legislación que protegió a la persona física del ciudadano, y anunció por su espíritu el **Hábeas Corpus**, y la libertad política quedó definida como el derecho de obedecer sólo a la ley dentro de la igualdad.

Vistas de modo aunque muy somero, estas conquistas, propias del ente más inteligente del orbe, en sus principios fundamentales que nacen y mueren con él, es del caso

analizar por su vital importancia, este giro hacia la historia, para destacar el concepto de medidas cautelares o actos cautelares.

Expuestos como quedan, en líneas anteriores, los Estados constituidos como un avance de la actividad humana, a través de la historia, en la conquista de estos principios fundamentales que el hombre y sólo él, pudo lograr, por su constante, como propia sociabilidad, su deseo de convivir por su supervivencia, su libertad individual, los ha consagrado y garantizado en las Cartas Fundamentales de los Estados, persistiendo el interés social, pero en determinados momentos estos valores socialmente reconocidos se ven amenazados, aunque están consagrados y garantizados por el status-político, por la Carta Fundamental, ya que por tutela de una de sus leyes, por la alarma se enerva y se hace necesaria la imposición de una sanción, para que este derecho mismo, no sea lesionado por el hombre (derecho individual).

Está visto que el hombre se manifiesta en su más puro deseo de ser libre, de convivir por la supervivencia de ciertos Estados democráticos, términos que también los analicé para señalar y esbozar aspectos de carácter histórico, por el simple hecho de que estos principios fundamentales, reconocidos y protegidos no caben en los gobiernos dictatoriales o de facto.

El doctor Jorge Zavala Baquerizo⁹ en su obra “**Delitos Contra la Propiedad**”, dice “Se sabe que las sociedades de acuerdo a la época y al lugar, han considerado como de vital importancia para la supervivencia de la comunidad y del individuo, ciertos intereses, que siendo colectivos deben ser defendidos inclusive por medio de la coacción, para evitar la desintegración de la sociedad o del estado, o la destrucción del individuo. Estos intereses reconocidos socialmente, son los que se han dado en llamar “bienes sociales”, que cuando son objeto del ordenamiento jurídico se llaman bienes jurídicos. Tales intereses o bienes son muy diversos, como la vida, la libertad, el honor, la propiedad, etc. El estado hace de dichos bienes, objeto de normas especiales de conducta que emanan del mismo Estado, a través de las disposiciones constitucionales o legales que se conocen desde Binding, con el nombre de “normas jurídicas”. Estas normas jurídicas tienen por objeto los bienes jurídicos, y por cuanto, como se ha explicado, estos bienes dicen relación con intereses fundamentales de la sociedad y del estado, éste les brinda una protección especial mediante el señalamiento de penas para

(9) Jorge Zavala Baquerizo, Delitos contra la Propiedad, Pág. 145

quienes violenten esas normas jurídicas y, por ende, lesionen los bienes jurídicos que ellas comprenden...”

Sin embargo, en aras de los fines que persiguen el Derecho Procesal y el proceso penal, estos preceptos de jerarquía universal sufren excepciones al tratarse de restablecer la paz social alterada por el delito. (Víctor Lloré Mosquera – “**Compendio de Derecho Procesal Penal**”).¹⁰

Tal cual lo indica el insigne maestro Lloré Mosquera, debo acotar que lo dicho no se traduce en otra cosa que el carácter excepcional o limitación legal a estos derechos fundamentales reconocidos, la libertad y la propiedad, ya que para el presente tema inciden de manera vital e importante, medidas cautelares, garantías... que en determinados momentos se encuentran afectados, vulnerados por la alarma que causa una determinada lesión a estos bienes, dentro de la sociedad, y es el estado mediante su ordenamiento, su andamiaje jurídico, previamente establecido, que con sus leyes limita y excepciona estos derechos.

Así vemos que en cualquiera de estas Constituciones o Cartas Fundamentales, sean estas las de 1945, 1946, 1947... se garantizan estos derechos, como vemos también que mediante el cumplimiento de los fines del proceso penal, el Estado ecuatoriano, por medio de su Código de Procedimiento Penal, señala en determinada circunstancia la limitación legal constitucional que, como lo tengo indicado, incide en el presente estudio, en: la propiedad, y la libertad.

Chiovenda advierte como el peligro de no conseguir jamás, o al menos oportunamente, con ocasión del proceso, el bien garantizado por la ley, o al temor de que su obtención se aplaze mientras el proceso se tramita, con daño de quien lo reclama, conducen a la adopción de medidas de cautela o seguridad...

César Bonecasa, Marqués de Becarria – Obra “**Tratado de los Delitos y las Penas**” – Capítulo XXIX – De la Prisión, según datos de la obra del doctor Jorge Zavala Baquerizo¹¹ expresa que la prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencias de las demás, preceder a la declaración del delito; pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que solo la ley determina los casos en que el hombre es

(10) Víctor Lloré Mosquera, Compendio de Derecho Procesal Penal, Pág. 58.

(11) Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Tratado de los delitos y las Penas, Pág. 125

digno de esta pena. La ley, pues, señalara los indicios de un delito que merezca la prisión de un reo, que lo sujete al examen y a la pena.

Carlos Secondat, Barón de la Bredé, y de Montesquiev¹² en “el espíritu de las leyes” señala que “En los Estados que más se cuida de la libertad, hay leyes que la violan contra uno solo para conservar la de los demás”. Pensamiento que, a no dudarlo, eleva y justifica esta medida de carácter cautelar excepcional sobre la libertad, en que el Estado limita legalmente el derecho individual, para conservar el de todos.

Eugenio Florián en su libro Elementos del derecho procesal penal, habla respecto a la libertad penal del procesado y considera lo siguiente “ya se ha puesto de manifiesto la gran importancia que tiene todo cuanto se refiere a la libertad personal del indiciado, la cuál es un bien de gran valor y de tanto interés público”.¹³

Dos razones pueden justificar la prisión preventiva: una, de seguridad, para evitar impedir la fuga del que ha cometido el delito; otra procesal, inherente a los fines del proceso, que hace que sea necesario que la investigación judicial para descubrir la verdad, este libre de traba, lo que no sería posible si el procesado estuviere constantemente en libertad, ya que usaría de ella para ocultar los instrumentos del delito, dificultar las pruebas, entorpecer la obra del Fiscal y demás órganos; así pues, garantía de la persona, garantía de las pruebas.

Para Fenech, los objetivos de la citada medida son: asegurar los fines del proceso y garantizar la eventual ejecución de la pena.

Alfredo Vélez Mariconde – **Derecho Procesal Penal**, – La Prisión Preventiva. “Ausente de todo ideal utilitario del derecho a la libertad personal, es decir, uno de los bienes que por mandato constitucional nacional debe tutelar el proceso, éste se concibe como medio de castigar al delincuente para defender la sociedad. El imputado deja de ser una parte del proceso, para convertirse en otro objeto de persecución, al mismo tiempo que la prisión preventiva es un resorte indispensable y asume el carácter de pena anticipada. El inicio del proceso, es el comienzo del castigo”.¹⁴

(12) Carlos Secondat Barón de la Bredé y Montesquiev, El espíritu de las leyes, Pág. 68

(13) Eugenio Florián, Elementos del Derecho Procesal, Pág. 124

(14) Alfredo Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, Pág. 271

Cuando el autor Alfredo Vélez Mariconde manifiesta su inquietud sobre la prisión preventiva, medida excepcional constitucional, es porque en determinadas circunstancias hay ciertos pueblos que arrastran a cuevas épocas, como la de la Inquisición, y aquí en nuestro país, también arrastramos épocas, ciertos extractos de tipo social, de órdenes políticos y económicos, que han hecho que se de un trato indigno con la personalidad humana, con la libertad individual, habiendo salido a la luz un monstruo que es a base del interés social, cohibido por el temor del auge delictivo, por el nivel poblacional, falta de medios de ingresos, fuentes de trabajo, etc., y es entonces cuando los medios represivos cobran víctimas, y considero que es lo que tan insigne tratadista explica cuando le da el carácter de pena anticipada a la prisión preventiva, a este resorte indispensable, medida de carácter cautelar, excepcional, cuyo fin es evitar que el proceso se detenga con menoscabo de la realización del derecho como garantía constitucional, por exigencias sociales jurídicas valoradas, ya que se juega de por medio, como en ciertas épocas, aunque tratando de buscar un equilibrio entre el interés social y el individual, inclinándose la balanza para el primero, en perjuicio del segundo. Habiendo sido considerada la prisión preventiva como un mal necesario, un sacrificio a la libertad individual, en holocausto del derecho de la colectividad, se plantea una lucha en el campo de la libertad preventiva, con caución o sin ella.

Sería absurdo admitir que estas medidas de carácter preventivo excepcional, tuvieran el carácter de pena anticipada, por cuanto está de por medio su carácter de revocables, ya que en el momento en que el juez estimare que han desaparecido los presupuestos que le dieron vida, puede revocar dicha medida cautelar. Lo que cabe es un estado de suspensión, la que se efectúa por medio de las cauciones personales o reales.

Sobre este tema tan controvertido, como puede ser expresar el concepto de pena anticipada, el tratadista Vincenzo Manzini¹⁵, en su tratado de **Derecho Procesal Penal, Custodia Preventiva y Libertad Provisional**, nos indica: “Por tanto, la custodia preventiva no tiene el fin de ejemplaridad que es exclusivamente propio de la pena. Es absurdo admitir que la detención preventiva se ordene para servir de ejemplo, ya que a ella se sometió el imputado”, o sea una persona de quien no se sabe si es no culpable...”

(15) Vicenio Manzini, Derecho Procesal Penal, Custodia Preventiva y Libertad Provisional, 412.

Por la misma razón sería erróneo pensar que esa custodia tuviera el fin de dar satisfacción al sentido público de justicia, para lo cual es suficiente que se proceda contra el imputado. En la práctica, sin embargo, la autoridad judicial se inspira a veces en este falso criterio, cual si la justicia fuese sierva de la política o, peor aún, de la demagogia.

Y más importante es aún la opinión de ese autor en lo referente a que si es considerada la prisión preventiva como una pena anticipada, cuál sería el criterio del Juez en lo inherente a la libertad provisional. -La prisión preventiva no es más de carácter excepcional- preventivo – revocable.

Y había indicado que para la realización del derecho sea completa, lo cual se consigue mediante el cumplimiento de los fines del proceso penal, es que el Estado, por medio del Código de Procedimiento Penal, ha señalado el momento, los casos y la forma como se puede limitar, tanto la libertad personal, como el patrimonio del sujeto pasivo del proceso.

Para alcanzar, pues, la finalidad del proceso penal, es que se permite la limitación de la libertad personal, mediante el auto de prisión preventiva, o de la propiedad, mediante los autos de secuestros o embargos, etc. de esta manera, la persona en el primer caso, y la cosa en el segundo, quedan a disposición del titular del órgano jurisdiccional, así el proceso penal puede asegurar la efectiva realización del derecho, tanto por el cumplimiento de las penas principales y accesorias, cuanto por el resarcimiento de los perjuicios causados por la infracción.

Concluyendo, debo indicar que los medios coercitivos a la libertad personal como fundamento, representan la necesidad del estado de aplicar esas medidas, a fin de mantener el orden jurídico preestablecido en beneficio de la sociedad, a la que está obligado a proteger, aunque para ello sea necesario el sacrificio de un derecho individual. Por lo tanto, el derecho a la libertad individual tiene como límite objetivo, la necesidad del Estado tendente a mantener la estabilidad social, mediante el efectivo cumplimiento del derecho.

El proceso penal tiene diversas actividades que se presentan a medida que se desarrollo éste, y una de las actividades más importantes es la que se conoce con el nombre de “actividad coercitiva del proceso penal”.

Ya hemos visto que cualquiera de las Constituciones que han estado en vigencia en el Ecuador, y la actual también, siempre señalan en el título especial determinadas normas jurídicas, y particularmente las normas jurídicas que se encuentran amparadas por la ley penal, en las que se garantizan la vida, la libertad, la propiedad, etc. de estas garantías fundamentales, solamente nos interesan la libertad y la propiedad.

¿Por qué la actividad coercitiva del proceso penal incide en la libertad y en la propiedad?. He venido exponiendo que son derechos garantizados por el estado, por la Constitución de la República, que establece como norma jurídica no privar de la libertad, no robar, no expropiar. Se defiende bienes, y concretamente estos dos bienes jurídicos reconocidos como fundamentales por el Estado; es así que, cuando se violenta la libertad individual por parte de un funcionario público, de leyes ferendas, se dice que se trata de un delito de prisión arbitraria e ilegal; cuando es una persona particular la que priva de la libertad a otra, de las leyes de lata, se dice que se trata de un delito de plagio o de un delito de raptó, según la finalidad del agente del delito.

Pero en un momento determinado, la ley señala como jurídica la privación de la libertad de un hombre dentro del Ecuador; pero debo indicar que me refiero a la ley, como reglamento de la Constitución.

La constitución de la República dice: “no se privará de la libertad, salvo excepciones legales”. Es entonces la ley procesal penal la que señala la limitación de la libertad individual, esta libertad individual que el hombre ha venido conquistando a lo largo de toda su historia, y que no acaba de conquistarla, ya que en un momento determinado, la ley, por fines sociales, por protección de la misma sociedad, tiene que limitar esa libertad individual. Por tanto, solamente en los casos expresamente señalados por la ley, el hombre ecuatoriano puede ser privado de su libertad.

Y surge una interrogante: de dónde surge la utilidad de privar de la libertad al hombre, o privarlo de su propiedad o del ejercicio de su derecho de propiedad?. Es entonces que la ley considera los fines del proceso; de allí la importancia que tiene la finalidad del

proceso penal. He venido manifestando desde el primer momento que la finalidad principal del proceso penal es la imposición de la pena, y que la finalidad accesoria, es el resarcimiento de los daños y perjuicios, es decir, que cuando se lesiona un bien penalmente protegido, el Estado aspira a que el derecho se reponga a través de la imposición de la pena, pero el derecho queda plenamente restablecido cuando a la vez que se sanciona al acusado, se lo obliga al resarcimiento de los perjuicios, al daño causado por el delito. O sea que el fundamento para que la ley procesal penal límite la libertad individual, radica en asegurar el cumplimiento de los fines principales y accesorios del proceso.

¿Cuál es el fin principal del proceso penal?. La imposición de la pena, y la pena generalmente aceptada por nuestro Código Penal, es la privación de la libertad. Cuál es el fin accesorio o secundario del proceso penal, al condenar al resarcimiento de daños y perjuicios causados por la infracción?. Este resarcimiento se manifiesta a través del factor económico. Por lo tanto, son estos los fines del proceso penal, y la protección de ellos es lo que obliga a la limitación de la libertad personal y de la propiedad.

Hecho este breve estudio, estamos en capacidad de exponer que las medidas cautelares son medidas de carácter excepcional, con limitaciones legales, que mediante un proceso se hacen efectivas, para el cumplimiento de los fines procesales y extra procesales, y esto, por exigencias sociales jurídicamente valoradas. Es decir la Constitución de la República, consagra y garantiza valores fundamentales, pero que en un momento determinado, estos pueden ser vulnerados por una alarma. El Estado, valiéndose de su aparato coercitivo, de su cuerpo de leyes, de disposiciones de normas de conducta, sanciona por medio de un proceso que debe cumplir necesariamente con su finalidad inmediata, cual es, la imposición de una pena y la declaratoria del derecho ofendido al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, haciéndose menester ciertas medidas de carácter cautelar, como por ejemplo la prisión preventiva, la misma que tiene prioritarias razones de ser, tales como poner al sindicado o al procesado a disposición del Juez, a objeto de que ayude al esclarecimiento de la verdad y asegurar el cumplimiento de la posible pena, de tal manera que el proceso cumpla satisfactoriamente sus fines y asegure al ofendido y al Estado las indemnizaciones a que hubiere lugar en derecho.

Carrara¹⁶ manifiesta: “De justicia, para impedir la fuga del reo; de verdad, para impedir que estorbe las investigaciones de la autoridad que destruya las huellas del delito o que intimide a los testigos; de defensa pública, para impedir a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno”.

Así mismo, el Estado garantiza la propiedad; pero esa garantía constitucional está limitada a su vez por la ley, porque en determinados casos la ley permite que se dicten medidas cautelares que afecten la propiedad: secuestro, embargos, prohibición de enajenar, retención, decomiso.

Surgen así las medidas cautelares en el proceso penal ecuatoriano, actos procesales precautelatorios, que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de los fines del proceso penal, es decir, el conjunto de medidas preventivas conforman la actividad coercitiva del proceso penal. **Esta actividad coercitiva se clasifica en: medidas cautelares de carácter personal y medidas cautelares de carácter real.**

Art. 159.- FINALIDADES.- A fin de garantizar la indemnización del imputado o acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real. Su aplicación debe ser restrictiva. Se prohíbe imponer medidas cautelares no previstas en el Código de Procedimiento Penal.

El primer inciso de este artículo que reemplaza al artículo 170 del anterior Código de Procedimiento Penal, se le agrega la palabra “imputado” a fin de destacar que la medida puede ser aplicada en cualquier estado del proceso y, se agregan dos incisos para señalar que tales medidas tienen un límite y una prohibición en cuanto a su aplicación.

Conforme lo expongo, vuelvo a insistir en que las medidas cautelares no se dictan para que el procedimiento penal cumpla con su finalidad, sino para que el proceso penal pueda hacer efectivo el cumplimiento de sus fines procesales y extra procesales, ya que el procedimiento es el conjunto de normas dirigidas al titular del órgano jurisdiccional

(16) Carrara, derecho Procesal Penal, 482

competente, encargado de hacerlas cumplir mediante un proceso penal, que tiene por finalidad la imposición de una pena a quien resultare culpable. Es el proceso, el camino escogido por el Estado para el restablecimiento del orden jurídico violado por la infracción, el cual debe surgir a la vida, desarrollarse y perfeccionarse mediante la práctica de actos procesales, que para su admisibilidad y eficacia jurídica deben cumplir con las exigencias impuestas por la Ley de Procedimiento. De allí que consideramos correcta la forma como está redactado el Art. 159 del Código actual.

No obstante el análisis que he dejado expuesto, importa distinguir la idea de procedimiento de la del proceso. La de procedimiento es, por otro lado, una de las nociones de la ciencia procesal. Implica, según Fenech, el sistema o conjuntos de normas que regulan la procesión de los actos en el proceso penal, de modo que la dinámica procesal, o sea, el avance hacia el resultado perseguido por la norma debe realizarse con arreglo a los procedimientos correspondientes. El procedimiento constituye, por tanto, una norma de la actuación. El mismo autor sostiene que:” en tanto el proceso consiste en una sucesión de actos, el procedimiento “es el método o canon para la realización de esta secuencia de acto”s. En una palabra, el procedimiento es la medida del proceso”.

Según Alcalá Zamora¹⁷, procedimiento es “la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o transmitidas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legislador y relacionadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo”.

Florián¹⁸ indica que los actos procesales se suceden coordinadamente conforme a tres criterios, a saber: el cronológico, el lógico y el del fin. Tomando en cuenta esta idea, así como la naturaleza del procedimiento, señala Couture, en calidad de sucesión de actos, podemos decir que aquel es verdaderamente una sucesión de actos desarrollados conforme a cánones o reglas unidos entre sí por un triple concepto: **a)** Cronológico, que establece su progresión en el tiempo; **b)** Lógico, que los vincula mutuamente, fijando su recíproca interdependencia como presupuestos y consecuencias los unos de los otros; y **c)** Teleológico, que los enlaza y consolida en razón del fin al que conjuntamente tienden

(17) Alcalá Zamora, Procedimiento Penal y Criminología, Pág. 365

(18) Eugenio Florián, Elementos del Derecho Procesal, Pág. 206

Art. 160.- CLASES.- Las medidas cautelares de carácter personal son la detención y la prisión preventiva. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo. Código de Procedimiento Penal

Como podemos observar este artículo reemplaza al artículo 171 del anterior Código de Procedimiento Penal, que se subdividía en tres incisos, suprimiendo aquello de que las medidas procedían únicamente en los casos indicados en el Código y en las leyes, porque indudablemente esto se encuentra previsto en la disposición anterior. Además, nos aclara que la prohibición es la de “enajenar bienes”.

1.2 MEDIDAS CAUTELARES Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Para Jiménez Asenjo como para Alcalá – Zamora y Ricardo Levene lo mismo es decir medida cautelar que medida de seguridad. En efecto, el primero de los antes nombrados dice: “Con el nombre común de medidas preventivas o cautelares y también asegurativas, puesto que todas ellas poseen significados equivalentes, entiende la práctica y la doctrina procesal todas aquellas acordadas por el juez instructor (o el Tribunal resolutor, en su caso) para asegurar la efectividad de las resultas de un proceso”. Y Alcalá y Levene¹⁹ dicen: “La adopción de las medidas o proveimientos cautelares, asegurativos o precautorios (ya que los dos substantivos y los tres adjetivos citados se emplean indistintamente), constituye un conjunto de actuaciones al que la más moderna doctrina propende a caracterizar como *proceso*, al igual que el de conocimiento y el de ejecución, acotando entre los tres los fines del proceso globalmente considerado”. De la misma manera la Convención Interamericana Sobre Ejecución de Medidas Preventivas de 8 de mayo de 1979, proclamó en el art. 1, que “para los efectos de esta Convención las expresiones ‘medidas cautelares’ o ‘medidas de seguridad’ o ‘medidas de garantía’ se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en contra de la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil...”²⁰

Pero es necesario tener mucho cuidado al manejar los conceptos referidos a las medidas cautelares en relación con las medidas de seguridad, pues las primeras, ante todo, se imponen para proteger el normal desarrollo del proceso penal dentro de los límites constitucionales y legales, esto es, respetando al máximo la situación jurídica de las partes procesales. En tanto que las segundas, es decir, las medidas de seguridad se imponen para evitar la comisión de delitos o para controlar la conducta de quienes fueron sancionados por los delitos cometidos y por eso se las ubica en el Código Penal dentro de la sección reservada a las sanciones. De lo expuesto se infiere que las medidas cautelares son fundamentalmente de carácter procesal, es decir, para servicio del proceso penal el cual se sirve de ellas como un instrumento para el cumplimiento de sus fines, en tanto que las medidas de seguridad son esencialmente de carácter sustancial, esto es, de carácter penal, las cuales pueden ser pre-delictuales y post-delictuales de acuerdo al momento en que se las impone o para evitar la comisión de un delito, o para controlar la conducta del condenado con posterioridad al cumplimiento de la pena. Las medidas cautelares no son una manifestación del poder punitivo del Estado, como la medida de seguridad y la pena, sino una medida coercitiva del proceso penal. De allí la necesidad de diferenciar también la medida de seguridad y la pena, la primera se fundamenta en la peligrosidad en tanto que la segunda se sustenta en la culpabilidad. Se impone la primera por lo que la persona puede hacer o puede volver a hacer; y se impone la segunda por lo que la persona hizo.

