



RESUMEN

La prisión preventiva es una institución procesal entorno a la cual se han generado críticas y discusiones permanentes, el profesor Winfried Hassemer señala, "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente".

Sin embargo las críticas ha presentado diversos matices, desde quienes desean ampliarla invocando como justificativo alcanzar una administración de justicia eficiente, que vería en la medida un instrumento efectivo de lucha contra la delincuencia, y por otra parte están quienes la consideran lesiva respecto del derecho fundamental a la libertad personal y al principio de la presunción de inocencia, como lo expresa el autor Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales "no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad, o de mis derechos de autonomía", es decir los derechos fundamentales constituyen aquellas limitaciones normativas que definen el alcance y la orientación del poder público, lo expuesto nos conduce al denominado "Derecho Penal Mínimo" entendido como la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, y la máxima extensión de sus vínculos y límites garantistas

En esta lógica través del presente trabajo se pretende resaltar que la prisión preventiva dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, no debe tener una aplicación indiscriminada, recurriendo a ella cuando no se cuente con otro método eficaz y alternativo.

Palabras claves:

Derechos Fundamentales, Poder público, Garantismo, Principio Pro Omne, Derecho penal mínimo, Legalidad, Proporcionalidad, Excepcionalidad, Inocencia , Provisionalidad



INDICE

LA PRISION PREVENTIVA DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCION

CAPITULO I

TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA

- 1.1 Definición Conceptual y Filosófica de los Derechos Fundamentales.....6
- 1.2 El Garantismo base de una nueva Teoría del Derecho.....11
- 1.3 El Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia.....13
- 1.4 Protección Internacional de Derechos Fundamentales.....19

CAPITULO II

PONDERACION DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL FRENTE A LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA

- 2.1 Derecho a la libertad personal22
- 2.2 La Prisión Preventiva y los Principios que la Regulan.....27
- 2.3 Motivos de justificación de la Prisión Preventiva en la jurisprudencia extranjera.40
- 2.4 Alternativas a la Aplicación de la Prisión Preventiva.....42

CAPITULO III

VISION DE LA REALIDAD DE AMERICA LATINA EN RELACION A LA PRISION PREVENTIVA46

CONCLUSIONES.....50

BIBLIOGRAFIA.....51



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**AULA DE DERECHOS HUMANOS-DEPARTAMENTO
DE ESTUDIOS INTERCULTURALES**

**DIPLOMADO SUPERIOR EN INTERCULTURALIDAD,
DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN**

**LA PRISION PREVENTIVA DESDE EL ENFOQUE DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del
Diplomado Superior en Interculturalidad, Derechos
Humanos y Migración**

AUTOR:

JUAN ANTONIO LLERENA GOMEZ

DOCENTE TUTOR:

DR. MIGUEL ANTONIO ARIAS

**CUENCA-ECUADOR
2010**



Las ideas, criterios, reflexiones y análisis vertidos en el presente trabajo de graduación son de exclusiva responsabilidad del autor.

Juan Antonio Llerena Gómez



INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es una de las instituciones procesales entorno a la cual se han generado críticas y discusiones permanentes y diversas, y es que, como señala el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente". Sin embargo las críticas han presentado diversos matices, desde quienes desean ampliarla invocando como justificativo alcanzar una administración de justicia eficiente, que vería en la medida un instrumento efectivo de lucha en contra de la delincuencia, pero por otra parte están quienes la consideran lesiva respecto del derecho fundamental a la libertad personal y al principio de la presunción de inocencia, considerando inclusive a la prisión preventiva como una pre pena, y esto ha sido corroborado por el uso excesivo que de ella se ha efectuado, al considerarla como la primera opción para asegurar los resultados procesales.

El fenómeno de los presos sin condena o sin sentencia, ha sido desmesurado, a tal punto que se afirma que es la principal causa del hacinamiento de las cárceles ecuatorianas. Por ello, lo preocupante, es precisamente, que las cárceles en el Ecuador se encuentran en su mayoría llenas de personas no declaradas culpables de la comisión de un delito, sino de personas que se presumen culpables.

Es preciso por lo tanto analizar, como en efecto se buscará a través del presente trabajo, si no se estaría generando con el uso excesivo de la prisión preventiva, consecuencias aún mas perjudiciales que aquellos delitos que se pretende sancionar, lo cual podría conducir a una degeneración de tan alta función como lo es la administración de justicia.

Sin embargo es gratificante observar que la nueva visión constitucional ecuatoriana resalta la función garantista que deben cumplir los administradores de justicia, con lo cual se supera la aplicación matemática de la ley, y se les encomienda un verdadero proceso de valoración y ponderación de derechos en cada proceso del cual avoquen conocimiento.



CAPITULO I

TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA

1.1 Definición Conceptual y Filosófica de los Derechos Fundamentales.-

Para llegar a la construcción de una definición de “Derechos Fundamentales”, debemos partir de los siguientes atributos que si bien no pueden ser considerados como únicos, o que llegan a satisfacer completamente la pretensión de construir dicha definición nos acercan sobremedida a la real dimensión de los derechos fundamentales.

Es importante llegar a esta definición, a fin de poder determinar cuales son o cuales deberían ser los derechos calificados como fundamentales, inclusive con independencia de los diversos ordenamientos Jurídicos o procesos de carácter social, histórico o cultural.

Así nos referimos a los derechos fundamentales como aquellos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos, universales, inclusivos, y podría seguirse agregando calificativos, sin llegar a agotar su definición, pues estos calificativos surgen de la propia esencia del ser humano.

Como acertadamente lo expresa el autor Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales “no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad, o de mis derechos de autonomía”.¹

De lo citado, se entendería a los derechos fundamentales como aquellas limitaciones normativas que definen el alcance y la orientación no

¹ Luigi Ferrajoli, Los Fundamentos de los Derechos Fundamentalesp 32



solo del poder público si no inclusive limitan la autonomía de sus titulares, podríamos llegar a expresar que los derechos fundamentales ni siquiera pertenecen al hombre considerado como sujeto individual, sino al ser humano entendido en su connotación universal.

La relación fundamental que se genera en torno a los derechos fundamentales, es aquella relación individuo-Estado, pues su observancia determina la legitimidad de las leyes y en general de las decisiones y actuaciones del poder público, al decir del autor Luigi Ferrajoli “los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos ex lege, oséa, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente Constitucional”.²

Dentro de esta lógica considero que la tesis de Santi Romano que define a los derechos fundamentales como producto de una auto obligación o de una auto limitación del Estado, es decir como una concesión que puede ser revocada o limitada, contradice de manera absoluta la naturaleza de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales tienen además un carácter supranacional, en virtud de la aprobación de convenciones internacionales sobre derechos humanos que vinculan y subordinan al Estado en el plano del derecho Internacional, lo cual confirma su característica de “universales”, por lo que la noción de ciudadanía, no podría considerarse como un elemento determinante o vinculante respecto de los derechos fundamentales, por lo que no es un presupuesto de los derechos fundamentales, aunque como lo manifiesta el autor Luigi Ferrajoli, refiriéndose al fenómeno de la inmigración masiva “ en suma, llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales, se ha negado su universalidad, condicionando todo su catálogo a la ciudadanía con independencia del hecho de que casi todos, exceptuados los derechos políticos y algunos derechos sociales, son

² Luigi Ferrajoli, Los Fundamentos de los Derechos Fundamentalesp 33



atribuidos por el derecho positivo- tanto estatal como internacional- no solo a los ciudadanos sino a todas las personas”.³

Luigi Ferrajoli propone la siguiente definición “son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y / o personas capaces de obrar”.

