

El excesivo uso de la prisión preventiva en la jurisdicción penal ecuatoriana

The excessive use of pretrial detention in Ecuadorian criminal jurisdiction

- 1 Miguel Ángel Mogrovejo Lituma  <https://orcid.org/0000-0001-9189-5564>
Universidad Católica de Cuenca
Estudiante de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Cuenca- Ecuador
miguel.mogrovejo@ucacue.edu.ec
- 2 Fausto Patricio Olivo Cerda  <https://orcid.org/0000-0001-8706-8021>
Universidad Católica de Cuenca
Docente Invitado del Área de Derecho, Cuenca – Ecuador
fausolivo@yahoo.com
- 3 Ramiro Quevedo Quinteros  <https://orcid.org/0000-0002-5912-9576>
Universidad Católica de Cuenca
Tutor
mrquevedoq@ucacue.edu.ec



Artículo de Investigación Científica y Tecnológica

Enviado: 07/08/2022

Revisado: 15/09/2022

Aceptado: 19/10/2022

Publicado: 01/11/2022

DOI: <https://doi.org/10.33262/ap.v4i4.2.294>

Cítese:

Mogrovejo Lituma, M. Ángel, Olivo Cerda, F. P., & Quevedo Quinteros, R. (2022). El excesivo uso de la prisión preventiva en la jurisdicción penal ecuatoriana: The excessive use of pretrial detention in Ecuadorian criminal jurisdiction. AlfaPublicaciones, 4(4.2), 6–30. <https://doi.org/10.33262/ap.v4i4.2.294>



ALFA PUBLICACIONES, es una Revista Multidisciplinar, **Trimestral**, que se publicará en soporte electrónico tiene como **misión** contribuir a la formación de profesionales competentes con visión humanística y crítica que sean capaces de exponer sus resultados investigativos y científicos en la misma medida que se promueva mediante su intervención cambios positivos en la sociedad. <https://alfapublicaciones.com>
La revista es editada por la Editorial Ciencia Digital (Editorial de prestigio registrada en la Cámara Ecuatoriana de Libro con No de Afiliación 663) www.celibro.org.ec

Esta revista está protegida bajo una licencia Creative Commons AttributionNonCommercialNoDerivatives 4.0 International. Copia de la licencia: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Palabras**claves:**

Presunción de
inocencia,
debido proceso,
seguridad
jurídica, tutela
Judicial
efectiva, prisión
preventiva.

Resumen

El excesivo uso de la prisión preventiva, ha demostrado la vulneración de derechos que existe dentro del Ecuador y su sistema penitenciario vigente en la legislación, debido a que, cuando una persona ha sido procesada por un delito que no exceda los 5 años de privación de libertad, dentro del proceso se han dictado medidas cautelares alternativas las cuales pueden ser dispuestas por los administradores de justicia en nuestro país, Jueces de garantías penales, por ello se debe analizar que, la prisión preventiva llega a ser una pena anticipada para la persona imputada y, esta medida cautelar se debería aplicar como una de última ratio; la finalidad de este trabajo de investigación es, desarrollar un fundamento jurídico para poder identificar de una manera clara la situación jurídica que se vive en el Ecuador específicamente en el cantón Azogues, respecto de esta mal utilizada medida cautelar. Por lo tanto, es necesario comprender varias definiciones, generalidades, antecedentes históricos, análisis de derechos, y recalcar los principios esenciales que se ven vulnerados en relación con la prisión preventiva, garantías que tienen las personas privadas de la libertad, realizando un análisis sobre lo mencionado en derecho comparado. Por último, cabe señalar, la importancia de precedentes jurisprudenciales de la prisión preventiva, las cuales serán analizadas mediante un fundamento jurídico, constitucional y legal que se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador, los tratados internacionales de Derechos Humanos y el Código Orgánico Integral penal., del mismo modo se realizará una revisión bibliográfica utilizando artículos científicos, referentes al tema del uso excesivo de la prisión preventiva, en delitos menores a cinco años, se realizarán encuestas a abogados de libre ejercicio y jueces de la ciudad de Azogues, con la finalidad de proponer alguna alternativa que ayude a la solución de esta problemática.

Keywords:

Presumption of
innocence, due
process, legal
security,
effective
judicial
protection,

Abstract

The excessive use of pretrial detention has demonstrated the violation of rights that exists within Ecuador and its prison system in force in the legislation, because when a person has been prosecuted for a crime that does not exceed 5 years of imprisonment, alternative precautionary measures have been issued within the process, which can be ordered by the administrators of justice in our country, Judges of criminal guarantees, alternative

pretrial
detention.

precautionary measures have been dictated within the process, which can be ordered by the administrators of justice in our country, Judges of criminal guarantees, therefore, it should be analyzed that preventive detention becomes an anticipated penalty for the accused person and this precautionary measure should be applied as a measure of last resort; The purpose of this research work is to develop a legal basis to clearly identify the legal situation in Ecuador, specifically in the Azogues canton, with respect to this misused precautionary measure. Therefore, it is necessary to understand several definitions, generalities, historical background, analysis of rights, and to emphasize the essential principles that are violated in relation to pretrial detention, guarantees that persons deprived of their liberty have, making an analysis of what is mentioned in comparative law. Finally, it is worth mentioning the importance of jurisprudential precedents on pretrial detention, which will be analyzed through a legal, constitutional and legal basis found in the Constitution of the Republic of Ecuador, international human rights treaties and the Organic Integral Penal Code, Likewise, a bibliographic review will be carried out using scientific articles on the subject of the excessive use of pre-trial detention in crimes under five years, and surveys will be conducted with free practice lawyers and judges in the city of Azogues, with the purpose of proposing an alternative to help solve this problem.

Introducción

Es indispensable para efectos de este trabajo, abordar las medidas coercitivas del proceso penal que se conocen como medidas cautelares, el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), reglamenta desde el art.519 el régimen jurídico aplicable a las medidas cautelares y de protección, lo importante, es partir del contenido de la norma como fórmula heurística para comprender cuales son los fines previstos para las medidas cautelares o coercitivas, en esa virtud existen fundamentalmente dos objetos o fines de estos instrumentos del proceso penal, el primero; es la protección a los derechos de la víctima y participes del proceso penal y segundo; garantizar la seguridad del proceso.

Por ello es que, estas instituciones del proceso penal al tener un fin precautorio se denominan como medidas cautelares por el Código Orgánico Integral Penal y la gran mayoría de ordenanzas procesales en materia penal, sin embargo, es importante precisar

la naturaleza jurídica de estas herramientas procesales que tienen su fundamento en el “ius puniendi”, pues, si no existieren medios que protejan la realización efectiva del proceso penal este no podría cumplir su fin con éxito, objetivo o finalidad que a nuestro criterio es encontrar y sancionar a los culpables de injustos punibles y por supuesto también proteger el estado de inocencia de quienes son llamados injustamente a juicio, en esa virtud, la doctrina alemana le da un tratamiento jurídico especialísimo a las medidas cautelares, que se conocen como: las injerencias procesales en la esfera individual (Claus, 2019), cuyo fin dicen Roxin y Schünemann es garantizar el desarrollo del proceso de conocimiento-proceso penal- y su ejecución. Para efectos de este trabajo nos vamos a centrar en las medidas que garantizan el proceso penal en general y en específico en la medida de orden personal más gravosa que es la prisión preventiva y suspende el derecho constitucional y convencional de la libertad en su dimensión locomotiva.

