



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Penal II Cohorte

La prisión preventiva, una medida excepcional en un Estado constitucional de derechos y justicia

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho Penal

Autor:

José Alberto Andrade Cárdenas

CI: 010551074-7

Correo electrónico: josandrade20@yahoo.com

Director:

Dr. Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla

CI: 0101668374

Cuenca, Ecuador

16-noviembre-2020



RESUMEN

En el presente trabajo, se ha realizado una investigación acerca de la realidad de la prisión preventiva en el Ecuador. Aunque la Constitución de la República y el Código Orgánico Integral Penal consagran su carácter de excepcional, la percepción que genera en ciertos sectores del quehacer jurídico, da cuenta que en la práctica es utilizada de forma indiscriminada. Este abuso se produce generalmente por factores externos a la administración de justicia, como la presión social y mediática a las que son expuestos los jueces, de manera especial en casos que causan gran conmoción en la sociedad. Es por esto que las soluciones a esta problemática están no solo en manos de los juzgadores, sino de fiscales, defensores públicos, medios de comunicación y ciudadanía en general.

Palabras claves: Prisión preventiva. Ecuador. Excepcional. COIP. Medidas cautelares. Peligro de fuga.



ABSTRACT

In the following research work, an investigation has been made about the reality of preventive prison in Ecuador. Although the Constitution and the Comprehensive Organic Criminal Code (COIP for its acronym in Spanish) consecrate its exceptional character, the perception of certain sectors of the legal practice is that it has been used in an indiscriminate way. This abuse is generally produced by factors external to the administration of justice, such as pressure from the society and media which the judges are exposed, specially in cases that cause major concern in the society. This is why the solutions to this problematic are not only in the hands of judges, but also the prosecutors, public defenders, the media and the population in general.

Keywords: Preventive prison. Ecuador. Exceptional. COIP. Precautionary measures. Danger of prison break.



ÍNDICE DEL TRABAJO

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACION EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL.....	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTOS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
Capítulo I	12
Análisis de la prisión preventiva en el Ecuador	12
Concepto	12
Características de la prisión preventiva.....	14
Historia de la Prisión Preventiva en el Ecuador.	22
Presupuestos procesales	27
Fomus boni iuris.....	27
Persecución de fines constitucionalmente legítimos.....	33
<i>Necesidad.</i>	37
Aplicación de la prisión preventiva en el Ecuador.....	40
La prisión preventiva en la Constitución de la República del Ecuador.	40
La prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal.....	43
Capítulo II	57
Posiciones en torno a la medida cautelar de prisión preventiva	57
Justificación de la prisión preventiva	57
Los iluministas.....	57
Jorge Zavala Baquerizo.....	58
Ever Bello Merlo.....	62
William López Árevalo.....	67
Stefan Krauth.	72



Posiciones en contra de la prisión preventiva	76
Luigi Ferrajoli	76
Ramiro Ávila Santamaría.....	80
María del Carmen Jiménez y Gómez.....	84
Alfonso Zambrano Pasquel	88
Capítulo III.....	92
Posibles soluciones a la aplicación indiscriminada de laprisión preventiva	92
Aplicación de otras medidas cautelares	92
Prohibición de ausentarse del país.....	93
Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe	94
Arresto domiciliario.	95
Dispositivo de vigilancia electrónica	96
Detención.....	97
Concientización sobre el principio de inocencia y el derecho a la libertad	99
Principio de inocencia	99
Derecho a la libertad.	106
Capacitación a los jueces sobre el carácter de excepcionalidad de prisión preventiva 	109
Recomendaciones de la Corte Interamericana deDerechos Humanos.....	109
Recomendaciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.....	120
Recomendaciones doctrinarias	124
CONCLUSIONES.....	128
RECOMENDACIONES	130
REFERENCIAS.....	132



CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

José Alberto Andrade Cárdenas, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “La prisión preventiva, una medida excepcional en un Estado constitucional de derechos y justicia”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 16 de noviembre de 2020

José Alberto Andrade Cárdenas

C.I: 010551074-7



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

José Alberto Andrade Cárdenas, autor del trabajo de titulación “La prisión preventiva, una medida excepcional en un Estado constitucional de derechos y justicia”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 16 de noviembre de 2020

José Alberto Andrade Cárdenas

C.I: 010551074-7



DEDICATORIA

- A Dios.

- A Mis Padres, José Vicente y Monserrath.

- A Mi Hermana, Rosana Gabriela.

- A Mi Sobrino, Bruno Andrés.

- A Luisa Katherine.

- A demás familiares y amigos.



AGRADECIMIENTOS

- Al Dr. Simón Valdivieso Vintimilla, Director de la Maestría en Derecho Penal II Cohorte de la Universidad de Cuenca y Director del presente trabajo de titulación.

- Al Dr. Teodoro Verdugo Silva, Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca.

- Al Dr. Andrés Martínez Moscoso, Director de Postgrados de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca.

- Al Dr. Diego Martínez Izquierdo, Coordinador de la Maestría en Derecho Penal II Cohorte de la Universidad de Cuenca.

- A la Ing. María Isabel Carpio, Secretaria de Postgrados de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca.

- A todos los docentes, compañeros y demás personal que formó parte de la Maestría en Derecho Penal II Cohorte de la Universidad de Cuenca.



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata acerca de la problemática de la prisión preventiva en el Ecuador. Como sabemos, la prisión preventiva es una medida cautelar que sirve, como cualquier otra, para asegurar la presencia del procesado en el proceso, pero también para evitar la destrucción, ocultamiento o manipulación de pruebas por parte del mismo. Por otro lado, cuenta con elementos propios que la hacen distinta a las demás medidas, al ser excepcional, temporal, apelable, revocable y sustituible, entre otras.

El estudio se encuentra dividido en tres capítulos: Análisis de la prisión preventiva en el Ecuador; Posiciones en torno a la medida cautelar de prisión preventiva; y, Posibles soluciones a la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva. En la parte final, constan como anexos tres entrevistas realizadas a un ex juez, un fiscal y una defensora pública, como un complemento de algunas ideas recogidas en el tercer capítulo.

En el primer capítulo, realizaremos un estudio a profundidad acerca de las generalidades de la prisión preventiva, con la finalidad de conocer su naturaleza jurídica en el Ecuador: su concepto y características, así como una breve reseña histórica; los requisitos o presupuestos procesales que se deben cumplir para que proceda esta medida cautelar; y, por último, las reglas de aplicación, reguladas tanto en la Constitución de la República como en el Código Orgánico Integral Penal (COIP).



En el segundo capítulo, haremos un análisis entre los criterios doctrinarios a favor y en contra de la prisión preventiva, con el propósito de establecer una comparación entre ambas posiciones; además de identificar aciertos y desaciertos para tomar una postura, cualquiera que ésta sea, basada en argumentos firmes y válidos. Quienes la justifican, piensan que es necesaria, pues caso contrario muchos delitos quedarían en la impunidad; mientras que aquellos que se oponen, consideran que se trata de una pena anticipada.