Dada esta definición, según el autor anteriormente citado podría obtenerse cuatro clases de estos derechos, las dos primeras clases de derechos pertenecientes a todas las personas independientemente de la ciudadanía, a los cuales los denomina derechos de la persona o derechos de la personalidad, y a las otras dos clases de derechos, derechos del ciudadano o de ciudadanía, denominando además al conjunto de la primera y tercera clase de derechos , derechos primarios o sustanciales, y al conjunto de la segunda y cuarta clases de derechos, como derechos secundarios o formales, por lo que la clasificación propuesta es la siguiente:

- a) Los Derechos humanos, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar
- b) Los Derechos civiles, que pertenecen a las personas en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía
- c) Los Derechos públicos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos independientemente de su capacidad de obrar
- d) Los Derechos políticos, que corresponden solo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar

Esta clasificación nos permite llegar a las siguientes composiciones lógicas, los derechos primarios de la persona, que son los derechos humanos, los derechos primarios del ciudadano, que son los derechos públicos, los

³ Luigi Ferrajoli, Los Fundamentos de los Derechos Fundamentalesp 41



derechos secundarios de la persona, que son los derechos civiles, los derechos secundarios del ciudadano, que son los derechos políticos.

Partiendo de la posesión o no de la capacidad jurídica de obrar de sus titulares, el autor propone la segunda tipología: la objetiva, la cual se refiere a los tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales, distinguiendo así los derechos primarios, pertenecientes a todos con independencia de la capacidad de obrar, en derechos de libertad y derechos sociales, los primeros consistirían en derechos negativos o de inmunidad, es decir en la expectativa de omisión de interferencias de los demás, distinguible a su vez en simples “libertades de”, como el derecho a la vida y la libertad personal, y “libertades para”, como la libertad de prensa, de asociación y de reunión. Por otra parte estarían los derechos positivos que consisten en expectativas de prestaciones por parte de otros, como el derecho a la salud, educación, seguridad social, etc. En función del tipo de poderes en que consisten, el autor identifica, los derechos de autonomía con los derechos secundarios, pertenecientes a todos en tanto capaces de obrar y divisibles, a su vez en derechos civiles y derechos políticos, los primeros consistentes en derechos de autonomía privada ejercidos fundamentalmente a través de actos negociales de disposición sobre derechos patrimoniales, los otros consisten en derechos de autonomía política, ejercitados a través de actos públicos, como es el caso del voto.

Es necesario realizar un análisis de los valores intrínsecos a los derechos fundamentales, para lo cual me permitiré emplear ciertos criterios desarrollados por el autor Luigi Ferrajoli, de este modo el primer criterio, es el nexo entre derechos fundamentales y la igualdad jurídica, “somos iguales según la ley en la medida en que somos titulares de las mismas situaciones que esta dispone de forma universal: sean libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones”⁴, inclusive el derecho moderno a planteado “la igualdad en los derechos a demás de, y antes que, la igualdad en los deberes”, este primer valor asociado a los

⁴ Luigi Ferrajoli, Los Fundamentos de los Derechos Fundamentalesp 329



derechos fundamentales está íntimamente ligado con una de sus características primarias “su universalidad”.

El segundo criterio, es el nexo entre derechos fundamentales y democracia Constitucional, pues los derechos fundamentales vienen a constituirse en límites normativos y que condicionan la validez y el contenido de todo el ordenamiento jurídico.

El tercer criterio es el nexo entre los derechos fundamentales con el objetivo de la paz, pues existe una con relación directa entre el grado de paz social y el grado de garantía de los derechos fundamentales.

El cuarto criterio es el nexo entre los derechos fundamentales y la tutela del más débil, es decir asegurar la inviolabilidad de las “expectativas vitales”, de aquellos sujetos que dadas ciertas relaciones de fuerza y de poder determinadas ya sea por condiciones políticas o económicas, puedan enfrentarse a situaciones de desventaja, dentro ya sea del ámbito privado o frente al poder público, podría decirse que es precisamente este nexo el que históricamente a determinado el proceso de formación y desarrollo de los derechos fundamentales.

Creo pertinente, a partir del análisis de los criterios propuestos por el autor Luigi Ferrajoli, en su obra “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, sugerir la siguiente definición, armonizando los criterios puramente teórico -Filosóficos, con los axiológicos y jurídicos. Dentro de esta lógica , propongo la siguiente definición: “Los derechos fundamentales son aquellos límites normativos , generados en la necesidad de satisfacer las exigencias vitales del ser humano, visibilizadas a través de procesos histórico de carácter social , cultural y políticos; cuya praxis dentro de cada ordenamiento jurídico no puede ser considerada como condicionante de su existencia , más bien son los derechos fundamentales el precedente para la producción legislativa y constitucional, pues es la dignidad atribuible al ser humano y su propia existencia, por sí misma la justificación para definir a



ciertos derechos como fundamentales, por lo que no responden a una benévola concesión por parte del Estado.

1.2 El Garantismo base de una nueva Teoría del Derecho.

Para iniciar el análisis del Garantismo concebido como una nueva teoría del Derecho, partiremos de la siguiente afirmación: “El Derecho debe ser concebido como una garantía de limitación al Poder.

Como lo afirma el Autor Luigi Ferrajoli “La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución”⁵, lo cual afirma el criterio de que los derechos fundamentales en cuanto límites normativos, validan tanto el contenido de la ley, así como las actuaciones de quienes están llamados a aplicarla, lo cual aleja al juez de aquella aplicación meramente técnica de la ley, sino que lo acerca a una permanente valoración de contenidos, orientada a alcanzar su misión fundamental que no es otra que impartir justicia, lo cual se concreta únicamente cuando los derechos fundamentales están garantizados a todos y cada uno de manera incondicional e imparcial, lo cual no excluye dada la universalidad de los derechos fundamentales, a quienes cuya conducta se encuentre enmarcada dentro de determinada tipología de delito.

Surge así la necesidad de diferenciar entre “Estado de Derecho” y “Estado Constitucional de Derechos” , el primero identificado con la “mera legalidad”, es decir la aplicación de la ley por la ley, mientras que el Estado Constitucional de Derechos se identifica con la “estricta legalidad”, es decir pasar del texto de la ley, al análisis de legalidad de sus contenidos, los cuales deben guardar absoluta coherencia con los derechos fundamentales, lo cual contradice directamente la teoría Kelseniana de “La validez únicamente en virtud de la legitimación formal” , frente a esta nueva

⁵ Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías .La Ley del más del Débilp 26



propuesta de la “legitimación sustancial”, pues no solo se debe observar para que una norma sea válida , exclusivamente que se haya cumplido con los presupuestos para su producción, sino que es necesario que sus contenidos estén subordinados a los principios y derechos fundamentales previstos en la constitución.

Este redimensionamiento, podríamos decir tuvo ya su primera manifestación en la Declaración de Derechos de 1789, cuando en su artículo 16 establecía: “ Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

Es por ello que varios doctrinarios, consideran que el Estado de Derecho Garantista ha invertido los papeles, “El Derecho ya no es más un instrumento de la política, al contrario la política deberá ser el instrumento del Derecho, sometida en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales”.