Si la medida cautelar de prisión preventiva supone una restricción a la libertad personal, es importante entender su importancia dentro de los estados democráticos modernos, la libertad de la persona como derecho fundamental de todo ciudadano y, quizá como núcleo u objeto del proceso penal puede ser restringida o privada en el decurso del mismo, empero, igual que cualquier otra medida que limite el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador tiene que encontrar límites en presupuestos o requisitos normativos que generalmente se vinculan con una tarifa de necesidad y proporcionalidad frente a los objetos de protección de las medidas cautelares, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- CIDH o Cidh indistintamente- que es vinculante para los estados suscriptores del Pacto de San José a través del principio de convencionalidad como en el caso de la mayoría de estados latinoamericanos, ha determinado dos aspectos expuestos sobre la privación de la libertad en el marco de un proceso penal, así en el caso *Gangaram Panday v. Surinam* anotan que nadie puede ser privado de su libertad, sino, únicamente por las circunstancias, presupuestos o causas que estén por principio de legalidad tipificadas en la ley (aspecto material) y, que se sujeten a los procedimientos definidos por las leyes adjetivas para su adopción (aspecto formal), es decir, de entrada nos encontramos con una conclusión que servirá de premisa de todo este trabajo, las restricciones del derecho de libertad están condicionadas a determinadas circunstancias que son objeto de protección de la norma constitucional y penal.

Las medidas cautelares siempre se vinculan con la injerencia del estado en los derechos fundamentales de las personas, siendo las más agresiva de ellas la interferencia con el derecho de libertad como consignamos *ut supra*, así encontramos en el Art.522 del COIP las modalidades de esta institución del derecho procesal penal como: la prohibición de ausentarse del país, la presentación periódica del procesado ante autoridad designada, el arresto domiciliario, dispositivo de vigilancia, detención investigativa y, especialmente la prisión preventiva. Ahora bien, una vez centrado el debate en las medidas cautelares que

restringen la libertad es importante, esbozar generalidades sobre sus razones y fundamentos. Las medidas coercitivas personales que se dictan mediante providencias judiciales (autos o sentencias), en las cuales un órgano jurisdiccional competente de manera excepcional priva de la libertad total o parcial al procesado en el curso del proceso penal, la finalidad como dijimos es asegurar el desarrollo del juicio oral, la protección de los derechos de los intervinientes y, eventualmente la ejecución de una sentencia condenatoria, nótese que hay una primera disyuntiva en las funciones del estado en su dimensión de garante de la dignidad humana, por un lado está la necesidad de que la persecución penal sea efectiva y, por otro la protección irrestricta de los derechos de los individuos, especialmente del imputado y su derecho fundamental a la libertad.

Es importante esforzarnos en conceptualizar a la libertad como derecho fundamental autónomo, al respecto Cabiedes (2004), comenta que la libertad se entiende “como autodeterminación, por la propia voluntad de la persona, de una conducta lícita, y como derecho y garantía frente a toda privación ilegal o arbitraria de la misma en el devenir físico de su vida” (p.21), es por ello que al tener tal trascendencia para el ejercicio de los derechos de las personas su restricción sin la existencia de una condena tiene un altísimo grado de excepcionalidad. La Constitución ecuatoriana en su capítulo sexto en el art.66 desarrolla todos los derechos que se desprenden de la libertad de la persona, a su vez, en el art.77.1 determina que las medidas privativas de libertad son restrictivas, de ultima ratio y además serán usadas cuando sean necesarias, disposiciones de la Carta Magna que tienen un fuerte contenido axiológico desarrollado desde la ilustración por grandes juristas como Beccaria. Si todas las personas comprendieran la gravedad de la restricción de la libertad seguramente tendríamos un derecho penal más humano.

Aunque las medidas cautelares personales cumplen fines específicos como vimos anteriormente, es importante insistir en su carácter de excepcionalidad y necesidad, por tales motivos, llegamos a una primera conclusión sobre la discusión de fondo, las medidas cautelares no son indispensables en todos los procesos penales, pues hay situaciones y casos en particular en los cuales no cumplen ninguna función para proteger el desarrollo del proceso penal y su eventual ejecución, no podemos obviar aquellos procesos en los que el procesado asume un rol activo e impulsa la indagación o instrucción a fin de demostrar elementos que conduzcan a su inocencia, de manera, que su presencia dentro de la causa estaría garantizada sin la utilización de las medidas cautelares como instrumento de protección frente al riesgo procesal de evasión de la justicia.

De las generalidades esbozadas, podemos extraer algunas conclusiones con base en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, la primera es una precisión respecto a la intención del legislador, pues, a nuestro criterio que se suma al de grandes juristas ecuatorianos como Ricardo Andrade (2015), la denominación de medidas cautelares personales tal como se encuentra en el art.522 del Código Orgánico Integral Penal es

equivocada, en virtud de que no todas las modalidades taxativamente descritas en el código penal tienen como finalidad garantizar la presencia del procesado, véase la detención que tiene objetivos investigativos, de ahí que consideramos que el tratamiento procesal de las diferentes medidas cautelares tienen que analizarse desde una perspectiva subjetiva, esto es, entendiendo al procesado como el sujeto pasivo del proceso penal, lo importante entonces es no limitar o restringir el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando no sean necesarias para proteger bienes o garantías jurídicas colectivas como la efectividad de la persecución penal.

La prisión preventiva. Aspectos materiales

Entre todas las medidas cautelares, existe especialmente una de intrincada naturaleza y profunda complejidad que es la prisión preventiva, toda vez que interviene gravemente en la libertad de las personas llevando al límite el respeto de los derechos y garantías fundamentales del ser humano que se contraponen con el objetivo de orden público de que el ejercicio del ius puniendi materialice sus resultados en un proceso penal efectivo. Al tratarse, pues, de una medida de orden excepcional y con base en los principios de necesidad y proporcionalidad, existen determinadas exigencias legales y además jurídico-constitucionales para que la prisión provisional revista en primer término constitucionalidad, legalidad y secundariamente legitimidad.

César Castro (2020), nos ilustra y comenta que “la prisión preventiva es la medida de coerción personal más gravosa o severa del ordenamiento jurídico, que por sus efectos y trascendencia es el problema por antonomasia del proceso penal” (p.115), la jurisprudencia ecuatoriana y la redacción del COIP interpretada de manera exegética arrojan las mismas conclusiones, la prisión preventiva es una medida coercitiva gravosa que restringe la libertad personal sacrificando este derecho constitucional por la efectividad de la persecución penal que a nuestro criterio coarta o limita esencialmente el derecho a la igualdad de armas como garantía del derecho a la defensa, pues por deducción lógica no es igual defenderse en libertad que hacerlo privado de ella, habida cuenta de que la libertad es uno de los valores superiores que informan al ordenamiento jurídico tal como regula el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art.9 numeral 3 (Unidas, 1966).

Entendiendo que, la prisión preventiva cumple con las finalidades previstas para las medidas cautelares de orden personal, siendo estas: 1.la sustanciación efectiva del proceso de conocimiento, evitando peligro de destrucción, ocultamiento o turbación de las fuentes y medios de prueba, 2.la garantía de que el procesado no se sustraerá de la acción de la justicia penal y, 3. La ejecución de la sentencia penal y reparación de los derechos de la víctima, vemos que estos presupuestos de procedibilidad son al mismo tiempo los límites que deben observar los órganos jurisdiccionales para encontrar legitimidad en una orden de prisión preventiva, he ahí sus características materiales: jurisdiccionalidad: Sólo el juez

competente, investido de la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado puede en el marco de un proceso penal ordenar bajo solicitud motivada del órgano de persecución criminal (fiscalía) la prisión preventiva, luego de un proceso fundamentalmente oral, con oportunidad de contradicción.