Finalmente, en el tercer capítulo, propondremos posibles soluciones a la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva, como son la aplicación de medidas alternativas, algunas reflexiones sobre el principio de inocencia y el derecho a la libertad y, por último, se sugiere un taller dirigido a jueces y otros operadores jurídicos sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva, en donde se incluirán importantes recomendaciones doctrinarias, así como las emitidas por parte de dos entidades regionales de Derechos Humanos.



Capítulo I

Análisis de la prisión preventiva en el Ecuador

Concepto

La prisión preventiva es una medida cautelar que sirve para asegurar la presencia del acusado durante el proceso penal y el cumplimiento de la pena, de acuerdo al Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Esta medida cautelar no puede ser declarada de oficio, sino siempre a petición del fiscal, quien está en la obligación de acreditar todos los elementos necesarios para que el juez pueda motivar su resolución, aceptándola o negándola.

Esta situación encuentra su sustento en el principio de impulso procesal, regulado en el Art. 5 numeral 15 del COIP, el cual establece que:

(...) “Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Es una de las instituciones jurídicas más discutidas dentro del campo penal, sobre todo en cuanto a los casos en que debe ser aplicada, puesto que implica la privación de la libertad de una persona que aún no ha sido declarada culpable y que se presume su inocencia.

El Art. 522 del COIP establece que las medidas cautelares son:



- (...) 1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión preventiva. (...) (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 146)

Vale la pena destacar que la clasificación taxativa que hace el COIP de las medidas cautelares tiene un orden establecido por el legislador de manera intencional. Esto significa que antes de dictar una medida cautelar el Juez deberá observar dicho orden y, únicamente en caso de que la medida no fuere suficiente, aplicará la que le sigue en la lista. De esto se desprende el carácter de *última ratio* de la prisión preventiva, el cual se analizará más adelante.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la prisión preventiva es:

(...) “prisión que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio” (Real Academia Española, 1992, p. 1183).

Según el Doctor William López Arévalo:

La prisión preventiva es una medida cautelar procesal de carácter personal, no



punitiva, formal, excepcional, de última ratio, subsidiaria y provisional, consistente en la privación de la libertad, que procede cuando se han motivado sus razones y con el fin de garantizar la comparecencia del procesado al juicio o evitar el peligro de que el procesado ponga en riesgo la averiguación de la verdad, la misma que solo puede ser ordenada por el juez competente. (López Arévalo, 2014, p. 53)

Mientras que el Doctor Jorge Zabala Baquerizo nos dice:

(...) La prisión preventiva es un acto procesal de carácter preventivo, provisional y cautelar proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso cuando, al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarlo con la finalidad de asegurar la realización del derecho violentado por el delito.

(Zavala Baquerizo, 1990, p. 205)

Características de la prisión preventiva.

De los conceptos que nos brindan los autores citados anteriormente, se desprenden algunas características de esta medida:

Procesal.

Es una medida que es dictada dentro de un proceso penal, y que debe cumplir con una serie de requisitos. No puede surtir efecto si no se le ha imputado a una persona el cometimiento de un delito, previa aprehensión de la misma.



Decimos que es un acto procesal por cuanto surge a la vida jurídica sólo en razón del proceso penal como consecuencia del cumplimiento de ciertos presupuestos señalados por la ley y que deben constar en el proceso en el cual incide el auto de prisión preventiva. (Zavala Baquerizo, 1990, p. 205)

Personal.

Es dictada en contra de una persona, implica una limitación de su libertad, a diferencia de las medidas cautelares reales, que se aplican sobre los bienes del procesado.

No cabe la menor duda, que la prisión preventiva es la medida de mayor lesividad contra el derecho a la libertad personal, por eso, tal medida extrema, sólo tendría justificación cuando se cumplen estrictamente los presupuestos materiales y formales que la ley establece para su aplicación. (López Arévalo, 2014, p. 54)

Provisional.

También conocida con este calificativo, la medida de *última ratio* tiene un límite en el tiempo, pues no se puede mantener a una persona privada de la libertad de manera indefinida, mucho menos si lo es de forma preventiva, lo cual atentaría contra el derecho a la seguridad jurídica, recogido en el Art. 82 de nuestra Constitución. En el caso del Ecuador, este límite es de seis meses en los delitos cuya pena es la privación de libertad de hasta cinco años y de un año para los delitos que tienen una pena superior a los cinco años, tal como lo establece el Art. 541 numerales 1 y 2 del COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014).



En caso de que se cumplan estos lapsos, el procesado recuperará automáticamente la libertad. Es provisional también porque puede, (Zavala Baquerizo, 1990) por un lado, terminar en el caso que sea ratificada la inocencia del procesado o, por otro, convertirse en pena cuando es declarado culpable, pues el tiempo que dure la prisión preventiva será descontado de la pena impuesta.

No punitiva.

Formalmente, no es considerada como una pena, puesto que tiene otras finalidades, entre las cuales está el asegurar el cumplimiento de la condena. Como veremos más adelante, la privación de libertad nace con fines preventivos y no sancionatorios, y sólo en épocas posteriores se convierte en una sanción. Este antecedente histórico aporta a la concepción no punitiva de la prisión preventiva.

“La prisión preventiva es la preparación anticipada del cumplimiento de una pena; es el acto asegurativo de la persona del acusado –sindicado o procesado- para que, si llegara el caso, cumpla la pena que le impone el juez” (Zavala Baquerizo, 1990, p. 209).

Esta característica de la prisión preventiva es muy controvertida, pues existen teorías que la toman como una pena anticipada, como se verá en el segundo capítulo. Sin embargo, es necesario tomarla en consideración puesto que corresponde al tratamiento que le confiere nuestro sistema penal a esta medida cautelar.

Formal.

Para que pueda ser aplicada por parte del Juez, debe cumplir con un conjunto de



requisitos establecidos en la ley, los cuales serán analizados más adelante.

Excepcional.

Debe ser aplicada en los casos en que resulte absolutamente necesaria.

Considerando que el procesado goza de la presunción de inocencia, la prisión preventiva debe ser lo más restringida posible, de tal manera que no se afecte este derecho fundamental.

Nosotros queremos reiterar el hecho de que la privación de la libertad de un habitante del país es una excepción frente a la regla general que está dada por la garantía constitucional a ese derecho individual. Por tal motivo es que los jueces deben tener mucho cuidado al manejar esta institución para no convertirla en un acto que desafía al derecho humano y a la ley que lo sustenta. (Zavala Baquerizo, 1990, p. 211)

Dado que el tema central de este trabajo es la excepcionalidad de la prisión preventiva, esta característica será tratada a lo largo del mismo.