Al referirnos concretamente al Derecho Penal, su finalidad debe estar orientada a disminuir la violencia social, en lugar de generar una cadena interminable de actos violentos, que en lugar de restituir el orden vulnerado, tergiversa la actuación de la justicia, dando lugar a lo que Luigi Ferrajoli ha denominado “la razón construida del delito” y “la razón construida de la venganza”, por lo tanto el fin del Derecho Penal debe ser la Protección del más débil contra el más fuerte, y es aquí donde los derechos fundamentales se constituyen en parámetros o límites , que no pueden ser vulnerados ni con el delito ni con la punición, pues su carácter universal no permite distinguir entre los seres humanos que son sus titulares, por lo que no podríamos hablar de derechos fundamentales únicamente atribuibles a la víctima del delito, o de derechos fundamentales atribuibles únicamente al infractor, más bien coexisten y son de aplicación conjunta y simultánea, es importante para reafirmar esta teoría citar lo manifestado por el autor Luigi Ferrajoli: “ Un Sistema Penal- puede decirse- está justificado únicamente si la suma de las violencias-delitos, venganzas, puniciones arbitrarias-que el



puede prevenir, es superior al de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas”⁶

Lo expuesto nos conduce al denominado “Derecho Penal Mínimo” entendido como la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, y la máxima extensión de sus vínculos y límites garantistas, es decir hablamos de una doble finalidad del Derecho Penal, por una parte la máxima ventaja de quienes no han vulnerado el orden social a través de su defensa contra los delitos, y por otra parte el mínimo daño de los infractores por medio de su defensa frente a daños más graves. El costo social de las penas muchas veces supera el costo de las violencias, que aquellas tienen la finalidad de prevenir, pues el orden social, la seguridad jurídica, la libertad de los ciudadanos no solo puede verse amenazada por los delitos, sino también por las penas excesivas, por las intervenciones arbitrarias, el abuso de poder de los actores sociales que tienen a su cargo la administración de justicia, que como lo expresa el autor Luigi Ferrajoli “justicia penal la que quizá en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos”⁷.

1.3 El Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Para valorar el redimensionamiento de los fundamentos de base del Constitucionalismo Ecuatoriano es necesario partir de un ejercicio comparativo de la definición del Estado Ecuatoriano en las diferentes Constituciones promulgadas.

Constitución de 1945.- Título Primero.- Del Estado, Soberanía y Forma de Gobierno.- Art.1º.- La Nación ecuatoriana está constituida en Estado independiente, soberano, democrático y unitario, bajo un régimen de libertad, justicia, igualdad y trabajo, con el fin de promover el bienestar individual y colectivo y de propender a la solidaridad humana.

⁶ Luigi Ferrajoli, “El Derecho Penal Mínimo”p 14

⁷ Luigi Ferrajoli, “El Derecho Penal Mínimo”.....p 20



Constitución de 1946.- Título I.- Nación, Soberanía y Gobierno.- Art.1º
La Nación Ecuatoriana se compone de los ecuatorianos asociados bajo el imperio de unas mismas leyes y costumbres.

Art. 2º La República del Ecuador, forma de Estado en que se constituye la Nación Ecuatoriana, es unitaria, soberana, independiente y democrática; y su gobierno es popular, representativo, electivo, responsable y alternativo.

Constitución de 1967.-TITULO I.-CONCEPTOS FUNDAMENTALES.-
Art.1º.- La Nación Ecuatoriana para cumplir su destino histórico, constituye un Estado soberano, democrático y unitario. Su gobierno es republicano, presidencial, y por tanto electivo, representativo, responsable y alternativo.

Constitución de 1978-79.- TITULO PRELIMINAR.- Art1º.- El Ecuador es un Estado soberano, independiente, democrático y unitario. Su gobierno es republicano, electivo, responsable y alternativo.

Constitución de 1998.-TITULO I.- DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.-

Art. 1º.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada

Las constituciones de 1945, 1946 y 1967, tienen como base en sus definiciones, el principio de Nación única. La del 45, toma el concepto de Estado por sus fines: bienestar individual y colectivo y solidaridad humana, la de 1978-79, se separa de esta concepción y distingue las formas de Estado de las de Gobierno, en cambio, la de 1998, se ajusta más a una definición jurídica de Estado social de Derecho reconoce más explícitamente que la del 45, la conformación étnica y cultural incluyendo los principios pluricultural y multiétnico; precisa y amplía los derechos económico-sociales ampliando



sus beneficios a los grupos vulnerables; además, en la forma de gobierno introduce la administración descentralizada. Con relación a los principios de gobierno, todas se pronuncian por los conceptos clásicos de República, con la variación de la enumeración de varios de sus elementos, entre los que nombran Estado o Gobierno democrático y Estado unitario.

El Ecuador atraviesa un proceso de transformación institucional, parte de ello es este redimensionamiento constitucional, tanto en la parte dogmática, que hace referencia a los derechos, así como en la parte orgánica que define las estructuras

El Art. 1 de la Constitución del 2008 establece: “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”

Para comprender la definición del Ecuador como “estado constitucional”, basta con invocar el Art. 424 de la propia constitución que establece: “La Constitución es la norma suprema y prevalecerá sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Por lo tanto al hablar de un estado Constitucional, nos referimos a aquel en el cual es la Constitución como norma suprema, aquella que define la validez de contenidos de las leyes jerárquicamente inferiores, y las actuaciones del poder público, con lo cual se pretende quitar espacio a la arbitrariedad, pues todas las personas, autoridades e instituciones, es decir



todo el andamiaje social sin exclusión alguna subordinan sus actos a los preceptos constitucionales, siendo inclusive fuente de legitimación del sistema político, por lo que la aplicación de la constitución es un deber jurídico obligatorio que implica que todos los poderes están obligados a desarrollar adecuadamente los preceptos constitucionales, dentro de su marco de acción.

Este redimensionamiento del constitucionalismo es la expresión de límites a los poderes públicos y privados. Esto implica la posibilidad, de que por los derechos reconocidos en la Constitución, a través de lo que se ha llamado “justicia constitucional”, puedan ponerle límites al despotismo del poder; a diferencia del Estado de Derecho, en el cual el único límite para la arbitrariedad y despotismo del poder, era la Ley.

Se manifiesta por parte de la doctrina que El Estado Constitucional de Derechos, es producto de una simbiosis, entre el Estado Social de Derecho Alemán (Constitución de Weimar 1919); la Constitución de Austria, con la incorporación de los tribunales constitucionales; el *Bill of Rights* estadounidense (1776 Virginia) y el Welfare State o Estado de Bienestar (1939). Los dos primeros de fuente europea, con la incorporación de derechos sociales y la creación de un órgano “guardián de la Constitución, y el tercero que desde su creación aplica de forma diferente la exigibilidad de derechos constitucionales por la sociedad a través de los jueces, quienes además pueden declarar la inconstitucionalidad de las Leyes. El Estado constitucional surge producto de varios cambios sociales; así como producto del reconocimiento de las desigualdades sociales y la necesidad de garantizar los derechos de las personas.

Dworkin afirma “que no hay una estructura constitucional compatible con la democracia, sin una protección del amplio espectro de los Derechos Humanos que se asocian con el constitucionalismo, que van más allá de lo que realmente es necesario para una democracia”.



La nueva Constitución Ecuatoriana , presenta una ampliación cuantitativa de derechos, incorporando o dirigiendo la mirada a nuevos actores producto de la problemática social generada por las crisis económicas que ha presenciado el país en las últimas dos décadas, desarrollando importantes mecanismos de exigibilidad y de garantías que no estaban suficientemente precisados en la Constitución de 1998, uno de los artículos constitucionales que denotan la nueva orientación del constitucionalismo ecuatoriano es el Art. 84 que establece: “ La Asamblea nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

De acuerdo con la nueva visión constitucional los actores sociales tienen mas posibilidades de reclamar derechos y exigir su cumplimiento, pero es el Estado el obligado a otorgarlos; no podríamos hablar de gestión compartida con el Estado; ahora la Sociedad traduce su intervención en vigilar y exigir su cumplimiento, pero el accionar directo orientado a precautarlos corresponde de manera directa al Estado.