Excepcionalidad y taxatividad: el escenario normal de un proceso penal es que el procesado se defienda en libertad, de manera que la prisión preventiva es una excepción a esta regla que se impone únicamente por motivo de lo previsto en la ley de manera expresa, en tal virtud, las normas y reglas de su ejercicio serán interpretadas *stricto sensu*, siempre bajo el umbral de la duda favorable al reo en sentido de proteger indisponiblemente la libertad. Otra característica fundamental es la de necesidad que encuentra su fundamento legal en el art.534 del Código Orgánico Integral Penal que reglamenta de manera expresa ciertos requisitos que deben satisfacerse para la procedencia de la prisión preventiva, este punto es trascendental, la doctrina lo ha tratado exhaustivamente, por ejemplo, Cesar San Martín eximio jurista peruano informa que esta especie de medida cautelar guarda armonía con la vigencia de los principios transversales de intervención indiciaria y proporcionalidad, a su vez el COIP en primer término exige elementos de convicción suficientes sobre el hecho delictual, esto es conocido por la ordenanza procesal penal Alemana como la probabilidad del acaecimiento del injusto y la integración de su responsable.

La disposición adjetiva antes referida determina que el primer requisito que debe analizarse es el de existencia de elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de acción penal publica, esto no es otra cosa que la sospecha probable y fundada de la comisión de un hecho, dicen Roxin y Schünemann “tiene que haber un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad están presentes” (Calus, 2019), nótese como tanto la ley como única fuente del derecho penal cuanto la doctrina como explicación científica de las normas coinciden en una exigencia de elementos recabados en el decurso de la pesquisa que fundamenten una condena probable, así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Stögmüller” determina que la probabilidad de la condena es una de las condiciones *sine qua non* para que la prisión pueda ser adoptada y mantenga vigencia (Stögmüller, 1969), este mismo criterio ha sido adoptado por la Corte Interamericana de derechos humanos, en varias de sus sentencias, la doctrina alemana utiliza el vocablo “sospecha” de responsabilidad penal, esto significa indicios graves y fundados sobre la existencia del delito y su responsable, el Código Orgánico Integral Penal utiliza como indicio de probabilidad de condena la existencia de “elementos de convicción” suficientes, y aquí, otra tesis en tensión que debemos plantearnos, si bien en etapa de instrucción o en la intermedia (evaluatoria y preparatoria de juicio) del proceso penal no existe valoración de prueba, si hay una valoración de los elementos que fundamentan la necesidad de un juicio penal, por ello es que es

indispensable que estos elementos superen un umbral medianamente objetivo de cuándo los indicios del ilícito son suficientes para motivar la orden de prisión preventiva, nosotros creemos que el juez debe acudir a criterios de razonabilidad para fijar la necesidad de esta medida cautelar con base en los elementos de convicción recabados por fiscalía, para el efecto consideramos la realización de un ejercicio de retrospección y reflexión jurídica dentro del marco del Código Orgánico Integral Penal. Es necesario comentar la disposición del art.595 del COIP que regula la formulación de cargos, esta actuación fiscal en la cual se imputa formalmente un delito exige tres cosas: 1. La individualización de la persona a la cual se imputa el injusto, 2. Los hechos penalmente relevantes y su calificación jurídica y 3. Los elementos en los cuales se fundamenta la imputación, bien, vemos que hay requisitos materiales para formular cargos a una persona, pues, tiene que existir acusación por un hecho con relevancia jurídico penal, pero además, la existencia de esos hechos tienen que tener como base indicios o elementos de convicción, de manera que, esta etapa del proceso que inicia la instrucción no es un mero trámite que realiza el fiscal arbitrariamente, sino, más bien el inicio formal del proceso penal que siempre debe ser observado por el juez competente en su rol de garante de los derechos de los partícipes del proceso penal, quien entre otras cosas deberá hacer un estricto control con base en el estado de inocencia -principio rector del derecho penal- de que las acusaciones de fiscalía sean fundamentadas y no constituyan un simple ejercicio que emerge del arbitrio de la potestad instructora, es decir, desde los albores del proceso penal se exige un estándar de elementos o indicios sobre la existencia del delito y su responsable para que inicie el proceso penal, con mayor razón existe esta carga cuantitativa y también cualitativa de sospecha fundada en indicios sobre un hecho delictivo para que proceda la prisión preventiva.

El segundo requisito material de la prisión preventiva es la existencia de indicios que justifiquen que otras medidas cautelares no pueden garantizar la presencia del procesado en juicio y el cumplimiento de la pena, aquí advertimos otro error del legislador, según la literalidad de la disposición se pretende evitar la sustracción del procesado al juicio oral, es decir, en estadios anteriores a la etapa intermedia no existe un riesgo cierto, sino, solo su presunción, pues, el juicio sería una mera expectativa procesal condicionada a superar la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, contrasentido, para el derecho penal solo se presume la inocencia y lo que ello implica, jamás en sentido contrario, no obstante, adentrándonos al núcleo de este requisito de procedibilidad de la prisión preventiva, debemos recurrir a lo que se ha desarrollado por la doctrina como el riesgo procesal por peligro de fuga, esta inseguridad sobre el desarrollo y continuidad del proceso penal tiene que someterse como no puede ser de otra manera a su constatación a través de indicios, no podemos elucubrar sobre que trata de decir el legislador cuando habla de indicios, más bien, hay que hacer un esfuerzo de interpretación literal y holística del COIP, así las circunstancias del peligro de fuga han de analizarse caso a caso, por ello, la gravedad de la infracción y la cuantía de la pena no pueden sugerir por si solos sospechas de fuga,

debe considerarse la contundencia de los elementos de cargo, las circunstancias personales del imputado, su participación en el proceso y el cumplimiento o no de medidas cautelares alternativas, solo ahí podríamos considerar una sospecha de fuga fundada en elementos susceptibles de justipreciación, vemos entonces en suerte de corolario, que el requerimiento de prisión preventiva debe analizarse desde estándares más o menos razonables y fundados en indicios para que proceda, de no ser así, caeríamos en la arbitrariedad y por supuesto en el fenómeno que lamentablemente está presente -el uso excesivo de la prisión preventiva-.

Hay adicionalmente otras características de la prisión preventiva, verbigracia, la necesidad o efecto social que esta produce, es evidente que existen motivos de orden político-social, que confronta los derechos individuales frente a los colectivos, como sostuvimos, existe una suerte de contradicción entre el reconocimiento estatal del derecho constitucional a la libertad y la garantía de los ciudadanos de que el estado persiga con eficacia el delito, por estos motivos, bajo la institución de la prisión preventiva subyacen móviles de política criminal de corte populista cuya justificación es no dejar en la impunidad el delito, los procesalistas del derecho penal de siglo pasado como Vélez Mariconde tienen conceptos anacrónicos sobre este tema, pues, entienden que las medidas cautelares personales como género y la prisión preventiva como especie, se justifica como un medio indispensable para la defensa del derecho, es decir, es una medida que posee el estado de autodefensa del ordenamiento jurídico, asunto que consideramos incuestionable, no obstante, se trata, pues, de someter la prisión preventiva a un control de constitucionalidad y legalidad que hará de manera inexorable el juez penal para que su adopción sea legítima, en la sentencia española dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz- España (2000), existe un criterio fundamental sobre el asunto:

las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada, esta motivación ha de ser suficiente y razonable, y esto será así, cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego: la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro, a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada (p.108).