Subsidiaria o de última ratio.

Se aplica únicamente en los casos en que las medidas cautelares no privativas de la libertad resulten insuficientes para asegurar la presencia del procesado en el proceso.

Motivada.

Toda resolución referente a la prisión preventiva debe ser motivada, esto es que el



juez debe incluir la fundamentación jurídica y explicar su relación con los hechos, así lo establece el Art. 540 del COIP (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Es además una obligación recogida por el Art. 76 numeral 7 literal I) de nuestra Carta Magna para toda autoridad que emite una resolución administrativa o judicial.

El auto de prisión preventiva como cualquier otro auto, debe ser motivado (...) debe hacerse constar en el auto cómo se han cumplido dichos presupuestos a fin de que tanto la sociedad como el sujeto pasivo del proceso conozcan los fundamentos por los cuales se enerva el derecho a la libertad personal del sindicado, o del procesado (...) (Zavala Baquerizo, 1990, pp. 206-207)

Cautelar.

Al igual que las otras medidas que establece el Art. 522 del COIP, una de las finalidades de la prisión preventiva es asegurar la presencia del procesado en el proceso.

“Es también la prisión preventiva un acto cautelar porque constituye una garantía de aseguramiento procesal y de defensa social” [...] (Zavala Baquerizo, 1990, p. 206).

De lo que establece el COIP acerca de la prisión preventiva, se coligen otras características:

Revocable.

La prisión preventiva puede ser revocada por el Juez, esto es declararla sin efecto, cuando deje de cumplir con uno de los requisitos exigidos por la ley. Además, como lo señala el Art. 535 del COIP, será revocada por el sobreseimiento o la ratificación de la



inocencia. Por último, cuando caduca o es anulada. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Sustituible.

El Juez puede en cualquier momento reemplazar la prisión preventiva por otra medida cautelar a petición de parte, exclusivamente cuando se trate de delitos castigados con prisión de menos de cinco años, pero en el caso que no se cumpla con la medida alternativa deberá ordenar nuevamente la prisión preventiva. Esta característica se encuentra regulada en el Art. 536 del COIP. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Puede ser suspendida.

El procesado puede lograr la suspensión de la prisión preventiva y recuperar su libertad cuando rinda una caución a satisfacción del Juez, es decir, cuando dicha caución se considere una garantía suficiente para asegurar su presencia en el proceso. Dicha caución es de índole económica y puede ser el depósito de dinero en efectivo, o pólizas, o fianza, o prenda, o hipoteca, o carta de garantía. Además, puede rendir caución con dineros o bienes propios o los de un garante, como lo establece el Art. 543 del COIP.

Caducible.

La prisión preventiva tiene una duración máxima de seis meses cuando se trata delitos cuya pena es la prisión de hasta cinco años y de un año, cuando la pena de prisión que corresponde al delito sea de más de cinco años (Código Orgánico Integral Penal, 2014).



Apelable.

Esta característica la encontramos en el Art. 653 numeral 5 del COIP, el cual señala que la apelación de la resolución sobre prisión preventiva es procedente cuando la misma haya sido emitida en la formulación de cargos o en la instrucción fiscal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Dicho recurso no era admitido en el antiguo Código de Procedimiento Penal antes del año 2000, pero fue recogido por el legislador posteriormente para cumplir con los estándares internacionales sobre la materia y respetar principios como la seguridad jurídica (Bermúdez Coronel, 2001).

En caso de condena, su duración es imputable a la pena y en caso de sobreseimiento o de ratificación de la inocencia, puede generar la reparación por los daños causados.

En el primer caso, se trata de una garantía que tiene el procesado para que, en caso de llegar a ser declarado culpable, se le descuente el tiempo que estuvo en prisión preventiva del total de la pena que se le imponga. Esta situación podría resultar una contradicción con la naturaleza no punitiva de esta medida, sin embargo, sería absurdo pensar que por ser cautelar se le debe negar ese derecho a la persona condenada.

Art. 59.- Penas privativas de libertad.- [...]

[...] La duración de la pena empieza a computarse desde que se materializa la aprehensión.

En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida



cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 23)

Una vez que terminó el proceso, probado el delito y la responsabilidad del inculpado se dictará sentencia de acuerdo a las normas legales pertinentes, debiendo descontarse el tiempo de la pena desde la fecha en que se encuentre detenido con orden de prisión preventiva. (Fernández Piedra, 2004, pp. 89-90)

Mientras que, en el segundo supuesto, hablamos de una garantía que siempre debería ser aplicada, pues cualquiera que fuere la razón por la que se dio esa privación de la libertad indebida, lo menos que puede merecer la persona inocente que sufre tal daño es una indemnización por parte del Estado. Por otro lado, hay que considerar que la repetición que pueda ejercer el Estado en contra del juez, no podría darse en todos los casos, ya que podrían haberse cumplido los presupuestos procesales para dictar la prisión preventiva y posteriormente ratificarse la inocencia del procesado por razones ajenas al juzgador.

Un sector ampliamente mayoritario de la actual jurisprudencia y la doctrina nacional afirma que, como regla, el dictado de la prisión preventiva configura una facultad judicial sometida a pautas abiertas y, consecuentemente, si, en abstracto, la decisión judicial encuadra en las previsiones legales, la ulterior declaración de inocencia es insuficiente per se para disponer la reparación de los daños causados. (Pérez Hualde, 2015, p. 104)



Historia de la Prisión Preventiva en el Ecuador.

Según el Doctor Luis Alberto Fernández Piedra, la historia de esta institución puede ser dividida de la siguiente forma:

Época Prehistórica.

En esta etapa se hace referencia a agrupaciones indígenas que vivían ya de forma organizada. Tenían normas que regulaban la vida en sociedad e imponían castigos a quien las violaba, éstos eran más graves cuando se atentaba en contra del Inca, de los dioses o de las vírgenes del sol, pues eran considerados seres supremos, pero si éstos eran quienes desobedecían la ley, las penas se atenuaban. Tenían la creencia de que esas leyes provenían de las divinidades y ya existía una especie de juzgadores que debían hacerlas cumplir, caso contrario podían ser juzgados como cualquier persona si así lo decidía el Inca (Fernández Piedra, 2004).

En los territorios que eran sometidos a la autoridad del Inca, existieron formas de detención para los delitos más comunes e inclusive la muerte, la prisión se ordenaba hasta que se organice el juicio correspondiente y se emita sentencia, juzgándose en cinco días en caso de los incas; los nobles tenían recintos especiales de detención en los que permanecían hasta ser juzgados y de no obtener su libertad eran trasladados a cárceles comunes (...) (Fernández Piedra, 2004, pp. 74-75)

Época colonial.