Estamos frente a una repriorización de los derechos y en el principio de la igualdad de jerarquía de todos estos, como reza el numeral 6 del Art. 11 de la Constitución: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Según lo afirma el constitucionalista Francisco Palacios Romeo, “el nuevo texto constitucional de Ecuador tiene el mas elevado número de



derechos y, más concretamente, de derechos sociales de todo el constitucionalismo comparado”⁸.

Lo expresado es el núcleo central de la transformación constitucional ecuatoriana ; “el cambio de concepto de “Estado de derecho”, al de “Estado constitucional de derechos”; se fortalece la figura del Estado como responsable de la realización de derechos; como lo manifiesta el constitucionalista Julio Echeverría: “se modifica el sentido que la Constitución tiene frente al proceso político; ésta abandona su función de estructura de protección de la sociedad frente al poder político, y pasa a convertirse en instrumento del poder político para la realización de los derechos”.

El ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución Ecuatoriana se rige por principios fundamentales entre los cuales me permito resaltar los siguientes, por considerar que son aquellos que revelan de manera concreta la nueva visión del constitucionalismo ecuatoriano:

1. La aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
2. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
3. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías Constitucionales.
4. La aplicación de la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.
5. La responsabilidad del Estado y de toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública de reparar las violaciones a los derechos de los particulares generadas en virtud de sus acciones u omisiones.

⁸ Palacios: 2008:p 42).



Es entonces el principio Pro omine, que deja a un lado la interpretación restrictiva, garantizando más bien una interpretación amplia y comprometida de los derechos fundamentales. De igual forma la interacción de los derechos lleva a que todos quienes ejercen la potestad pública, visualicen a los derechos no de manera parcial sino interdependiente, e integral. Considero fundamental resaltar la irreversibilidad de los derechos, lo cual obliga al Estado a desarrollar progresivamente el contenido de los mismos.

1.4 Protección Internacional de Derechos Fundamentales

La globalización ha generado un proceso de interacción permanente y progresiva entre el contexto interno e internacional, que se materializa en la figura de los “Derechos Humanos”.

Con anterioridad se consideraban categorías independientes el derecho internacional de los Derechos Humanos, derecho internacional de los refugiados, derecho internacional humanitario; lo cual se ha incluido en una sola categoría “Derechos Humanos” con la finalidad de llegar a la protección de la persona humana en su concepción universal. Este nuevo paradigma tiene dos pilares fundamentales: el desarrollo del constitucionalismo y el fortalecimiento de los Derechos Humanos, en contraposición de esquemas anteriores que diferenciaban dos órdenes normativos: el derecho interno y el derecho internacional, cuando los dos miran hacia el mismo norte “El Ser Humano”

Se considera que el desarrollo del sistema de protección internacional de los Derechos Humanos, tiene su detonante en los crímenes ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial que obliga a los Estados al reconocimiento de los Derechos Humanos.. Surge así, en 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, meses más tarde con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, luego en 1950 la Convención Europea de Derechos Humanos, que entraría en vigencia en



1953, lo cual se consolida en el seno de las Naciones Unidas de 1966 con la aprobación de la Asamblea General del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y con el Protocolo Facultativo que entró en vigencia en 1976.

En América, este sistema se hace presente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, de 1969, que entra en vigencia en 1978, con la ratificación de los Estados.

La legislación ecuatoriana ha dado a los tratados internacionales, en materia de Derechos Humanos, un rango supraconstitucional, el Art. 3 dice: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”

El Art. 10 declara: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.”

El Art. 424 de la Constitución ecuatoriana establece el principio de la supremacía constitucional, cuando dice que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.” el inciso segundo establece la supranacionalidad de los convenios y tratados internacionales, en materia de Derechos Humanos cuando dice: “La Constitución y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos **más favorables** a los contenidos en la Constitución, **prevalecerán** sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

La Constitución ecuatoriana, va más allá de incorporar al ordenamiento interno a los convenios y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, además se ha encargado de dotar de una serie de



instrumentos para interpretar los tratados y convenios internacionales. Así el Art. 417 de la Constitución impone el principio *pro omine* (más favorable al ser humano), principio de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta.

El Art. 428 de la Constitución, **obliga** a todos los jueces a rechazar una norma que a su juicio sea contraria a la Constitución o a los convenios y tratados internacionales y a aplicar una norma más favorable al ser humano de los derechos reconocidos en la propia Constitución

La Constitución ecuatoriana, da a los Derechos Humanos de origen internacional, el mismo rango que los derechos establecidos en la Constitución, con la excepción de aplicar aquellos que son más amplios y más favorables que los derechos consagrados en la Constitución, esto significa que debe interpretarse el texto constitucional considerando que el contenido de sus mandatos se extienden a los principios fundamentales de Derechos Humanos de fuente internacional. Inclusive la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 39, dice: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos.”



CAPITULO II

PONDERACION DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL FRENTE A LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA

2.1 Derecho a la libertad personal.-

“La libertad personal se refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal”⁹.

Si bien se ha manifestado que los derechos desde el nuevo enfoque constitucional deben observarse en forma interdependiente, cohesionada, atribuyéndoles la característica de poseer igual valor y jerarquía, creo que en el caso concreto del derecho a la libertad personal, bien podría considerársele dentro de esa amplitud de derechos reconocidos, como aquel dotado de un valor quizá superior, pues en torno a la posibilidad del ser humano de gozar de su libertad personal, gira de igual forma esa posibilidad de hacer efectivos en su plenitud otros derechos, de ahí la importancia del reconocimiento dentro de la Constitución de que “todas las personas nacen libres”, lo cual nos permite señalar que la libertad personal y la dignidad humana son dos condiciones que existen a la par y dependen muy íntimamente la una de la otra.

“...Es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de su autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional”.¹⁰

El derecho a la libertad personal está íntimamente ligado a la seguridad personal, que se traduce en el derecho a no ser perturbado en

⁹ Pace, Alessandro. *Problemática delle libertà costituzionali*. Volumen I. Ed. CEDAM, Padua, Italia, páginas 50-51

¹⁰ Revista de Derecho, Vol. XIII, diciembre 2002, pp. 161-186



su libertad, a través de detenciones, arrestos y otras medidas que, adoptadas ilegal o arbitrariamente, amenacen o limiten a la persona para establecer y disponer libremente respecto de su vida individual o social, según su libre albedrío, este derecho es contrario a los límites a la autonomía de la persona.

El profesor Evans de la Cuadra definía la libertad personal como: “libertad ambulatoria, vale decir, como el derecho de toda persona a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, de trasladarse de un punto a otro y de entrar y salir del territorio nacional guardando las normas legales y protegidos por ellas, cuidando de no vulnerar los derechos de las demás personas.”¹¹

Por lo tanto las causales de privación de libertad son solo aquellas admitidas en el texto constitucional en profunda armonía con el derecho internacional de los derechos humanos, fuera de ello es inadmisibles la limitación a ese derecho .

La privación de libertad de una persona debe girar siempre entorno al principio de proporcionalidad y debe obedecer a un fin legítimo, que no podría ser otro que la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos.

Desde la perspectiva constitucional y legal se contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, por lo que existe un vínculo directo e imprescindible con el principio de legalidad, en virtud del cual es el constituyente, mediante la ley, el llamado a definir los presupuestos dentro de los cuales la privación de la libertad es jurídicamente viable, es por ello que, en nuestro ordenamiento jurídico existen controles judiciales materiales a las actuaciones de la autoridad y que se regula en el Habeas Corpus y la Acción

¹¹ Evans de la Cuadra, Enrique. *Derechos Constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1986. Tomo II, pág. 49.



de Protección cuando se vulnera o amenaza el derecho fundamental de la libertad personal.