Considérese lo interesante de la cita, pues, introduce conceptos que hoy se discuten en la academia ecuatoriana, como la proporcionalidad y excepcionalidad de la prisión preventiva y la constante contradicción de este instrumento del estado para garantizar la efectividad del proceso con el estado de inocencia, confrontación que algunos autores consideran inexistente, así Ricardo Andrade (2015), dice en su ecuménica obra del

derecho procesal penal: “no se puede aceptar que la prisión preventiva sea en el fondo, una medida inconstitucional, como sugieren algunos autores, pues hay un interés social primordial y preponderante de no dejar en la impunidad los delitos; más aún, la medida de carácter personal no afecta el estado de inocencia del procesado ni destruye la presunción de que es inocente, que se mantiene hasta que se dicte la sentencia”, concordamos en el sentido de que la prisión preventiva de ninguna manera es inconstitucional, sin embargo, disentimos en la comprensión del gran profesor Ricardo Andrade (2015), respecto a la inocencia como derecho fundamental, pues, a nuestro criterio existen dos dimensiones de este derecho, por un lado la inocencia como un verdadero estado de la persona que se destruye únicamente con la sentencia condenatoria ejecutoriada y, por otro con la presunción de inocencia, que a nuestro juicio es un principio del proceso penal que delimita las reglas que deben vigilar los órganos jurisdiccionales y fiscalía cuando ejercen sus funciones en la actividad probatoria, la discusión o debate jurídico y por supuesto la investigación y el tratamiento procesal del juicio que siempre e indistintamente debe respetar la inocencia, he ahí la dificultad de la prisión preventiva, porque, si bien no se contrapone con el estado de inocencia de las persona, sí lo hace con la presunción de inocencia como regla del tratamiento procesal, toda vez que conforme iremos desarrollando seguidamente la especulación o presunción de culpabilidad podría llevar a que esta medida se disponga excesivamente y de manera arbitraria.

Presunción de inocencia y prisión preventiva

En este tópico, surgen discusiones anacrónicas sobre la legitimidad del derecho penal y, su efectividad para proteger los derechos fundamentales de cualquier sociedad democrática moderna, existen varias posiciones abolicionistas que tienen como base epistemológica la criminología crítica, la teoría marxista del derecho, el garantismo penal, entre otras. El origen del problema radica en el excesivo poder que usa el estado a través de todo su aparataje punitivo (policía, fiscalía, poder mediático) para perseguir y sancionar el crimen, entendiendo que estos poderes se descargan sobre un individuo que muchas veces está en situación de inferioridad, esta es la más fuerte de las críticas que se le hace al derecho penal, no obstante, existen algunas de menos envergadura como son la legitimidad de la pena privativa de libertad y, como en este caso una crítica a la prisión preventiva, de marras desarrollamos algunos de los argumentos que generalmente se usan para cuestionar a la medida cautelar de prisión preventiva, que no es otra cosa, que la violación a la presunción de inocencia al privar de la libertad a una persona sin condena.

Este es el panorama sobre el cual se va a desarrollar este texto, sin embargo, es indispensable, a mi opinión, partir de una premisa que debe responder a la pregunta ¿Qué se pretende del derecho penal?, la respuesta es más complicada comprenderla que decirla, lo que pretendemos podríamos resumirlo en la protección de los valores y bienes jurídicos

máspreciados por las personas (vida, libertad, integridad física, sexual, etc.) por consiguiente, aquellos que el estado tiene que proteger utilizando el derecho penal, y también, pretendemos del derecho penal que el estado con toda su potencia punitiva no transgreda el estado de inocencia por procesamientos injustificados o injerencias innecesarias, el gran jurista de Piura Percy Caveró (2019), sobre la función del derecho penal dice cuanto sigue:

la doctrina penal se plantea básicamente tres cuestiones al ocuparse del tema ius puniendi. En primer lugar, se discute de si en la sociedad actual es posible justificar la existencia de una potestad punitiva. En segundo lugar, se plantea también la cuestión de quien está legitimado para ejercerla. Finalmente, dado que en una sociedad democrática la potestad de imponer sanciones penales no puede ser ejercida de cualquier manera, resulta obligado establecer cuáles son los límites que debe respetar quien la ejerce (p.35),

lo relevante del comentario del eximio jurista peruano está en su parte final, es ahí donde se ubica la presunción de inocencia, toda vez que es una regla del tratamiento procesal del imputado que busca garantizar o evitar el daño prematuro que el estado pueda hacer a sus derechos fundamentales, antes de la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada que declare su culpabilidad.

Las aproximaciones que podamos hacer al principio de presunción de inocencia son indispensables para desentrañar la legitimidad de la prisión preventiva, he de insistir en que hay una contradicción entre la restricción de un derecho constitucional a la libertad que dicho sea de paso sí se limita es óbice para el ejercicio de otros derechos fundamentales en el decurso del proceso penal tales como la defensa efectiva y la necesidad de proteger a la colectividad mediante la efectividad del proceso penal. De manera que, si el estatus jurídico de inocente esta incólume antes de un acto jurisdiccional que declare culpabilidad hay que analizar la constitucionalidad de una medida cautelar de semejante envergadura que restringe la libertad antes de la sentencia, para ello es indispensable abordar dos premisas que orientan este trabajo, en primer lugar, el reconocimiento de la presunción de inocencia como un valor fundamental del derecho penal y, segundo bajo que circunstancias se supedita este valor frente a otros como la eficiencia del sistema judicial. Para efectos del desarrollo de la presunción de inocencia como contra peso de la prisión preventiva, desarrollaremos sucintamente un panorama de conceptos y concepciones sobre las exigencias de la inocencia frente al trato procesal, en especial, la medida cautelar de la prisión preventiva.

Andrew Stumer (2018), presenta una reflexión ilustrativa sobre la dimensión de la presunción de inocencia a propósito del famoso caso *Sheldrake v. DPP* parte del gran desarrollo conceptual de Lord Bingham, Stumer comenta que:

existen dos cuestiones importantes relativas a la justificación de la presunción de inocencia. En primer lugar, la condena y el castigo deben ser impuestos únicamente a personas que hayan infringido la ley penal. Mas allá de esto, si se hace una acusación sobre criminalidad, existe una obligación de demostrar la veracidad de lo sostenido (p.57),

bajo estos considerandos, vemos que la razón fundamental y quizá de ser de la presunción de inocencia es la protección de los inocentes del ilimitado poder estatal para perseguir el crimen, en cualquier estado democrático moderno existe un evidente compromiso con la justicia y con mayor razón con la justicia penal, ejemplo de ello, es que la carga de la prueba del delito le corresponde a quien acusa. Otra razón de ser de la presunción de inocencia es la naturaleza misma del poder estatal para perseguir el delito, pues, esta entelequia jurídica (estado) tiene un aparataje con recursos absolutamente superiores a los de un imputado, por ello, es que las cargas, fuerzas e imposiciones del proceso penal jamás van a equipararse entre sus actores, motivo suficiente por los cuales la presunción de inocencia sea un mandato de optimización que delimita o establece las reglas del tratamiento del imputado en el proceso penal.

Ahora bien, la presunción de inocencia no es únicamente un enunciado formal del cual se desprende un contenido puramente descriptivo sobre su importancia en el proceso penal, sino, tiene una dimensión material relacionada con las “reglas de juego” del proceso penal o más precisamente con el tratamiento procesal del imputado en el marco de un procedimiento criminal, nosotros consideramos que es una garantía del proceso tal como manda nuestra carta magna y, además un principio, ya que, cuando exista conflicto que requiera ejercicios hermenéuticos para encontrar su solución, la inocencia debe orientar el razonamiento del juez a fin de encontrar lo más favorable al reo, en definitiva, el tratamiento jurídico del imputado en un proceso supone que el estado debe considerarlo inocente y por tanto capaz de ejercitar todos y cada uno de sus derechos hasta que se pruebe su culpabilidad y la sentencia cause estado o ejecutoria, ergo, esta proscrito por el derecho constitucional, penal y procesal penal, anticipar la culpabilidad de un justiciable.