Con la llegada de los españoles a nuestro territorio, se empezó a dar una serie de



arbitrariedades y excesos en contra de los indígenas, aunque la ley consagraba los derechos de los mismos, que eran tratados como esclavos y podían ser vendidos junto con propiedades. Los procesos judiciales se llevaban a cabo en Lima, lo que imposibilitaba a las personas de bajos recursos poder defender sus derechos. En esta etapa, el órgano jurisdiccional era el Supremo Consejo de Indias, aunque también existía el Tribunal de la Inquisición que juzgaba los actos de herejía, mientras que el encargado de vigilar el orden público era la Santa Hermandad. Los principales cuerpos legales eran las Leyes de Indias y las Cédulas Reales, aunque a los indígenas se les aplicaban otros. Las prisiones para indígenas y pobres eran deplorables, mientras que los ricos tenían todos los lujos (Fernández Piedra, 2004).

(...) La prisión preventiva tiene sus rasgos como medios de representación más aun cuando las leyes alcanzaban por lo general a los indígenas, que eran quienes si purgaban sus penas al pie de la letra y a veces de exageración, haciendo de esta época la más humillante para el originario de nuestro territorio." (Fernández Piedra, 2004, p. 77)

Época republicana.

En la época de la república, las constituciones empiezan a regular cuestiones generales acerca de la prisión preventiva.

Así, en la Constitución de 1830, ya se regula la detención por delito flagrante y señala que cualquier persona podía capturar a quien lo haya cometido debiendo entregarla al juez en un lapso máximo de 12 horas, después de las cuales el juez emitía



una orden motivada, caso contrario, el detenido quedaba en libertad y el juez y el alcalde caían en detención arbitraria. Sin embargo, hacía falta un derecho indispensable del procesado, como lo es la presunción de inocencia (Fernández Piedra, 2004).

Más tarde, con la Constitución de 1835, se mantiene lo referente a las flagrancias, pero se establece también que ninguna persona podía ser encarcelada por un delito que no sea sancionado con una pena corporal, excepto en la prisión por apremio legal o en la pena correccional. Empiezan a existir ciertos derechos para los procesados (Fernández Piedra, 2004), sin embargo, todavía existían sanciones crueles y degradantes, lo cual es inadmisibles en un Estado constitucional.

Ya en 1839, entra en vigencia la primera ley procesal penal, en donde existen diversas penas, por ejemplo, se ve ya una especie de trabajo comunitario, aunque consistía en un encerramiento en un lugar de trabajo.

(...) Otra pena es la prisión en una cárcel o fortaleza, o el confinamiento en estos lugares hasta la comprobación del delito y la responsabilidad del imputado, o hasta que cumpla con la sentencia. (...) El arresto, que también era provisional. La pérdida de la libertad, en esta época, también era provisional, hasta que se pruebe el delito y la responsabilidad del encarcelado, una vez juzgado debía cumplir con las penas que se han descrito. (...) Existiendo también el arresto domiciliario para las mujeres honestas que sean imputadas de un delito, o también eran conducidas a un monasterio (...) (Fernández Piedra, 2004, p. 79)



Se puede ver también que ya se regula la separación carcelaria entre personas condenadas y las que no tenían sentencia, sin embargo, según el autor, por falta de recursos del Estado, era algo que no se cumplía, ni se cumple hasta la actualidad.

En 1843, se amplían los derechos de la ciudadanía y se elimina el plazo que tiene un juez para emitir la orden motivada cuando existan delitos flagrantes o con fines investigativos. Luego, en 1845, se establece el tiempo de veinte y cuatro horas para que el detenido sea puesto a órdenes de la autoridad competente, además, se garantiza la presunción de inocencia. Más tarde, en 1848 se impone el sistema judicial de jurados, lo cual agilizaba los procesos (Fernández Piedra, 2004).

La Constitución de 1850 reconoce por primera vez la fianza, un monto económico que entrega el imputado para que pueda continuar con el proceso en libertad, establecido de acuerdo a los daños provocados. En 1871, durante el gobierno de García Moreno, entran en vigencia el Código Penal y el Código de Enjuiciamiento Criminal.

(...) Se destaca la atribución y potestad que se otorgó a los tenientes parroquiales, comisarios de policía, alcaldes municipales, jueces letrados de hacienda, el jurado, las Cortes Superiores y la Corte Suprema, quienes eran competentes para conocer y procesar a los imputados, y para dictar medidas de seguridad o cautelares para asegurar el reparo del delito y cumplimiento de la sanción”.

(Fernández Piedra, 2004, p. 82)

En la Constitución de 1878 existen muy pocos cambios con respecto a la prisión



preventiva, destacando que se mantiene la obligación del juez de emitir la orden motivada, con la diferencia de que será el custodio del centro penitenciario quien lo exija, pues de lo contrario podría ser denunciado junto al juez de detención arbitraria (Fernández Piedra, 2004).

Las siguientes normas supremas no establecen cambios profundos en lo referente a la medida de última *ratio*. En 1906, durante el gobierno de Eloy Alfaro, se dan cambios importantes, pues se pone en vigencia un nuevo Código de Enjuiciamiento Criminal y otro Código Penal también. En lo principal, queda proscrita la pena de muerte y se regula la obligación de tener orden de autoridad competente para el allanamiento (Fernández Piedra, 2004).

Con la Constitución de 1945, deja de existir la prisión por obligaciones civiles, puesto que para ello existen trámites determinados por la ley, observando también el principio de proporcionalidad. Se amplía el plazo de detención en delito flagrante hasta cuarenta y ocho horas antes de que el juez emita la orden. Además ya se habla de la figura del habeas corpus, esto es que cuando se han violado normas constitucionales al detener a una persona, ésta puede reclamar la libertad, que en esa época la disponía el Presidente del Consejo del Cantón (Fernández Piedra, 2004).

Entre 1979 y 1997 no hubo profundas modificaciones constitucionales:

(...) Pese a las garantías establecidas para los ciudadanos, existieron muchos



abusos por parte de las autoridades, mas aún por la lentitud con la que se tramitan los procesos penales, guardando prisión sin sentencia durante un largo tiempo un gran número de personas que se encontraban con órdenes de prisión preventiva, por tiempo superior a un año, por estos atropellos, en la Constitución de 1998 se crea en el Art. 24, numeral octavo, los plazos que ha de tener esta medida cautelar (...) (Fernández Piedra, 2004, p. 86)

Estos plazos son de seis meses para aquellos delitos cuya pena sea la prisión de hasta cinco años y de un año para los que tengan una pena mayor de cinco años de prisión, los cuales se mantienen hasta la actualidad.

Presupuestos procesales

El Doctor William López Arévalo, nos enseña que existen cinco presupuestos para que proceda la medida cautelar de prisión preventiva, éstos son:

Fomus boni iuris.