Al utilizar nuestra legislación la frase “medida cautelar” para reglamentar la actividad coercitiva del Estado quiso significar que ella comprendía, en tanto medida, prevenir efectos futuros que pudieran afectar el normal desarrollo del proceso; y en tanto cautelar los medios adoptados para evitar un riesgo. Es, pues, la medida cautelar aquella que tiende a controlar el cumplimiento de los fines inmediatos y mediatos del proceso penal para evitar los riesgos que pudieran presentarse si no se adoptara tales precauciones. En este punto Roxin²¹ dice que “para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias en la esfera individual* y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal”, haciendo constar que cualesquiera de “las medidas de coerción del proceso penal siempre están unidas a una intromisión en un derecho fundamental”, como la injerencia en la libertad individual, o injerencia en la propiedad, fuera de otras injerencias previstas en la ley de procedimiento, como pueden ser la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia

(22) Clariá Olmedo, Compendio de Derecho Penal, Tomo V, Pág. 117-118

Ahora bien, sabemos que la Constitución Política de la República garantiza, entre otros, dos derechos que para las sociedades vigentes son de importancia fundamental, esto es, la libertad individual y la propiedad. Pero estos derechos, en un momento dado, por causas expresamente previstas por el Estado, son objeto de limitaciones en beneficio de la sociedad, esto es, por interés público. Por ser aquellos dos derechos fundamentales de la persona, el Estado los limita con mucha reserva y regulando dichas limitaciones de manera cuidadosa para evitar arbitrariedades de las personas encargadas de enervar el ejercicio pleno de tales derechos. Una de las leyes en las que se limita en ciertos casos el ejercicio de la libertad individual y de la propiedad es la de procedimiento penal, en donde constan las medidas cautelares que forman parte de la actividad coercitiva del proceso penal.

La actividad coercitiva tiende a lograr que el proceso penal cumpla con su finalidad inmediata, esto es, la de la imposición de la pena y, además, la de declarar el derecho del ofendido al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la comisión del injusto penal. Si el sujeto pasivo del proceso no se encuentra a disposición inmediata, del juez, el proceso se paraliza por lo general en la etapa del juicio y, por ende, no puede llegar a sentencia. Así mismo, si de manera oportuna no se limita el ejercicio del derecho de propiedad del imputado, si éste es condenado al pago de la pena pecuniaria y de la indemnización civil, no se podrían hacer efectivas dichas cargas, pues el imputado podría disponer de sus bienes antes de que se hagan efectivas las mencionadas imposiciones económicas.

En igual sentido se pronuncia Clariá Olmedo²² cuando dice que “en su conjunto la actividad coercitiva se integra por una variedad de actos independientes regulados por la ley procesal, que tienden a asegurar la efectiva satisfacción del resultado del proceso en cada una de sus fases fundamentales, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir si no se alcanzan los fines perseguidos”.

Pero es necesario, desde ya, dejar claramente explicado que las medidas cautelares no constituyen una pena, pues son medidas que evitan el riesgo de la paralización del proceso y de la pérdida de los objetos relacionados con el delito. Las medidas cautelares son básicamente provisionales porque su duración es conocida y tienden al

(22) Clariá Olmedo, Compendio de Derecho Penal, Tomo V, Pág. 117-118

cumplimiento de un fin específicamente procesal. Lo dicho no obsta para que podamos clasificar las medidas cautelares en: provisionales, o temporales. En efecto, existen medidas cautelares de carácter personal, como la prisión preventiva, cuya duración es conocida; en tanto que existen medidas de carácter real, como la prohibición de enajenar bienes impuesta en el auto de llamamiento a juicio que es una medida temporal porque su término de duración es incierto. En el primer caso, vencido el plazo para la eficacia jurídica del auto de prisión preventiva, éste prescribe y cesa la medida cautelar; en tanto que cuando se ordena la prohibición de enajenar bienes en el auto de llamamiento a juicio, esta medida de carácter real es temporal porque su término de duración es incierto, ya que depende de la sentencia que se dicte al finalizar el proceso en el que se dictó el mencionado auto.

1.3 PRINCIPIOS

Las medidas cautelares tienen principios propios que, en mi opinión y realizando un análisis doctrinario, son los siguientes:

El primer principio es el de excepcionalidad. En efecto, la regla general es que toda persona es libre individualmente considerada, así como también tiene el derecho de disponer de su propiedad en el momento que lo crea conveniente de acuerdo con las regulaciones legales. Por lo tanto, las medidas cautelares que limitan la libertad y el ejercicio del derecho de propiedad son medidas excepcionales y que, como tales, deben ser administradas con sentido restringido en tanto cuanto afectan a derechos garantizados constitucionalmente. Como corolario se aspira a que ciertas medidas cautelares, como la prisión preventiva, sean *subsidiarias* y no alternativas, esto es, que deben ser impuestas en último término: cuando se considere que ninguna otra medida cautelar podría ser útil. Siempre se debe buscar la imposición de una medida de seguridad distinta a la de la privación de la libertad, pues ésta sólo debe llegar en última ratio por tratarse de la medida cautelar excepcional más grave.

El segundo principio es el de necesidad. Nuestro Código de Procedimiento Penal en forma expresa establece como uno de los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión preventiva el subjetivo, esto es, aquel que concede al juez penal la facultad de emitir dicho auto cuando lo creyere necesario en cada caso concreto, lo cual, significa que sólo se debe adoptar la medida cautelar de nuestra referencia cuando el juez, luego

del análisis respectivo, llega a la conclusión que la única manera de garantizar el cumplimiento de las normas de procedimiento es aprehendido preventivamente al justiciable. Además, la prisión preventiva sólo debe estar vigente mientras se mantengan vivos los presupuestos que le dieron vida de tal manera que desaparecida la necesidad de mantener vigente la Orden de Prisión preventiva y debe ser revocada.

El tercer principio es el de proporcionalidad. La medida cautelar debe guardar relación entre ella y el hecho que es objeto del proceso y con la finalidad que pretende garantizar. La desproporción en el sentido antes mencionado provoca una desigualdad y una indefensión. Privar preventivamente de la libertad a una persona por haber hurtado un pan es aplicar una medida cautelar desproporcionada; así como desproporcionada es la imposición de una caución excarcelaria excesiva en relación con la capacidad económica del imputado. Debe haber una adecuada relación entre el hecho que se imputa al procesado y lo que se pretende cautelar para que se pueda justificar la limitación de los bienes garantizados por la Constitución Política de la Republica que entraña la medida que se impone.

El cuarto principio es el de obligatoriedad. La medida cautelar debe ser acatada por el sujeto procesal que la sufre y, por ende, es de cumplimiento obligatorio. Tal característica se manifiesta en el mandato por el cual se priva de la libertad a una persona o se ordena el secuestro de ciertos bienes, lo que debe cumplirse aún en contra de la voluntad del afectado. Pero debe quedar claramente explicado que no es que la medida cautelar debe ser obligatoriamente impuesta por el juez, sino que, una vez impuesta es de obligado cumplimiento por parte del encausado que la sufre.

El quinto principio es el de instrumentalidad. La medida cautelar es un instrumento para lograr el desarrollo del proceso penal. La medida cautelar no tiene un fin en sí misma, pues se satisface con hacer posible la actividad procesal, como puede ser la inmediación del imputado con el órgano jurisdiccional penal. La medida cautelar no goza de autonomía pues su vigencia depende de la existencia del proceso penal; está subordinada a él. La medida cautelar es accesoria a la pretensión punitiva exhibida en el proceso y, por ende, subsiste en tanto subsista dicha pretensión. De allí la necesidad de distinguir la función de la medida cautelar, pues ésta no tiene la función de precautelar el cumplimiento de la pena (función de cautela final) sino a propugnar la inmediación

del imputado con el proceso o a proteger los medios de prueba que es, entre otras, la función instrumental que debe cumplir la medida cautelar y por tal razón es que ésta tiene sus antecedentes propios; no surge por el sólo hecho de la iniciación del proceso penal el cual, como se sabe tiene sus presupuestos propios.

El sexto principio es de provisionalidad. Quedó explicado anteriormente que esta característica surge en función del plazo cierto que tiene la prisión preventiva para su existencia jurídica. En cuanto se decreta la privación de la libertad del imputado a través del auto de prisión preventiva se conoce el plazo que tanto la Constitución Política de la República como el Código de Procedimiento Penal prevén para su eficacia jurídica. Por excepción la provisionalidad se convierte en temporalidad cuando se dicta el inconstitucional auto de “detención en firme”(**la detención en firme fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en resolución # 0002-05-TC, publicada en el RO #382 del 23 de Octubre del 2006**) contenido en el auto general de llamamiento a juicio, pues en este caso la privación de la libertad tiene un plazo incierto, esto es, hasta tanto concluya el proceso penal.

El séptimo principio es el de revocabilidad. La medida cautelar es esencialmente revocable pues en el momento en que desaparecen los presupuestos que le dieron vida se extingue la medida cautelar. No se debe confundir, como en su momento lo haremos presente, la revocabilidad de la medida cautelar con la suspensión de los efectos jurídicos de la misma. Se revoca la medida por falta de causa procesal. Se suspenden los efectos jurídicos de la medida cautelar cuando se garantiza el cumplimiento de los mandatos procesales, como la caución excarcelaria, por la cual, sin revocar el auto de prisión preventiva se suspenden sus efectos, esto es, no se hace efectivo, o se enerva la orden de privación de la libertad. Además, se debe tener presente que el auto que dictó la medida cautelar, aunque estuviere ejecutoriado puede ser revocado, esto es, es una providencia *rebus sic stantibus*, es decir, que aún habiendo pasado en autoridad de cosa juzgada puede ser modificada o revocada en cuanto varíen o desaparezcan los presupuestos en base de los cuales se la dictó.

El octavo principio es el de impugnabilidad. La medida cautelar admite la impugnación tanto en el efecto suspensivo como devolutivo. Dicha impugnación se la hace a través del recurso de apelación presentado ante el juez de lo penal que dictó la medida para

ante una de las Salas Especializadas de lo Penal de la Corte Superior de Justicia. Además, la medida cautelar de carácter personal también puede ser revocada a través de la acción de amparo de la libertad.

El noveno principio es el de judicialidad. La medida cautelar solo puede ser dictada por el juez penal competente. Ningún otro funcionario judicial que no sea el competente puede dictar la medida cautelar en un proceso penal, en donde debe constar plenamente identificado sus nombres y apellidos, el sujeto pasivo de la medida cautelar respectiva. Pero se debe tener presente que la judicialidad de la medida cautelar en ciertas legislaciones procesales penales que respetan el sistema acusatorio no permite que pueda ser dictada *ex officio*, es decir, por la sola voluntad del juez, ya que éste debe esperar a que el fiscal la solicite. Sin embargo, en nuestra legislación se mantiene la judicialidad de la medida cautelar pero no se respeta el sistema acusatorio desde el momento en que permite que el juez penal de oficio dicte el auto de prisión preventiva (art. 168 del Código de procedimiento Penal). Por la razón antes indicada es que ciertos autores afirman que la “no oficialidad” es un requisito de las medidas cautelares, lo que no me parece acertado ya que la no oficialidad sólo es un presupuesto de admisibilidad de la medida cautelar en las legislaciones que no permiten la medida cautelar *ex officio*.

El décimo principio es el de motivación. La medida cautelar debe ser expresamente motivada, no sólo por el mandato constitucional que ordena que toda la resolución de los poderes públicos que afecte a las personas debe ser motivada, sino porque, además, el Código de procedimiento así lo dispone de manera expresa. Como las medidas cautelares, según lo hemos explicado, limitan derechos constitucionalmente garantizados, el Código de procedimiento penal establece los presupuestos y los requisitos de espacio, tiempo y forma que son necesarios para la procedibilidad, esto es, para la admisibilidad y eficacia jurídica de cada una de las medidas cautelares que limitan la libertad y la propiedad del sujeto pasivo del proceso. Y la motivación debe comprender de manera expresa la relación de los presupuestos que permiten la admisibilidad de la medida cautelar para que esta pueda tener eficacia jurídica.

Finalmente, el undécimo principio es el de legalidad. Así como ninguna pena puede imponerse si no está prevista en una ley anterior, de igual manera ninguna medida cautelar, ni medida alguna de carácter asegurativa pueden imponerse si es que

previamente no se encuentra autorizada por una ley. De esta manera se hace efectiva la garantía dada a los ciudadanos del respeto a sus derechos fundamentales, como son la libertad y la propiedad. En base de la legalidad queda extrañada del proceso penal la arbitrariedad del juez para imponer medidas cautelares que no estén previstas con anterioridad en la ley y sólo en los casos y medidas que la misma ley prevé.

Se han vertido opiniones por parte de ciertos procesalistas que han pretendido ver la existencia de la característica de “homogeneidad” entre la medida cautelar y la acción ejecutiva de la pena por lo que justifican que la primera sea un anticipo de la segunda, afirmando que la medida cautelar debe proyectarse anticipando los efectos de lo que será en el futuro la ejecución de la sentencia condenatoria por lo que el tiempo que el justiciable pasa en prisión provisional se debe abandonar a la pena a que pudiera ser condenado el acusado en el futuro, existiendo de esa manera una similitud entre ambas, esto es, entre la provisional prisión y la pena. Este criterio parte de una base equivocada, pues la prisión provisional, de *lege ferenda* no es un anticipo de pena, como lo haremos presente cuando entremos al comentario sobre la prisión provisional.

1.4 GRUPOS

El Código de Procedimiento Penal divide la actividad cautelar en dos grandes grupos, a saber: la medida cautelar de carácter personal que afecta la libertad personal y la medida cautelar de carácter real que afecta al patrimonio. Dentro del primer grupo está incluida no sólo la prisión “preventiva” sino también la detención que no es propiamente un acto procesal sino que, al contrario, es eminentemente extraprocesal con fines investigativos, cuyo resultado puede influir en el desarrollo procesal. Dentro del segundo grupo están comprendidos el secuestro, la prohibición de enajenar bienes, la retención y el embargo. Pero el Código de Procedimiento Penal abre un Capítulo especial dentro del Libro dedicado a las medidas cautelares para dar cabida a lo que llama “la aprehensión” que, como se comprende, no es una medida cautelar, “sino que es la ejecución de una medida cautelar”, esto es, el acto físico de capturar a la persona contra la cual se ha ordenado prisión preventiva o la detención, o se ha dictado contra ella una pena privativa de libertad, o cuando se lo sorprende en la comisión de un delito flagrante. Se aprehende tanto al condenado a prisión o a reclusión, como al que es sujeto pasivo de una investigación (detención) o al sujeto pasivo de un proceso penal (prisión preventiva), o la persona sorprendida en la comisión de un delito. En todos estos casos se “aprehende”

a una persona, pero en ningún caso la aprehensión es una medida cautelar. Y tanto no lo es que el mismo Código de Procedimiento Penal no la menciona entre tales medidas cuando se refiere a ellas en el primer inciso del Art. 160.

En el art. 103, literal ñ) de la CPR de 1996 se autorizaba al Presidente de la República a declarar el estado de emergencia nacional en los casos expresamente previstos en la norma constitucional, y se le concedían ciertas atribuciones expresamente señaladas entre las cuales se encontraban el arresto de un ciudadano sin cumplir con las formalidades legales previstas para el efecto. Esta atribución extraordinaria para limitar la libertad personal de un ciudadano sin cumplir con las formalidades legales se conocía doctrinariamente como “detención preventiva” o “arresto administrativo” que podía tener la misma duración que el estado de emergencia. La Constitución Política de la República de 1998, actualmente vigente, excluyó de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República en caso de emergencia la de autorizar el arresto administrativo, lo cual fue una demostración del respeto que, teóricamente, el Ecuador, como Estado de Derecho, tiene para uno de los bienes jurídicos principales del hombre como es la libertad individual.

Hecho el estudio introductorio de lo que debe entenderse como medida cautelar entraremos al comentario de las “reglas generales” que sobre dichas medidas trata el Capítulo I. A este respecto el art. 159 del Código de Procedimiento Penal, dice:

“A fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real. Su aplicación debe ser restrictiva. Se prohíbe imponer medidas cautelares no previstas en este código”.

1.5 LA NATURALEZA

La naturaleza de la medida cautelar en nuestra legislación procesal penal surge cuando el precepto antes transcrito expresa que el “fin” de la medida cautelar es doble: garantizar la inmediación del sujeto pasivo del proceso con éste y avalar el pago de la indemnización de perjuicios al ofendido. No es una finalidad de la medida cautelar personal o real la de aprehender al imputado, o limitar el derecho a la propiedad del

mismo, sino que el proceso se vale de la medida cautelar como instrumento que le permita cumplir su finalidad. No es que la medida cautelar “garantiza” la predicha inmediación como el pago. No garantiza la inmediación: la hace posible y todo aquello que hace posible un fin, es un instrumento y no un fin en sí mismo. En el caso que estoy estudiando la medida cautelar hace posible que el proceso penal cumpla su finalidad y, por ende, es un instrumento de la actividad coercitiva del proceso.

Las medidas cautelares siempre dependen de la existencia de un proceso a cuyo fin están al servicio. En efecto cuando la ley dice que “a fin” que se cumpla la inmediación del imputado o del acusado “con el proceso”, está enunciando claramente que la medida cautelar sólo puede existir en tanto un proceso penal, como un instrumento muchas veces necesario para el cumplimiento del fin procesal. La iniciación del proceso es uno de los presupuestos necesarios para que tome vida la medida cautelar. Y este presupuesto tiene una importancia fundamental desde el momento que impide que surja una medida cautelar sin que, previamente se haya establecido la existencia objetiva de un delito que origine un proceso penal y que la persona que sufre la medida cautelar tiene un nexo causal con dicho delito.

Pero también se advierte que la medida cautelar es de carácter preventivo, pues, se entiende que una vez que no sea necesario proceder a limitar la libertad personal, o la libertad de disposición patrimonial del imputado la medida cautelar fenece, aunque el proceso penal en desarrollo no haya concluido.

Según el artículo al cual hago referencia las medidas cautelares tienen fines propios, lo cual, como antes explique, no es jurídicamente aceptable, ya que la utilidad de la medida cautelar se caracteriza por el auxilio que, como medio, presta al proceso. La inmediación del imputado con el proceso no es un fin de la medida cautelar sino un medio de que se sirve el proceso para su efectividad, esto es, que la medida cautelar está al servicio del proceso penal y por ello es que es medio accesorio instrumental de aquel. Tan verdad es lo expuesto que las medidas cautelares para que puedan tener vigencia en el proceso penal están supeditadas a presupuestos que deben existir dentro del proceso en que actúan como instrumento. Si en el proceso penal no constan los presupuestos objetivos exigidos legalmente para la procedencia de la medida cautelar ésta no toma vida. Sólo cuando el proceso penal necesita de la medida cautelar es que se sirve de ella

para hacer efectiva la finalidad para la cual se inicia el proceso penal. Cuando desaparece la necesidad procesal, desaparece la medida cautelar.

Pero parece ser que nuestra legislación procesal en el tema de las medidas cautelares se ha afiliado a la corriente doctrinaria por la cual se dice que se debe distinguir entre las medidas cautelares con función de cautela *final* y medidas cautelares con función de cautela *instrumental o procesal*. Las primeras están dirigidas a asegurar el cumplimiento de la pena; las segundas tendrían la misión de garantizar la inmediación procesal del imputado o acusado, así como la protección de los medios de prueba. Rechazo esta división doctrinal de las medidas cautelares porque no responden a la realidad jurídico-procesal, ya que, como bien dijera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “la adopción de una medida cautelar privativa de libertad no debe convertirse así en un sustituto de la pena en prisión”.

De acuerdo con el mandato contenido en el Art. 159 las disposiciones legales que “restringen la libertad, los derechos del imputado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso deben ser interpretadas restrictivamente”.

Nadie duda que las medidas cautelares afectan a derechos personales garantizados constitucionalmente, como son, principalmente, la libertad, la inocencia y la propiedad y, por ende, el juez penal, al momento de dictar la medida cautelar, debe ajustar su conducta a evitar en lo posible que tales bienes jurídicos sean afectados, haciendo un estudio responsable de las situaciones de hecho y de derecho que ofrece el proceso en relación al imputado, a los medios de prueba, al ofendido, para pronunciarse en la forma menos lesiva a los citados derechos.

CAPITULO II

2.1 ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La institución de la prisión preventiva ha sido objeto de violentos ataques, especialmente por parte de Carrara²³, entendiéndose que es injusto encarcelar a los imputados antes de la condena; que afecta a la economía carcelaria; que desalienta al honrado, pues termina por despreciar las leyes, odiar a la sociedad, familiarizarse con la prisión y arruinarse moralmente por la vida promiscua que deteriora y corrompe en la cárcel. A este respecto son interesantes las páginas que dedica el autor anteriormente citado al cambio psicológico que va sufriendo el detenido, alterando modos, costumbres, lenguaje y aun a la fisonomía durante su encierro.

La Prisión Preventiva se la sostiene en aras de la necesidad de interrogar al acusado, de alcanzar la verdad, de asegurar el cumplimiento de la pena. Lo cierto es que, entre el conflicto que se suscita entre los derechos de la sociedad y los del individuo, con esta institución se sacrifican los últimos en beneficio de los primeros, estableciéndose como condición, claro está, que existan al menos claros indicios de culpabilidad. Téngase en cuenta que la libertad individual se va sacrificando en forma gradual, a medida que avanza el proceso penal, conforme a las necesidades de la investigación. Estas etapas podrían ser la simple citación del imputado, que lo obliga a comparecer al tribunal; el arresto, disposición que se toma contra varias personas, cuando sea necesaria para individualizar a los responsables y testigos; la detención del sospechoso, de breve duración; y la prisión preventiva, que es la más grave de todas esas medidas, cautelares o de prevención, que garantizan la prosecución del juicio, evitan que lo eluda al acusado, el descubrimiento, de la verdad y la aplicación de la ley de fondo.

Todos estos actos coercitivos que restringen o limitan la libertad de las personas, garantizada por la Constitución Nacional, tienden a impedir que el imputado, que se encuentra en libertad, dificulte o haga imposible la investigación y la actividad jurisdiccional, borrando o desfigurando datos del delito, ocultando cosas o efectos materiales, poniéndose de acuerdo con sus cómplices, sobornando o intimidando testigos. Asimismo, por medio de esos actos se asegura la comparecencia del imputado durante la marcha del proceso, a fin de que no lo obstaculice o paralice, ya

(23) Carrara, Derecho Procesal Penal, Pág. 65

que aquel no puede seguirse en rebeldía, es decir, su sometimiento al poder jurisdiccional.

Para Carrara responde a tres necesidades: “una, de defensa pública, porque impide que mientras dure el proceso los imputados continúen delinquiriendo; otra, de justicia, ya que impide la fuga del acusado; y otra, de verdad, porque evita que aquél dificulte la investigación, intimide a los testigos y destruya los vestigios del delito.”

Hélie la considera una medida de seguridad, porque un crimen puede arrastrar a su autor a cometer otro; una garantía para la ejecución de la pena, pues aquél podría ocultarse para evitarla; y un medio de instrucción, pues los interrogatorios y careos del imputado son necesarios para la investigación, que no puede permitir que desaparezcan además los rastros del crimen, que se sobornen testigos y que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices.

Pero frente a todas estas razones juega siempre una presunción de inocencia, que debe pesar en la balanza y que obliga a limitar la prisión preventiva para los casos de más estricta necesidad, como opinan Carrara y Jofré, a cuyas protestas se unen Beccaría, y Sala quien llega a postular su abolición.

La prisión preventiva no es una institución que hubiera sido conocida en las primeras épocas del desenvolvimiento social. Como se sabe, las primeras manifestaciones objetivas contra las ofensas provocaban las reacciones individuales o del grupo de manera directa sin que los otros individuos o grupos tuvieran injerencia en la solución de los conflictos. Por lo tanto en esas épocas iniciales de la vida social no puede hacerse referencia alguna sobre la prisión en general ni sobre la prisión provisional en particular pues aún no había surgido el tercer personaje (el dirimente, llamado posteriormente “juez”) de la controversia entre personas que tuviera el poder de resolver dichos conflictos, ni tampoco el ente capaz de hacer efectivas sus resoluciones, es decir, no se había creado lo que con mucha posterioridad llamaríamos el poder jurisdiccional. Era la época de la venganza privada o venganza de sangre entre individuos, entre familias, o entre clanes.