Como vemos, este principio y/o garantía resguarda los más elementales cimientos de un estado democrático y de un sistema de justicia penal garantista, la Constitución de la Republica del Ecuador en el art. 76 numeral 2 disposición de carácter imperativo determina que una regla del debido proceso penal es la presunción de inocencia de las personas, pero, además, dispone que esta rige el tratamiento procesal que se le da al imputado. El paradigma del derecho moderno nos obliga a examinar esta garantía del debido proceso desde la óptica de un bloque de constitucionalidad y convencionalidad al tenor del art.424 de nuestra Carta Magna, Rodolfo Luis Vigo (2015), comenta que: “la Constitución se ha reconocido como fuente del derecho, y en ella hay básicamente principios, valores o derechos humanos que tienen esa capacidad potencial de generar

respuestas en manos de juristas preparados para ello” (p.28), lo relevante de esto es que la tarea del jurista en el estado constitucional de derechos es examinar que la aplicación de las instituciones jurídicas del derecho ordinario tengan armonía con los principios constitucionales y convencionales, esta consideración nos conduce a los tratados internacionales de Derechos Humanos que recogen como valor fundamental la presunción de inocencia, cabe destacar la Declaración Universal de los derechos de humanos que dispone en el art. 11.1 que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad” (Unidas, 1948), en el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 14.2 “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (Unidas, 1966), el Convenio Europeo de Derechos Humanos en vigor desde 1950 que manifiesta en el Art. 6.2” toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida”; y por último el Pacto de San José o la Convención Americana de Derechos Humanos citada con anterioridad, que en lo principal en el art.8.2 dispone que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

El elemento trascendental que resulta tanto de la norma constitucional cuanto de la convencional, es que la libertad se priva en tanto que se demuestre la culpabilidad de los inocentes a través de un proceso penal lleno de garantías y con prueba que justifique la ruptura del estado de inocencia, esa es precisamente la dificultad que supone la prisión preventiva en relación a la presunción de inocencia, habida cuenta de que esta medida cautelar jamás supone el cumplimiento anticipado de una pena, sino, un mecanismo procesal para garantizar la efectividad de la persecución penal, sin embargo, y nos sumamos al gran jurista Hassemer en su crítica al derecho penal de hoy, cuando dice que, la prisión preventiva incluso con todo su carácter de excepcionalidad es privar de la libertad a un inocente, pues, cuando se la ordena no existe culpabilidad demostrada. Nistal nos deja una sentencia lacónica sobre este tema: “la aplicación material de la prisión provisional está más cerca del principio de presunción de culpabilidad que del principio de presunción de inocencia, porque en el ámbito carcelario no existe la categoría de ‘presunto’, siempre se es un preso ‘convicto’ —se entra en la cárcel o no se entra— da igual que la persona haya sido juzgada o no, que sea culpable o inocente” (Martínez, 2013), la fuerza del argumento es abrumante, reconocemos el mérito de ponderar sobre si la prisión preventiva tiene como base la presunción de culpabilidad más que la de inocencia, porque cabría preguntarnos ¿si soy inocente, porque voy preso?, aquí empieza la ardua discusión de la utilización de la prisión preventiva, es obvio que bajo ninguna consideración la privación de libertad provisional supone una pena anticipada, de tal manera que, las condiciones de la ejecución de esta medida cautelar tienen que hacerse en el contexto de la realidad penitenciaria, de criterios de necesidad, proporcionalidad,

excepcionalidad, por consiguiente, de un control de la constitucionalidad y legalidad de la medida.

Nos sumamos al criterio del gran jurista español Jordi Beltrán (2021), ya que consideramos que la justificación y por tanto legitimidad de las medidas cautelares en general y en particular de la prisión preventiva encuentra fundamentos en los supuestos en que la regla general de tratamiento procesal del imputado, esto es, la presunción de inocencia se supere por la necesidad y urgencia de proteger la vigencia del proceso penal y de la seguridad de los derechos colectivos, como analizamos anteriormente, encontrar razones en las cuales la prisión preventiva guarde armonía con el estado de inocencia es un ministerio de gran dificultad, por ello renunciamos a la incansable e inútil búsqueda de sintonía o compatibilidad entre la prisión preventiva y el principio de inocencia, mejores resultados obtenemos si tratamos a la prisión preventiva como una excepción o límite a la presunción de inocencia no en toda su dimensión, sino, en su manifestación práctica como regla del tratamiento procesal, al respecto Beltrán (2021) comenta:

Hablar de límites al ámbito de aplicación de la presunción de inocencia como regla de trato procesal me parece una mejor presentación conceptual de la situación que pretende encontrar una compatibilidad entre ser tratado como inocente y contemporáneamente ser ingresado en prisión. (p.53)

En esa virtud, el debate debería centrarse entre la limitación de la presunción de inocencia frente a los derechos de la colectividad de que el proceso penal cumpla sus fines con eficacia, argumento que a la postre nos llevaría a realizar ejercicios de ponderación entre derechos, entendiendo que la prisión preventiva está condicionada a circunstancias excepcionalmente necesarias.

Metodología

El método aplicado para la investigación es de revisión bibliográfica de tipo documental descriptivo, obteniendo información de las leyes vigentes, así como unidades judiciales. Con un enfoque cualitativo al describir la realidad en el contexto de la interacción de las leyes con las acciones del hombre, de corte transversal al analizarse el contexto en un momento del tiempo. Es un estudio no experimental al utilizar los datos a través de la observación y la comparación, sin intervenir en ellos.

Resultados y Discusión

De la información analizada se procede a revisar información complementaria respecto a la prisión preventiva en la legislación ecuatoriana, analizando el criterio de varios juristas y autores con experticia en el tema.

Prisión preventiva de lo excepcional a lo general

Bajo cualquier consideración que se tenga sobre la prisión preventiva, es incuestionable que esta medida cautelar es la más nociva, gravosa, invasiva e importante del proceso penal, pues, la restricción que supone a los derechos de libertad del ciudadano consume una transgresión de la presunción de inocencia, ya que a un ciudadano sometido al poder estatal se le priva de su libertad sin ser declarado culpable, por lo tanto, podríamos decir que existe una suerte de presunción de culpabilidad, la legitimación de esta medida no está clara ya que los argumentos que podrían aportar a su favor tienen graves contradicciones frente a los principios del estado constitucional de derechos, no obstante, hemos de reconocer que a través de la constatación empírica de las realidades sociales, culturales y económicas en estados subdesarrollados como Ecuador, se hace indispensable fortalecer los medios que hagan efectiva la persecución penal, no exageramos cuando decimos que en medios de comunicación nacional sean periódicos, noticieros televisados o redes sociales vemos día tras día la gravedad de los delitos que se cometen y, cómo los criminales buscan evadir la justicia por cualquier medio. Quizá la pena no cumple los fines para los cuales fue prevista y la norma penal no desempeña ninguna función motivadora en las personas o tal vez la realidad de nuestra latitud que sufre con constancia vasallajes culturales impide que los ciudadanos desarrollemos ese “sentimiento jurídico” (Ihering, 1872), del cual hablaba Ihering en su famosa conferencia dictada en 1872 en la Sociedad Jurídica de Viena, o acaso es la realidad de nuestros pueblos con sus ires y venires, precariedad, desigualdad, atropellos los que exacerban la criminalidad, encontrar una sola respuesta al crimen sería empresa ardua, en todo caso, ante este panorama, y frente al problema que motiva este documento hay que encontrar una propuesta sobre las condiciones que justifican la prisión preventiva y tratarla como una medida de excepción.

Si partimos de la premisa de que la prisión preventiva y la presunción de inocencia son instituciones jurídicas del derecho procesal penal incompatibles, obligamos a los órganos jurisdiccionales a superar un estándar altísimo de garantías y derechos para que proceda esta medida cautelar, toda vez, que los jueces primero; deberán analizar si se cumplen los requisitos taxativos de la ley para que pueda ser solicitada esta medida y segundo; tienen la obligación de motivar las razones de que los derechos de los demás ciudadanos o participantes del proceso penal merecen una protección especial sobre el derecho del justiciable a ser tratado como inocente. El mismo Jordi Ferrer dice que se trata de una motivación especialmente reforzada.