(...) esto es, que del proceso se desprenda la existencia de indicios claros, concordantes y suficientes de que se ha cometido un hecho que reviste los caracteres de un delito de acción pública sancionado con una pena superior a un año de prisión; y, que igualmente consten indicios suficientes, sólidos, racionales y fundados de que el procesado es autor o cómplice del mismo. (López Arévalo, 2014, p. 70)



Esto guarda relación con tres de los requisitos que deben concurrir según el Art. 534 del COIP para que se dicte la medida cautelar de prisión preventiva, éstos son:

Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

Podemos observar que existe un cambio respecto del antiguo Código de Procedimiento Penal, pues hoy se habla de elementos de convicción y no de indicios. Esto quiere decir que basta con que el Juez cuente con argumentos que le permitan llegar al convencimiento de que ha existido el cometimiento de un delito, el cual debe enmarcarse dentro de la acción penal pública, esto es cuando el Estado inicia la acción penal, a través de la Fiscalía, tal como lo reconoce el Art. 411 del COIP. Con esto, tenemos que la prisión preventiva sería aplicable a todos los delitos, excepto la calumnia, la usurpación, el estupro y los de lesiones que produzcan incapacidad o enfermedad hasta de 30 días (en casos de tránsito y violencia contra la mujer y la familia sí aplica), los cuales, de acuerdo al Art. 415 son de ejercicio privado de la acción.

Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.

El legislador nos vuelve a hablar de elementos de convicción, esta vez los califica de claros y precisos, lo cual denota que el razonar del juez debe conducir inevitablemente a considerar que la persona procesada participó en el delito bajo la figura de la autoría o la complicidad.



En el COIP se cambia la palabra indicios por elementos de convicción, lo cual no es un detalle menor, pues éstos últimos prestarían una seguridad mayor de la participación del procesado en el delito, ante la exigencia de que sean claros y precisos, a lo que se sumaría la sana crítica del juez.

El Código de Procedimiento Penal del Año 2000 señalaba:

Art. 87.- Presunciones.- Las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes.

Art. 88.- Presunción del nexo causal.- Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:

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



- d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente. (CPP, 2001)

Es importante, así mismo, dar una definición de elemento de convicción:

(...) “conjunto de actuaciones que permiten en conjunción, arrojar sospechas sobre el hecho y su autor” (...) (Mata, 2003, p. 331).

Podríamos decir también que es el conjunto de evidencias, objetos, instrumentos y documentos que forman parte de la investigación, que sirven para inferir la existencia de un hecho y la vinculación de éste con una persona determinada. También se puede interpretar que el indicio es una parte de los elementos de convicción, el conjunto de indicios forma un elemento de convicción.

Por otro lado, el COIP establece como grados de participación en la infracción a la autoría y a la complicidad, quedando proscrita en el nuevo sistema la figura del encubrimiento.

El Art. 42 del COIP determina que serán autores directos quienes cometan la infracción directamente y los que estando en posición de garantes no impidan o traten de impedir el cometimiento de la misma.

Son autores mediatos quienes induzcan a otra persona a cometer el ilícito y esa



sea la causa de su ejecución, los que ordenen el cometimiento de la infracción aprovechándose de otras personas mediante cualquier medio fraudulento, aquellos que por cualquier medio coercitivo obliguen a otra persona a cometerla y quienes tengan poder de mando en una organización delictiva; y, coautores, los que colaboren principalmente en la infracción mediante un acto necesario para la ejecución (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Mientras que el Art. 43 nos indica que son cómplices las personas que intencionalmente cooperen con actos secundarios, simultáneos o anteriores al ilícito, pero sin los cuales la infracción se habría cometido (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.

Esta vez el numeral tercero utiliza la palabra indicios, lo cual tiene, a nuestro criterio, una exigencia más precisa para fundamentar los elementos de convicción. Sin embargo, el centro del asunto en este punto está en determinar que otra medida cautelar no pueda garantizar por sí sola la comparecencia del procesado y que la pena sea cumplida.

A continuación, se detalla una definición de indicio:

“Circunstancia que, en conjunción con otras, permite deducir razonadamente que se ha producido un determinado hecho e incluso tenerlo por probado” (Real Academia Española, 2019).



De lo que se acaba de analizar, se desprende el carácter de *última ratio* de la prisión preventiva, pues el fiscal debe demostrar que las medidas alternativas son insuficientes para cumplir con los fines indicados.

(...) El fiscal tiene que exponer los hechos **H** que, más adelante, podrían ser subsumidos bajo **S**. Es decir: él tiene que presentar todos los fenómenos vitales (hechos) que permiten la conclusión jurídica: “la prisión preventiva es necesaria para asegurar su presencia (...)”. Si el fiscal no presenta los hechos necesarios para la subsunción, su solicitud es improcedente (...) (Krauth, 2018, p. 34)

Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

La rigurosidad y el impacto que implica la prisión preventiva exigen que sea aplicable a ilícitos de gravedad considerable, por lo que el legislador ha restringido su utilización para infracciones sancionadas con más de un año de prisión. De acuerdo con este numeral, no sería aplicable la prisión preventiva para contravenciones, sino únicamente para delitos.

“La prisión preventiva no deberá ser usada en casos de infracciones penales menores” (...). (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 126).

Respecto a este numeral, se ha sostenido que se debería incrementar a dos años



como el mínimo de la pena correspondiente a los delitos para los que procede la prisión preventiva, puesto que, en muchos casos de infracciones leves, se dicta esta medida cautelar.

A todo esto, debemos añadir la procedencia a petición de parte que establece el Art. 534 del COIP, en este caso del fiscal, ya que el juez no puede dictar la prisión preventiva de oficio o sin que exista esa solicitud de parte de la fiscalía.

Persecución de fines constitucionalmente legítimos.

Antes de estudiar este presupuesto procesal, es importante analizar el Art. 77.1 de la Constitución de la República, puesto que de éste se desprenden los fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva:

Art. 77. 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 no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y 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 formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. (Constitución, 2008, p. 33)



El Dr. William López Arévalo hace una crítica respecto a una de las finalidades de esta medida que establece el COIP, sin embargo, es la Constitución de la República, promulgada con anterioridad al código, la que la reconoce primero y más bien el texto de la ley secundaria se acomodó a la norma constitucional.

(...) Nos sorprende que un Código moderno, como es el Código Integral Penal ecuatoriano, determine como uno de los fines de la prisión preventiva “el garantizar el cumplimiento de la pena”, ya que este fin, es propio de los sistemas inquisitorios, por tanto, inaceptable en un Estado Constitucional, ya que se convierte a la prisión preventiva en un anticipo de pena, atentando contra su naturaleza estrictamente cautelar (...) (López Arévalo, 2014, p. 83)

Definitivamente, no se puede considerar el aseguramiento de la pena como una finalidad de esta medida cautelar, pues si aceptamos esta situación, estaríamos frente a una presunción de culpabilidad, lo cual es inaudito y vulnera, entre otros, el derecho a la seguridad jurídica. Además, la Constitución de la República debe entenderse en unidad, por lo que el COIP debería ser reformado en esta parte, pues, aunque ha sido adaptado a una parte de la Norma Suprema, contraviene claramente otro de sus principios básicos como la presunción de inocencia.