En la Biblia encontramos referencias a la prisión que se supone cautelar adoptada en Egipto. Así lo establece el Génesis cuando se refiere a la prisión que sufrió José y lo

encontramos en Esdras en relación con Israel. Pero es indudable que estas medidas privativas de libertad a las que se refiere la Biblia eran evidentemente solo cautelares, esto es, en espera de juicio y como tránsito entre la condena y la ejecución de la misma. Se puede decir que es en Grecia en donde asoman los primeros perfiles de la prisión cautelar, pero no de la prisión como pena. El ciudadano ateniense, mientras se lo llamaba para ser juzgado, gozaba de libertad y tenía oportunidad de organizar su defensa. Recuérdese que probablemente en el siglo VII A.C., los eleatas “consagraron en el santuario de Olimpia una tablilla de bronce en donde estaba grabado un documento jurídico de primer orden, una ‘retra’ que acaba con el principio de la responsabilidad colectiva”. Desde ese momento se da fin al cruel sistema de hacer responsables civiles o penales a personas que por pertenecer a la misma familia o al mismo clan del ofensor debían ser sancionadas junto con éste. La prisión provisional no se la conocía en la forma como la entendemos actualmente. El justificable comparecía ante la Asamblea o Helida como ciudadano libre y solo perdía su libertad cuando era condenado a muerte y por el tiempo comprendido entre la imposición de la pena y la ejecución de la misma. Sin embargo, Platón nos habla ya de una “prisión estatal” como una medida punitiva, mas que cautelar.

En Roma existió un esbozo de la prisión preventiva. Sin embargo no se debe dejar de reconocer que la llamada institución del “arresto” tuvo su plena vigencia desde la época republicana y estaba supeditado al arbitrio del magistrado, tal como lo dice Mommsen, arbitro “que podía estar regulado por la ley, es decir, que podía prescribirse o prohibirse al magistrado, dentro de ciertos límites, hacer uso del arresto” el cual no tenía tiempo de duración, pero usualmente era preventiva y siempre utilizado como una medida eventual. Lo importante para los efectos de los presentes comentarios es destacar que: “el principal empleo que al arresto se daba era como medio de seguridad, ora para poder continuar el proceso, ora para llevar a ejecución las sentencias, o lo que es igual, como medio auxiliador para la instrucción del sumario y arresto ejecutivo”, pese a que no existieron sino hasta épocas muy posteriores los locales destinados a prisiones públicas. Según lo expresa Cuello Calón²⁴, en Roma la prisión “se empleo principalmente como medio de mantener seguros a los procesados durante la instrucción del proceso”, y recuerda la frase de Ulpiano: “La cárcel no es para castigo sino para guarda de los hombres (*carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*)” para demostrar su afirmación. Fueron los romanos los que instituyeron la libertad preventiva

(24) Eugenio Cuello Calón, La Moderna Penología, Tomo I, Pág. 54

como consecuencia de la presentación de “fianza”, utilizada primero en los llamados “juicios privados” y que luego su práctica se extendió a los procesos públicos. Según Manzini, en el Imperio el derecho romano establecía que sólo en el caso que “el reo hubiere confesado hay que ponerlo en cárceles públicas hasta que se pronuncie acerca de él”, lo que contradecía el procedimiento aceptado en el sistema acusatorio anterior al Imperio, que establecía que “a nadie se le ponga en la cárcel antes que haya sido enteramente convicto... Y entretanto ténganselo en igual forma que al acusador, mientras el conocimiento celebrado hubiera encontrado una diferencia”.

En la época feudal, en la Alta Edad Media, no existía un sistema particularizado de procedimiento y, por lo general, se seguían las normas impuestas por los señores feudales a los jueces que estaban bajo su dominio. Es en la Baja Edad Media en donde comienzan a surgir algunas normas que pueden considerarse que pretendían garantizar ciertos derechos como los instituidos en la Carta Magna otorgada por Juan Sin Tierra el 17 de junio de 1215 en cuyo art. 39 se prohibía que un hombre libre fuera “arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado... sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”. Sin embargo no se debe olvidar que en esta época en donde el sistema de procedimiento inquisitivo comienza a surgir tomando como principal arma de lucha contra el justiciable la prisión preventiva, hermanada contra la tortura y con fines de investigación y, además, como ejecución adelantada de la futura pena de encarcelamiento.

Según lo expresa Neunman hasta el siglo XVIII, “salvo elocuentes y esporádicos precedentes” no se utilizó la cárcel punitiva, sino la cárcel cautelar bajo un severo régimen disciplinario y recuerda que se hacía una diferencia entre la “carcer” y el “ergastulum”, siendo éste “el encierro doméstico o privado para el castigo disciplinario de esclavos”, en tanto que la primera era un lugar de “custodia pública”. Basado en la mencionada diferencia, Neunman²⁵ concluye diciendo: “En tal sentido, el vocablo *cárcel*, si bien hoy lo consideramos sinónimo de penitenciaría y prisión, procede a éstos, que, como su nombre lo indica, se refiere a la pena privativa de libertad *per se*. En puridad *cárcel* debería ser utilizada para señalar el lugar de encierro de los procesados o prevenidos judicialmente, y *prisión* para el de condenados”.

El derecho germano no conoció la prisión preventiva dada la configuración del procedimiento primitivo concretado en los duelos, las ordalías y los juicios de Dios. Así

(25) Elías Neunman. El Estado Penal y la Prisión – Muerte, Pág. 95

lo afirma Cuello Calón cuando expresa: “En el derecho germánico predominaban la pena capital y las penas corporales, la prisión se mencionaba rara vez”.

En la época moderna no existió mayor respeto por la libertad individual y la arbitrariedad de las autoridades era frecuente, haciéndose costumbre los llamados “mandamientos de ejecución” reales, mediante los cuales los monarcas podían ordenar la detención de las personas sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia y que en Francia, por ejemplo, se conocían como “lettres de cachet”. Discordando con el anterior sistema de Inglaterra se promulgo el Habeas Corpus Amendamen Act en 1679 por el cual la persona que se consideraba ilegalmente detenida podía exigir su comparencia ante el juez en demanda de su libertad.

Con el desarrollo de las ideas libertarias y el despertad revolucionario de los pueblos en busca de sus derechos surgieron las constituciones y las leyes que garantizaban la libertad individual y regulaban los casos, modos y procedimientos que la autoridad competente debía respetar en el caso que creyera necesario restringir la libertad individual de una persona. La declaración de derechos del buen Pueblo de Virginia (12 de junio 1776), la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789), son sede de grandilocuentes enunciados de protección de la libertad ciudadana que se regulaban en sendas leyes que daban seguridad jurídica a los pueblos. Y en la citada declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, en el art. 1 se proclama que “los hombres nacen y viven libres iguales en derecho” y en art. 9 establece la presunción de inocencia de todo hombre “mientras no sea declarado culpable” advirtiendo que “si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su personalidad, debe ser severamente reprimido por la ley”. Estos enunciados han sido repetidos en otros documentos internacionales en donde se ha insistido en garantizar la libertad, además de reconocer la situación jurídica de inocencia. Porque, en efecto, cuando se trata de la prisión preventiva no sólo se afecta la libertad individual sino también la inocencia del que sufre tal limitación de su libertad. El Código de Procedimiento Penal garantiza la inocencia de toda persona por lo que la limitación de la libertad personal no afecta la inocencia del justiciable porque se trata de una medida cautelar que no lleva implícita la presunción de culpabilidad sino que sirve como instrumento del proceso para fines particulares del mismo como son la inmediación del acusado el impedimento de destrucción de medio de prueba, etc.

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

En nuestro país la prisión preventiva tiene mucha antigüedad pues en la ley de jurados de 8 de enero de 1842, en el Art. 22, se lee: “Para el arresto del procesado basta: 1°. Que el delito sea uno de los expresados en el artículo 1°.; y 2°. Que cualquier indicio o presunción vehemente designen la persona del delincuente. Se exceptúan los casos de los artículos 237, 238, 308, 544, 545, y 549 del Código Penal, pues en ellos bastará que el procesado de caución suficiente para comparecer al juicio. El art. 12 de la Ley de Jurados de 14 de diciembre de 1849 expresa que, entre otros, quedaba reformado el art. 22 de la ley de 8 de enero de 1842, pero no señala la forma como quedaba sustituido. En la Ley de Procedimiento Criminal de 15 de diciembre de 1853, en el art. 7°, se lee: “Se prohíbe la prisión sin los requisitos que exigen los art. 110 y 112 de la Constitución, y el art. 127 del Código Penal”. Las leyes de procedimientos posteriores establecieron los presupuestos de procedibilidad de la prisión preventiva, de manera más o menos parecida a la que actualmente preside la medida cautelar de la prisión preventiva.

2.2 ASPECTOS Y SOLUCIONES

Una de las instituciones que más polémica ha provocado y sigue provocando es la de la Prisión Preventiva. Para unos es la lógica consecuencia de una conducta desafiante a la norma jurídica penal; para otros, si bien la rechazan de manera general, la admiten en definitiva como un mal necesario; y finalmente no faltan quienes la rechazan absolutamente y la consideran una de las más graves negaciones a la libertad humana.

Luego de hacer referencia a que en Grecia no se hacía uso de la prisión preventiva, poniendo como ejemplo el caso de Sócrates, quien pese a que fue condenado a muerte estuvo en libertad hasta el momento de la condena, hace presente que “no faltan ciertos espíritus excéntricos que, arrodillados ante los terribles altares de la crueldad y del miedo, pretenden apoderarse derecho ilimitado de encarcelar a los sospechosos”, citando entre estos a Harduin²⁶, quien en su obra “La Detención Preventiva” decía: “Si es legítimo del derecho de castigar el delito, también será legítimo capturar por sospecha, pues debe presumirse que en ella existe un delincuente”, lo que, sin lugar a

(26) Harduin. La Detención Preventiva, pag. 101

dudas es un razonamiento de lo más pobre, pues el delito se lo “castiga” cuando ya se ha establecido procesalmente su existencia; en tanto que la prisión preventiva la sufre quien, siendo inocente, aún no ha sido condenado y aún antes de haberse establecido con certeza la existencia jurídica del delito y la intervención del imputado en dicho delito.

La doctrina es mayoritaria en afirmar que la prisión preventiva es una medida cautelar “necesaria” matizándose las diversas posiciones doctrinarias sólo en cuanto a los presupuestos, naturaleza, finalidad, etc. de la institución. Beccaria es uno de los autores que consideran que la prisión preventiva es una necesidad social pero que debe estar regulada con antelación por la ley para que no se constituya en una arbitrariedad de los jueces. Así dice: “La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que los sujeten al examen y a la pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero en el delito, las amenazas y constante enemistad con el ofendido, el cuerpo del delito y otros semejantes, son pruebas suficientes para encarcelar un ciudadano”. Voltaire, se manifiesta también como uno de los pensadores que justifica la presión preventiva cuando esta se encuentra previa y debidamente regulada por la ley, diciendo: “Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por cerrarle en un calabozo horrible, sin permitir el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros, como si ya lo hubieses juzgado culpable... ¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse? ¡Oh, jueces! ¿Queréis que el inocente acusado no se escape? Pues facilitarle los medios para defenderse.”

Desde mi punto de vista, “la prisión preventiva, considera únicamente respecto a las necesidades del procedimiento, tiene que ser brevísima, esto es, lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera, después de lo cual ya no hay, por esta parte, motivo para detenerlo, y sería injusto, ante la sana razón, que su detención se prolongará, pues se pecaría por petición de principio”. Sin embargo hay que reconocer que la “prisión preventiva” es una “necesidad política ya reconocida, por las siguientes necesidades: 1ª, de justicia, para impedir la fuga del reo; 2ª, de verdad, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3ª de defensa pública, para impedirle a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus

(27) Francesco Carnelutti. Lecciones sobre el Proceso Penal. Volumen , Pág. 174.

(28) Alfredo Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal. Tomo II, Pág. 56

ataques al derecho ajeno”. Pero por otro lado opino que la prisión preventiva es una “injusticia necesaria”, afirmando que “esta es necesaria para formar el proceso escrito con el objeto de que el juez pueda interrogar al acusado en cualquier momento de la instrucción; pero esta razón deja de existir cuando se han agotado los interrogatorios. Es necesaria para la seguridad, a fin que el acusado no pueda continuar con sus delitos durante el proceso; pero esta razón se anula cuando se trata de delitos cometidos en una ocasión especial o una pasión momentánea que no presenta las características del hábito. Y es necesaria para la aplicación de la pena, sin que el reo se sustraiga a ella mediante la fuga.

Claro está que hay que tener presente que “cuando la ley no consienta expresamente una restricción de la libertad, hay que respetarla en su integridad al referirse “prisión preventiva” y además que “si es evidente que el procesado debe ser privado en su libertad una vez que exista una sentencia firme de condena, es natural que solo en caso de necesidad sufra aquellas restricciones con anterioridad a la misma”. Para este criterio solo existen, “dos razones que pueden justificar la prisión preventiva: una de seguridad, para impedir la fuga del que a cometido el delito, otra procesal inherente a los fines del proceso que hacen que sea necesario que la investigación judicial para descubrir la verdad esta libre de toda traba, lo que no sería posible si el procesado estuviere constantemente en libertad. Así, pues: seguridad de la persona, garantía de las pruebas”. Con lo que no estoy de acuerdo es que la prisión preventiva constituya un adelanto de la pena; es solo un instrumento de que se sirve el proceso para poder cumplir su finalidad.

Carnelutti²⁷, se pronuncia por el uso mínimo de la privación de la libertad como medida cautelar y luego de hacer presente que a la persona que sufre tal medida se encuentra en iguales condiciones que la del condenado, en sentencia: “el aislamiento preventivo del imputado se asemeja, pues, a una de aquellas medidas heroicas que deben ser propinadas por el médico con suma prudencia, porque pueden curar al enfermo pero también ocasionarle un mal más grave; quizá un parangón eficaz es el que se puede hacer con la anestesia, y sobre todo, con la anestesia general, lo cual es un medio indispensable para el cirujano, pero ¡Ay si este abusa de ella!”.

Según Vélez Mariconde²⁸ la prisión preventiva “es el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso

(27) Francesco Carnelutti. Lecciones sobre el Proceso Penal. Volumen , Pág. 174.

(28) Alfredo Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal. Tomo II, Pág. 56

cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley”. Y entiende el ilustre procesalista argentino como “actuación efectiva de la ley” tanto el aspecto cautelar “ para alejar el peligro de que el procesado eluda el juicio (que no se puede realizar cuando él está rebelde)”, como el aspecto asegurativo para garantizar el cumplimiento de “ la sanción que le sea impuesta”. Sin dejar de manifestar en líneas posteriores que “esto no significa, sin embargo, que (la prisión preventiva) sea una pena en el sentido técnico de la expresión “. Es evidente que no es una pena: es más que una pena pues, como he manifestado, lleva consigo todo lo negativo de la pena y no la acompaña ninguno de los beneficios de la misma. Pero no deja el maestro Argentino de condenar el abuso con que se limita la libertad ambulatoria de las personas y así dice: “El abuso consiste en ordenar ciega y automáticamente la detención del imputado, cuando bastaría su simple citación; en prolongarla, innecesariamente, cuando no se comprueba que peligra la actuación efectiva de la ley; en confundir la prisión preventiva, que sólo puede ser una medida cautelar, con una pena que se comienza a imponer antes de la sentencia condenatoria; en olvidar que el imputado es inocente mientras no sea declarado culpable por una sentencia en firme. Para nosotros el abuso también consiste en que el agente de la autoridad se considera facultado, para a su arbitrio, disponer el momento en que un hombre deba dejar de ser libre; en que la autoridad no examina con detenimiento si el hecho que se le denuncia es constitutivo de delito, o de contravención, o si es simplemente un asunto civil para cuyo conocimiento no tiene competencia; en que los jueces de derecho no respeta la exigencia de los presupuestos de procedibilidad para la detención o la prisión preventiva.

En tiempos más recientes Maier²⁹ acepta como una necesidad la prisión preventiva en tanto legítima actuación coercitiva del Estado al decir. “De todos modos, resulta evidente que, si, además de la facultad de aplicar penas, se entiende que los jueces naturales son los autorizados a emitir la orden escrita de arresto, permitida por la Constitución, durante el procedimiento penal, ello significa que es posible y legítima la coerción, aún antes de la sentencia firme de condena”.

Escobar³⁰ es uno de los pocos autores que piensan que no se encuentra justificada, o por lo menos, integralmente justificada la prisión preventiva cuando dice: “Se ha abogado, por parte de un sector de la dogmática, en la eliminación de la cárcel cautelar

(29) Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I

(30) Edgar Escobar López. La Presunción o Estado de Inocencia en el Proceso Penal. Pág 145

en los procesos penales, al menos hasta su culminación con sentencia de primer grado, con el argumento de que el acusado debe comparecer libre ante los funcionarios judiciales encargados de investigarlo y juzgarle, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano en quien se presume su inocencia, sino también por la necesidad procesal de quedar en pie de igualdad con la acusación y poder ejercitar adecuadamente su defensa.”

Por mi parte critico, el uso de la prisión preventiva como un sistema de control social y manifiesto: “La desnaturalización del instituto procesal de la prisión preventiva se evidencia nítidamente cuando se la emplea como un modo de control social. Así, a través del encarcelamiento preventivo se pretende neutralizar la peligrosidad criminal del imputado, sometiéndolo a una prolongada prisión preventiva hasta que concluya el moroso trámite procedimental”.

Solimine³¹, luego de hacer presente que no es posible afiliarse a los extremos de las posibilidades entre mantener la prisión preventiva de manera rigurosa, esto es, sin hacer diferencia si se trata de seres condenados o de personas procesadas pero no condenadas; y aquella otra que aboga por el abolicionismo, dice que “frente a estas dos posiciones antitéticas extremas – la prisión preventiva como regla vs. Su abolición; entre el *negro* y el *blanco*- aparece una posición intermedia, ecléctica, un *gris*, que concluye en que la *regla general ha de ser la libertad y la prisión preventiva sólo será una excepción*”

Concepción Arenal³², quien abogaba por la abolición de la prisión preventiva, decía: “Las cuatro grandes razones que hubo en otros tiempos para aplicar la prisión preventiva, preocupación exclusiva de interés nacional, dura penalidad impuesta a delitos leves, la casi seguridad de una condena por deficiencia de medios defensivos, la facilidad de burlar las sentencias por escasez de medios para perseguir a los delincuentes, han desaparecido hoy en que el derecho del individuo y la sociedad se reconocen dentro del límite de lo suyo; los castigos se han suavizado y fácil es comprender que no es cálculo la rebeldía para evitar una pena leve, así como la inocencia tiene garantías, y no se debe desesperar de su triunfo, y, por último, la ley posee fuerzas bastante para no sustraerse a ella sino por rara excepción, todo lo cual conduce a una templanza mayor en la adopción de la prisión preventiva”

(31) Marcelo Solimine. Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación.

(32)Obras Completas. Tomo Duodécimo. El Derecho de Gracia ante la Justicia. El reo, El Pueblo y el verdugo

Pero no han faltado los autores que se pronuncian por la abolición no sólo de la prisión preventiva, o de la pena privativa de la libertad sino, inclusive, del sistema penal, al cual lo consideran desde todo punto de vista inútil. Un crítico severo, sin adherirse al abolicionismo, de la prisión en general es Bustos Ramirez, quien en el “Prólogo” al libro de Hulsman –sinceramente abolicionista- y Bernat de Celis, luego de hacer una sesuda crítica sobre la formación de lo que se ha dado en llamar la “opinión pública”, especialmente en relación con el problema de la privación de la libertad de las personas, dice: “El sistema penal resulta disfuncional teórica, política y socialmente.”

Sólo recae casi siempre sobre una determinada capa de la población; sus mecanismos unilaterales, tanto en la generación de la norma como en su aplicación, no encuentran clara legitimación. Tampoco ofrece vías de solución a los problemas con que se enfrentan en la mayoría de los casos los miembros de una sociedad”. Pero el radicalismo de Hulsman³³ lo hace decir que “las ciencias humanas nos dan una extensión del mal. Comprueban que ningún beneficio puede obtenerse de la prisión, ni para la ‘sociedad’. Las reglas de vida en la prisión hacen prevalecer las relaciones de pasividad-agresividad y de la dependencia-dominación, no dejan prácticamente lugar alguno para la iniciativa y el diálogo; dichas reglas alimentan el desprecio de la persona y son infantilizantes.... En la prisión pierden los hombres su personalidad y su sociabilidad”

Y en otra parte Hulsman³⁴ dice: “Lejos de parecer utópica la perspectiva abolicionista se presenta como una necesidad lógica y una actitud realista, como una exigencia de la equidad”. Sobrepararía la finalidad del presente comentario entrar a analizar los argumentos sociopolíticos-criminológicos que exhibe Hulsman en la citada obra, pero es importante que se conozca que la privación de la libertad humana, sea como cárcel-cautelar, sea como presidio-punitivo, no es la solución para los llamados “males sociales” que, como se sabe tienen causas y factores múltiples que, por lo general, los estadistas, los legisladores, los miembros de la policía, del ministerio público, de la función judicial y los miembros de las agencias comerciales que fabrican la información, ignoran o desprecian.

(33) Louk Hulsman. Sistema Penal Y Seguridad Ciudadana, Pág. 329

(34)Louk Hulsman. Sistema Penal Y Seguridad Ciudadana, Pág 350

Y no sólo algunos estudiosos de la ciencia penal son abolicionistas. También lo encontramos en la función judicial. Tal es el caso del juez norteamericano James E. Doyle quien al dictar el fallo penal en el caso Morales vs. Schmidt dijo: “Estoy convencido de que la institución de la prisión probablemente debe desaparecer. En muchos sentidos resulta tan intolerable en los Estados Unidos como lo fue la institución de la esclavitud, igualmente embrutecedora para todos los que participan en ella, igualmente nociva para el sistema social, igualmente subversiva para la fraternidad humana, aún más costosa en ciertos sentidos, y probablemente menos racional”.

En Capítulo Criminológico se publica un interesante artículo de Luis de la Barreda Solórzano, intitulado “Prisión Aún”, en donde se presentan los argumentos de los abolicionistas y la réplica de los anti-abolicionistas del sistema penal, que deben ser analizados seriamente y con criterio ajeno a los prejuicios sociales que no han fomentado a través de muchos años y en donde se quiere presentar la prisión preventiva como la solución para el triunfo de la seguridad social por lo que se recomienda en todo momento la aceleración de la máquina privativa de la libertad para la lucha contra ese mal social llamado “auge de la delincuencia”, pese a que no ha desaparecido dicho “auge”, sino que aumentado, debido a que se desatienden el estudio y la solución a las causas y factores criminógenos determinantes del fenómeno criminal.

De manera objetiva opino que la prisión preventiva, como medida cautelar de carácter personal, se encuentra justificada sólo en casos especiales que deben ser claramente señalados por las leyes de procedimiento y sujeta dicha medida a un límite temporal.

Posteriormente desarrollaré los argumentos fundamentales en los cuales me baso para aceptar la prisión preventiva como una medida cautelar que, en forma excepcional, limitada, generalmente subsidiaria y con presupuestos de admisibilidad legalmente previstos debe mantenerse en nuestra realidad procesal penal.

Por lo pronto destaco los aspectos negativos de la prisión preventiva. Ante todo provoca efectos desintegradores de la familia y causa la miseria de la misma cuando el afectado

con la medida cautelar es el sostén económico del núcleo familiar y es privado de su libertad. Por otra parte la persona sometida a la prisión preventiva, por la naturaleza de la medida, no es favorecida con los planes resocializadores, como se supone las reciben los internos, esto es, los que ya se encuentran condenados y están cumpliendo la pena. Sin embargo, la prisión preventiva provoca los mismos efectos nocivos y estigmatizadores de la pena, sin recibir ningún beneficio, como lo recibe el penado. Finalmente, uno de los efectos mas perturbadores es el del contagio delincencial cuando se mezclan los internos y los presos provisionales. Se victimiza al interno.