Es necesario apuntalar el concepto de motivación reforzada en relación al auto de prisión preventiva, los excesos en su uso están íntimamente vinculados con las exigencias que el estado constitucional de derechos impone a los jueces, algunos autores como Iván Pedro Guevara comentan que: “...Los excesos de la prisión preventiva, se explican cabalmente

en el contexto de un Estado Legal de Derecho acompañado por un inquisitismo en materia de proceso penal...” (Vásquez, 2021), el autor citado se refiere a la garantía de la motivación judicial como fruto del estado constitucional de derechos, por ello es que alude a la motivación de la prisión preventiva como un ejercicio con resquicios del sistema penal inquisitivo, pues el juez en su afán de encontrar la verdad ordena medidas draconianas que no consideran el mínimo el estado de inocencia como “regla del proceso penal”, por la naturaleza de esta medida cautelar la Corte IDH ha determinado que el juez se obliga a motivar especialmente su adopción, resulta indispensable la justificación del órgano jurisdiccional cuando decida afectar un derecho fundamental como el de la libertad, la jurisprudencia y doctrina determinan tres estadios de la motivación: 1. la fundamentación legal que tiene que adecuar el presupuesto de hecho a las exigencias normativas de la ley penal adjetiva, es decir, que se verifiquen los presupuestos para que se ordene la prisión preventiva, 2. La fundamentación constitucional que tiene como objetivo interpretar y aplicar las leyes ordinarias en el sentido que más favorezca a la protección de los derechos fundamentales, 3. la fundamentación convencional que por vía del precedente judicial convencional vincula a los estados suscriptores de instrumentos internacionales de derechos humanos a cumplir sus exigencias cuando se limite un derecho reconocido por estos tratados, integrados estos tres escalones de motivación podríamos decir que el juez de garantías que resuelve una solicitud de medida cautelar lo hace bajo el alcance la motivación reforzada o especial.

Algunos datos estadísticos realizados en Ecuador por la Defensoría Pública en conjunto con el Centro de Seguridad Social de Viena (VICESSE) analizaron 379 casos entre el 10 de agosto de 2014 y el 31 de diciembre de 2016, el análisis realizado en este estudio es estrictamente jurídico, se detallan datos sobre la calidad y motivación de las solicitudes de medidas cautelares realizado por fiscalía y la motivación de los jueces al resolverlos con base en criterios de la argumentación jurídica, los resultados son absolutamente elocuentes por su contenido descriptivo y también escalofriantes, los hallazgos demuestran que el 91% de los afectados por esta medida cautelar son hombres, mayormente ecuatorianos, en el 64% de los casos no se conoce la actividad laboral del procesado lo que podría sugerir que la mayoría de los imputados no gozan de estabilidad económica, el siguiente dato es estremecedor el 70.28% de las personas con prisión preventiva son procesados por el delito de robo, es decir que, la mayoría de los crímenes en los cuales se dicta esta medida cautelar es por hechos relacionados a delitos contra el patrimonio cometidos por personas sin estabilidad económica, datos sin duda interesantes, pues, igual de importante que la persecución del delito es encontrar sus causas, será acaso que el estado está fallando en su política criminal y como falsa panacea utiliza medios nocivos para sancionar a las personas, vemos que en el mismo estudio se refleja que en el 92% de estos casos la motivación de la resolución sobre la prisión preventiva carece de motivación e increíblemente en el 100% de los casos los jueces atribuyeron la carga de la prueba a la defensa del procesado, despedazando el principio

de presunción de inocencia, otro elemento relevante del estudio, es que solo en el 5% de estos casos se consideraron otras medidas cautelares como alternativas a la privación de la libertad con fines preventivos (Krauth, 2018), nótese como en el Ecuador no se considera en lo absoluto el principio de proporcionalidad y necesidad de la medida, que es una exigencia legal, constitucional y convencional para los órganos jurisdiccionales tal como se desprende del art.534. 3 del Código Orgánico Integral Penal, del mandato constitucional recogido en el art.77.1 y en varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dijimos que el contenido de la norma sería la fórmula heurística de este trabajo, por ello es que de la lectura e interpretación en sentido holístico y constitucional del COIP como reza en su art. 13.1, vemos que se requieren cuando menos tres elementos para la aplicación de la prisión preventiva: 1. la gravedad de la infracción penal cometida debe justificar la aplicación de una injerencia en la libertad personal tan grave, 2. Los elementos de convicción deben superar los meros indicios de responsabilidad, es decir que, se someten a una valoración primaria de su contundencia, precisión y eficacia probatoria, aquí corresponde hacer una breve reflexión, los elementos investigativos tienen que fundar en el juez que resuelve la solicitud de medida cautelar convicción suficiente sobre la probabilidad de la existencia del delito y también de que su responsable sea la persona procesada, de manera, que el juez se obliga a motivar con base en que elementos de convicción es necesaria la prisión preventiva, y 3. Elementos graves que justifiquen el riesgo procesal de evasión u obstrucción a la justicia que no puedan ser prevenidos con otras medidas cautelares, si uno solo de estos presupuestos no está presente la medida cautelar se torna ilegítima, ilegal e inconstitucional.

La Corte IDH jurisprudencialmente y por tanto con carácter vinculante ha determinado las siguientes exigencias para que la prisión preventiva respete los derechos humanos:

122. La Corte indicó las características de la orden de prisión preventiva a efectos de que guarde armonía con la CADH, que son, cuanto sigue:

- a) Es una medida cautelar y no punitiva: sus fines tienen que ser legítimos y adecuados bajo criterios de razonabilidad de conformidad con los principios procesales que rigen el proceso penal, de ninguna manera, supone un cumplimiento anticipado de la pena ni tiene sus fundamentos en las diferentes teorías preventivas de la pena en el derecho penal.
- b) Para su legitimidad deben tener como fundamento elementos de prueba, bajo, criterios de suficiencia para determinar que la persona sobre quien recae la medida personal participó en el injusto.
- c) Al tratarse de una medida excepcionalísima, su adopción se legitima mientras estén presentes los elementos que la hacen indispensable para resguardar el proceso, de manera que, si los motivos para su imposición desaparecen, ipso

facto, debe desaparecer la medida personal, por ello es por lo que se sujeta a un sistema de legitimidad amparado bajo una revisión periódica.

- d) Tiene que cumplir con los criterios determinados en la ley, en nuestro caso, sería el COIP, pero, adicionalmente a los criterios de legalidad, también debe ser sometida a un análisis de constitucionalidad y convencionalidad a fin de que su adopción no devenga en arbitraria e ilegítima, para el efecto, se tendrá que estar esencialmente a los fines para los cuales se prevé la prisión preventiva y, no a las características del procesado o la conducta penalmente relevante que se encuentra sub júdice, en el mismo sentido, las condiciones de legalidad deben verificarse bajo las garantías del debido proceso, analizando caso a caso y nunca como una práctica generalizada, las restricciones a la libertad que estén bajo esta motivación reforzada será arbitraria y, por consiguiente, violará el artículo 7.3 de la CADH (Rivera, 2016).