Una de las novedades que tuvo la reforma constitucional es la incorporación de otra finalidad de la prisión preventiva, que es garantizar el derecho de la víctima a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones. Esto representa una nueva forma de ver la prisión preventiva, que siempre ha estado centrada en el procesado y no en la parte



afectada. El hecho de que la justicia sea efectiva conlleva a su vez una parte de la reparación integral de la víctima.

Este apartado constitucional está relacionado con el Art. 78 de la Norma Suprema, que en su última parte establece lo siguiente:

(...) “Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado” (...) (Constitución, 2008).

Volvamos a los fines constitucionalmente legítimos:

Estos no pueden ser otros que los fines de la prisión preventiva aceptados constitucionalmente: Garantizar la presencia del procesado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba; evitar que el procesado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima; y, evitar el riesgo o peligro de reiteración delictiva. (López Arévalo, 2014, p. 70)

Garantizar la presencia del procesado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

El juez debe examinar con profundidad y detenimiento si en realidad existe este peligro, analizando la gravedad de una posible pena y el arraigo social (López Arévalo, 2014), que consiste en aquellos elementos que ligan a una persona a un lugar, como por ejemplo su trabajo, su familia o su domicilio. De existir alguno de ellos, se presume que



hay menor riesgo de fuga, por lo que disminuye la necesidad de aplicar la prisión preventiva.

Regla general para determinar la intensidad del peligro procesal: entre más grave es el delito, menos alta tiene que ser la posibilidad de la no-comparecencia. No obstante, si no existe el riesgo de que la persona procesada evite el proceso, incluso delitos altamente graves no pueden justificar la prisión preventiva: No existe ningún automatismo entre gravedad de la pena y peligro procesal. (Krauth, 2018, p. 56)

El hecho de que la infracción sea considerada como grave está influenciado por un conjunto de elementos que generan conmoción en la sociedad, como la violencia utilizada, la planificación o el buscar complicidad, a diferencia de un delito aislado (Zavala Baquerizo, 1990).

Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba.

Esto se refiere a que el juez debe analizar si el procesado está realmente en condiciones y tiene posibilidades de acceder a las fuentes de prueba e incidir sobre ellas. Lo que se protege es la investigación procesal (López Arévalo, 2014).

Evitar que el procesado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Es el único presupuesto que tiene como finalidad proteger a la víctima (López



Arévalo, 2014) de una posible revictimización o, peor aún, del cometimiento de un nuevo delito. El juez tiene que hacer un análisis de los elementos acreditados por el fiscal para determinar qué tipo de relación había entre el procesado y la víctima, pues este riesgo se ve reducido si no existe vínculo alguno.

Evitar el riesgo o peligro de reiteración delictiva.

En este caso, lo que se pretende es proteger a la sociedad de que el procesado vuelva a cometer un nuevo delito. Aquí surgen dos problemas, pues por un lado, al hablar de reiteración estamos suponiendo que el procesado es culpable, lo cual vulnera una vez más la presunción de inocencia; y, por otro lado, la única forma de evitar este riesgo es revisar los antecedentes penales de la persona procesada (López Arévalo, 2014), siendo esta una situación muy controvertida, pues podría ser considerada como discriminatoria.

“Desde luego, debe descartarse del todo el peligro de reiteración delictiva, propio de los fines de las sanciones penales. No es motivo para implementar la prisión preventiva, no tiene fines punitivos, no es una pena adelantada” (...) (Bello Merlo, 2019, p. 20).

El análisis de algunas circunstancias, como la psicología de la víctima y la historia de vida del procesado, pueden orientar acerca de lo peligroso que éste puede ser para la sociedad, con la finalidad de que el juez tome una decisión sobre la utilidad o no de la prisión preventiva (Zavala Baquerizo, 1990).

Necesidad.

En este punto podemos observar la característica de subsidiaridad o de *última*



ratio convertida en un presupuesto. Se trata, en pocas palabras, de que las medidas alternativas a la prisión preventiva no sean suficientes (López Arévalo, 2014) para asegurar la presencia del procesado en el proceso y, como establece el COIP, el cumplimiento de la pena. Este presupuesto procesal está recogido dentro del mencionado código, en el numeral 3 del Art. 534.

Proporcionalidad en sentido estricto.

Lo que se pretende en este apartado es que el menoscabo al derecho particular sea proporcional al beneficio colectivo que se busca (López Arévalo, 2014). En este caso, el privarle de la libertad a una persona que se presume inocente tiene que ser consecuente con ese interés grupal, que puede ser, por ejemplo, evitar el riesgo de fuga, que pondría en serio peligro a la efectividad del sistema judicial.

(...) la prisión provisional debe ser proporcionada en relación con el derecho fundamental sacrificado (la libertad del imputado); este juicio deberá ser realizado por el juez en el caso concreto, atendiendo a las específicas circunstancias que concurran. En definitiva, tanto la concreta medida adoptada por el juez (contenido) como su extensión en el tiempo (duración), deben respetar la señalada proporcionalidad. Y en todo caso, continuará mientras permanezcan las circunstancias (características de la revocabilidad o provisionalidad).” (López Arévalo, 2014, pp. 72-73)



Motivación.

La motivación de las resoluciones es una obligación constitucional no solo de las autoridades judiciales, sino también de las administrativas. El Art. 77 numeral 7 literal l) de la Norma Fundamental señala:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (Constitución, 2008, p. 57)

De manera más específica, el COIP establece este presupuesto en su Art. 540:

“La aplicación, revocatoria, sustitución o revisión de la prisión preventiva, será adoptada por la o el juzgador en audiencia, oral, pública y contradictoria de manera motivada” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150).

En el caso específico de la prisión preventiva, la fundamentación es obligación del fiscal, mientras que la motivación es deber del juez, que la acepta o la niega. Al ser tan discutida su aplicación en un Estado constitucional, es de suma importancia el derecho que tiene el procesado de saber las razones por las que se aplica dicha medida (López Arévalo, 2014).



Si no existe fundamentación en la solicitud del fiscal, el juez debería rechazarla (Krauth, 2018), en tanto que, si no existe motivación en la resolución del juez, la consecuencia es que la orden de prisión preventiva será nula, de acuerdo a la norma constitucional analizada anteriormente.

Aplicación de la prisión preventiva en el Ecuador

La prisión preventiva en la Constitución de la República del Ecuador.