Al analizar el Derecho a la libertad personal, se aplica de manera absoluta lo previsto en la Declaración universal de los derechos humanos en su preámbulo: “ la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”

El artículo 25 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el Juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada , o de lo contrario, a ser puesto en libertad.

En el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9 numeral 1, establece: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo en las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”.

El Art. 9 numeral 3 ibidem, dice: “ Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal, será llevada sin demora ante un juez o funcionario, autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado a el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales; y en su caso, para la ejecución del fallo.”



La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica –Noviembre 1969) en su preámbulo establece: “ Que los derechos esenciales del Hombre, no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento, los atributos de la persona humana , razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los estados Americanos” .

En su Art. 7 se reconoce el derecho a la libertad personal, en cuyos numerales se establece: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Nuestra Constitución guarda absoluta coherencia con esta normativa internacional, pues en el numeral 2 del Art. 77, establece: “Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos”.

El numeral 1 del Art. 77 de la Constitución Ecuatoriana , acorde al Pacto de San José, establece: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley...”

En el numeral 5 del Art. 7 de la Convención Interamericana se dispone que: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer



funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.Este postulado guarda relación directa con la el principio constitucional contenido en el numeral 3 del Art. 77 de la Constitución ecuatoriana que dice: “Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio”.

Es importante recordar que en Francia, ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la libertad se consagró como Derecho Fundamental y únicamente era susceptible de ser limitada en función del debido proceso; en esa lógica el numeral 2 del Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos determina: “durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”

Justiniano con mucha precisión dijo : “la libertad es la facultad de hacer cada uno lo que le plazca, salvo impedírselo la fuerza o el derecho.

Los romanos por su parte decían: "***Libertas est potestas faciendi id quod Jure licet***", frase que traducida al español se entiende como "***La libertad es la facultad de hacer lo que el derecho permite***".

Podemos manifestar que la limitación a este derecho humano no puede concebirse sino en situaciones y bajo circunstancia y condiciones



absolutamente justificadas, lo cual es como se ha manifestado la única forma de proceder por parte de las sociedades civilizadas.

2.2 La Prisión Preventiva y los Principios que la Regulan.-

La prisión preventiva dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, no puede concebirse como un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, de aplicación inmediata, es decir que se recurra a ella siempre que una persona a rebasado los límites que señala la ley, pues la Constitución defiende a ultranza la exigencia las autoridades públicas de garantizar la efectividad de los derechos y libertades de las personas, la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y fundamentalmente promover el respeto de la dignidad humana, por lo que “la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario”.

La libertad individual garantizada constitucionalmente, se ve limitada con la prisión preventiva, y entra en conflicto con el principio de presunción de inocencia, pues no está orientada a sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues la responsabilidad del mismo sólo surge con la sentencia condenatoria, sino más bien busca garantizar la comparecencia del imputado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, y es ahí en donde ese derecho fundamental a la libertad personal pierde su carácter absoluto.

La institución de la prisión preventiva tiene principios básicos, los cuales es fundamental analizar:

- 1. JURISDICCIONALIDAD.-** pues procederá únicamente por orden escrita de jueza o juez competente, lo cual impide la arbitrariedad, el abuso de poder, la liberalidad en la aplicación de la medida.



2. PRINCIPIO DE INOCENCIA.- La Comisión Interamericana de Derechos humanos, dice que: “La presunción de inocencia salvaguarda los derechos de las víctimas del delito, y los de la sociedad en general, al castigar con elementos de prueba irrefutables y conforme a derecho a quien verdaderamente corresponda. Se alude al concepto garantista de la presunción de inocencia, su tratamiento por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”¹²

El jurista Ulpiano expresó en su Corpus Juris Civile: “Que nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”.

Uno de los postulados fundamentales de nuestro sistema penal, es que nadie puede ser considerado culpable, mientras una sentencia firme no lo declare tal, sin embargo la doctrina procesal moderna ha desarrollado el concepto del estado de inocencia en forma amplia, no lo concibe simplemente como una presunción, sino como un principio informador del procedimiento penal a partir de dos presupuestos fundamentales. “El primero es el de la carga y valoración de la prueba, elementos necesarios para formar la voluntad del juzgador y el segundo es el de la sentencia fundada o motivada, que le exige contar con razonamientos o consideraciones tanto en lo que se refiere al establecimiento de los hechos por los medios de prueba existentes en el proceso como en la invocación de la aplicación al caso de las normas decisoria litis. Así el establecimiento de los hechos, en esencia la existencia del hecho punible, la participación como autor, cómplice o encubridor, las circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes y el grado de consumación constituyen los elementos que permitirán dictar en el proceso las resoluciones en su sustanciación y la sentencia definitiva”.¹³ Es decir a mi criterio no basta la sentencia condenatoria para que una persona pierda su derecho subjetivo a ser considerado inocente, sino que preciso además que de las pruebas que motivaron

¹² Armando Alfonzo Jiménez, Presunción de Inocencia: El régimen constitucional Mexicano frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 20.03.09, en <http://vlex.com/vid/presunción-inocencia-constitucional-mexicano-452376>.

¹³ Juan Colombo Campell, Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia,.... p.349.



al juez a adoptar esa decisión se observe de manera irrefutable su culpabilidad.

El profesor Winfried Hassemer señala: “es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente”.¹⁴

Por otra parte, pudiendo asimilarse la sanción penal a un castigo, la imposición de esta a un inocente sería un despropósito que contraría totalmente la vocación de seguridad jurídica que persigue el Estado Constitucional de Justicia y Derechos y la racionalidad que debe primar en todo acto a través del cual se materialice el poder.

Por lo expuesto recurrir a la aplicación de la prisión preventiva, como un mecanismo para luchar contra la criminalidad, pueden encerrar un grave riesgo que sería lesionar a una persona sin fundamento jurídico, por lo que el objetivo fundamental no debe ser la aplicación per se de la ley penal sino que de dicha aplicación se refleje una vigencia plena de los derechos fundamentales.

El Autor Luigi Ferrajoli expresa: “El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también, es decir sobre todo por necesidades procesales: para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas”.¹⁵

¹⁴ Hassemer, Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", Ad-Hoc, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, Primera edición, 1995, pág. 105

¹⁵ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, España, Edic. Trotta, 7ª. Ed., p.553



El Artículo 4 del Código Penal Ecuatoriano establece: “Todo procesado es inocente hasta que en sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”. De igual forma el Artículo 76 de la Constitución del Ecuador establece en su numeral 2: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

El Art. 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, establece, que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”

Este principio de presunción de inocencia reconocido por nuestro ordenamiento jurídico permite evitar los juicios condenatorios anticipados, o bien podríamos hablar de una pre pena, por lo que la aplicación de la prisión preventiva debe ser manejada en forma restrictiva, es decir recurrir a ella cuando sea absolutamente indispensable a fin de no atentar o destruir el derecho de inocencia, que bien podría ser conculcado con una aplicación deliberada de la medida.

3. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD.- Se ha afirmado que “el principio intenta evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia”¹⁶

El principio de excepcionalidad de la detención procesal está expresamente establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9 numeral 3, que dispone: “ la prisión preventiva no debe ser la regla general”.

¹⁶ Daniel O’Donnel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, Ed, Comisión Andina de Juristas, , 2a. Edic., 1982, p.147.



Es necesario señalar entonces que la prisión preventiva debe ser considerada como una alternativa a la cual recurrirían quienes administran justicia cuando esa necesidad sea ineludible, por así exigirlo las circunstancias del caso en particular, y dentro de las condiciones, motivos y procedimientos determinados por la ley.