Estos elementos que desarrolla la CIDH son presupuestos materiales de la prisión preventiva, importante comentar con más amplitud dos de los elementos de mayor trascendencia para la legitimidad de esta medida cautelar, podríamos decir que la base de la solicitud que realiza fiscalía para imponer una privación de libertad con carácter preventivo es la existencia de elementos de convicción suficientes, advertimos que estos deben superar o generar una fuerza probable de la comisión del hecho y su responsable, esto es que el acopio de indicios que pueda revelar fiscalía ante el juez de garantías tienen que conducir inequívocamente a un escenario en el cual se presuponga al justiciable como autor de un injusto punible, el maestro Sendra (2007), comenta que es necesario que aparezcan “motivos bastantes para creer del delito responsable a quien se le dicta el auto de prisión preventiva”. Otro de los presupuestos de legitimidad de la prisión preventiva reviste especial dificultad y es el de la constatación de riesgo procesal, toda vez que, la constitución, la ley y la jurisprudencia exigen evidencias o indicios de hechos futuros que por obvias razones no pueden ser demostrados, en esa virtud, el juez debe dirigir sus esfuerzos a evaluar si existen indicios razonables de que la efectividad del proceso penal corre riesgo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como Yevgeniy Bogdanov v. Rusia ha establecido que los indicios de fuga están relacionados con el carácter del imputado, su calidad moral, arraigo, patrimonio, vínculos familiares, entre otros., la dificultad entonces surge de que todos estos elementos no pasan de ser especulaciones y presunciones de la culpabilidad o peligrosidad del sujeto que rompen en sentido estricto la presunción de inocencia y el derecho penal de acto, por ello nosotros consideramos, que los órganos jurisdiccionales tienen esta carga especial de argumentar sus decisiones cuando adopten la prisión preventiva, no basta con la alegación o la simple presunción de riesgo procesal, tiene que indicarse con exactitud los hechos que motivan el peligro para el proceso mediante indicios graves, concordantes y persistentes.

Vemos que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH y la ley penal ecuatoriana determinan conceptualmente a la prisión preventiva como una medida excepcional condicionada a requisitos de necesidad y aplicada bajo criterios de proporcionalidad, sin embargo, de los datos estadísticos resulta que la aplicación de la prisión provisional no es tan excepcional como la ley dispone, nosotros creemos que existe distorsión respecto al alcance de la medida cautelar como para que se convierta en la una regla de la práctica judicial, en primero lugar debemos exigir a los jueces que el auto de prisión preventiva tenga exigencias de motivación especialísimas, con la obligación de pronunciarse sobre cada uno de los presupuestos materiales exigidos por la Corte IDH y las leyes ecuatorianas.

Análisis de la prisión preventiva y su uso excesivo desde la casuística

El contenido dogmático y jurisprudencial desarrollado en los acápite anteriores, tiene un objetivo, que no es otro que responder a la pregunta que motiva este trabajo académico, ¿Existe acaso uso abusivo de la prisión preventiva en el Ecuador?, no existe mejor herramienta para saberlo que casos específicos de la justicia penal ecuatoriana que merecen especial análisis. Para el efecto vamos a analizar dos procesos penales sustanciados en el Cantón Cañar de Ecuador bajo la luz de dos resoluciones de absoluta trascendencia en la jurisprudencia ecuatoriana, la primera; la sentencia No.8-20-CN de la Corte Constitucional ecuatoriana, con especial enfoque en el voto concurrente del exmagistrado constitucional Ramiro Ávila Santamaría y la segunda; la resolución vinculante No.14-2021 de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador.

El profesor Alberto Binder con ironía comentó alguna vez que la prisión preventiva es la institución “maldita” del proceso penal, ya que todo el desarrollo teórico que subyace en el garantismo y la constitucionalización del derecho penal se estampa contra la cruda realidad de la practica jurisdiccional en la cual se masifica la privación de libertad preventiva con una malhadada intención de anticipar penas o de servir de panacea de la criminalidad, quisiera añadir como otro obstáculo de choque la realidad penitenciaria de los países subdesarrollados como Ecuador, es sencillo ingresar a diarios o medios de comunicación social digitales o tradicionales y observar masacres en los “centros de rehabilitación social”, luego, la retórica jurídica o el procesalismo solemne no pueden opacar una realidad material de nuestra sociedad, defendemos el argumento de que la prisión preventiva más allá de cualquier floritura abogadesca es efectivamente una ejecución anticipada de las pena.

La corte Constitucional ecuatoriana desde hace algún tiempo atrás realiza notables esfuerzos por democratizar el derecho, o mejor dicho por humanizarlo, especial reflexión demanda la sentencia No.8-20-CN, cuyo juez ponente fue la magistrada Karla Andrade Quevedo, el caso tiene su labor en una consulta de constitucionalidad sobre el art. 536 del COIP, no obstante, lo relevantes está en las razones o argumentos que desarrolla la H. corte sobre esta institución del derecho procesal penal.

En el párrafo 36 de la sentencia mentada, desarrolla la tensión entre la medida cautelar de encarcelamiento preventivo con los derechos fundamentales de las personas procesadas, bajo los criterios, premisas y consideraciones desarrolladas en el cuerpo de este documento, es evidente que el derecho penal es de mínima intervención y ultima ratio, consecuentemente, sus accesorios procesales, como lo es la prisión preventiva siguen esta misma suerte, la Corte Constitucional dice que los fines de esta medida deben ser constitucionalmente válidos, para ello, se analizan disposiciones de nuestra Carta Magna como el art.77, pero además, se desarrollan conceptos ya referidos, como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Cito la parte pertinente de la resolución.

Párrafo 38. “...es idónea como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado...” (Corte Constitucional de Ecuador, 2021).

Otro de los argumentos que nos conducen a reflexionar sobre el uso de la prisión preventiva en el Ecuador, es el desarrollado en el párrafo 44 de la misma sentencia, nótese la exigencia constitucional de que las justificaciones utilizadas para la legitimidad de la adopción de la prisión preventiva tienen que mantenerse en el tiempo para que esta medida cautelar persista, si en la ejecución de la privación de la libertad con fines preventivos cambian o desaparecen las razones que la motivaron, lo que corresponde es la inmediata libertad del procesado, debido a que sin causas de legitimidad esta intromisión en los derechos de libertad de las personas es arbitraria y estaría sujeta a corrección.

Es importante, referirnos al voto concurrente desarrollado por el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría, quien hace una reflexión sobre la utilización del derecho penal en el Ecuador y comenta que la Constitución en vigor es de corte garantista, de tal manera que, siempre e indistintamente se debe buscar la limitación del poder punitivo a través de la aplicación inmediata, directa y progresiva de los derechos y garantías constitucionales, por ello es que la privación de la libertad es la excepción y se circunscribe a criterios de proporcionalidad y necesidad, lo contrario, alimentaría la creciente invitación al populismo penal, que idealiza el derecho penal como instrumento de vendetta pública, lo que a la postre significaría como la historia nos ha enseñado las graves violaciones a los derechos humanos. Gran significado histórico tiene lo reseñado por el juez Ávila en el párrafo 13 de su voto concurrente, mismo que dice:

“No podemos dejar de mencionar el contexto en Ecuador. En este país, privar de la libertad a una persona, por disponer una medida cautelar o una pena privativa de libertad, por el hacinamiento y las masacres de los últimos meses, significa

someterla al riesgo de que signifique una medida o pena que implica la muerte, estar sometido a un ambiente violento y a contar con servicios públicos básicos insuficientes, como la alimentación o la atención a la salud.” (Corte Constitucional de Ecuador, 2021),

este es el contexto en cual los jueces de garantías penales deben resolver las peticiones de la medida cautelar de prisión preventiva, es decir, los requisitos de proporcionalidad y necesidad deben analizarse bajo la oscura luz de la realidad penitenciaria de Ecuador. En los párrafos 21, 22 y 25 de este mismo acto jurisdiccional, se hace mención a particulares de trascendencia para efectos de este trabajo y es la ausencia de proporcionalidad que puede existir en la prisión preventiva dictada en delitos contra el patrimonio o la propiedad, pues a priori no parece justo dictar una orden tan nociva en un robo simple o una estafa, vamos a ver que este consejo no se sigue, además desarrolla el argumento de la inexistencia de igualdad de armas entre fiscalía y el procesado privado de la libertad al momento de enfrentar un juicio justo.