Como ya se ha señalado anteriormente, la Constitución de la República del Ecuador establece principios fundamentales que pueden resultar vulnerados con la aplicación de la prisión preventiva. Es por esto, que aparte de los mismos, la Carta Magna recoge ciertos mecanismos (López Arévalo, 2014) que sirven para disminuir la aparente contradicción existente entre esta institución y los derechos de la persona procesada, entre éstos está el Art. 77.1, citado con anterioridad.

Después de la enmienda constitucional que resultó de la consulta popular del año 2011, se puede apreciar que la Norma Suprema ya no la reconoce como excepcional (Vintimilla & Villacís, 2013), sino que señala que la prisión no será la regla.

(...) desde esta reforma constitucional y gracias, incluso, a la práctica judicial se ha introducido el principio de mera legalidad o simple legalidad como base de aplicación de la prisión preventiva, pues la parte *in fine* del artículo constitucional 77.1 cambia de redacción y pasa de una visión de aplicación directa y constitucional a una simple remisión legal (...) (Vintimilla & Villacís, 2013, p. 120)



Por otro lado, es importante que se determine la excepción para los delitos flagrantes, pues éstos son aquellos cometidos en presencia de una o más personas o cuando después de haber sido cometidos, el infractor es aprehendido de manera inmediata, con armas, instrumentos o documentos utilizados en el ilícito (Zavala Baquerizo, 1990); ante esta situación, las actuaciones de la policía, del fiscal y del juez deben ser ejecutadas con agilidad, dado que ya existen elementos de convicción, es por esta razón que existe un límite de veinticuatro horas.

Continuemos con el análisis del Art. 77 del texto constitucional:

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por juez 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. (Constitución, 2008, p. 33)

Lamentablemente, en algunos centros penitenciarios del país no se cumple esta garantía constitucional que establece la separación entre los detenidos provisionalmente y los condenados mediante sentencia en firme.

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.

(Constitución, 2008, p. 34)

Esta garantía para los presos preventivos apareció por primera vez en la Constitución de 1998, que la reconocía casi en los mismos términos. Es un avance importante en el proceso penal ecuatoriano, puesto que antes de que sea incorporado al texto constitucional no existía la caducidad de la prisión preventiva, lo cual hacía que en muchos casos una persona contra quien se dictaba esta medida cautelar permanezca encarcelada por más tiempo del que duraría la condena (Zavala Baquerizo, 1990).

El apartado está relacionado con el Art. 7 numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece lo siguiente:

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. (Pacto de San José, 1978)

Esto significa que, transcurridos estos plazos, el juez o jueza deberá ordenar la libertad del procesado y podrá ser objeto de sanción administrativa si su demora en la tramitación de la causa ha sido injustificada. Por el contrario, si caducada la prisión preventiva no ordena la libertad inmediata del procesado, podría incurrir en el delito de detención ilegal y arbitraria. Esta garantía constitucional guarda relación con la característica de caducidad de la prisión preventiva.



También es necesario señalar que el COIP no incluye la clasificación de las penas de prisión y reclusión que establecía nuestro antiguo Código de Procedimiento Penal; sin embargo, este cuerpo legal soluciona esta situación en el Art. 541:

“4. Para efectos de este Código, de conformidad con la Constitución, se entenderán como delitos de reclusión todos aquellos sancionados con pena privativa de libertad por más de cinco años y como delitos de prisión, los restantes” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150).

De darse la caducidad, el procesado debe recuperar la libertad inmediatamente, pues no existe justificación para que el Estado mantenga a una persona que es considerada inocente privada de la libertad por un tiempo indefinido, lo cual garantiza también el derecho a la seguridad jurídica.

“11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley” (...) (Constitución, 2008).

Aquí podemos observar que la Constitución le impone un deber al juez o jueza, que es aplicar, en la medida de lo posible, otras medidas cautelares menos graves. Esta situación está directamente relacionada con la característica de subsidiariedad o *última ratio* analizada con anterioridad. Las medidas alternativas a la prisión preventiva serán tratadas posteriormente.

La prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal.

Art. 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona



procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio pública de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 149)

Casi todos los elementos de este artículo han sido analizados con anterioridad. Como se dijo en su momento, no es correcto que uno de los fines sea el cumplimiento de la pena. Es importante también referirse al último inciso de la norma citada, en el que se señala el caso en que el procesado haya incumplido una medida alternativa a la prisión preventiva.

Esto no quiere decir que, ante esta situación, el juez debería en todo caso dictar la



medida de *última ratio* de forma directa, pues simplemente está obligado a tomar en consideración el incumplimiento conservando intacta su facultad para resolver sobre su procedencia.

Art. 535.- Revocatoria.- La prisión preventiva se revocará en los siguientes casos:

1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.
2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia.
3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva.
4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 149)

El numeral 1 de esta norma es totalmente lógico y coherente, pues se refiere al caso de que se haya dictado la prisión preventiva en base a unos indicios o elementos de convicción que luego han sido desvanecidos por el procesado, resultando un despropósito que, en este caso, continúe privado de su libertad.

En cuanto al numeral 2, se debe señalar que el sobreseimiento puede ser dictado en la audiencia preparatoria de juicio, cuando el fiscal se abstenga de acusar y esta decisión sea ratificada por el superior; o cuando el Juez considere que los hechos no constituyen delito o que los elementos proporcionado por la fiscal no sean suficientes para presumir la existencia del delito o la participación de la persona procesada; o cuando existan causas de exclusión de la antijuridicidad, como la justificación por estado de



necesidad, la legítima defensa y el cumplimiento de una orden legítima y expresa dictada por autoridad competente, conforme lo establece el Art. 30 del COIP. Por último, cuando se ha dictado sentencia absolutoria, ratificando el estado de inocencia del procesado.

Este apartado concuerda con lo que establece la Constitución de la República en su Art. 77 numeral 10:

“Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso” (Constitución, 2008, p. 34).

El numeral 3 trata de la caducidad de la prisión preventiva, que será analizado con detenimiento más adelante, y está relacionado con el Art. 77 numeral 9 de nuestra Carta Magna, el mismo que ya fue analizado con anterioridad, y que se refiere a que la prisión preventiva no puede durar más de seis meses en delitos reprimidos con pena de hasta cinco años y un año en delitos cuya pena exceda de cinco años.

Por último, el numeral 4 se refiere a la declaratoria de nulidad que afecte a la prisión preventiva, la que eliminaría su vigencia. Esta posibilidad podría ocurrir cuando concurren causas suficientes que atenten contra la validez procesal de la prisión preventiva o de la audiencia en la que se ha dictado esta medida cautela; esta nulidad podría ser declarada por un Juez de una instancia superior.

Art. 536.- Sustitución.- La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas



cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 149)

Como vemos, aunque se haya dictado la prisión preventiva, la misma puede ser reemplazada por otras medidas cautelares, sin embargo, el legislador no especifica en qué casos o bajo qué circunstancias se puede dar la sustitución, aparte de los casos especiales. Sería importante que se establezca con mayor claridad esta situación, puesto que puede llevar a la arbitrariedad. El único requisito que señala el COIP de manera implícita es que solo cabe para las infracciones cuya sanción es la prisión de hasta cinco años, dada la prohibición de las demás.