En nuestro medio se ha “masificado” la prisión preventiva, pues ha sido tomada como un instrumento fundamental en la lucha contra la delincuencia cada vez más agresiva y globalizadora. No se duda que considerar la prisión preventiva en el sentido antes indicado es enervar la verdadera naturaleza de la mencionada institución limitativa de la libertad individual, además de que en caso alguno puede cumplir la tarea que artificial y rústicamente se le quiere asignar o se le ha asignado ya como una medida de seguridad. Fundamento mi opinión en el informe del Sistema Penitenciario Nacional por el cual se viene en conocimiento que en el año 2005 se computaban 9.886 personas bajo prisión en los diferentes lugares de retención del país. De la mencionada cifra 6.437 personas estaban provisionalmente privadas de su libertad, y 3.429 cumplían condena, esto es, que el 65,24% de los encarcelados eran víctimas de la prisión preventiva. De enero a noviembre, inclusive, del año 2005, se encontraban encarceladas 10.890 personas, de las cuales 7.634 se encontraban como presos provisionales y 3.252 estaban condenadas, lo que significa que el 70,10% de la población carcelaria corresponde a la prisión preventiva, lo cual no deja de ser una cifra impresionante que demuestra que la automatización o masificación de la prisión preventiva se ha convertido en un instrumento de lucha contra la delincuencia y ha dejado de ser un instrumento procesal, esto es, una medida cautelar. Pero lo decepcionante radica en que si la prisión preventiva fuera un instrumento útil en la lucha contra la delincuencia podría explicarse, jamás justificarse, su manejo como medida de seguridad, lo cual, no sólo no se ha demostrado, sino que, al contrario, se ha hecho patente que mientras aumenta la cifra de las prisiones preventivas aumenta también la actividad delictiva, disminuyendo la celeridad de los procesos lo que se refleja al existir menor cantidad de internos, esto es,

de presos condenados. Conclusión ésta a la que se llega observando que en el año 2004 habían 6.437 presos preventivos en tanto que en los once primeros meses del año 2005 la cantidad había subido a 7.634 presos preventivos, esto es, 1.197 personas más, sin que la delincuencia hubiera cesado o disminuido a nivel nacional. En el año 2003 había 3.429 personas condenadas, en tanto que en los primeros once meses del año 2004, había 3.256 personas condenadas, esto es, que habían aumentado el número de presos preventivo y disminuido el número de condenados. Todo lo dicho demuestra que la prisión preventiva no debe tener funciones de control de la delincuencia que es totalmente ajena a la función instrumental de carácter procesal que debe cumplir y para la cual ha sido creada. Los números demuestran con su clásica frialdad la verdadera realidad político-criminal del país.

Pienso que ni el sistema penal, ni la prisión preventiva, ni la pena pueden ser abolidos en el momento en que vive el mundo, en donde desde la violencia agresiva de los gobernantes hasta la irracional de los gobernados, exigen la intervención de normas internacionales o nacionales que impidan el abuso, la discriminación, la injusticia y el odio. De lo que se concluye en la necesidad del sistema penal en los tiempos en que vivimos. Pero hablo de un sistema penal que no haga más notorias las diferencias sociales para sancionar al débil y favorecer al poderoso, porque tal sistema deja de ser justo en el sentido jurídico de la expresión para convertirse en sistema feudal de castigo a la pobreza, a la ignorancia y a la insalubridad.

Pero lo que sí es imperativo es la reforma del sistema penal en tanto la descriminalización de una serie de conductas y la imposición de mayores garantías tanto para la víctima como para el victimario en el desarrollo del litigio procesal penal. Y entre esas reformas cabe la regulación procesal de la prisión preventiva, hecha especialmente para el abandonado de la fortuna quien no está en capacidad de presentar garantía excarcelaria, que si le es permitida al que tiene capacidad económica para ofrecerla.

Concluyo, pues, afirmando que la privación de la libertad de manera provisional es una necesidad de la política criminológica de los Estados. Pero, a su vez, dejamos

constancia de que tal prisión no debe quedar a expensas de los fiscales y de los jueces, esto es, a la arbitrariedad de todos ellos. Precisamente, por el abuso que se ha hecho, y se hace, de la prisión preventiva es que se ha llegado a plantear la necesidad de su abolición, cayendo de esta manera en el otro extremo, peligroso de por sí, que significa la abolición absoluta de esta medida cautelar, lo que abriría el campo para el atropello y la violencia sociales ante la garantía que tendría el infractor de que hasta que medie una sentencia condenatoria no podría ser reducido a prisión. Nuestro pueblo, como el de la mayoría del mundo no se encuentra debidamente preparado para aprovechar de la libertad preventiva sin límite alguno. Pero lo expuesto no quiere decir que no seamos partidarios de la estrictamente necesaria privación preventiva de la libertad personal; no quiere decir que dejemos de rechazar el abuso de gobernantes, de jueces, de magistrados, de autoridades, o a gentes de la autoridad, que han convertido la privación de la libertad en un abusivo acto rutinario, mecánico y automático. La prisión preventiva de la libertad, en ciertos casos, pero en ciertos casos expresamente previstos en la ley cumpliendo con los presupuestos que ella exige, es una necesidad, pero en la forma generosa como la piden los fiscales y la forma automatizada como la conceden los jueces, constituye un abuso que se debe evitar, pues todo abuso, a lo largo del tiempo provoca la reacción popular que es implacable en su afán de venganza.

Lo fundamental es encontrar la solución justa e intermedia, entre los derechos de la sociedad, atemorizada por la comisión del delito, y los de la persona sospechosa, cuyas garantías individuales se ponen en peligro. Aquella consiste, posiblemente, en no decretar la prisión preventiva ciega y automáticamente en todos los casos, en no transformarla en una pena, considerada como tal por Carnelutti en sus lecciones, que es siempre un mal, aunque necesario, por lo que la prisión preventiva no debe ir más allá del mal necesario, y que lo es tal mientras no haya condena, reemplazarla cuando sea posible por simple citación, no prolongarla innecesariamente, limitarla como lo pidió la Primera Conferencia Nacional de Abogados, de 1924, a los hechos sancionados con pena privativa de libertad y facultar al juez a reemplazarla con otras medidas, en el fondo también cautelares. Es decir, que la prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla, ya que con ella se priva de libertad a quien aún es inocente, porque todavía una sentencia firme no lo ha declarado culpable, y muchas veces resulta un injusto e

irreparable atentado contra aquella, no se debe aplicar a hechos reprimidos con cortas penas de libertad, ni a menores, y se tienen que efectuar las reformas procesales a favor de la economía y celeridad procesal y que eviten las prolongadas detenciones, y balancear los rigores de la prisión preventiva con una mayor libertad de las excarcelaciones.

Si una de las grandes razones de aquélla es el temor que el imputado eluda la acción de la justicia, bien puede no aplicársela en delitos menos graves, sancionados con penas cortas, que no merecen ser eludidas a cambio del abandono o pérdida de la familia, del trabajo, o de las relaciones sociales

CAPITULO III

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ÁMBITO DE LOS TRATADOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1 El origen

Hace ya dos siglos, las revoluciones ciudadanas intentaron quebrar las atroces prácticas del viejo sistema de justicia penal y fundar un nuevo régimen de gobierno sobre pautas más racionales, igualitarias y justas. En este contexto, la imaginación ilustrada planteó el principio de inocencia como valla frente a la arbitrariedad y a la aplicación de la pena de sospecha del modelo inquisitivo. Se suponía que esta valla resultaría capaz de lograr que el estado sólo pudiera imponer castigo a los individuos luego de realizar un juicio previo, frente a los ojos del público, con las debidas garantías, tendiente a asegurar que no se impondrá una sanción penal a menos que se hubiera producido prueba suficiente como para demostrar con certeza la culpabilidad del individuo acusado penalmente.

Como producto de la influencia de este movimiento político, los países de América Latina adoptaron como principios fundamentales de su organización jurídica, en sus textos constitucionales, tanto la protección genérica de la libertad ambulatoria, como el

reconocimiento del principio de inocencia. En consecuencia, las constituciones plasmaron, ya en el siglo pasado, los principios esenciales del moderno estado liberal. La Constitución Nacional argentina, por ejemplo, dispuso en 1853: “Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...” (Art. 18) Muchos años después, a partir de mediados de este siglo, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos también dedicó especial protección a la libertad ambulatoria al estado jurídico de inocencia, combinando ambos principios para reforzar la necesidad de establecer el derecho de toda persona a gozar de su libertad durante el proceso penal.

3.2 LA SITUACIÓN

A pesar del reconocimiento de estas garantías en el ámbito normativo de mayor jerarquía- esto es, en Constitución y Tratados Internacionales de derechos humanos-, tanto las prácticas cotidianas de la justicia penal de los países de América Latina se han impuesto en nuestra realidad, Estas circunstancias, continuadoras de una acendrada tradición autoritaria y manifiestamente antiliberal, heredada de la cultura hispana, han impedido, de hecho, toda posibilidad de lograr el respeto efectivo de la garantía de libertad y del principio de inocencia. Según los estudios empíricos, nuestros países recurren, como regla, la prisión cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada.

Los estudios estadísticos de la población carcelaria señalan, de modo incontrovertible, la existencia, la magnitud y la gravedad del problema del abuso la prisión preventiva y expone las desmedidas tasas de presos sin condena. Hasta hace algunos años, en los países de América Latina con sistema jurídico continental europeo, más del 60% de las personas privadas de su libertad se encontraban sometidas a prisión preventiva. Es decir que, cada cien individuos en prisión , mas de 60 eran procesados y, en consecuencia, jurídicamente inocentes. Nueve años después de la investigación que arrojara esta cifras, el porcentaje subió a un 65%.

Una investigación más reciente aun (2003-2005) demuestra que este porcentaje no ha variado sustancialmente en los últimos años. El autor de este estudio (**Centro de**

derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas) advierte, además, que las cifras pueden ser aun mayores, pues ellas solo incluyen a aquellos presos que han ingresado formalmente al sistema penitenciario mientras que, en los hechos, el numero total de personas sometidas a otras formas de detención es muchísimo más elevado.

Al respecto, se pone de manifiesto que “Existe por lo general una cifra muy alta de privados de libertad- a veces por períodos de tiempo larguísimos, de años- alojados en dependencias policiales”. El estudio citado señala como ejemplo las cifras de la provincia de Buenos Aires (Argentina), con 9.427 presos en el sistema penitenciario formal y 7.000 presos en dependencias policiales al 31/12/93, y las cifras de Nicaragua, con 3.470 presos declarados en el sistema penitenciario y 2.500 presos en dependencia policiales al 30/6/93.

El problema del abuso de la prisión preventiva, además, resulta agravado significativamente por un problema adicional: las pésimas condiciones materiales en las que se cumple la detención cautelar de las personas inocentes. Las terribles e inhumanas condiciones de nuestras prisiones, en las que se cumple el encierro cautelar o procesal, son tan evidentes que ni siquiera requieren demostración alguna a través de estudios científicos que la corroboren. El profundo deterioro de nuestro sistema penitenciario es de tal magnitud que puede ser percibido por cualquier observador que se limite a prestarles un mínimo de atención.

3.3 El Sistema de Protección Internacional

El desarrollo histórico del derecho procesal penal latinoamericano, especialmente en lo referido al tema de prisión preventiva, pone a manifiesto las reducidas posibilidades del derecho interno para revertir la gravísima situación determinada por la persistencia generalizada de prácticas que vulneran el principio de inocencia. En efecto, la regulación legal en el ámbito interno no sólo es problemática en aquellos países con ordenamientos procesales penales antiguos, sino también en países que han reformado el sistema de enjuiciamiento penal en los últimos años.

En consecuencia, hoy, más que nunca, resulta imperativo determinar los posibles beneficios que pueden derivar de la utilización del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

El sistema internacional puede contribuir de dos maneras diferentes en la solución del problema de los presos sin condena. En cualquier caso concreto, la petición o denuncia individual, formulada ante los órganos internacionales de protección, permite reclamar el cese de la violación al principio de inocencia y exigir tanto el respeto efectivo de los derechos de la persona afeada como la adecuada reparación del daño causado por el acto lesivo atribuido al Estado. En el sistema interamericano, por ejemplo, se puede presentar una petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en adelante, CIDH-. En segundo término, se debe tener en cuenta que la doctrina elaborada en las resoluciones de los órganos de aplicación e interpretación del sistema internacional de protección permite desarrollar y establecer estándares, principios y criterios normativos referidos al derecho internacional de los derechos humanos que, en principio, resultan de aplicación obligatoria en el ámbito del derecho interno, originariamente adecuadas a las exigencias del Estado de Derecho- fueron modificadas por el poder legislativo en sentido contrario a la protección de la libertad del imputado.

Las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, en este sentido, revisten extrema importancia en relación al principio de inocencia. Estas reglas contienen una serie de exigencias específicas que deben ser respetadas por los estados ante toda privación de libertad. Este deber atribuido a los Estados, cuyo cumplimiento es exigible, deriva del carácter obligatorio y vinculante de ciertos instrumentos jurídicos internacionales destinados a proteger derechos al ser humano considerado fundamental, declaraciones, convenciones, pactos.

Los instrumentos vinculantes, por otro lado, suelen ser complementados por determinados documentos, que contienen diversas reglas y principios, pero que no son obligatorios. Dada la importancia concedida a la protección de la libertad en el derecho internacional, como también a consideración de la situación de las personas sometidas a persecución penal, existen numerosos instrumentos internacionales que contienen disposiciones aplicables a la situación de los detenidos.

Así, por ejemplo, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, los principios básicos para el tratamiento de reclusos, el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o presión y las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Otros instrumentos de este tipo, en cambio, se refieren a cuestiones diferentes, pero contienen algunas reglas o principios vinculados de algún modo con el régimen de la detención preventiva. Entre ellos, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Raid), y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

3.4 El Objeto de esta Comparación

El derecho internacional de los derechos humanos, en diversos instrumentos, contiene cuatro grupos de exigencias referidas a la prisión preventiva de personas adultas. Ellos son a) requisitos sustantivos que autorizan la detención; b) control judicial de detención; c) condiciones materiales de cumplimiento de la prevención de libertad, y d) limitación temporal del encarcelamiento procesal. Existe, también, exigencias específicas referidas a la privación de libertad de niños y adolescentes. En este trabajo, nos limitaremos exclusivamente al primer grupo de exigencias, esto es, a los requisitos sustantivos o materiales que contribuyen los presupuestos de legitimidad de la facultad estatal de privar de la libertad a personas inocentes.

Sin embargo, es importante señalar el contenido e importancia de las demás exigencias que aunque no serán desarrolladas en este trabajo, merecen, necesariamente, un tratamiento exhausto e independiente. La obligación referida al control judicial de la detención, por ejemplo, implica la consideración de los siguientes puntos: a) la verificación de los presupuestos fácticos del caso y el control de la validez jurídica de las reglas legales que autorizan la detención cautelar; b) las medidas legales aplicables al arresto, a la detención y la prisión preventiva; c) la obligación de notificar imputación

y las razones de la detención a la persona privada de libertad; d) la obligación estatal de proporcionar asistencia legal a toda persona detenida; e) la intervención de un tribunal imparcial, y f) el derecho a recurrir a las medidas de coerción.

El tema de la exigencia de control judicial de la detención, muchas veces considerado una cuestión menor, resulta esencial para poder provocar cambios significativos en el régimen de la prisión preventiva. El respeto de las exigencias sustantivas que analizaremos en este trabajo se vincula directamente con la regulación del sistema de control atribuido a los jueces. En este sentido, los requisitos derivados de las exigencias de control judicial de la detención constituyen presupuestos de inmensa relevancia para posibilitar una aplicación efectiva y racional de los requisitos sustantivos de la prisión cautelar.

En este trabajo desarrollaremos los presupuestos materiales de la prisión preventiva, esto es, los requisitos sustantivos que deben ser verificados por el órgano encargado de realizar el control judicial imprescindible para autorizar toda privación de libertad de una persona adulta que aún no ha sido condenada.

En esta tarea, es esencial recordar que las pautas del derecho internacional que analizaremos no constituyen simples recomendaciones o sugerencias, cuya aplicación depende de la voluntad discrecional de los estados. Se trata, por el contrario, de criterios, exigencias y principios obligatorios, contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos, los cuales se hallan sometidos a la obligación de cumplir tales deberes. La obligación comprende a todos los órganos públicos que de cualquier modo intervengan en el proceso de regulación, aplicación o ejecución de la prisión preventiva. En consecuencia, estas exigencias obligan, al menos al poder legislativo, a las fuerzas de seguridad, al Ministerio Público, a la Sección Penitenciaria y, especialmente, a los Tribunales de la Justicia Penal.

3.5. Los Deberes de los Jueces Penales

Los tribunales de la justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano de cualquiera de los poderes del estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el poder judicial, exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda detención ilegítima. La detención será ilegítima en la medida jurídica y materiales propias de la prisión preventiva.

Si los tribunales no asumen esta obligación, no sólo incumplen con uno de los deberes esenciales de la función judicial sino que, además, resultan responsables directos, a través de sus resoluciones, del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado capaz de generar la atribución de responsabilidad internacional. Es tarea propia de la Función Judicial la de resolver las controversias y peticiones planteadas por las partes en el marco del procedimiento, la de controlar el respeto de las reglas formales y, principalmente, en el ámbito de la justicia penal, la de proteger los derechos fundamentales del imputado que toda persecución penal afecta o pone peligro. Este deber atribuido al Poder Judicial exige, por supuesto, el control de la legitimidad de toda disposición normativa, leyes, reglamentaciones administrativas o acto jurídico, orden de detención, aprehensión emanado de los demás poderes del Estado.

Para cumplir adecuadamente su función de protección de los derechos fundamentales de las personas, los Tribunales deben conocer y respetar la supremacía del Derecho Internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno, aún del Derecho Constitucional. En consecuencia, los jueces penales tienen el deber de omitir la aplicación de toda disposición jurídica del derecho interno que represente una violación de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. También están obligados a aplicar directamente todas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que contengan exigencias referidas a la detención procesal, aún cuando tales exigencias no estén previstas expresamente en el derecho interno.

Un buen ejemplo de la influencia positiva que puede producir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los tribunales penales respecto del tratamiento de la prisión preventiva lo constituye el caso de Costa Rica. Este país contaba con un 47,40% de presos sin condena en 2002. En los años siguientes, el porcentaje disminuyó notablemente, alcanzando porcentajes inferiores al 20% en 2003, 2004 y 2005. Si bien se ha señalado con precaución la tendencia, posterior a la de los años citados, al aumento de los personajes de presos sin condena, también es cierto que se admite que el “poder Judicial Costarricense ha hecho significados esfuerzos para reducir el número de personas sometidas a prisión preventiva”. Entre los factores más importantes que han contribuido a la disminución de las tasas de presos sin condena, se señalan la “intervención” de la sala constitucional sobre la jurisdicción penal, que determinó el cambio de “una gran cantidad de prácticas viciadas que ocurrían alrededor de la detención, poniendo en evidencia los límites constitucionales y legales a la actividad de los policías, de los fiscales del Ministerio Público y de los jueces en relación con la detención de personas”. Es interesante señalar el reconocimiento de los propios jueces penales de la cuota de responsabilidad que les correspondió en el desencadenamiento del proceso protagonizado por la sala constitucional; “Desde luego que esa intervención nos la ganan los jueces de lo penal, en virtud de los rígidos criterios y las interpretaciones extraídas de los preceptos que regulan la prisión preventiva y la detención policial, de espaldas a la constitución política y las convenciones internacionales sobre derechos humanos”.

3.6. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

3.6.1. EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO

El “principio de principios” en materia de prisión preventiva es, sin duda, el principio de inocencia, también denominado presunción de inocencia. Este principio fundamental del estado de derecho es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de libertad procesal.

Según la formulación tradicional del principio, se impone una exigencia normativa que requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una *sentencia condenatoria firme* que destruye el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los seres humanos. Por ello, el imputado, a pesar de ser sometido a persecución penal, debe recibir un tratamiento distinto a la de las personas condenadas. En este sentido, la CIDH ha establecido, al decir una caso: “este principio construye una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual este es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme.

El contenido de la persecución de inocencia exige que, la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, solo pueda estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado.

La exigencia impide que se trate como culpable a la persona solo sospecha de haber cometido una conducta delictiva, sin importar el grado de verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena. “Según se observa, la afirmación emerge directamente de la necesidad de *juicio previo*... De allí que se afirme que *el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso* o que *los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ello se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa.*

El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste, en cambio, en atribuir a toda persona un *estado jurídico* que exige el trato de inocente, sin importar, para ello, el hecho de que sea, realmente, culpable o inocente por el hecho de que se le atribuye. Los términos “presumir inocente” “reputar inocente” o “no considerar culpable” , “significan exactamente lo mismo; y, al mismo tiempo, estas declaraciones de un “juicio previo” para infligir una pena a una persona.

3.6.2. La Regulación del Principio en el Derecho Positivo

La obligación de respetar el estado jurídico de inocencia surge de diversos instrumentos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos³⁵, art.11, n1:” Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio publico en el que se haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, n 2, prevé. “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. En las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 84, se establece que “ El acusado gozara de una persecución de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia” (n 2), y que los no condenados “gozaran de un régimen especial” que se define en otras disposiciones (n 3). El conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión dispone: “Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se le tratara como mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho de un juicio publico en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa” (principio 36, n 1), y también que “Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de posible se las mantendrá separadas de las personas presas” (principio 8).

La CIDH entiende que el principio de inocencia obliga al estado a demostrar la culpabilidad del imputado respetando las garantías del procedimiento que protegen su equidad e imparcialidad. Agrega que conforme a “las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente, las Naciones Unidas ha desarrollado el sentido de la persecución contenida en el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en los términos siguientes: “En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba de suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda responsable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser

(35) CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Derechos Humanos y Prisión Preventiva, p.21

tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades publicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”.

El reconocimiento del principio no ofrece problemas en el derecho interno. El derecho constitucional comparado considera al principio como una de las reglas fundamentales del estado de derecho. La Constitución de Guatemala, por ejemplo, establece en su art. 14 que: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoria”. La Constitución de Costa Rica, por su parte, dispone en su art. 39 que: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”.

3.6.3 El contenido del Principio de Inocencia

Las consecuencias del principio de inocencia son varias. En primer lugar, este exige la realización de un juicio penal de determinadas características, como presupuesto indispensable para obtener la sentencia condenatoria capaz de destruir el estado jurídico de inocencia del imputado. A pesar de que los autores suelen tratar a la garantía de juicio previo como una garantía independiente del principio de inocencia, tal exigencia es una de sus derivaciones. El texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁶, en este sentido, expresa este punto de vista, Su art. 11, n 1, dispone: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en *juicio publico* en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Una segunda exigencia derivada del principio de inocencia es expresada por el aforismo *in dubio pro reo*, que requiere que la sentencia de condena y aplicación de una sanción penal este fundada en la certeza del tribunal que resuelve el caso acerca de la responsabilidad penal del imputado. Por ello, se señala que “la falta de certeza representa la imposibilidad del estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución”

(36) Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200° (XXI) de 16 de Diciembre de 1966. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogota, 1948

La tercera derivación del principio de inocencia consiste en la atribución de la carga de la prueba al órgano acusador, exigencia que se denomina *onus probando*. Dado que el estado de inocencia opera como un escudo que protege al imputado, le corresponde al acusador-particular o estatal- la tarea de presentar elementos de prueba que demuestren con certeza los presupuestos de la responsabilidad penal del imputado. Ello porque “el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible”

El cuarto aspecto derivado del principio de inocencia exige que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del proceso. La consecuencia mas importante de esta exigencia consiste en el reconocimiento del *derecho a permanecer en libertad* durante el proceso, y en las limitaciones que, necesariamente, deben ser impuestas al uso de la coerción del estado en el marco del procedimiento penal. Para que no se vulnere el procesal debe, ineludiblemente, cumplir con una serie de requisitos y condiciones que determinan su legitimidad.