Dentro de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), la regla 6 establece: “La prisión preventiva como último recurso

6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.

Este principio de excepcionalidad atañe no solo a los jueces al momento de la interpretación y aplicación práctica de las disposiciones legales en las que se refiera la privación de la libertad, sino también al los legisladores al momento tipificar los delitos y las penas.

La excepcionalidad de la prisión preventiva, está contenida en el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que textualmente dice: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y en su caso, para la ejecución del fallo”

Diría entonces que la regla es la libertad, sin embargo se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que ese derecho sea restringido antes de que exista una sentencia penal



condenatoria, a través de la prisión preventiva, cuya aplicación debe darse dentro de límites absolutamente indispensables para el esclarecimiento de los hechos y la aplicación de la justicia, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley.

El Art. 77 de la Constitución Ecuatoriana establece en sus numerales 1, 9 y 11 presupuestos fundamentales sobre la aflicción de la prisión preventiva:

“En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria

para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento

de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos,

por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin

fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá

ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión

preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados

con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión.

Si se
exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.



11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

De las disposiciones constitucionales invocadas se concluye que la prisión preventiva solo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal, es decir cuando no se cuente con otro método eficaz para lograr ese cometido, debiendo mediar la razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias que concurren en el caso en particular. Sin embargo los argumentos en contra de la aplicación de la prisión preventiva no pueden dejar de considerarse pues creo, que muchos de estos se encuentran cargados de una gran dosis de razón, me permito citar a Alberto Binder quien sostiene: “que toda prisión preventiva, es una resignación de los principios del Estado de Derecho. No hay una prisión preventiva ‘buena’: siempre se trata de una resignación que se hace por razones prácticas y debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso...si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal, como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho, se debe tomar en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular de la prisión preventiva, solo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales – es decir si hay una mínima sospecha racionalmente fundada-, si se demuestra su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente



de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena”.¹⁷

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.- Se sostiene que el principio de proporcionalidad ha estaría constituido por tres subprincipios: 1) necesidad, 2) idoneidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto.

Al hablar de necesidad se hace referencia expresa a que la prisión preventiva sea la “última ratio”, lo cual se identifica y complementa con el principio de excepcionalidad o bien podríamos hablar de subsidiariedad, al buscar alternativas a fin de no llegar a una limitación del derecho fundamental a la libertad.

La idoneidad se refiere a la consideración de que la prisión preventiva sea efectivamente el medio pertinente para contrarrestar dentro de forma razonable el peligro que con su aplicación se trata de evitar, por su parte la proporcionalidad estaría vinculada de modo directo con la función garantista frente al ejercicio del poder público, lo cual guarda relación profunda con el respeto a la dignidad humana, y la necesidad de que medie en la aplicación de la justicia la razonabilidad que nos lleva a considerar si la limitación de un derecho fundamental como el de la libertad personal en el caso del imputado pudiera resultar más grave que la misma pena que podría imponérsele, es decir no llegar al límite riesgoso de que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena.

“Al principio de proporcionalidad en sentido estricto también ha sido llamado "principio de prohibición de exceso" y obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, de forma tal que la pérdida de la libertad

¹⁷ Alberto, Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, ad-Hoc, Buenos aires, Segunda Edición, mayo 2002, .pp.203-205.



como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión”.¹⁸

El límite temporal se fundamenta en el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir un equilibrio y coherencia entre la pena en expectativa y el lapso de privación de libertad que cumple el imputado, considerando la premisa fundamental que durante toda la tramitación del proceso penal, el procesado está asistido del derecho subjetivo de la presunción de inocencia, por lo que mal podría la prisión preventiva ser utilizada o manipulada como una pena anticipada.

La resolución 17 aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su párrafo 2, literal d, establece: “No se ordenará la prisión preventiva si la consiguiente privación de libertad sería desproporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista”.¹⁹

La aplicación de este principio obligaría a los jueces a valorar dentro de las circunstancias concretas del caso, la medida cautelar frente a la pena eventualmente aplicable, podría hablarse de un proceso de ponderación entre el derecho del imputado que se vería limitado frente al bien jurídico que se pretende salvaguardar con la aplicación de la medida.

Se debe considerar por parte de los jueces por una parte las circunstancias específicas de cada caso, prever cuál podría ser la pena que podría aplicársele al imputado en caso de una sentencia condenatoria, el grado de peligrosidad del infractor, y tener muy presente el factor de la temporalidad de la medida.

¹⁸ Cecilia Sánchez Romero, “La prisión preventiva en un Estado de Derecho”, Universidad de Costa Rica Revista 14.....p 4

¹⁹ VIII Congreso de Naciones Unidas sobre protección de delito y tratamiento del delincuente, No.1 marzo 1991, en <http://vlex.com/vid/viii-naciones-unidas-prevencion-delincuente-45040521>.



El juez debería prestar una atención directa al comportamiento del infractor durante el proceso, pues esa valoración podría resultar determinante para recurrir a la aplicación de la prisión preventiva.

Siempre considerándola dentro de la especificidad de cada caso la prisión preventiva tiende esencialmente:

- Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse riesgo de fuga.
- Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas
- Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y de la comunidad en general;
- Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos

El Art. 32 de Ley reformativa al código de Procedimiento Penal y al Código Penal que sustituye el contenido del Art. 159 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso segundo establece:

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

4. PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD.- Este principio comprende la necesidad de que los presupuestos que motivaron la medida de prisión preventiva, subsistan para que subsista de igual forma la legalidad de la detención.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), reconocen este principio en la regla 6.2:



“Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.

El art. 170 del Código de Procedimiento Penal recoge este principio, y establece:

La prisión preventiva debe revocarse o suspenderse en los siguientes casos:

1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;
2. Cuando el imputado o acusado hubiere sido sobreseído
3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa;
4. Cuando su duración exceda los plazos previstos en el artículo 169.

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

5. PRINCIPIO DE INMEDIACION.- Haciendo referencia a lo expresado por Par Usen la intermediación implica dos aspectos importantes, “El contacto directo del juez con los elementos probatorios en que ha de basar su juicio y decisión, y 2° El contacto directo de todos los sujetos procesales entre si, en el momento de recibir esas pruebas. La intermediación implica que el juez debe de encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las que se encuentran bajo su acción inmediata, y para ello requiere del desarrollo de ciertas cualidades de observación, receptividad, reflexión y análisis.”²⁰

Este principio es fundamental al momento de la aplicación de la prisión preventiva, pues la cercanía del juez con las partes procesales, le

²⁰ Reglas de Tokio, <http://www.idpp.gob.gt/Modulos/Descarga/prisión%20preventiva%20Tomo%201.pdf>



permite acceder a detalles, comportamientos y otros aspectos que pueden ser determinantes al momento de adoptar la resolución de limitar el derecho subjetivo a la libertad personal, pues va a permitir motivar suficientemente dicha decisión.

La Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal recoge este principio en su Art. 34 que establece: “A continuación del Art. 160, añádase el siguiente artículo innumerado:

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

Al efecto, el juez de garantías penales convocará a los sujetos procesales en el término de hasta cinco días a audiencia. La parte que pretenda valerse de un elemento de convicción tendrá la carga de su presentación en la diligencia, la cual, sin embargo, no podrá suspenderse por falta de tal elemento.