La Corte Nacional de Justicia en el mismo sentido en la resolución vinculante No. 14-2021, analiza los requisitos para la operatividad de la prisión preventiva, bajo las premisas y argumentos de estas resoluciones de los máximos órganos de administración de justicia constitucional y ordinaria, vamos a enfocar nuestro trabajo en dos casos específicos sustanciados ante la jurisdicción penal del Cantón Cañar.

Los procesos que serán analizados están signados con los números 03283-2021-00765 por un delito de robo de conformidad con el art.189 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, y el número 03283-2019-00128 por el delito de Abuso de Confianza de conformidad con el Art. 187 inciso primero ibidem, el primer detalle importante y que sirve de punto de partida es el bien jurídicamente tutelado en los tipos penales de estos procesos, vemos que es la propiedad, al ser delitos susceptibles de métodos alternativos para dirimir la controversia, nosotros creemos que de entrada ya es un indicio, para considerar que la prisión preventiva sería una medida excesiva, estos dos casos, bajo análisis, los sometemos a una evaluación de motivación reforzada tal como exige la doctrina, jurisprudencia y la ley, para determinar no solo la legalidad de la medida cautelar, sino, además a un control de constitucionalidad y legitimidad, lo primero que advertimos es la absoluta precariedad de razonamiento jurídico de los órganos jurisdiccionales, empezamos, por el delito de robo, dice el juez encargado de la Unidad Judicial Penal de Cañar que fiscalía justificó la necesidad de la prisión preventiva, empero, no explica las razones en derecho que le llevan a esta conclusión, es decir, no hay mención de la norma, disposición, hecho, indicio o evidencia que justifique la necesidad, proporcionalidad e idoneidad de esta injerencia en la esfera de libertad del procesado, es más, el proceso termino con un acuerdo inter partes, la única conclusión de ello es que, en este caso se usó excesivamente la prisión preventiva. En el proceso de

Abuso de Confianza, existe un particular que merece un análisis profundo, se ordena la medida cautelar de prisión preventiva, acto seguido, la defensa de la persona procesada requiere la sustitución de la medida en virtud de rendir caución, el análisis de los juzgadores, radica en que la caución no garantiza una eventual reparación integral de la víctima, toda vez que, el monto ofrecido no supera el diez por ciento del daño que fiscalía dice sufrió la víctima, sin embargo, lo extraño resulta de que el juez no analizo ningún documento presentado para concluir que efectivamente el daño ascendía a ese valor, cabe preguntarnos entonces ¿Qué indicios objetivos tuvo el juez para negar la sustitución de la medida?, la respuesta es ninguno, se ofreció una garantía real que superaba los cien mil dólares y aun así se insistió en la efectividad de la prisión preventiva, absurdo, que constituye un ejercicio abusivo de la prisión preventiva, por si bastará más, este proceso termino con la ratificación del estado de inocencia del procesado, quien seguramente se reserva el derecho a ser indemnizado por el estado, por esta injerencia en su esfera de libertad injustificada.

Conclusiones

- La prisión preventiva desde su perspectiva dogmática, constitucional, jurisprudencial y legal es una medida cautelar de orden personal que se encuentra en los límites entre el resguardo de la efectividad procesal y la violación a la presunción de inocencia, por tales motivos, las causales en las cuales se puede aplicar están taxativamente previstas en la ley y obedecen a criterios de proporcionalidad, necesidad, constitucionalidad y legalidad, de tal manera que se constituye como un acto procesal de excepción que de ninguna manera puede aplicarse en todos los delitos que se procesan, caso contrario, tendríamos un Estado que adelanta las penas para la consecución del ejercicio efectivo del ius puniendi.
- La prisión preventiva es una medida cautelar y por tanto debe cumplir los fines específicos para los cuales está prevista, instrumentalizar esta institución del derecho procesal penal para otros fines como los de persecución judicial, solamente desnaturalizan nuestro sistema penal de corte garantista y convierte al derecho procesal penal en una herramienta inquisitiva para perseguir criminales con métodos criminales.
- La prisión preventiva y su aplicación subyace en el respeto del estado de inocencia como derecho fundamental de todos los procesados y de la presunción de inocencia como regla del tratamiento procesal, de ahí que, si no se verifican los requisitos legales a la luz de criterios y exigencias constitucionales estaríamos ante un uso abusivo, ilegal e inconstitucional de esta medida cautelar.
- Del análisis casuístico efectuado someramente en procesos penales desarrollados en el Cantón cañar vemos que efectivamente existe un uso abusivo de la prisión preventiva, habida cuenta de que se utiliza en delitos con poca relevancia nociva

para la sociedad, que desde luego no amerita una medida tan represiva como la prisión preventiva, además la medida no tuvo como fundamento causas previstas taxativamente bajo el principio de legalidad penal, por tal motivo son inconstitucionales y por supuesto se alejan radicalmente de toda la construcción dogmática sobre este tema y la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional y nacional de Ecuador, lo que nos conduce a una única conclusión de que en nuestro país en el siglo XXI y en un sistema penal garantista se utiliza la prisión preventiva como un adelantamiento de la pena.

Referencias Bibliográficas

- Andrade, R. V. (2015). In *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II* (p. 68). Quito: Ediciones Legales.
- Audiencia Provincial de Cádiz- España. (2000). Ap. Cádiz 09 01, 2000/64912.
- Beltrán, J. F. (2021). Presunción de inocencia y prisión preventiva. In J. F. Beltrán, “*La constitucionalización de la prisión preventiva.*” (p. 44). Lima, Perú: Ideas.
- Cabiedes, P. G. (2004). *La prisión provisional*. Navarra: Aranzandi.
- Calus Roxin, B. S. (2019). *Derecho Procesal Penal 29ava Edición*. Didot.
- Castro, C. S. (2020). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Cavero, P. P. (2019). *Derecho Penal, Parte General 3ra Edición*. Lima, Perú: Ideas.
- Claus Roxin, B. S. (2019). *Derecho Procesal Penal. 29ª edición*. In B. S. Claus Roxin. Didot.
- Corte Constitucional de Ecuador. (agosto 18, 2021). Registro Oficial Año III No.222
- Ihering, R. V. (1872). Referencia a La lucha por el Derecho. Viena: Sociedad Jurídica de Viena.
- Krauth, S. (2018). La Prisión Preventiva en el Ecuador. In *Serie Justicia y Defensa Nro. 8* (pp. 103-118). Defensoría Pública del Ecuador. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>.
- Martínez, J. N. (2013). El ingreso provisional en prisión <presunción de culpabilidad> versus <presunción de inocencia>. (8122). Diario La Ley.
- Rivera, P. (21 de octubre del 2016). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Sendra, V. G. (2007). *Derecho Procesal Penal* 2da edición. Madrid, España: Colex.
- Stögmüller. (noviembre 10, 1969). Supremo Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1602/62.
- Stumer, A. (2018). La presunción de inocencia. In *Perspectivas desde el Derecho Probatorio y los derechos humanos* (p. 50). Marcial Pons.
- Unidas, O. d. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Unidas, O. d. (1966). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Vásquez, I. P. (2021). La prisión preventiva: ¿De la excepción a la regla o un nudo gordiano que empieza a romperse? In “*La constitucionalización de la prisión preventiva.*” (p. 168). Lima, Perú: Ideas.
- Vigo, R. L. (2015). In *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de derecho Constitucional* (p. 28). Rubinzal Culzoni.

El artículo que se publica es de exclusiva responsabilidad de los autores y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Alfa Publicaciones**.



El artículo queda en propiedad de la revista y, por tanto, su publicación parcial y/o total en otro medio tiene que ser autorizado por el director de la **Revista Alfa Publicaciones**.



Indexaciones