3.6.4. Prisión Preventiva y Principio de Inocencia

En este cuarto aspecto al que dedicaremos nuestra atención, pues su importancia es de tal magnitud que de su efectivo cumplimiento depende el sentido que pueden adquirir otros principios fundamentales del procedimiento penal. Esta importancia a sido destacada por PASTOR en precisa síntesis: “En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho”.

Se sostiene que la prisión preventiva contradice todos los principios de protección que impiden el abuso del poder penal del estado. La sanción penal solo puede ser impuesta luego de la sentencia condenatoria firme, pero hasta ese momento rige el principio de inocencia, es decir que las personas no pueden ser privadas de su libertad anticipadamente.

Sin embargo, la prisión preventiva conculca de modo inevitable esas garantías: “La prisión preventiva funciona, en la practica, como pena anticipada... Gracias a ello el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto

por el tratado de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación debería ser la contraria”

Si bien la negligencia en la investigación y persecución penal pública de ciertos hechos punibles particularmente graves constituye una violación de las obligaciones internacionales que el estado ha asumido, también es cierto que, como ha establecido la Corte Internacional en los casos “Velásquez Rodríguez” y “Godínez Cruz”, en sociedad democrática, los derechos humanos suponen un equilibrio funcional entre el ejercicio del poder del estado y el margen mínimo de libertad al que puedan aspirar sus ciudadanos.

En este sentido, la CIDH ha sido clara respecto a los límites que supone el ejercicio del poder penal del estado:

“Esta más allá de toda duda que el estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”.

Esta obligación del estado exige el respeto del derecho a la libertad personal de toda persona jurídicamente, incluso de quien se halla sometido a persecución penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o la verosimilitud de la imputación. Se trata de proteger al individuo de la acción del poder estatal. Por ello, resulta acertada la afirmación de FAUNDEZ LEDESMA³⁷: “De manera que sugerir que el derecho de los derechos humanos es un conjunto de garantías del delincuente, para que este se sienta seguro y pueda actuar impunemente, más que una tergiversación del derecho de los derechos humanos es servir de estatuto del hombre libre, para que toda persona sea tratada con el respeto inherente a su dignidad”.

Frente a la situación actual de los presos sin condena en América Latina, y al peligro que implica el abuso de la prisión preventiva para las personas sometidas a persecución penal, es importante analizar cuáles son los principios procesales según el derecho internacional vigente. A partir de aquí nos ocuparemos de todas las condiciones sustantivas que deben ser verificadas para autorizar el uso legítimo de la privación de libertad procesal

(37) Faúndez Ledesma, El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, Pág., 23

3.7. FIN PROCESAL DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

3.7.1 La Exigencia del fin Procesal de la Detención

Para respetar el principio de inocencia, es indispensable tener en cuenta, en todo momento y para todos los casos, que no se pueda otorgar fines materiales- sustantivos de libertad procesal o cautelar.

Inconsecuencia, no se puede recurrir a la prisión preventiva para obtener alguna de las finalidades propias de la pena, impedir que el imputado cometa un nuevo delito. La prisión preventiva, como medida cautelar, solo puede tener fuentes procesales. El carácter procesal de la detención significa que la coerción se utiliza para garantizar “la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal” Se trata, en consecuencia, de lograr que el proceso penal se desarrolle normalmente, sin impedimentos, para obtener la solución definitiva que resuelve el aspecto sustantivo del caso.

Según CAFFERATA NORES³⁸, la “características principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en si misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tiene naturaleza sancionatoria sino instrumental y cautelar; solo se conceden en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva”.

La exigencia implica que solo se permite recurrir a la prisión cautelar para garantizar la realización de los fines que persigue el proceso penal, y no para perseguir una finalidad que solo puede ser atribuida a la coerción material o sustantiva . En consecuencia, solo se puede autorizar la privación de la libertad de un imputado si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso y nada más que ellos. Por ende, resulta completamente legitimo detener preventivamente a una persona con fines retribuidos o preventivos especiales o generales propios de la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos. Tales criterios no están dirigidos a realizar la finalidad procesal de la prisión preventiva y, por ello, su consideración resulta ilegítima de la prisión preventiva y, por ello, su consideración resulta ilegítima para decidir acerca de la necesidad de la prisión preventiva

((38) Caferata Nores, Medidas de Coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Pag, 3

Esta única finalidad procesal que justifica la detención cautelar no solo surge como consecuencia necesaria del significado del principio de inocencia, sino también, y especialmente, del contenido literal de algunas cláusulas de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, tanto el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparencia en el juicio” Art. 7, n 5) como el del pacto internacional de derechos civiles y políticos; su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguran la comparencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo; son claros en establecer un único propósito legítimo para la prisión cautelar. La detención anterior a la sentencia condenatoria, entonces, solo resulta legítima, según el contenido literal de ambos instrumentos internacionales, en la medida que se utilice exclusivamente para garantizar la comparencia del imputado al procedimiento penal abierto en su contra y, eventualmente, la ejecución de la sentencia de condena. Toda detención que persiga otros fines, por ende, se torna una detención ilegítima. Esta exigencia impide, en consecuencia, el uso material de la prisión cautelar sea como fuera, las personas en régimen de prisión preventiva no podrán ser objeto de castigo.

Se obliga al estado a no utilizar la prisión preventiva como imposición anticipada de la sanción penal y, por ello, a evitar una “interpretación sustantiva de la prisión preventiva”. En este sentido, sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso dispone: “La Prisión Preventiva no son penas ni deberán emplearse nunca para lograr fines que legítimamente correspondan al ámbito de las sanciones penales”. Considero que las disposiciones de este instrumento constituyen una valiosa fuente de interpretación sobre el alcance y contenido de los derechos vinculados a la libertad personal contenidos en otros instrumentos internacionales.

En consecuencia, hoy se afirma de modo únicamente que la coerción procesal solo tiende a proteger la realización de fines procesales, que, se agrega, pueden ser puestos en peligro de dos maneras diferentes: a) cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad entorpecimiento la investigación objeto del proceso- y b) cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del derecho penal material.

3.7.2. Supuestos de Peligro Procesal

Para disponer la prisión preventiva, el riesgo supuesto debe ser sometido a verificación concreta que permita afirmar fundadamente la existencia de peligro procesal. Además, y conforme al principio de excepcionalidad, la posibilidad de ordenar la detención se halla supeditada a la condición de que el peligro concreto no pueda ser neutralizado con medidas cautelares menos graves. Por ello, si “hay indicios de criminalidad, pero esta asegura la presencia del imputado y la no afectación del desarrollo del proceso, puede decretarse una medida sustitutiva o dejarse al imputado en libertad simple o bajo promesa”.

Según la doctrina procesal e internacional mayoritaria, los dos únicos supuestos de peligro procesal que autorizan la imposición del encierro preventivo han sido expresamente incorporados en el art. 5 del proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso, que admite la prisión procesal solo cuando existan razones para presumir que si se le dejase en libertad al imputado se sustraería a la acción de la justicia u obstaculizar la marcha de la investigación”. El principio 36 del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de prisión dispone, por su parte, que la prisión preventiva es posible solo “cuando lo requieren las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la prisión o para evitar que se entorpezcan el proceso de instrucción o la administración de justicia.

El reconocimiento de estos dos supuestos deriva de los fines asignados al proceso penal, la averiguación de la verdad y la aplicación o realización del derecho penal sustantivo. Si la coerción procesal se orienta a alcanzar los fines del procedimiento, solo dos tipos de situaciones justifican la privación de libertad anticipada: a) todo comportamiento del imputado que afecte indebida y negativamente el proceso de averiguación de la verdad, es decir, que represente una obstaculización ilegítima de la investigación por ejemplo, amenazar testigos, destruir ilegítimamente elementos de prueba etcétera-, y b) toda circunstancia que ponga en peligro la eventual aplicación efectiva de la sanción punitiva prevista en el derecho penal sustantivo- por ejemplo, la posibilidad de una fuga. Ambos supuestos no solo son reconocidos por la doctrina, sino también recogidos en instrumentos internacionales, legislación interna, resoluciones judiciales y jurisprudencia de órganos internacionales

En este sentido, la CIDH ha decidido que el “objetivo de la prisión preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial. La Comisión ha subrayado que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se ha añadido que la detención no puede fundarse “en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social. En cuanto a la verificación del peligro procesal, la comisión Interamericana “considere que en la evaluación de la conducta futura del inculcado no pueden privilegiar criterios que miren solo al interés de la sociedad”, y que la prisión debe basarse exclusivamente del individuo que ha delinquido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta. Se ha destacado, además, que el hecho de fundar la detención en los antecedentes penales del imputado implica recurrir circunstancias que no tenían relación alguna con el caso, y que la consideración de los antecedentes vulneraba claramente el principio de inocencia y el concepto de rehabilitación.

A pesar de la racionalidad de la limitación de los fines procesales a los dos supuestos enunciados, existen instrumentos y órganos del sistema internacional que prevén un supuesto adicional. La Resolución 17, por ejemplo, aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente enuncia el siguiente principio, que reconoce ambos supuestos e, inexplicablemente, añade un supuesto sustantivo: “Solo se ordenara la prisión preventiva cuando existan razones fundamentales para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se teme que intentaran sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se les deja en libertad. En cuanto a la jurisprudencia de los órganos del sistema internacional, la doctrina del Comité de Derechos Humanos, en el mismo sentido, dispone que solo debe recurrirse a la prisión preventiva cuando sea necesaria para impedir la fuga, la alteración de pruebas o la reincidencia en el delito. Por ello, una autoridad judicial solo debe ordenar la prisión preventiva cuando haya pruebas suficientes de que el acusado huirá probablemente antes del juicio o alterara las pruebas, o cuando presente un peligro para la comunidad.

Este tercer motivo es francamente ilegítimo, pues se trata de un fin sustantivo impedir la comisión de futuros delitos que solo puede perseguirse una vez obtenida la condena. Se trata del fin preventivo especial de la sanción penal. El estado solo puede perseguir los fines materiales asignados a la sanción penal, exclusivamente, luego de obtener una sentencia condenatoria que construya el estado jurídico de la inocencia del imputado.

Sin pronunciamiento de una condena, el principio de inocencia impide de manera absoluta, la privación de libertad del imputado dirigida a la realización de fines punitivos o materiales propios de la pena, esto es, de la coerción material o sustantiva prevista en la ley penal. Si se admitiera este tercer motivo, se vaciaría de contenido y de sentido al principio de inocencia. En efecto, si el estado pudiera aplicar medidas de coerción sustantivas antes de la decisión condenatoria, el principio de inocencia carecería de relevancia, pues eso es, precisamente, lo que el prohíbe. Esa posibilidad, por otra parte, eliminaría todo interés del estado en obtener la solución final del caso, pues podría, desde el inicio de la persecución, aplicar coerción material sobre el imputado.

Se debe destacar, también, que las tendencias más recientes marchan en dirección contraria, pues solo admiten un único supuesto legítimo de peligro procesal. Así, se ha cuestionado la legitimidad del supuesto de peligro de entorpecimiento de la investigación. SAN MARTÍN³⁹ afirma que, en realidad la prisión preventiva solo puede ser justificado para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, supuesto de peligro de fuga, pues los tratados internacionales, que solo mencionan esa posibilidad, restringen la facultad estatal de prisión anticipadamente, de modo exclusivo, a la realización de esa única finalidad y además, esos instrumentos no contienen referencia alguna al supuesto de entorpecimiento u obstaculización de la averiguación de la verdad. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7 n 5) solo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar su comparecencia al juicio, y que el pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 9, n 3) autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar la comparecencia del acusado en el juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo.

En apoyo de esta posición, se señala que la vigencia irrestricta de las tareas de averiguar la verdad asignada al proceso penal ha ingresado ya en su fase terminal. Las nuevas elaboraciones, sobre todo en el ámbito europeo, presentan ya una tendencia reformista

(39) San Martín, Conferencia sobre Detención Preventiva

imparable hacia la situación de esos paradigmas tradicionales por la creación de instrumentos procesales respetuosos a la dignidad humana que permitan, en la escena del proceso penal, un acercamiento de las partes, el consenso por encima de la averiguación de la verdad. Este punto de vista también es sostenido por BINDER⁴⁰, quien considere que el “entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para la prisión de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción imputada”

Se debe reconocer, además, que el peligro de obstaculización de la investigación no solo puede presentarse en mayor medida en las etapas iniciales del procedimiento a diferencia del peligro de fuga, que eventualmente puede existir durante todo el proceso-, sino que pueda ser neutralizado de algunas maneras durante el proceso, como son prueba anticipada, protección de testigos, etcétera- BINDER⁴¹ agrega que “es difícil creer que el imputado puede producir por si mismo mas daño a la investigación que el que puede evitar el estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del estado un poder tan grande, supondría *desequilibrar las reglas de igualdad* en el proceso. Además, si el estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esa ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad”.

A pesar de la enunciación de un solo supuesto de peligro procesal en los instrumentos de los sistemas de protección regional y universal, de aplicación obligatoria, tanto la legislación y las doctrinas internas como la doctrina, la jurisprudencia y ciertos instrumentos del sistema internacional que admiten un segundo supuesto peligro procesal que permite la detención anticipada de personas aun inocentes. Por ultimo, unos pocos instrumentos y precedentes internacionales agregan un tercer supuesto, manifiestamente ilegítimo, que vacía completamente de contenido el principio de la prisión procesal.

Ello no significa, sin embargo, que tales supuestos deban ser admitidos.

En el ámbito nacional, los tribunales pueden rechazar la existencia de estos supuestos al definir el contenido y alcance del principio de inocencia contenido en le texto constitucional, la legislación u otros instrumentos internacionales. En este sentido, se debe tener en cuenta el sentido de las cláusulas de salvaguardia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tienen por objeto recordar que las normas de derecho humanos no deben interpretarse nunca en forma restrictiva. Por ello, su art. 5, n 2, exige: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derecho

(40)BINDER, Introducción al derecho Procesal Penal.,Pág. 199

(41)BINDER, Introducción al derecho Procesal Penal, Pág. 201

humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un estado parte de virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el contexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce a menor grado”. Por lo tanto, los tribunales pueden otorgar a las garantías fundamentales un alcance más amplio que el que los órganos internacionales les reconocen. Nada impide que los órganos de creación y aplicación del derecho interno brinden a ciertos derechos mayor protección que algún órgano internacional, es decir que recurran a interpretaciones más protectoras de los derechos humanos. Es obligación del Estado regular y aplicar la prisión preventiva para perseguir fines exclusivamente procesales. En consecuencia, los tribunales deben rechazar todo fundamento no procesal para disponer la detención de inocentes.

3.7.3. Verificación del Peligro Procesal

La existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, *no se presume*. Si se permitirá una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no existiera peligro alguno. No basta, entonces, con alegar, sin fundamento alguno que, dada determinada *circunstancia., la pena prevista legalmente-el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas* que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción. Se puede sostener que estamos en presencia de uno de estos casos de peligro procesal, con evidencia, cuando es posible fundar racionalmente que el imputado, con su comportamiento, imposibilitara la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual u obstaculizara la reconstrucción de la verdad histórica.

Varias disposiciones de la convención Americana sobre derechos humanos permiten afirmar el reconocimiento de la obligación internacional del estado de verificar el peligro procesal que torna necesaria la imposición de la medida de coerción. El art. 7, n 3, prohíbe las detenciones arbitrarias, es decir, las que carezcan de razones que la justifiquen. El art. 7, n 4, exige que se informe a toda persona detenida de las razones de su detención, confirmando la ilegitimidad de toda detención arbitraria. El art. 7, n 5 y n 7, garantiza el control judicial de la legalidad de toda detención.

Tratándose de un caso de prisión preventiva, el control judicial exige, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, la comprobación efectiva de la existencia concreta de razones que determinan la necesidad de imponer la medida de coerción. El art. 9 del pacto internacional de derechos civiles y políticos contiene disposiciones

similares. El art. 5 del proyecto de principio sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso exige de manera expresa que se cuente con “razones” que demuestren la existencia del peligro procesal.

La obligación de verificar la existencia de un peligro concreto ha sido reconocida expresamente por la comisión interamericana. La comisión ha destacado que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, destruir evidencia. Para que la sospecha pueda ser considerada razonable se requiere, de manera necesaria, la verificación de circunstancias objetivas del caso cuya existencia sea demostrada a través de la obtención, incorporación y valoración de elementos de prueba en el marco del proceso. Según la doctrina de la CIDH, para cumplir con el deber de fundar la existencia del peligro, el tribunal debe recordar que “tanto el argumento de seriedad de la información como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. Pero a continuación se aclara: La comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad”.

El deber de comprobar la existencia del peligro en el caso concreto exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro este a cargo, exclusivamente, del tribunal. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de circunstancias concretas, objetivas y cierta, en un caso particular, y exclusiva del poder judicial, determinar en el caso sometido a su decisión la existencia de cada uno de los extremos fácticos requeridos por el ordenamiento jurídico para autorizar la prisión preventiva, entre los cuales se halla el peligro procesal. Dado que se requiere la comprobación de las circunstancias fácticas del caso, la tarea solo puede ser atribuida al poder judicial, pues solo así resultara posible la verificación efectiva de las circunstancias propias del caso particular.

El CPP Guatemala, por ejemplo, reglamenta esta exigencia en varias de sus disposiciones. Como regla general, el art. 11 bis exige la fundamentación clara y precisa de los autos y la sentencias, con expresión de los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba. En cuanto el auto de prisión preventiva, el art. 260 dispone: “El auto de prisión será dictado por el juez o tribunal competente, y deberá contener que motivan

la medida. El Art. 262 del mismo código establecer, en este sentido, que para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias. Se trata de circunstancias objetivas, enunciadas expresamente, cuya existencia debe ser verificada en el caso concreto. Desde mi punto de vista también impone esta obligación, al exigir que para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría “realizar distintas actividades que perjudiquen el proceso de investigación. Se exige, en conclusión, que un órgano del poder judicial verifique la existencia concreta de peligro procesal, indique el valor asignado a los distintos medios de prueba relacionados con ese peligro y señale los presupuestos que motivan la medida cautelar al fundamentar su decisión.

En el marco de una organización republicana de los poderes públicos sujeto a las reglas básicas del estado de derecho, solo el poder judicial detenta la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuesto de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de los elementos de prueba introducidos validamente al proceso. En consecuencia, la determinación de la existencia de una circunstancias fáctica, en el caso particular, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que exista peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos de caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial.

Por esta razón, el establecimiento legal de los denominados “delitos no excarcelables” no solo resulta ilegítimo por que vulnera el principio de inocencia al permitir la prisión de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la existencia de razones concretas que lo justifiquen sino que también represente una intromisión indebida del legislador en el ámbito de funciones *exclusivamente* judiciales. La legislación procesal no puede establecer criterios generales que determinen la imposición obligatoria de la privación de libertad e impidan la verificación judicial de las circunstancias concretas del caso, como sucede, por ejemplo, con los delitos no excarcelables. Frente a tal situación, es obligación internacional de verificar la existencia del peligro en el caso sometido a su decisión.

El legislador si estaría autorizado, en cambio a establecer diferentes circunstancias de hecho que, una vez comprobadas por el tribunal en el caso específico, pudieran ser tenidas en cuenta para la determinación de la existencia concreta de peligro procesal. Este es el caso, por ejemplo, del CCP Guatemala, que en su Art. 262 dispone que la decisión acerca del peligro de fuga debe considerar especialmente diversas circunstancias objetivas allí enumeradas, referidas al caso, pero es imprescindible recordar que en este tipo de regulaciones, las diversas pautas enunciadas no solo están sugeridas de modo no taxativo, si no que ellas, en si misma, no determinan obligatoriamente la restricción de la libertad. Se trata, de modo evidente, de una indicación del legislador acerca de diversas circunstancias, regularmente relevantes para indicar la solución aplicable, y cuya existencia en el caso concreto solo puede ser establecida por un tribunal.

3.8. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD

3.8.1. El Derecho a la Libertad durante el Proceso

El principio fundamental que regula la institución de la prisión preventiva es el principio de excepción este punto, se ha afirmado que el principio intenta evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es *propenso a huir o obstaculizar la marcha de la justicia*. El carácter excepcional de la prisión preventiva surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme. El trato de inocencia que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria.

El carácter excepcional de la prisión preventiva esta expresamente establecido en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en su art. 9, n 3, que dispone: “La prisión preventiva no debe ser la regla general”. El conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en el párrafo 2 del principio 36, establece: “Solo procesara al arresto o detención cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esas personas restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención La regla 6, n 1, de las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) destaca que “En el procedimiento

penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como ultimo recurso” En el mismo sentido, el principio 39 del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: “Excepto en casos especiales indicados por la ley, toda persona tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en intereses de la administración de justicia, a la libertad en espera del juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho”.

La doctrina de la CIDH destaca, en este punto, que el interés del estado no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona. En este sentido, es esencial tomar nota de que la detención preventiva se aplica solo en casos excepcionales. También resalta que la prisión preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la prisión previa en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa. La doctrina del comité de derechos humanos señala que solo debe recurrir a la prisión preventiva puede ser necesaria para neutralizar peligros a los que no pueda hacerse frente de otro modo. La doctrina de la comisión Europea de derechos humanos, por su parte, establece que la prisión preventiva solo debe ordenarse cuando sea razonablemente necesaria, y que la comisión pueda pronunciarse sobre la “**razonabilidad**” de la detención.

El principio de excepcionalidad también esta establecido en algunos ordenamientos procesales como principio general, aplicable a todas las reglas y decisiones referidas a la prisión preventiva. Así, por ejemplo, el CPP Guatemala dispone la interpretación restrictiva de todas las disposiciones que rigen la libertad del imputado y el carácter excepcional de las medidas de coerción. La disposición establece, en primer lugar, la obligación de tratar el imputado como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable. Luego de esta enunciación, la norma dispone que las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este código autoriza, y que ellas tendrán carácter excepcional. Por ultimo, se impone la obligación de interpretar restrictivamente todas las disposiciones indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso.

Es indispensable tener en cuenta que el principio de excepcionalidad es un *principio general* que obliga, en primer termino, al poder legislativo, cuando desempeña su facultad de regular legislativamente el régimen de la coerción procesal y, en segundo lugar, a los tribunales, en todos los casos en los cuales cumplen su tarea de interpretación y practica de aplicación practica de las disposiciones legales referidas a la Prisión preventiva.

3.8.2. Medidas de Coerción Personal Alternativas

La principal exigencia que deriva del principio de excepcionalidad consiste en la necesidad de agotar la posibilidad de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción distintas a la prevención de libertad, que resulten menos lesivas de los derechos del imputado. En consecuencia, la prisión preventiva solo se justifica cuando resulta imposible neutralizar el peligro procesal con medidas de coerción alternativas a la prisión preventiva. En realidad, el principio obliga a aplicar siempre la medida menos grave, incluso en aquellos casos en los cuales se debe elegir entre distintas medidas no privativas de la libertad., entre caución juratoria y caución real-.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.9 n 3, establece: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a las garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, en su caso, para la ejecución del fallo”

. La regla 2, n 3, de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) dispone: “A fin de asegurar una mayor flexibilidad... y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de libertad, desde la fase posterior a la sentencia. El numero y el tipo de las medidas no privativas de libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas”. La regla 6, n 2, del mismo instrumento, por su parte, establece que “Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicaran lo antes posible...” Se considera que las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativa de la libertad interpretan el contenido del art. 9 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que ayuden a mejorar las condiciones para todas las personas en régimen de prisión preventiva, recomendado que solo se recurra a la prisión preventiva cuando no pueda aplicarse medidas no privativas de libertad.