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

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

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



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

5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- En relación a este principio debemos señalar que la legitimidad material de esta medida, está condicionada a la concurrencia de presupuestos materiales y formales, y su la legitimidad sustancial supone someter su duración en el tiempo al principio de provisionalidad. Los fines de la detención preventiva son de asegurar la pretensión punitiva estatal, que se materializan a través de la condena, así como de realizar una actividad probatoria que pueda reconstruir el hecho punible, por lo tanto la legalidad de la prisión preventiva estaría dada por la concurrencia de todos los principios analizados anteriormente, es decir mientras se observa su carácter de excepcional, provisional, revocable, de plazo razonable, sustituible e impugnabile.

El principio de legalidad está consagrado en el Art. 77 numeral 1 de la Constitución al establecer que: “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

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



2.3 MOTIVOS DE JUSTIFICACION DE LA PRISION PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.

Luigi Ferrajoli señala: “que si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no solo por los delitos, sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no es solo una garantía de libertad y verdad, sino también una garantía de seguridad, o si se quiere, de defensa social, de esa seguridad ofrecida por el Estado de Derecho, expresada en la confianza en la justicia, como defensa ante el poder punitivo”²¹

En la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, como en la del Tribunal Europeo, que es seguida por la primera, surge que una persona solo puede ser detenida si existe una sospecha de haber cometido un delito, o cuando se encuentra cometéndolo o por cometerlo. Por otro lado para justificar la continuación de la detención más allá del riesgo de fuga, la Convención Europea no establece otro motivo particular ²²

En el informe 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se consideró que la seriedad del delito y la eventual gravedad de la pena pueden ser factores que justifiquen la prisión preventiva, en dicho informe la Comisión consideró que: “La Comisión ha revisado su propia jurisprudencia y la de los órganos internacionales de derechos humanos, para establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado, sin embargo la Comisión tiene la convicción, de que en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual” .

²¹ Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón” , Teoría del Galantismo Penal, Madrid, Trota, 1995, p. 549



La Comisión considera además que la presunción de culpabilidad de una persona es una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de la libertad, se ha manifestado que la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad, señalando además que los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.

Según el autor Ricardo Matías Pinto la seriedad del delito y la eventual gravedad de la pena, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva, pues considera que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, señalando que este plazo sería computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia, considerando que es importante valorar ciertas condiciones por parte de los magistrados, a fin de poder demostrar que existirían suficientes evidencias de una eventual intención de fuga, estos elementos señalados por el autor serían entre otros, los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares, etc. Según la Comisión si es que esta es la única razón para la continuación de la medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales, pueden solicitar medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas o la prohibición de salida del país.

La Comisión ha considerado además que: “no es legítimo invocar las necesidades de la investigación de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva”, sin que dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

La Comisión ha reconocido además que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad excepcional de un crimen y la reacción del público ante el mismo, pueden justificar la prisión preventiva, por un cierto



período, por la amenaza de disturbios del orden público, que la liberación del acusado podría ocasionar .

2.4 ALTERNATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA.

Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de justicia y derechos, debe evitarse la aplicación de la privación de la libertad en forma directa y sin una valoración previa profunda, de la posibilidad de recurrir a otros medios menos lesivos para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar y no generar por el contrario situaciones que en lugar de restablecer el orden y la armonía social quebranten otros bienes jurídicos de igual valor e importancia, pues se concibe una nueva visión del Derecho Penal como garantista de la libertad y la dignidad humana, sin que pueda entenderse aquello como una concepción que deja en indefensión a las víctimas de un delito.

La CIDH, ha sido clara respecto a los límites que deben regular el ejercicio del poder estatal , en sentido a manifestado:

“Está 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 por 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”.²³

²³ Alberto Bovino, El Encarcelamiento.....p.442, citado por la CIDH, Caso “ Velásquez Rodríguez”, 29/7/88, Serie C, No.4, párrafo 154.



Dentro de esta nueva visión de aplicación de la privación de la libertad en extrema ratio, el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, establece que las medidas cautelares personales, estas son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares.
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas.
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales o a quien éste designare,
- 4) La prohibición de ausentarse del país,
- 5) La suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos,
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos.
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por si mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de la familia.
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona, idónea siguiendo lo dispuesto en el Art. 197, regla 6to del Código Civil y las disposiciones del código de la Niñez y de la adolescencia.
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales a ante la autoridad que éste designare.
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención; y,
- 13) la prisión preventiva.



El carácter excepcional de la prisión preventiva, enfrenta a los administradores de justicia a la obligación de agotar todas las posibilidades tendientes a asegurar los fines del proceso recurriendo a medidas de coerción distintas a la privación de libertad, con la finalidad de que los derechos del imputado, que por graves que sean sus acciones y las consecuencias de estas no pueden dejar de observarse, se vean menos afectados y así evitar que la administración de justicia genera efectos negativos, que desvirtúen su valor.

Por ello la aplicación de la prisión preventiva debe ir a la par de la aplicación y consideración de principios como la presunción de inocencia, el derecho a juicio, el derecho a la defensa, lo cual permite dejar atrás lo que ciertos autores han denominado “cultura jurídica inquisitiva”

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 establecen, en el punto tres relativo a las salvaguardias legales que:

“3.2 La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas”.

Lo anteriormente señalado reafirma el criterio expresado durante el desarrollo del presente análisis en el sentido de que la nueva figura del juez y su rol dentro de la administración de justicia, lo avoca a desarrollar un proceso de análisis más minucioso de la conducta del infractor, pudiendo asimilarse a una verdadera valoración psicológica, a fin de garantizar la pertinencia en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares personales.

La regla 2.3. 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 el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no



privativas de libertad, desde la fase anterior al juicio, hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de medidas no privativas a la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.”

Considero que el Código de Procedimiento Ecuatoriano guarda coherencia con el contenido de la regla anteriormente señalada, pues deja abierta una posibilidad sumamente amplia para que los administradores de justicia puedan optar por medidas cautelares personales, evitando así que la limitación al derecho a la libertad personal sea la regla general. Las Reglas de Tokio exhortan a que sólo se recurra a la prisión preventiva cuando no puedan aplicarse las medidas no privativas de libertad.

Debemos señalar que esta necesidad de limitar el encarcelamiento preventivo, debe ir a la par de la búsqueda de medidas coercitivas alternativas que con la misma eficacia pero con menor daño para el ser humano garanticen el procedimiento.



CAPITULO III

VISION DE LA REALIDAD DE AMERICA LATINA EN RELACION A LA PRISION PREVENTIVA

Se sostiene que en las tres últimas décadas en América Latina ha existido una amplia discusión acerca de la cuestión de la prisión preventiva, y concretamente en relación a la problemática de los presos sin condena, considerándose un referente para el inicio de esta discusión los estudios realizados por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), de acuerdo a los cuales en todos los países latinoamericanos la mayoría de quienes se encontraban privados de libertad lo hacían sin que existiera una condena que lo justificara.

Un aspecto que revela el cambio de visión han sido los nuevos códigos procesales penales aprobados e implementados en la región, por medio de los cuales se ha buscado reformar los antiguos regímenes de prisión preventiva basados como lo señalan los autores en diversos casos de “inexcarcelabilidad o de automatismo” de la prisión preventiva, en reemplazo de los cuales se han introducido sistemas cautelares de acuerdo con los cuales la prisión preventiva sólo se puede decretar cuando existen peligros procesales, lo cual ha implicado la introducción de medidas de control alternativas a la prisión preventiva con el propósito de defender una aplicación más restrictiva de la misma, pues como se ha manifestado “constituye el instituto procesal con mayor capacidad lesiva para los Derechos Humanos”.

Se ha manifestado que este proceso de restricción de la aplicación de la prisión preventiva se ha visto favorecido por ciertos aspectos como la introducción de audiencias orales en las etapas preliminares y a una reducción de los tiempos de los procesos.