Respecto del derecho a la libertad durante el proceso, algunos miembros del Comité de Derechos Humanos han declarado que un sistema nacional cuya única alternativa a la reclusión antes del juicio sea la libertad vigilada, que solo se concedía en determinadas circunstancias y sin posibilidad a fianza, no respondía a los requisitos del Pacto.

Esta exigencia implica la obligación del legislador de prever una amplia gama de medidas de coerción, alternativas a la prisión, que permitan su aplicación en la generalidad de los casos y que también sirvan para garantizar los fines del proceso penal. En este sentido, las legislaciones modernas suelen establecer medidas de coerción menos graves para aquellos casos en que resulte posible neutralizar el peligro procesal sin necesidad de recurrir a la prisión. El CPP Guatemala, por ejemplo, prevé medidas tales como el arresto domiciliario, el sometimiento al cuidado de una persona o institución, y la obligación de presentarse periódicamente al tribunal entre otras (art. 264). La exigencia implica, al mismo tiempo, la obligación sin acudir a la privación de la libertad cautelar.

3.9. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

3.9.1. Fundamentos Políticos- Criminales

El principio de proporcionalidad es quizás el límite más racional a la posibilidad de privar la libertad al imputado. Para mi criterio resulta racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena la necesidad evidente de este criterio limitativo permite reconocer la necesidad de que la prisión preventiva sea proporcional a la pena que espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad”.

Se trata de impedir que la situación del individuo aun inocente sea peor que la de la persona ya condenada, es decir, de prohibir que la coerción meramente procesal resulte mas grave que la propia pena. En consecuencia, no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. Por lo demás, en los casos que admiten la privación anticipada de libertad, esta no puede resultar mas prolongada que la pena

eventualmente aplicable. Si no fuera así, el inocente se hallaría, claramente, en peor situación que el condenado

3.9.2. Reconocimiento Normativo

El principio de proporcionalidad es una consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues este exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban un trato peor que los condenados. Por esta razón, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido expresamente no solo en instrumentos internacionales sino, también, en el derecho procesal penal interno.

El art. 5 del proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso, por ejemplo, dispone que solo se pueda detener preventivamente si la infracción imputa es grave y prevé pena privativa de libertad. En similar sentido, la resolución 17 aprobado por el VIII congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párrafo 2, Inc. d, establece: “No se ordenara la prisión preventiva si la consiguiente privación de libertad sería proporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista”.

En concordancia con estos criterio, la CIDH ha manifestado que “si el tiempo pasado por un detenido en régimen de prisión preventiva en espera de juicio rebasa el periodo de la pena que se impondrá si se le reconociera culpable y se le condenara, la detención constituiría una grave violación del derecho del detenido a que se formulen las acusaciones y se le reconozca culpable antes de que se le castigue. Este antecedente reviste suma importancia, pues permite afirmar que, en opinión de la CIDH, la vulneración del principio de proporcionalidad será considerada una violación del principio de inocencia contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y generadora de la responsabilidad internacional del estado, pues la duración máxima de la prisión cautelar debe estar limitada, al menos, por la duración máxima de la pena que podría imponerse en el caso concreto.

La CIDH también ha establecido la exigencia de que los jueces penales asuman su deber de examinar a fondo la duración de la prisión cautelar. Por lo demás, se señala que resulta inadecuado el uso de la prisión preventiva en caso de delitos que se castigan con penas pocos severas, pues a menudo, estos casos, el tiempo que transcurre hasta la realización del juicio resulta más prolongado que la propia pena prevista para el delito. En consecuencia, se ha sugerido, entre otras medidas, el reemplazo de la detención procesal por menos de un año por otras medidas cautelares, y la necesidad de hacer todo

lo posible por evitar la prisión procesal cuando se suponga que no se impondrá una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo en el caso concreto.

El principio de proporcionalidad ha sido recogido regularmente en los ordenamientos procesales penales del derecho interno, aun en las legislaciones más anticuadas. Este principio implica la imposibilidad, como regla, de aplicar la prisión preventiva en los delitos leves; la improcedencia de la prisión para delitos que no prevén pena privativa de libertad, la improcedencia de la prisión en casos en que no se espera dicha sanción o su cumplimiento efectivo, y la cesación de la prisión cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera.

La legislación procesal penal interna, en este sentido, reconoce la imposibilidad de ordenar la prisión procesal cuando se trata de delitos leves, o que no prevén pena privativa de libertad, al regular los presupuestos de aplicación de la coerción procesal. Así, por ejemplo, el CPP de Argentina, art. 312 establece como requisito de procedencia de la aplicación de la prisión preventiva la atribución de un delito sancionado con pena privativa de libertad. La disposición autoriza a ordenar la prisión preventiva cuando al delito y al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de libertad.

La legislación interna también ha reconocido la exigencia de limitar temporalmente la duración de la prisión preventiva derivada del principio de proporcionalidad, estableciendo mecanismos que impiden que este se prolongue más que la propia pena que se espera, según las circunstancias del caso. En este sentido, el art. 317 del CPP de Argentina establece como supuestos de encarcelamiento, entre otros, los siguientes: a) cumplimiento del máximo de la pena prevista para el o los delitos que se le atribuyan; b) cumplimiento de la pena solicitada por el fiscal que a primera vista resultara adecuada; c) cumplimiento de la pena impuesta por sentencia no firme, y d) cumplimiento de un plazo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional genérico del principio de proporcionalidad en su art. 238, parr. II: “La privación de libertad durante el procedimiento deberá estar proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso.”

3.9.3. Aplicación del Principio de Proporcionalidad

La aplicación efectiva del principio de proporcionalidad exige que el tribunal realice una comparación entre la medida de coerción y la pena eventualmente aplicable al caso. Por ende, la comparación no debe tener en cuenta la pena conminada en abstracto por el tipo penal de que se trate, sino la especie y medida de la pena eventualmente aplicable,

según las circunstancias particulares del caso. Se debe considerar, por ejemplo, si es probable que se aplique en el caso pena privativa de libertad y, en caso afirmativo, si esa pena será de cumplimiento efectivo. También se debe tener en cuenta, cuando se trata de penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo, el monto de la pena conminada en abstracto en el tipo penal de que se trate. Si se espera la imposición de una pena de, por ejemplo, cinco años de prisión, no es relevante el hecho de que la pena máxima prevista en la figura penal resulte superior.

A diferencia del principio de excepcionalidad, el criterio de proporcionalidad opera en dos modos diferentes. En algunos casos impide absolutamente el uso de la prisión preventiva, cuando se espera una pena no privativa de libertad cuyo cumplimiento no será efectivo-. En otros casos, el principio actúa como límite temporal al plazo de prisión, cuando su duración equivale a la eventual condena aplicable.

Las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad pretenden, de modo manifiesto, impedir o restringir el uso de la prisión preventiva con el objeto de evitar que el imputado que goza del estado jurídico de inocencia sufra un mal mayor que el que representa la propia sanción penal sustantiva. Esta limitación necesaria, sin embargo, presenta aspectos problemáticos. En primer lugar, el principio de proporcionalidad, vela el carácter material de la privación de libertad cautelar que opera, de hecho, como pena anticipada.

El carácter material de la prisión preventiva, derivado de su íntima vinculación con el principio de proporcionalidad, ha sido reconocido expresamente por la CIDH. En este sentido, la CIDH ha hecho referencia a la *gravedad de la infracción* y a la *severidad de la pena*, y ha reconocido que, a pesar de que estas circunstancias podrían ser tomadas en cuenta para decidir la prolongación de la detención, ellas se inspiran en criterios de retribución penal que desvirtúan el fin procesal de la medida cautelar y la tornan una pena anticipada. La comisión también destacó que el criterio de la severidad de la pena resulta insuficiente para evaluar la existencia concreta del peligro de fuga, pues la amenaza disminuye si la detención continua, y que el estado pueda recurrir a otras medidas cautelares. El organismo internacional considero, en consecuencia, que el sentido de proporcionalidad entre condena y prisión procesal constituye, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad no solo puede ser considerado como un límite, sino también como una justificación para la prolongación del encierro preventivo. Cuando se trata de delitos con pena de escasa gravedad, la proporcionalidad

opera, realmente, como un mecanismo limitado de la prisión cautelar. En el caso de delitos con penas graves, en cambio, el principio pierde su poder limitativo e, incluso, termina operando como elemento de justificación y legitimación de un encarcelamiento preventivo prolongado. La vinculación entre pena y medida cautelar establecida por el principio de proporcionalidad, en estos casos, termina por producir efectos negativos sobre el respeto efectivo del principio de inocencia. Estos efectos perniciosos no pueden ser resueltos por el mismo principio de proporcionalidad.

Para evitar estos problemas existe una garantía autónoma, creada por el derecho internacional de los derechos humanos: la exigencia de limitación temporal de prisión preventivo a un plazo razonable. Se trata del derecho de toda persona perseguida penalmente a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad garantizado, por ejemplo, en el art. 7, n 5, de la Convención Americana sobre derechos humanos. En conclusión, se debe advertir que solo a través de la articulación del principio de proporcionalidad con la limitación temporal del encierro procesal resulta posible aprovechar el poder limitado de aquel principio y, al mismo tiempo, evitar los efectos negativos que le son propios.

3.10. SOSPECHA SUSTANTIVA DE RESPONSABILIDAD

3.10.1. La Exigencia de Merito Sustantivo

Una exigencia ineludible que debe ser respetada para que el estado pueda privar de su libertad a un individuo jurídicamente inocente en el marco de un procedimiento penal, consiste en la comprobación de la posible responsabilidad del imputado por el hecho delictivo que se le atribuye. Ello significa que debe existir una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible. Si no determina la probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible, la medida de coerción procesal pierde sustento. En consecuencia, deben existir elementos de prueba que corroboren la probable responsabilidad penal del imputado. La prisión preventiva presupone, por tratarse de la medida de coerción mas grave en el marco del proceso penal, un cierto grado de desarrollo de la imputación que permita determinar su merito sustantivo a través de los elementos de prueba recolectados al momento de tomar la decisión.

El tribunal solo podrá aplicar la medida privativa de la libertad cuando la investigación haya alcanzado resultados que permitan afirmar, luego de oír al imputado, que existe una gran probabilidad de que se haya cometido un hecho punible y de que el imputado

haya sido autor o participe en el. No se trata solamente de que todo el procedimiento haya alcanzado cierto grado de desarrollo, sino de que este desarrollo haya sido acompañado de resultados concretos respecto a la verificación de la participación del imputado en el hecho investigativo. Se trata de establecer una sospecha sustantiva acerca de que se ha cometido un hecho punible reprimido con la pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento.

Se exige en consecuencia, un juicio de conocimiento, por parte del tribunal, que permita establecer que existe una gran probabilidad de que ha ocurrido un hecho punible atribuible al imputado, fundado en elementos de prueba incorporados legítimamente al proceso. Si no existe este merito sustantivo, no solo pierde sentido a la prisión preventiva sino también, el desarrollo del mismo procedimiento en contra del imputado.

3.10.2. El Reconocimiento Normativo

La exigencia de comprobación del merito sustantivo de la imputación no surge expresamente del texto de algunos tratados de derechos humanos. Sin embargo, se pueda afirmar que ella deriva de la prohibición de realizar detenciones arbitrarias. El art. 9, n 1, del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos establece: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias". La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, dispone en su art. 7, n 3: "Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, otros instrumentos internacionales, en cambio, contienen referencias expresas acerca de la necesidad de comprobar el merito sustantivo de la imputación. El art. 5 del proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido o preso, por ejemplo, exige la verificación de "motivos racionales suficientes" que funden la eventual responsabilidad del imputado. La resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, en su párrafo 2, inc. B, establece que solo se podrá imponer prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito. Según el convenio europeo, solo se puede privar de la libertad a una persona cuando existan indicios racionales es decir, elementos probatorios-de que ha cometido un delito (art. 5, parr. I). El tribunal Europeo de derechos humanos ha interpretado esta exigencia definiendo los indicios racionales como la existencia de hechos o de informaciones que convencerían a un observador objetivo de que dicha persona puede haber cometido el delito.

Esta exigencia también ha sido reconocida expresamente en las disposiciones del derecho interno. En este sentido, el CPP Guatemala sólo permite que se ordene la prisión procesal luego del que el imputado haya sido oído y , también, de que se haya alcanzado una etapa del procedimiento que hubiera permitido recoger información suficiente para afirmar, presumiblemente, existió un hecho punible y que el imputado ha sido autor o participe en el. La exigencia esta contenida expresamente en el art. 259 de ese cuerpo legislativo, pues este requiere, para la procedencia de la prisión preventiva, información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o participado en el. En conclusión, se exigen elementos de prueba que verifiquen la existencia de ambos extremos. El nuevo CPP Costa Rica, por su parte, establece como requisito de procedencia de la prisión preventiva en su parte para sostener, razonablemente, que si el imputado es, con probabilidad autor de un hecho punible o participe en el. En similar sentido el nuevo CPP El Salvador, cuyo Art. 292 exige para ordenar la prisión preventiva del imputado, que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o participe.

Las referencia acerca de los **elementos de convicción**, la información y los motivos racionales contenida en las disposiciones citadas se relaciona con la existencia de que existan elementos concretos de prueba que permitan fundar el juicio sobre el merito sustantivo. El tribunal debe, la presencia del merito sustantivo acerca de la responsabilidad del imputado por su probable participación en un hecho punible. La función del tribunal consiste en verificar la existencia de los elementos fácticos que constituyen los requisitos jurídicos de la prisión preventiva.

3.11. PROVISIONALIDAD DE LA DETENCIÓN

3.11.1. Significado del Principio

Todos los requisitos, presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar la prisión preventiva carecerían de sentido si solo fueran necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención. Si así, fuera, una detención inicialmente legitima podría tornarse arbitraria sin que pudiera remediarse tal situación. Por este motivo, se reconoce el carácter provisional de toda detención preventiva.. El principio de provisionalidad solo autoriza continuar con la detención si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenarla. En síntesis, la

prisión preventiva solo es legítima en la medida en que continúen existiendo todos sus presupuestos. Así esta dispuesto expresamente en las reglas generales de las medidas de cooperación del CPP Buenos Aires (Argentina), en cuyo Art. 147, bajo el título de “Cese la medida”, se dispone: “En caso de advertirse la desaparición de una o mas condiciones, el órgano judicial podrá disponer a pedido de parte o de oficio, el cese inmediato de la cautela oportunamente dispuesta”.

Desaparecido alguno de sus requisitos, la prisión debe cesar. En este sentido, se señala que, por ejemplo, la privación de libertad durante el proceso deberá finalizar no bien cesen las causas que la justificación. El imputado recuperara su libertad inmediatamente después de que desaparezca el peligro de fuga o se haya asegurado la prueba o pruebas cuya adquisición podía ser perturbada por el.

La desaparición de algún requisito de una detención originalmente legítima determina, a partir de ese momento, la legitimidad de esa prisión. Tal ilegitimidad, por lo demás, no se diferencia en nada de aquella que afecta a una detención inicialmente ordenada de manera arbitraria o ilegal. En ambos casos, por lo tanto, se impone la misma solución: la obligación judicial de hacer cesar la prisión y de ordenar la libertad.

3.11.2. Reconocimiento normativo

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) reconocen este principio en la regla 6, n 2, que dispone: “Las medidas sustantivas de la prisión preventiva se aplicaran lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar mas del tiempo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1”. En el principio 39 del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de prisión, por otra parte, se establece que la misma autoridad facultada para ordenar la prisión mantendrá en examen la necesidad de detención. En este sentido, la CIDH ha establecido la exigencia de que los jueces penales asuman su deber de examinar a fondo la duración de la prisión cautelar y manifestando que corresponde a la comisión decidir si los criterios elegidos por los tribunales internos son pertinentes y suficientes para justificar la duración del periodo de privación de libertad anterior a la sentencia.

Como medida practica para tornar efectivo el principio de provisionalidad de la prisión preventiva se ha sugerido que los gobiernos deberían estudiar la posibilidad de desarrollar un programa en cuyo marco las autoridades responsables del lugar de reclusión se reunirán periódicamente con el fiscal, un juez, los investigadores de la

policía y otros funcionarios gubernamentales (como por ejemplo los asistentes sociales y los guardianes de la prisión) para ayudar a determinar a que personas no es necesario ya seguir manteniéndola reclusión.

Los ordenamientos procesales penales más modernos también contienen diversas disposiciones tendientes a lograr el respecto efectivo del principio de provisionalidad de la prisión preventiva. En ese sentido el nuevo CPP Costa Rica es un buen ejemplo de regulación del principio de provisionalidad. Su art. 257, inc. 1, establece como motivo de cesación de la prisión preventiva, aplicable en cualquier momento del proceso, el supuesto en el que nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren de los motivos que la fundaron. En el mismo sentido, el CPP Guatemala ordena el cese de la prisión en la medida en que se verifique que no subsisten los motivos que la fundaron (Art. 268, inc. 1).

Para lograr la aplicación efectiva de este motivo de cesación de la prisión preventiva, la legislación costarricense prevé dos mecanismos distintos. En primer lugar, faculta y obliga al tribunal a revisar los presupuestos que justifican la necesidad de mantener la prisión. Para ello, se dispone, por un lado, que durante los primeros tres meses su revisión solo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decreto. Por el otro, se ordena que luego de este plazo el tribunal exime de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión y, según el caso, que ordene su continuación, modificación, o sustitución por otra medida o libertad del imputado. En segundo termino, se autoriza al imputado a solicitar por su propia voluntad la revisión de la medida cautelar. Trascurrido tres meses de prisión, el imputado podrá solicitar su versión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se ordeno la prisión preventiva. En síntesis, se permite que sea el propio interesado quien solicite la revisión de la prisión cuando considere que no subsisten los presupuestos que fundaron la imposición de la medida cautelar.

El principio de provisionalidad podrá ser considerado, hasta cierto punto, como una consecuencia de la aplicación dinámica en sentido cronológico del principio de excepcionalidad. Ello pues al desaparecer alguno de los presupuestos materiales de la prisión surge la obligación de ordenar libertad e imponer la medida cautelar no privativa de libertad disponible menos lesiva o, en su caso, prescindir de toda medida de coerción según las circunstancias de la nueva situación.

CAPITULO IV

LA PRISION PREVENTIVA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El Art.167 del nuevo Código de Procedimiento Penal dice: **Prisión Preventiva.-** Cuando el juez o tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.
2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

Por tal, para que el Juez dicte la prisión preventiva, como medida cautelar, no requiere de la prueba definitiva y completa del hecho, solamente se requiere la existencia de una situación jurídica que desde el punto de vista del proceso penal convenza que un hecho delictuoso pudo haber ocurrido y que el responsable lo es una determinada persona, pero esta medida cautelar el Juez la debe motivar, así lo dispone el Art.24 numeral 13 de la Constitución Política.

4.1 Estudio sobre la Prisión Preventiva

A continuación transcribo lo que el maestro, doctor Edmundo Duran Diaz, dice al respecto:

“La libertad personal es uno de los derechos fundamentales del ser humano. La libertad está consagrada en la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La libertad es la capacidad del ser humano de decidir donde quiere estar, por cuanto tiempo quiere estar en ese lugar, cuando quiere trasladarse a otro lugar, cuanto tiempo quiere permanecer fuera de su hogar, moverse con su voluntad, en eso consiste fundamentalmente la libertad personal”.

La Constitución de la República recoge la Declaración, y en el Art. 23 numeral 4to consagra la libertad personal como uno de los derechos fundamentales garantizados por

(43) Dr. Manuel Viteri Olvera, Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Pág. 88.

(44) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho, Pág. 172

el Estado. Pero por otro lado, la sociedad que garantiza la libertad está también abocada a un grave problema, a combatir la delincuencia y para combatirla ha sido indispensable dictar los Códigos Penales, que tipifican las conductas y señalan sanciones y penas para el violador de las normas protegidas por el Código Penal. La más grave de las penas en el Ecuador, donde no existe la pena de muerte, es la pena privativa de la libertad bajo los nombres de reclusión y prisión.

Tenemos entonces aparentemente una contradicción, por una parte, la Constitución de la República garantiza la libertad y por otro el Código Penal permite la privación de la libertad; una autonomía que solo es aparente, porque la libertad es un derecho inalienable, mientras el individuo respeta el derecho ajeno, mientras el individuo no incurra en conductas que signifiquen delito. En el momento en el que comete delito, la Constitución deja de proteger a ese individuo quien pasa a someterse a los rigores de la pena, se somete a la eventualidad de ser privado de la libertad.

Entre uno y otro extremo de estas dos necesidades del Estado, por un lado garantiza la libertad, y por otro lado, que se respete el Código Penal mediante el cumplimiento efectivo de la pena, encontramos un camino intermedio que es el proceso penal. Y así encontramos también en la Constitución, que nadie puede ser condenado sin un juicio previo, un juicio naturalmente dentro del cual se investigará si el delito existe y si el sindicado a quien se le atribuyó su comisión, ha participado efectivamente en él. Por tanto tenemos la libertad para los inocentes, la prisión para los culpables; y siempre entre uno y otro el proceso penal como instrumento indispensable para pasar del uno al otro extremo.

La Constitución dice también que se presume la inocencia de todos mientras no haya una sentencia que lo declare responsable penalmente. Sin embargo, a pesar de esa declaración precisa de la Constitución, encontramos en el Código de Procedimiento Penal las llamadas “medidas cautelares o medidas precautorias”, entre las cuales encontramos la “prisión preventiva”, es decir la privación de la libertad del sindicado en un proceso antes de que haya la sentencia condenatoria. Nos encontramos entonces en una contradicción. ¿Cómo es que podemos tener preso a quien debe ser presumido inocente?. El Legislador, ha estado muy consciente de esta contradicción en razón de que, desgraciadamente, todos los seres humanos no hemos todavía alcanzado un nivel

(43) Dr. Manuel Viteri Olvera, Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Pág. 88.

(44) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho, Pág. 172

de consciencia cívica y moral, de consciencia jurídica, que nos permita estar en libertad a todos mientras se tramita un proceso, y en caso de concluir con una sentencia condenatoria, voluntariamente salgamos de nuestras casas y nos pongamos a disposición del juez para decirle: “Aquí estoy mándeme a prisión”. ¿Quién de nosotros haría eso?. Entonces, si no hubiera la posibilidad de privar de la libertad al sindicado antes de la sentencia, encontraríamos que los jueces se pasarían la vida tramitando los juicios penales con todas las incomodidades, con todas las dificultades: en qué quedaría todo ese trabajo, si cuando se dictara la sentencia condenatoria no habría condenado que la cumpla?.

Simplemente el Código Penal perdería esa capacidad de intimidación y prevención para evitar la producción de los delitos, porque se supone en abstracto que un sujeto ante la tentación de cometer un delito movido por las pasiones de la codicia, de la ira, de la venganza, de la lujuria, de la soberbia, medite un instante y diga: Para satisfacer en este momento mi pasión puedo cometer el delito, puedo verme privado de mi libertad, entonces mejor no lo hago y sigo libre. Si no diríamos simplemente: Si hay sentencia condenatoria, me escondo por el tiempo que dure la pena, y después de un tiempo ya estoy libre.

Entonces el Código Penal se convertiría simplemente en una fisga, en una burla y posiblemente la delincuencia aumentaría. Es por ello que el Legislador ha tenido que establecer la prisión preventiva como medida cautelar en los procedimientos penales. Sin embargo, puede haber otras medidas para impedir que esa contradicción no dure demasiado tiempo. Los Códigos de Procedimiento generalmente señalan lapsos determinados de tiempo para el desarrollo de las etapas procesales. El sumario de los procesos penales dentro del cual se dicta la orden de prisión preventiva, según el Art. 231 del Código de Procedimiento Penal de 1983, no debe durar nunca más de sesenta días: entonces diríamos: Ciertamente es que la prisión preventiva es mala, pero por lo menos hay la esperanza de que el instrucción termine en noventa días y entonces se decide la suerte del sindicado. Si no se ha demostrado el delito, si no se ha demostrado su participación, si se desvanecieron las pruebas, aquellas quedaron desvanecidas y entonces pocos días después, al finalizar la Instrucción Fiscal el Juez dictará auto de sobreseimiento que le devuelva la libertad al sindicado.

(43) Dr. Manuel Viteri Olvera, Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Pág. 88.

(44) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho, Pág. 172

. Claro es que por otro lado, el Código de Procedimiento Penal ha tratado de determinar con precisión los presupuestos que permiten al Juez privar de la libertad a una persona, de tal manera que el pensamiento de el Legislador ha sido que esos presupuestos que permitan al juez privar de la libertad a una persona, sean tan vehementes que cada vez que un juez ordene la prisión preventiva de un sindicado, signifique que a la postre va a ver una sentencia condenatoria, contra ese sindicado. Así ha estructurado el Legislador la medida cautelar de la prisión preventiva.

Para que el juez ordene la prisión preventiva, será entonces necesario que estén reunidos los requisitos que señala el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal , que llevan a pensar al juez que el sindicado ha sido autor o cómplice de esta infracción y no la simple sospecha, ya no la simple acusación, sino un conjunto de actos probatorios que suministran una gama de indicios que le permiten al juez formarse una convicción de que se encuentra frente a un presunto responsable de una infracción penal, entonces si ordenará la prisión preventiva; pero lamentablemente las cosas siempre no funcionan como lo supone el Legislador; hay pruebas falsas, hay indicios equívocos, hay actuaciones mal intencionada de la partes que a veces inducen al engaño del juez y lo lleva a ordenar una prisión preventiva, y cuesta mucho trabajo después, desvanecer esos indicios y esa presunción, lo que hace que la medida cautelar se mantenga.

Es comprensible la actitud del juez, por un lado le acicatea la idea de que está prolongada ilegalmente la prisión preventiva y por otro lado siente la necesidad de llegar a una sentencia que reúna el acopio completo de todas las pruebas que se necesitan en el juicio, entonces frente a esta presión contradictoria, el juicio se va dilatando.

Pero de todas maneras tenemos que encontrar un remedio, ya que no simplemente debemos repetir cuales son los males, sino tratar de encontrar la solución.

Y la solución talvez está en la misma Constitución. Que dice el Art.24 numeral 6 de la Constitución?. “nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el “tiempo” y con las formalidades señaladas por la ley”. Quiero resaltar de esta disposición constitucional la palabra **Tiempo**, porque podemos pensar que cuando se trata de sentencia condenatoria tenemos un tiempo fijo,

(43) Dr. Manuel Viteri Olvera, Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Pág. 88.

(44) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho, Pág. 172

de privación de libertad, aquel contenido de la sentencia, como por ejemplo, una condena de seis meses, de tres años de prisión o de dieciséis años de reclusión pero por larga que sea la pena siempre tiene un límite, el señalado en la misma sentencia. Cuando se habla de la prisión preventiva, aquella que los jueces pueden ordenar antes de que se inicie el juicio, para fines exclusivos de investigación, se dice que no puede durar más de veinte y cuatro horas, he aquí dos ejemplos de disposiciones legales que se ajustan a la previsión constitucional “por el tiempo señalado por la ley”.

Pero cuando se trata de la prisión preventiva el legislador se olvidó de ponerle un límite; cierto es que indirectamente el Art. 223 del Código de Procedimiento Penal dice: que la etapa de Instrucción no podrá durar más de noventa días, entonces podríamos pensar que la prisión preventiva tampoco puede durar más de noventa días, pero como no tiene plazo, y entonces encontramos que el código de Procedimiento Penal a descuido regular la norma constitucional que obliga siempre a imponer un plazo a la privación de la libertad, porque así dice categóricamente la letra “H” del Art. 24, numeral 6 de la Constitución: “Por el tiempo señalado en la ley”. De esta manera, a la disposición del Art. 223 del código de Procedimiento Penal de que la instrucción no debe durar mas de noventa días, talvez convenga meditar sobre la necesidad de agregar un inciso a este articulo que diga: “si ha transcurrido los noventa días y no ha concluido el instrucción, el sindicado será puesto en libertad”.

.

4.2 Que es la Prisión Preventiva?

Es una medida de carácter cautelar personal, que se aplica con el fin de garantizar la investigación de la comisión de un delito y el mantener la inmediación del imputado con el proceso, pero debiéndose tener en cuenta que son personas que gozan de la presunción de inocencia.

Así la Prisión Preventiva es una medida cautelar, que emana del Juez competente y que limita la libertad del imputado mientras se tramite el proceso, siempre y cuando se cumplan ciertos presupuestos legales.

El magistrado Viteri Olvera⁴² dice que es un acto procesal de carácter cautelar, provisional y preventivo que emana del titular del órgano jurisdiccional penal y surge en

(43) Dr. Manuel Viteri Olvera, Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Pág. 88.

(44) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho, Pág. 172

razón de un proceso y frente al proceso, cuando se cumplen los requisitos de carácter subjetivo y objetivo, establecidos en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal San Agustín citado por Viteri Olvera⁴³ dice “imponer a un hombre, una pena grande como lo es la privación de su libertad, una mancha en su honra, como lo es la de haber estado en la cárcel y esto aún sin haberle probado que era culpable y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista de la justicia”, en cambio el autor citado dice “habiendo sido considerada la prisión preventiva como un mal necesario, un sacrificio a la libertad individual en holocausto del derecho de la colectividad, se plantea una lucha en el campo de la libertad provisional con caución o sin ella”.

En términos generales puedo señalar que la prisión preventiva, representada dentro de las medidas cautelares personales es la más grave e importante que puede tomar el juez penal en contra del imputado, puesto que afecta a uno de los derechos fundamentales de la persona como lo es el de la libertad individual; y la prisión preventiva es un estado de privación de la libertad que el órgano judicial impone al procesado por un delito castigado con prisión de más de un año, durante la sustanciación del proceso a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal, o sea que la prisión preventiva es una medida de carácter excepcional que sólo procederá cuando las demás medidas sean incapaces de asegurar las finalidades del proceso.

Hay que recordar a los señores jueces de lo penal, que la libertad es la regla y la prisión preventiva es la excepción, además hay que tener en cuenta también que la coerción personal, no está prevista en la ley como una forma de anticipar la pena durante la Instrucción Fiscal ni en la Etapa Intermedia; así el juez debe analizar en cada caso con justicia para la víctima y para el imputado; o sea la prisión preventiva sólo procede cuando se hayan cumplido los requisitos señalados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y no cuando ello sea una presunción del juzgador solamente.

De lo anotado se desprende que es una medida de aseguramiento personal provisional o provisoria, que se dicta por razones de política criminal y que debe durar tanto cuanto fuere necesario sin que exceda de un plazo prudencial, de un plazo razonable.

Así el doctor Alfonso Zambrano Pasquel⁴⁴ dice, si los jueces no obedecen este principio constitucional, cada día que pase se convierte en un día de privación ilegal de la

(43) Dr. Manuel Viteri Olvera, Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Pág. 88.

(44) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho, Pág. 172

libertad, que también es delito previsto en el Código Penal, además del Prevaricato y de la obligación de indemnizar según lo señalado en el Art. 22 de la Constitución Política.

Señores jueces especialmente de lo Penal, recordar que al ordenar la prisión preventiva a través de ella se priva la libertad a una persona, que según el Derecho Constitucional debe ser considerada inocente, por esta razón el tratadista Raúl Eugenio Zafaroni⁴⁵ dice que la Prisión Preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional, ya que la prisión preventiva es aquella medida excepcional de carácter instrumental necesaria para evitar el entorpecimiento del juicio.

Recalco que la prisión preventiva, no constituye una pena, sino que obedece a la voluntad de garantizar la comparecencia del acusado en el juicio, siempre que ésta esté en peligro.

Con la prisión preventiva, el Legislador trata de armonizar dos elementos esenciales antagónicos:

- a. La libertad individual del hombre; y
- b. La defensa de la Sociedad por medio de la seguridad que debe otorgar el Estado a sus ciudadanos a través de una persecución penal eficaz.

LIBERTAD Y SEGURIDAD constituyen el anverso y reverso de una misma moneda.

4.3 Porque se llama Preventiva?

Porque tiene como objeto asegurar la presencia del imputado durante el juicio, esto es su intermediación con el juzgador.

4.4 Computo de la Prisión Preventiva

Para todos los efectos procesales, la prisión preventiva debe computarse desde el mismo momento de la privación efectiva de la libertad con independencia del momento en el cual se oficialice mediante providencia judicial, de este modo si el imputado permanece detenido con relación a dos o más hechos en estos casos el tiempo de la prisión preventiva que hubiere sufrido el imputado no le será computado dentro del nuevo adelantamiento procesal para efectos de la libertad provisional, pero recalco que el término de la prisión preventiva se computa desde el momento de la privación efectiva de la libertad.

(45) Dr. Raúl Eugenio Zafaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General IV, Pág. 68

4.5 Cuando deja de ser Prisión Preventiva

La Corte Suprema señaló “en ambos casos la Prisión Preventiva deje de ser tal cuando se absuelve al procesado o cuando se le impone la pena la prisión correccional o pena de reclusión, pues en estos se transforma en condena aunque estuviere pendiente consulta o recurso.

4.6 Características de la Prisión Preventiva

De acuerdo a la doctrina penal y de derechos humanos, tiene el carácter de excepcional, ella constituye una medida extrema, justamente por lo que se pone en juego, esto es uno de los derechos esenciales de la persona como es la LIBERTAD; y, puede dar lugar cuando ésta se prolonga demasiado a que se atente a la presunción de inocencia.

O sea que la prisión preventiva es provisional, esto es que debe concluir cuando no resulta necesaria a los fines del proceso, pues como queda manifestado la prisión preventiva afecta al bien jurídico de la Libertad y por tal debe estar bien regulada y su afectación sólo debe darse por excepción.

Recalco una vez más, que la prisión preventiva incide sobre el derecho de la libertad personal, de allí que sea excepcional su aplicación y muy delicada su ejecución, o sea que procede en supuestos muy limitados, además su ordenamiento injustificado acarrea responsabilidad civil del Estado Ecuatoriano de indemnizar acorde a lo señalado en el Art.22 de la Constitución Política y conforme consta de Resoluciones Internacionales suscritas por el Ecuador.

En resumen, las características de la prisión preventiva son:

- a.** Es facultativa, es decir el juez puede o no dictarla;
- b.** Es motivada, por cuanto así lo exige el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art.167 del nuevo Código de Procedimiento Penal que dice “en el auto se precisarán los indicios que fundamenten la orden”; y cuando se cumplan los requisitos señalados en el Art.167 del Código de Procedimiento Penal;

- c. Es revocable por el mismo juez que la dictó, siempre que los indicios se hubieren desvanecido o si se hubiere rendido una caución a satisfacción del juez competente a petición del inculpado o del Ministerio Público.
- d. Tiene una duración limitada, conforme lo señala el Art. 24 numeral 8 de la Constitución Política y el Art. 169 del nuevo Código de Procedimiento Penal; y,
- e. Su duración es imputable a la pena.

La detención en cambio como señala el Art.165 del Código de Procedimiento Penal. es de efímera urgencia, es preprocesal, dura 24 horas, tiene fines exclusivamente investigativos, procede antes de que se instaure la Etapa Intermedia y contra quien se sospecha que ha cometido un delito.

4.7 Necesidad de la Prisión Preventiva

Francesco Carnelutti⁴⁶, argentino señala que la tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales se reflejan en los opuestos: Prisión o Libertad durante el proceso penal; así el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado.

Es entonces al Derecho Procesal Penal al que le corresponde establecer el justo equilibrio, teniendo en cuenta lo que señala la Constitución Política, los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia de Derechos Humanos, para saber como dice Daniel Pastor “el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en que casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza”.

El doctor Viteri Olvera⁴⁷ dice “debo indicar que los medios coercitivos a la libertad personal como fundamento representan la necesidad del Estado de aplicar esas medidas, a fin de mantener el orden jurídico preestablecido en beneficio de la sociedad a la que está obligado a proteger, aunque para ello sea necesario el sacrificio de un derecho individual, por tal el derecho a la libertad individual tiene como límite objetivo la necesidad del Estado tendiente a mantener la estabilidad social, mediante el efectivo cumplimiento del derecho”

(46) Dr. Francesco Carnelutti. Cuestiones sobre el Proceso Penal, Pág. 465

(47) Dr. Manuel Viteri Olvera. Medidas Cautelares en el Proceso Penal Ecuatoriano, Pág. 71

Así puedo señalar que los procesos penales no sólo que pueden concluir en una sentencia de condena a prisión sino que además durante el trámite, el juez puede ordenar la violación de algunos derechos individuales: ej. Interrupción de las comunicaciones entre las personas, el allanamiento del domicilio; la privación de la libertad mediante la prisión preventiva, etc., cuando existan fundamentos legales para ello.

Claro está que estoy consciente que el proceso penal es una grave amenaza contra los derechos humanos porque puede convertirse en un castigo aun antes de dictarse sentencia; y, de este modo se puede producir el hecho absurdo de privar de la libertad a una persona que según la misma Constitución Política señala debe presumirse inocente.

Pero la privación de la libertad se dicta por las siguientes razones:

- a. Seguridad personal del imputado;
- b. La seguridad de la prueba;
- c. El cumplimiento de ciertas diligencias para lo cual el imputado debe estar a disposición del Fiscal o de la Policía Judicial;
- d. La seguridad de que el inculcado cumplirá la pena o sanción que el Tribunal Penal le imponga;
- e. La protección social; y,
- f. La satisfacción y tranquilidad del grupo social.

También se dice que se lo dicta para:

1. Dar seguridad, para evitar o impedir la fuga del que ha cometido un delito de acción penal pública.
2. Otra procesal que hace necesario para descubrir la verdad y se dice se dificultaría las pruebas si el imputado está libre, así pues es garantía de las pruebas a presentarse, ya que la finalidad de la prisión preventiva son las siguientes:
 1. Asegurar que el detenido esté a ordenes del juez;
 2. Evitar que se altere la verdad, se forjen pruebas,
 3. Evitar la fuga del presunto autor de un delito.

Así la prisión preventiva es conveniente, como medida de control social-político convencional, evitando mayor daño social y garantizando que el procesado comparezca al juicio por razón del hecho punible que se le endilga.

Fenech⁴⁸ dice son dos las razones para justificar la prisión preventiva:

1. Asegurar los fines del proceso;
2. Garantizar la eventual ejecución de la pena.

El inicio del proceso se dice es el comienzo del castigo.

El Dr. Viteri Olvera⁴⁹ señala los siguientes:

1. Mantener al sujeto pasivo del proceso unido a éste por el principio de inmediación.
2. Impedir que le imputado obstruya la administración de justicia;
3. Impedir que se suspenda la sustanciación del proceso penal.

Florian⁵⁰ al respecto dice “la prisión preventiva se orienta en la senda de dos propósitos: seguridad del a persona y garantía de las pruebas”.

En resumen el fin o fines son:

- a. Necesidad procesal de vincular al imputado al proceso penal mientras éste se tramita;
- b. Asegurar el cumplimiento de la pena, cuando dicte sentencia condenatoria al culminar el proceso, esto es la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado o acusado a su juzgamiento y la necesidad de evitar la fuga, de lo señalado se desprende que el objeto es garantizar los fines perseguidos en el proceso penal.

4.8 Requisitos para dictar Orden de Prisión Preventiva

Para dictarla el Juez debe tener muy en cuenta dos cuerpos legales:

- a. La Constitución Política que impone el respeto a los derechos humanos; y,
- b. El Código Penal y de Procedimiento Penal que autoriza su privación o suspensión.

(48) Dr. Miguel Fenech. Derecho Procesal Penal. Volumen segundo, Pág. 33

(49) Dr. Manuel Viteri Olvera. Medidas Cautelares en el Proceso penal Ecuatoriano, Pág. 89

(50) Dr. Eugenio Florián. De las Pruebas Penales. Pág. 60

La Constitución Política garantiza los derechos humanos en general a favor de todos los miembros de la comunidad a quienes presupone inocentes.

El Código Penal determina sanciones para aquellos que incurren en las conductas punibles que él mismo describe y que por lo tanto dejaron de ser inocentes para convertirse en culpables.

Así el Estado respeta los derechos fundamentales de la persona, mientras no cometa un delito, pero en el momento en que una persona incurra en una infracción pierde esa protección.

La Constitución considera, que quien comete un delito se despoja por su propia voluntad de la protección de la Constitución y se expone al rigor del Código Penal; esto es, al violar la ley el infractor se desprende de sus propios derechos y los pone a disposición del Estado.

El juez puede ordenarla por su propia iniciativa, lo cual como dice el Dr. Jorge Zavala Baquerizo⁵¹ debe ser más bien excepcional, salvo el caso de que al expedirse el Auto de Llamamiento a Juicio al acusado no se haya dictado todavía la orden de detención o a petición del Fiscal durante la Instrucción.

En un sistema acusatorio en materia penal que nos rige el Juez de oficio no deberá dictar la prisión preventiva sino sólo a petición del Fiscal o del acusador, esto es un rezago del sistema inquisitorio, pues de lo contrario el Juez pierde su calidad de Juez de garantía; o sea debe haber auto restricción del Juez al dictar de oficio la prisión preventiva.

El Fiscal debe fundamentar su petición de Prisión Preventiva, pues se debe necesariamente garantizar el derecho a la libertad salvo casos de extrema necesidad judicial.

El Art. 167 señala tres requisitos, lo cual presupone la demostración de la existencia del delito, como la participación del imputado como autor o como cómplice, su culpabilidad y la ausencia de circunstancias eximentes de antijuridicidad o de culpabilidad, porque todos estos aspectos conforman los impedientes de la

(51) Dr. Jorge Zavala Baquerizo, El Debido Proceso penal, Tomo III, Pág. 143

responsabilidad penal, por supuesto que no deben haber los elementos para que se llame a la Etapa de Juicio.

Pero no se puede dictar orden de prisión preventiva a base de pruebas insuficientes, incompletas e inidóneas, ya he manifestado que existe necesidad de dictar prisión preventiva para:

1. Evitar que continúe con su actividad delictiva;
2. Que evadan la acción de la justicia;
3. Evitar que se ponga en peligro la averiguación de la verdad;
4. Necesidad procesal de allegar prueba importante para la causa;
5. Gravedad de los hechos;
6. Tanto de la pena ha imponerse;
7. Peligro de fuga; y, varias de estas circunstancias si el Ministerio Público es quien lo pide debe probarlo.

La primera parte del Art. 167 del C.P.P. dice “Cuando el juez o tribunal lo crea necesario...”

El Dr. Manuel Viteri⁵² distinguido maestro dice con razón “Este criterio tiene que estar fundamentado en dos circunstancias para que proceda, esto es circunstancias: subjetiva y objetiva.

Así si el juez considera que este hombre subjetivamente, psicológicamente, socialmente, es un hombre peligroso, puede concluir en la necesidad de privarlo de su libertad; pero si considera que es un hombre que por circunstancias de un momento excepcional cometió el delito y por tal no demuestra la peligrosidad puede abstenerse a dictar la orden de prisión preventiva.

Lo que quiere la ley es que el juez haga un análisis de la personalidad del sujeto para no causarle daño, ni a él, ni a su familia al dictar la orden de prisión preventiva.

Además el juez debe tomar para su determinación subjetiva el aspecto objetivo; y, este aspecto objetivo es la forma como se comete la infracción; es decir la premeditación, la alevosía, la crueldad, el ensañamiento, el burlarse de determinados principios naturales recogidos por la sociedad, estos son los factores objetivos que debe conocer el juez par

(52)Dr. Manuel Viteri Olvera. Medidas Cautelares en el Proceso penal Ecuatoriano, Pág. 117

privar de la libertad a un ser humano, sólo en ese momento el Juez si considera que debe dictar prisión preventiva comienza a analizar si se cumplen los requisitos señalados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal”.

4.9 Opiniones negativas para que el Juez dicte Prisión Preventiva cuando lo creyere necesario

Beccaria⁵³ decía “dejarle al juez la facultad de privar la libertad a un hombre, es hacer que le facineroso amigo del juez quede en libertad y el inocente enemigo del juez quede privado de su libertad”.

De todos modos, recuerdo que el tránsito de la situación de inocencia a la situación de culpabilidad de un ser humano está regulado por la ley, no puede ser arbitrario ni quedar sometido al libre criterio de las autoridades o de las personas; y el juez penal al dictar la prisión preventiva tiene que expresar las razones por las cuales se priva de la libertad a una persona, no basta decir se han cumplido con los requisitos señalados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, pues como bien lo señala Manuel Viteri “fraseología cómoda, pero ilegal, inconstitucional, antiprocesal”.

De lo anotado se desprende, que la libertad sólo debe ser restringida en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad, la actuación de los Tribunales de Justicia y el cumplimiento de la ley; y el que lo dicta debe ser un juez responsable, ponderado en sus decisiones a la que se le otorga una discrecionalidad racional para que aprecie las evidencias, todo ello dentro del marco de la ley y de la Constitución Política.

Cuando concurren los otros requisitos señalados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal previstos para poder disponer la prisión preventiva de un ciudadano, esto es cuando existan indicios de que el imputado trata de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación, o sea que la prisión preventiva solo procede en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, de tal modo que cuando la privación de la libertad no fuere absolutamente indispensable para salvaguardar dichos fines o bien cuando hayan

(53) César Bonecasa. Márquez de Beccaria. Tratado de los Delitos y de las Penas, Pág. 45

desaparecido los peligros de realización declarados o se hayan disipado, entonces se debe disponer la revocatoria de la prisión preventiva.

De tal manera que debe reunir los siguientes requisitos:

1. Prueba suficiente de la realización del ilícito y vinculación del sujeto con dicho ilícito;
2. Pena probable de más de un año;
3. Para asegurar la presencia del imputado al proceso; demostrar que esa persona se va a fugar.

Son requisitos concurrentes estos tres y si la Fiscalía pide que se dicte esta medida cautelar personal, el juez penal puede solicitar que le demuestre que la persona para la cual se pide la prisión preventiva se va a fugar.

O sea solo se debe dictar la prisión preventiva cuando exista:

1. El peligro de fuga del imputado; y,
2. El peligro que se obstaculice la averiguación de la verdad.

Hay que tener en cuenta que son los derechos de la persona, los que delimitan el radio de acción del derecho de castigar que ostenta el Estado.

Así, la prisión preventiva debe dictarse mediante orden judicial fundada en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, ejecutándose del modo que perjudique lo menos posible a los afectados por esta medida, pues la ley limita la actividad del juez precisamente respecto a la libertad, o sea el fin de la prisión preventiva es asegurar la comparecencia del imputado o su captura.

CAPTURA: Cuando dispone el encarcelamiento al imputado.

ARRESTO: Caso de urgencia y tiene duración de 24 horas.

DETENCION: Para que el juez asegure la comparecencia del imputado, testigos o peritos, esto es para que no quede frustrada la investigación final.

INCOMUNICACIÓN: Sólo por 24 horas es un medio de coerción personal intenso, de carácter accesorio que puede acompañar a la detención, pero que hoy se encuentra

prohibido constitucionalmente en la parte final del numeral 6 del Art. 24 de la Constitución Política.