Los postulados de “la presunción de inocencia”, “la excepcionalidad de la prisión preventiva” y su autorización por motivos estrictamente cautelares a sido acogidos según se ha manifestado por la mayoría de legislaciones en la región latinoamericana, lo cual conduciría a un derecho penal destinado a lograr el desarrollo de la sociedad y no como un mecanismo de represalia, abuso y arbitrariedad, pero aquello requiere además un cambio en la perspectiva de la sociedad que debe ser conciente y comprender el nuevo rol de los administradores de justicia sin que surja en ella una sensación de indefensión o inseguridad, por considerar que existiría un exacerbado garantismo, al ver a una persona en libertad mientras está sujeta a un proceso penal, por lo que es necesario buscar una efectiva implementación de las medidas cautelares alternativas.

Frente al planteamiento de la necesidad de que la prisión preventiva cumpla con los parámetros de: excepcionalidad, provisionalidad, idoneidad, proporcionalidad y plazo razonable, varias legislaciones procesales penales de la región, admiten otras causales que según los autores resultan de dudosa legitimidad frente a los pactos internacionales y la interpretación que de ellos hacen los órganos internacionales: peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido o la víctima (Chile y Colombia); la continuación de la actividad delictiva (Costa Rica y Nicaragua) o alarma social (El Salvador)

“A pesar de su excepcionalidad, la prisión preventiva en la región constituye en promedio el 41% del total de las personas privadas de libertad. En Haití, Bolivia y Paraguay, los índices de prisión preventiva superan el 70% del total de población privada de la libertad; y tan solo en Jamaica, Puerto Rico y Dominica dichos índices están por debajo del 20%. Pero además, los cuatro países con los índices más bajos del total de personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes, tienen los índices más altos de prisión preventiva (Bolivia -74%-, Haití -78%- Venezuela- 62%-, Paraguay – 70%-). Por el contrario, los dos países con los mayores índices de personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes, tienen índices de prisión



preventiva por debajo del 30% (San Kitts y Nevis -30%- y Estados Unidos - 21%-)”²⁴

En el caso concreto del Ecuador en el cual la prisión preventiva debe surgir o procede por orden escrita del juez competente; lo cual es una orden constitucional expresa. Procede en los casos por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley, pero se ha manifestado por parte de algunos administradores de justicia que podría existir una contradicción con el Código de Procedimiento Penal, que dice en el art. 160: “el juez de garantías penales decidirá en audiencia oral dictar la prisión preventiva, y la comunicación de la resolución será oral a los sujetos procesados; se redactará un extracto de la audiencia y será suscrita por el secretario”, lo cual ha llevado inclusive a que la corte provincial, haya resuelto que no es válida esa sola decisión en forma oral de dictar la prisión preventiva, sino que se debe proceder mediante orden escrita del juez competente que reúna los requisitos establecidos en el art. 167 del CPP.

Se señala además que la Constitución que es una norma suprema, dispone que el juez puede o no dictar la medida cautelar de prisión preventiva, y que por lo tanto sería facultativo, mientras que en el CPP es restrictivo, lo cual podría generar confusiones en los administradores de justicia.

Se ha cuestionado que en algunos casos los procesados han sido inocentes y han cumplido una especie de pre pena de seis meses en los casos de delitos sancionados con prisión o de un año en los delitos sancionados con reclusión, por lo que se manifiesta que es absolutamente necesario en aplicación de los principios como de celeridad o eficacia, establecer plazos en la audiencia de prisión preventiva, porque conforme al art. 171 del CPP literal b inciso 4, la prisión preventiva durará un plazo fijado por el juez para el cierre de la investigación, y el juez puede derogar la orden

²⁴ Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA • Año 7 • N° 14.....p 21



de prisión preventiva si se exceden los plazos, pues de otro modo se ha estado solamente rigiéndonos en los plazos constitucionales. Otro problema que se ha destacado es que hay demasiada reincidencia en nuestro país ante lo cual, los jueces ya no dictan las medidas alternativas.

De igual forma existen muchas veces presiones para la utilización de la prisión preventiva, y provienen de algunos sectores, por ejemplo de los sectores políticos, que pregonan que la caducidad de la prisión preventiva da lugar al aumento de la delincuencia.

Otro sector que también presiona es la policía, cuando presentan un detenido, y obviamente el juez califica la flagrancia, si está legalmente detenido, si es que hay elementos suficientes dicta la prisión preventiva, y en caso contrario lo pone en libertad. La policía al ver esto, muchas veces ha manifestado que es arduo el trabajo realizado para capturar a un delincuente, y sin embargo después un juez inmediatamente lo pone en libertad; sin darse cuenta de que no elaboraron bien un parte policial, no lo detuvieron en delito flagrante, o no existen elementos suficientes para dictarle una prisión preventiva.

A pesar de todas las controversias entre los diversos sectores con la Constitución de 2008 asoma la figura del juez de garantías penales. Se independiza de la Procuraduría General de Estado la Fiscalía General y se le otorga un rol protagónico en defensa de los intereses públicos y ahora en defensa también de la víctima, podría decirse que estamos frente a un puro sistema oral, basado en los principios de contradicción y celeridad, y uno de los más importantes: la oralidad y a la excepcionalidad de la prisión preventiva.



CONCLUSIONES:

1. La excepcionalidad de la Prisión Preventiva y los límites que a dicha medida imponen los derechos humanos, son la única garantía para impedir que su aplicación pueda distorsionar su naturaleza.
2. El conflicto al momento de ponderar el derecho a la presunción de inocencia frente a la necesidad de alcanzar eficacia en la aplicación de la justicia se podría solucionar en la medida en que los jueces efectúen un profundo ejercicio de valoración de diversos aspectos, que permitan individualizar y especificar cada causa y no llegar a una imposición mecánica e inmediata de la medida.
3. El éxito de la administración de justicia no se visualiza en el mayor o menor número de detenidos, sino en el acierto en las decisiones judiciales, y en la medida en que se genere el menor daño o lesión posible a los derechos del infractor, sin que aquello implique dejar en indefensión a la sociedad.
4. Es deber de la sociedad comprender esta nueva visión garantista del derecho penal , y para ello los jueces deben a través de sus decisiones ir construyendo una imagen que genere confianza y seguridad jurídica.
5. Debemos comprender que medidas como la prisión preventiva no son la solución para reducir los índices de criminalidad, por lo que las alternativas propuestas en nuestra legislación deben aplicarse en lo posible, considerando siempre de ultima ratio a la prisión preventiva.
6. No es preciso hablar de un exceso de garantismo, ni tampoco del autoritarismo y represión como mecanismos de solución de conflictos, es necesario alcanzar un equilibrio que solo existe en la medida en que seamos respetuosos de los principios y garantías fundamentales consagrados en la constitución y en los instrumentos de derechos humanos.



BIBLIOGRAFIA:

Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal", Ed. Trotta, España,

Séptima Edición, 2005.

Ferrajoli, Luigi, "Derechos y Garantías, La Ley del Más Débil", Ed Trotta, España, Sexta Edición, 2009

<http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-minimo-l-ferrajoli>

Moreno Cruz, Rodolfo, "El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli", www.jurídicas.uman.mx

Código de procedimiento Penal, Legislación codificada, Corporación de Estudios y

Corporaciones, Quito, 2009.

Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA ● Año 7 ● N° 14

Constitución de la República del Ecuador, Legislación codificada,

Corporación de Estudios

y Corporaciones, Quito, 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso " Velásquez Rodríguez", 29/7/88, Serie C, No.4, párrafo 154.

Hassemer, Winfried, "Crítica al derecho penal de hoy", Ad-Hoc, S. R. L.,

Buenos Aires, Argentina, Primera edición, 1995, pág. 10