De lo anotado, se desprende que se dictará prisión preventiva sólo en situaciones extremas, debidamente justificadas y para ciertos casos como por ejemplo:

1. Cuando se tiene noticias ciertas que continuará su actividad delictiva;
2. Que existan indicios graves de fuga;
3. Que existan indicios graves de eliminación de rastros probatorios;
4. Cuando existan indicios graves de amenazas a testigos etc.

Se acepta que existe peligrosidad procesal, cuando el imputado con su libertad puede atentar contra los intereses del proceso, ya sea evadiéndose o pretendiendo alterar los elementos de convicción con que se cuenta haciéndoles desaparecer o amenazando testigos por ejemplo.

Así la prisión preventiva sólo puede ser dictada en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, pues recordemos que uno de los fines del derecho es posibilitar la normal convivencia en sociedad pretendiendo que quienes habitan en una determinada sociedad adecuen su conducta a las reglas legales que lo norman y cuando el ciudadano no se comporta conforme lo pretende el ordenamiento jurídico su conducta puede resultar reprimida, ello cuando su acción se encuentra regulada en el Derecho Penal.

No me cansaré de repetir que la prisión preventiva procede bajo tres requisitos específicos que son:

1. Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad el autor de un hecho punible o partícipe del mismo.
2. Que exista una presunción razonable, apreciando las circunstancias del caso específico de que hay peligro de fuga o de obstaculización de la investigación o de que el individuo continuará su actividad delictiva.
3. Que el delito por el que sea perseguida la persona sometida a un proceso penal sea sancionado con una pena privativa de la libertad de más de un año, esto es

que se cumplan los 3 numerales del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

El juez debe así tener muy en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Las facilidades que el imputado tendría para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La pena que se espera como resultado del proceso; y,
3. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior en la medida que indique su voluntad de no someterse a la acción penal, pues la libertad personal sólo podrá ser restringida de acuerdo con las disposiciones del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal y los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad.

También debo señalar que aun cuando existan indicios demostrativos de la existencia material de la infracción, esto es dos o más, pero si faltan indicios atinentes a la autoría o complicidad del imputado el juez penal no puede dictar prisión preventiva. Igualmente si hay dos o más indicios de la presunta responsabilidad del imputado, pero no de la existencia de la infracción tampoco procede la orden de prisión preventiva; y tampoco lo puede ordenar si hay dos o más indicios de haberse cometido el ilícito pero solo hay un indicio de la responsabilidad del imputado.

La orden de prisión preventiva debe ser fundamentada por parte del Juez que la emite , Fundamentar o motivar, dice el Tribunal Constitucional de Costa Rica, significa documentar la decisión en el caso concreto exponer y razonar porque se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro y cuáles son los elementos de juicio que permitan sustentar la existencia de ese peligro y por tal justificar la medida adoptada.

Para eso el juez debe referirse indefectiblemente a las evidencias concretas encontradas existentes en la causa; y, a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del imputado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de presunción de inocencia.

Hay que señalar que no son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y expresarlo el juez al resolver sobre la libertad del ciudadano que está a su consideración.

Jorge Clariá Olmedo⁵⁴ dice al respecto de la fundamentación de las resoluciones judiciales que para se tal se requiere la concurrencia de dos condiciones:

1. Debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba describiendo el contenido de cada elemento de prueba;
2. Es preciso que estos sean meditados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo.

Ambos deben concurrir simultáneamente para que puedan considerarse que la sentencia o el auto se encuentran motivados. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) le privará de la debida fundamentación.

Los jueces de cualquier nivel, tienen que cumplir con el mandato constitucional de motivar o fundamentar las decisiones o resoluciones judiciales contenidas en autos resolutorios como los de prisión preventiva, de allanamiento y otras medidas cautelares de aseguramiento personal y real, para hacer efectivo el respeto al debido proceso en un Estado de Derecho, así como en sobreseimientos, sentencias Auto Apertura a Juicio etc, etc. cumpliendo así la norma constitucional señalada.

Así obligadamente debe indicarse necesariamente los hechos objetivos que lo motivan, pues el asegurar el descubrimiento de la verdad, la actuación de la ley y la comparecencia al proceso del imputado que son las razones que dan muchas veces los señores jueces para disponer la prisión preventiva, son finalidades de todo proceso penal que nada indican sobre el porque en el presente caso procedía ordenar la prisión preventiva en contra de....., de lo se puede concluir que ha lugar a la apelación, pues el imputado estuvo ilegalmente detenido, puede señalar la Corte Superior, en caso de apelación.

(54) Jorge Clariá Olmedo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo V. Pág. 79

O sea que motivar, es dar cuenta el juez de lo que él hace, convencer acerca de la racionalidad de su decisión, por eso debe ser lógica la resolución y capaz de persuadir, además de ser redactada en forma lógica y en buen castellano, en resumen motivar es razonar en forma lógica, persuasiva, sencilla, lo más claro posible.

El juez de lo penal por el hecho de dictar orden de prisión preventiva, no está prejuzgando, ni está comprometido su criterio, ni está tomando partida en la controversia jurídica, dado que para dictar Auto a Juicio, o Sentencia Condenatoria son otros los requisitos procesales que deben existir, esto es diferentes a los de la prisión preventiva, pero recalco que se debe limitar la facultad de dictar medidas cautelares de oficio.

4.10 Sanción contra el Juez que dicta Prisión Preventiva de manera inadecuada

El juez que ordena la prisión preventiva, aun cuando no se encuentren reunidos los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal. incurre en prevaricato, esto es cuando el juez hubiere ordenado la prisión preventiva con malicia, esto es dolosamente, recordando eso si que la presunción de inocencia como todo derecho, tiene un campo de acción preciso, delimitado, ser titular de él no es causa para abusar de él, pues la imperfección de la justicia humana y el afán de apuntalar los intereses sociales hacen conveniente y necesario limitarlo, igualmente recuerdo la obligación de los abogados en libre ejercicio esto es la obligación del abogado es presentar el caso de su cliente ante el Juez o Tribunal Penal en forma verídica y completa, por tal los abogados son una parte integral de la maquinaria de la justicia.

4.11 Formalidades que se deben cumplir para ordenar la Prisión Preventiva

Esta medida cautelar se ordena mediante un auto en el cual se dispone que se gire la boleta constitucional de encarcelamiento, la que debe contener:

- a. los motivos de la detención
- b. la fecha y lugar en que se expide; y,

- c. la firma del juez competente.

El Art. 168 del Código de Procedimiento Penal señala de manera imperativa que el auto de prisión preventiva sólo puede ser dictado por el juez o tribunal competente, a petición del fiscal, o también podría solicitarlo el ofendido. Además la orden escrita debe contener:

1. Los datos personales del imputado o si se ignoran, los que sirvan para identificarlo;
2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva;
3. La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presuntos previstos en el artículo anterior; y.
4. La cita de las disposiciones legales aplicables.

4.12 Prisión Preventiva

Don Quijote comentaba a Sancho: “La libertad, Sancho, es uno de los más precisados dones que a los mortales dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra”. Tres presidentes constitucionales y un vicepresidente de la República, han sufrido el embargo de su libertad. En realidad la prisión preventiva contraviene el principio constitucional de presunción de inocencia, y da origen a la presunción de culpabilidad, que no está escrita en ninguna ley. No es que esté en desacuerdo con dicha medida, lo que ocurre es que la misma sugiere drástica modificación del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, para evitar constantes injusticias demostradas en el debate penal. Basta un simple indicio, para que un juez ordene la medida de aseguramiento personal. En ocasiones se confunde el indicio con la sospecha, la hipótesis o suposición. Para la procedencia de un auto de prisión preventiva, el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, debería contemplar los siguientes presupuestos: a) existencia de indicios graves no solo indicios;

b)reconocimiento libre y espontáneo del delito en la policía Judicial, en presencia de su real abogado defensor y fiscal; c) flagrancia comprobada; d) reincidencia específica; e) aseguramiento del procesado para conversación de pruebas; f) concierto unívoco de testigos hábiles que observaron el delito; g) que sea motivada o fundamentada por el juez; que el procesado signifique peligrosidad social, para evitar su reposición; y, h) que exista el delito y haya indicios vehementes de autoría y complicidad. La responsabilidad de los jueces es enorme. Los más grandes de este país, no son nada frente al más pequeño de los jueces.

4.13 Caducidad de la Prisión preventiva en el Código de Procedimiento penal

El Art. 169 señala “**caducidad de la prisión preventiva.-** La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión.

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

Si se excedieran esos plazos, la orden de prisión preventiva, quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa”.

El numeral 8 del Art. 24 de la Constitución Política indica: “ la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del Juez que conoce la causa”, así señala el inciso primero de dicho artículo.

Según lo manifiesta nuevamente el señor Dr. Edmundo Durán⁵⁵, el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano es, sin duda alguna humanista, pues se mantiene en una línea equidistante entre la necesidad de investigar un delito, y la necesidad de respetar los derechos humanos del reo, porque cada vez que autoriza la violación procesal de uno de esos derechos, la sujeta a requisitos y formalidades que tiende a reducir al mínimo el daño jurídico o personal que pudieran producir, de tal manera de

impedir que sea apresado durante el proceso, quien después resulte absuelto en la sentencia, termina señalando.

Entonces aquí nace la gran interrogante ¿QUÉ ES LA LIBERTAD?.

La libertad, es sin duda alguna como dicen varios tratadistas, un elemento esencial del ser humano; y es también, por cierto, uno de los atributos más nobles del mismo; por ello la libertad y el Estado deben coordinarse, con el propósito de no destruirse mutuamente.

En el seno de un Estado que sea respetuoso de la libertad individual, las leyes y las Instituciones deben ordenarse, con el objeto de conciliar las exigencias de estas con los del Poder, logrando de este modo alcanzar un equilibrio tal, que pueda conservarse siempre a favor de la libertad; y, que beneficie así mismo a cada uno de los miembros de la comunidad, de este modo, es imprescindible conciliar la libertad con el Poder, mediante el establecimiento de un Orden Justo y adecuado.

Es por tal menester la existencia de una esfera de libertades del individuo limitada en principio; y, al mismo tiempo, con una posibilidad de ingerencia del Estado también limitada en principio, pero medible y controlable.

De este modo, en el dramático juego entre; el Orden, el Poder y la Libertad, nos encontramos que es necesaria la limitación del Poder, pues el Poder responsable debe proyectar autoridad igualmente responsable, de lo contrario, estaríamos frente al uso abusivo e irresponsable del Poder.

Pero analicemos que sucede en nuestro País con la Prisión Preventiva....

Conforme se ha constatado en la vida práctica de nuestro país, la prisión preventiva fue la más severa de todas, porque hasta antes del 10 de agosto de 1998, que entró en vigencia la actual Constitución Política, no tenía límite temporal, ya que duraba tanto cuanto duraba el proceso, lo que como bien señala el doctor Edmundo Durán Díaz podría significar en la vida judicial ecuatoriana, meses o años, no obstante que para dictarla, la ley ha sido cuidadosa y exige la presencia de indicios procesales suficientes que permitan presumir, que la infracción ha existido; y, que el sindicado ha participado

en su comisión como autor o como cómplice, además de que el Art. 177 del viejo Código de Procedimiento Penal contiene el presupuesto de que el Juez ordene la prisión preventiva “cuando lo creyere necesario”, igual lo dice el nuevo Código Procesal Penal.

El legislador ecuatoriano al dictar el primer inciso del numeral 8 del Art. 24 de la Constitución, nos enseña que la única posición admisible hoy, es la de aplicar los principios constitucionales y los derechos humanos, para hacer del sistema penal un instrumento de integración, de solución pacífica de los conflictos y no un mecanismo de marginación y estigmatización, pues como bien lo señala el tratadista Argentino Juan Marcone Morello⁵⁶:

“El ciudadano que queda sometido a un proceso penal, está amparado desde el momento en que se inicia éste, hasta la decisión judicial definitiva, por una serie de derechos de naturaleza constitucional, de aplicación obligatoria aunque no sean invocados no por el rango jurídico que tiene, sino también porque son de orden público; de tal modo, que si una persona sindicada en una causa penal y cuya prisión preventiva haya durado más de 6 meses o de un año según el delito que se investiga y no tenga sentencia penal, puede y debe solicitar su inmediata libertad acogiéndose al numeral 8 del Art. 24 de la Constitución y el Juez o el Tribunal deben concederla de manera inmediata.

La caducidad de la prisión preventiva dice el Dr. Alfonso Zambrano⁵⁷, no es una garantía constitucional a favor de los delincuentes y en apoyo a la impunidad, es antes por el contrario, una garantía constitucional que tiende a sancionar al Estado moroso, que tiende a sancionar al Juez negligente y tardío; y, que es una consecuencia del irrespeto al Debido Proceso Penal, cuya legalidad se afecta con una morosidad que termina por convertirse en injusticia. De este modo, la libertad personal aparece como eje central de todo progreso individual y social, por esta razón la limitación a la prisión preventiva.

El inciso 2do del Art.24 en su numeral 8 dice: “En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente”.

(56) Dr. Juan Marcone Morillo. Defensas Penales. Tomo II. Pág. 135

(57) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Pág. 215

Esta disposición contenida en este segundo inciso es la más justa, esto es la persona contra quien se ha iniciado un proceso penal; y, después de incluso meses y años de investigación se le exima de toda responsabilidad penal en primera instancia, es inmediatamente dejado en libertad, esto es lo más equitativo y justo, ya que si el hecho por el cual se produjo la investigación y juzgamiento no era constitutivo de delito o habiéndole cometido obró dentro de alguno de los canales de justificación o de inculpabilidad, es de imperativa justicia que la libertad se produzca en forma inmediata, luego de haberse dictado Sobreseimiento o Sentencia Absolutoria, y así de igual manera se protege la presunción de inocencia.

Conclusiones y recomendaciones

Frente a la grave situación generada por las prácticas de la justicia penal, que constituyen un abuso respecto de la utilización de la institución de la prisión preventiva en los países de nuestra región, se torna imprescindible la búsqueda de medidas concretas orientadas a enfrentar el problema. En este contexto, la opinión de recurrir a las posibilidades que brinda el derecho internacional de los derechos humanos, entre otras, constituye una decisión razonable. El sistema Internacional establece exigencias materiales y formales que definen los presupuestos de la legitimidad de toda prisión cautelar de persona que aun no han sido condenadas. Los instrumentos internacionales establecen obligaciones específicas, que deben ser cumplidas por los estados para permitir la imposición legítima de la prisión procesal anterior condenada.

Estas obligaciones recaen sobre la mayoría de los estados, cuando derivan de un instrumento universal, Declaración Civiles y Políticos, o bien sobre algunos estados, como suceden con los países de América Latina con las obligaciones impuestas por instrumentos regionales, Declaración Americana de Derechos Humanos. Ello significa que estos instrumentos contienen soluciones para el problema de la prisión preventiva de alcance general en los países de la región y que, en consecuencia, no dependen de la particular legislación procesal en el ordenamiento jurídico interno.

(56) Dr. Juan Marcone Morillo. Defensas Penales. Tomo II. Pág. 135

(57) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Pág. 215

El carácter obligatorio de ciertos instrumentos internacionales es incuestionable y reconocido de manera unánime. Los instrumentos convencionales, una vez que entran en vigor, obligan directa e inmediatamente al Estado parte en un tratado de derechos humanos. Esta circunstancia determina en un tratado de derechos humanos. Esta circunstancia determina que se afirme que: “Los tratados son obligatorios para los estados partes únicamente en la medida en que estos no hagan reservas”. No obstante, las reservas incompatibles con el objetivo del tratado no son permitidas. En consecuencia, se señala la existencia de: La presunción *Iuristantum* de la operatividad de las normas que rigen en el derecho internacional de los derechos humanos, que deben ser adecuadamente agilitadas en los ámbitos nacionales. También se ha reconocido el valor jurídico de instrumentos internacionales no convencionales, especialmente relevantes para la tarea de interpretación y aplicación de disposición internacionales de carácter obligatorio.

Las obligaciones internacionales, además, exigen a los estados cierta manera de instrumentar su cumplimiento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado, al respecto, la importancia del Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que exige a los estados la interpretación de buena fe, y de su Art. 32, que permite recurrir a medios suplementarios de interpretación. En síntesis, la doctrina de la corte impone a los estados un método particular de interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en los instrumentos de derecho humanos, que conducen a adoptar la interpretación que mejor se adecua a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Respecto a la prisión preventiva, el derecho internacional de los derechos humanos impone la obligación a diversos órganos del estado, entre los cuales el mas importante son el poder legislativo y el poder judicial. Así, exige a los legisladores que regulen las disposiciones nacionales en conformidad con las normas internacionales, y los tribunales que apliquen las normas y convenciones internacionales en los casos en que la legislación nacional no protege adecuadamente los derechos de las personas sometidas a prisión preventiva.

El papel a los tribunales en la paliación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos es especialmente significativo en el ámbito de la prisión preventiva. Ello pues el poder judicial constituye la última valla entre el poder del estado y los derechos fundamentales del ser humano. Los tribunales, en este marco, pueden y deben neutralizar

(56) Dr. Juan Marcone Morillo. Defensas Penales. Tomo II. Pág. 135

(57) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Pág. 215

los actos u omisiones de los demás poderes públicos que representen una violación de las obligaciones internacionales asumidas por el estado.

Los jueces deben tener presente y aplicar permanentemente criterios interpretativos favorables al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en estas convenciones, y están impedidos de limitarlos en mayor medida que la prevista en ellas. Ellos, por los demás, deberán interiorizarse sobre la jurisprudencia internacional en la materia, incluida la de tribunales que deciden sobre convenciones similares, por ejemplo, el tribunal Europeo de derechos humanos, y tener en cuenta esos criterios interpretativos para decidir el caso concreto del examen. También se indica que los miembros del poder judicial no deberán olvidar que sus decisiones comprometen a la nación interna, desde el punto de vista del derecho internacional y que pueden generar, con sus fallos, consecuencias negativas para la republica.

En relación a la regulación, aplicación y ejecución de la prisión preventiva, el derecho internacional establece el deber esencial de respetar el principio jurídico de inocencia, garantía fundamental del estado de derecho que protege la libertad individual frente a todo acto arbitrario del poder publico. El principio de inocencia impone diversas exigencias sustantivas que operan como presupuesto necesario de la fundamentación legítima de la privación de la privación de libertad de carácter cautelar. Estas exigencias sustantivas, por su parte, comprenden determinadas consecuencias que derivan de ellas.

La primera exigencia sustantiva consiste en el exclusivo fin procesal atribuido a la detención. De ella derivan las consecuencias vinculadas con la legimitación que restringe la detención exclusiva a determinados supuestos de peligro procesal, con la necesidad de verificar la exigencia concreta de ese peligro, y con la atribución de esa función al poder judicial.

Una segunda exigencia sustantiva recibe el nombre de **principio de excepcionalidad**. El derecho a la libertad durante el proceso y la necesidad de regular legislativamente medidas de coerción menos lesivas que la prisión son, en este sentido, consecuencias de ese principio fundamental derivado de la presunción de inocencia.

El principio de proporcionalidad es otra de las exigencias sustantivas, y de el derivan la imposibilidad de aplicar la privación de libertad en ciertos supuestos, como también la limitación temporal de la prisión en otros supuestos en los cuales este resulta admisible.

(56) Dr. Juan Marcone Morillo. Defensas Penales. Tomo II. Pág. 135

(57) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Pág. 215

La cuarta exigencia sustantiva consiste en la sospecha material de responsabilidad penal del imputado por el hecho que se le atribuye, de la cual derivan la obligación de determinar jurídicamente la existencia del merito sustantivo, el deber del tribunal de oír al imputado y la necesidad de que el procedimiento haya alcanzado cierto grado de desarrollo al momento de la decisión judicial.

Finalmente, la última exigencia sustantivas analizada permite afirmar que ellas constituyen mecanismos de significativa utilidad para revertir la situación de los procesos sin condena en los países de la región. El cumplimiento de buena fe de la obligación internacional del estado de regular, aplicar u ejecutar la institución de la prisión preventiva según las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, en conclusión, permitirá alterar sustancialmente la critica situación actual.

El cumplimiento de estas exigencias sustantivas depende, en gran medida, de una adecuada regulación de las exigencias formales referidas a la obligación de instrumentos un adecuado control judicial de la legitimidad de la detención. Un grado razonable de realización de estas dos exigencias, por si mismo, reduciría drásticamente la gravedad del problema de los procesos sin condena. Si ello sucediera, los problemas vinculados con los otros dos grupos de exigencias condiciones materiales de la detención, y limite temporal de la prisión también se reducirían sustancialmente, facilitando las posibilidades de prever e instrumentar medidas que reduzcan aun mas las dificultades subsistentes.

En conclusión, la aplicación en el ámbito alterno del derecho internacional de los derechos humanos, obligatoria para los estados, representaría una medida adecuada, efectiva y legitima para impedir el abuso, actualmente generalizado, de la facultad estatal de ordenar la privación de libertad de personas inocentes, y alcanzar un grado aceptable de respeto efectivo del principio de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria. En consecuencia, se debe promover por todos los medios posibles el cumplimiento de las obligaciones internacionales del estado referidas a la regulación y a la aplicación judicial de la prisión preventiva y, también, se debe exigir en los casos concretos la aplicación de las normas internacionales. En esta tarea, los tribunales penales tienen mucho por hacer en el ámbito interno.

(56) Dr. Juan Marcone Morillo. Defensas Penales. Tomo II. Pág. 135

(57) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Pág. 215

BIBLIOGRAFIA

1. La Prisión Preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras medidas cautelares, por el Dr. José García Falconí. 2002 Quito – Ecuador.
2. Tratado de Derecho Procesal Penal, por el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Editorial Edino, 2005 Guayaquil- Ecuador.
3. Estudio y aplicación de las Medidas cautelares según el Código de Procedimiento Penal, por el Dr. Manuel Viteri Olvera, Sodadmar, 2001 Guayaquil- Ecuador.
4. Nuevo Código de Procedimiento Penal III Edición, por el Dr. Maximiliano Blum Manzo, 2004 Guayaquil- Ecuador.
5. Manual de derecho Procesal Penal, por el Dr. Edmundo Duran Díaz, volumen I. Edino, Guayaquil-Ecuador.
6. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal por el Dr. Ricardo Vaca Andrade. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.
7. Derechos Humanos, por el Dr. Carlos Coalutti. Editorial Universidad. 2004. Buenos Aires- Argentina.
8. La Presunción de Inocencia. Dr. Orlando Alfonso Rodríguez. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogota – Colombia.
9. Iudicium et vita. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Comisión de la Unión Europea. 1996 No. 4. San José- Costa Rica.
10. Reforma a la Justicia Penal en las Américas. Fundación para el Debido Proceso Penal.

(56) Dr. Juan Marcone Morillo. Defensas Penales. Tomo II. Pág. 135

(57) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Pág. 215

11. La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho. Cecilia Sánchez Romero, San José-Costa Rica.
12. Debido Proceso y Razonamiento Judicial. Miguel Hernández. Projusticia. Quito – Ecuador.
13. El Debido Proceso Penal en un Estado de derecho. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel.
14. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Francesco Carnelutti. Buenos Aires Argentina.
15. Constitución Política de la Republica del Ecuador.
16. Código de Procedimiento Penal
17. Código Penal

(56) Dr. Juan Marcone Morillo. Defensas Penales. Tomo II. Pág. 135

(57) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Pág. 215

(56) Dr. Juan Marcone Morillo. Defensas Penales. Tomo II. Pág. 135

(57) Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. El Debido Proceso Penal en un Estado de Derecho. Pág. 215