Sin embargo, lo antes mencionado contraviene la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la norma constitucional, en su Art. 77 numeral 1 (López Arévalo, 2014):

(...) “La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva” (...) (Constitución, 2008, p. 33).

Aparte de esta posible inconstitucionalidad de la norma, no parece lógico que, sin establecer reglas claras sobre la sustitución, el COIP restrinja la posibilidad de sustituir la prisión preventiva en determinados delitos.

Por otra parte, es correcto que el incumplimiento de la medida sustitutiva sea



castigado con la medida más grave, es decir, con la prisión preventiva, pues denota el desinterés del procesado por colaborar con la justicia. De lo que podemos concluir que, en este caso, la prisión preventiva está en suspenso y se reactiva cuando el procesado incumpla la medida sustitutiva, a pesar de que el COIP sólo considera la suspensión cuando se ha rendido caución.

Art. 537.- Casos especiales.- Sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, en los siguientes casos:

1. Cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentre hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o el hijo nazca con enfermedades que requieren cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días más.

2. Cuando la persona procesada es mayor de sesenta y cinco años de edad.

3. Cuando la persona procesada presente una enfermedad incurable en etapa terminal, una discapacidad severa o una enfermedad catastrófica, de alta complejidad, rara o huérfana que no le permita valerse por sí misma, que se justifique mediante la presentación de un certificado médico otorgado por la entidad pública correspondiente.

En los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, el arresto domiciliario no podrá cumplirse en el domicilio donde se encuentra la víctima. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pp. 149-150)



Es necesario que el COIP recoja estos casos especiales de sustitución de la prisión preventiva, pues están dedicados a las personas más vulnerables y que necesitan atención especial que no la pueden encontrar si son privadas de la libertad convencionalmente. Estas formas de sustitución guardan relación con normas constitucionales, como los artículos 43, 45 inciso primero, 51 numeral 6 y 363 numeral 6 en el caso de las mujeres embarazadas; los artículos 35, 36, 51 numerales 6 y 7 y de manera especial el Art. 38 numeral 7:

Art. 38.- El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

En particular, el Estado tomará medidas de: (...)

(...) 7. Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario (...) (Constitución, 2008, pp. 17-18)

También encontramos relación con los artículos 35 y 51 numeral 7 *ibídem*, respecto de las personas con enfermedades catastróficas o discapacidad severa. Por otra parte, es lógico que se prohíba el arresto domiciliario en el domicilio de la víctima en los



casos de violencia contra la mujer y la familia o violencia sexual, pues se tiene que evitar a toda costa la revictimización y lo que es peor, la reiteración del delito.

En este punto observamos que la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, aún en los casos especiales, puede resultar imposible si el procesado no tiene domicilio fijo, como podría ser el caso de una mujer embarazada extranjera, de paso por el lugar en donde cometió el delito y residente en un hotel. O de un indigente de la tercera edad que sólo pernocte en lugares de acogida.

“Art. 538.- Suspensión.- Se suspenderá la prisión preventiva cuando la persona procesada rinda caución” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 149).

La caución es una garantía económica que la rinde el procesado para asegurar su comparecencia al proceso, y que, en caso de no acudir a la audiencia de juicio, se hará efectiva, destinándose el valor de la caución para la reparación integral de la víctima y, de haber excedente, se lo devolverá al obligado. Además, la caución podrá rendirla una tercera persona que actúa en calidad de garante, a quien se le hará efectiva su garantía si el procesado no comparece a la audiencia de juicio; en este caso, al garante le quedan las acciones civiles en contra del garantizado para exigirle la devolución de los valores que perdió por la efectivización de la caución.

“La caución es una garantía. En materia penal, lo que garantiza es que el procesado se presente al proceso. En consecuencia, rendida tal garantía, la prisión preventiva se suspende, pues, su fin, es la libertad del procesado” (López Arévalo, 2014, p. 86).

En nuestro sistema procesal penal, la caución puede ser hipotecaria, con escritura



pública inscrita; o dar en prenda bienes muebles justificando su dominio; o en dinero en efectivo, cheque certificado o carta de garantía; o por una póliza de garantía de fianza conferida por una aseguradora constituida en forma legal, a beneficio de la judicatura que dicte la medida; o, por último, por medio de un garante, quien debe justificar la propiedad de los bienes que presenta, conforme lo establece el Art. 546 del COIP.

También es necesario señalar que el procesado no queda liberado del proceso ni de la pena cuando se hace efectiva la caución; y que, si es absuelto, no tiene derecho a la devolución de los valores de la caución si esta se hizo efectiva por su incumplimiento, como lo establecen los numerales 4 y 5 del Art. 547 del COIP.

Art. 539.- Improcedencia.- No se podrá ordenar la prisión preventiva, cuando:

1. Se trate de delitos de ejercicio privado de la acción.
2. Se trate de contravenciones.
3. Se trate de delitos sancionados con penas privativas de libertad que no excedan de un año. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150)

Esto significa que no procede la prisión preventiva en los delitos de calumnia, usurpación, estupro y las lesiones que produzcan enfermedad o incapacidad hasta treinta días, excepto cuando se trate de violencia contra la mujer o la familia y delitos de tránsito, que corresponden al ejercicio privado de la acción penal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Tampoco se podrá dictar cuando el objeto del proceso sea una contravención, es



decir, aquellas infracciones que son sancionadas con penas no privativas de la libertad o con prisión de hasta treinta días. Obviamente, tampoco procede en delitos sancionados con prisión inferior a un año, pues iría en contra de uno de los requisitos que establece el Art. 534.

“Art. 540.- Resolución de prisión preventiva.- La aplicación, revocatoria, sustitución, suspensión o revisión de la prisión preventiva, será adoptada por el juzgador en audiencia, oral, pública y contradictoria, de manera motivada” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150).

Este artículo está relacionado con la característica de la prisión preventiva de ser motivada, pues el juez debe fundamentar la resolución en derecho, además de explicar la relación de la norma con los hechos, demostrando que se han cumplido los requisitos necesarios para dictar esta medida. Pero además de esto, el COIP impone la obligación de hacerlo en audiencia pública, oral y contradictoria, pues solo así las partes podrán hacer valer sus derechos y evitar arbitrariedades.

Art. 541.- Caducidad.- La caducidad de la prisión preventiva se regirá por las siguientes reglas:

1. No podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.
2. No podrá exceder de un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150)

Como ya se analizó anteriormente, estos tiempos de caducidad se encuentran



recogidos también por la Constitución de la República, en aras a garantizar la seguridad jurídica que tiene la persona que se presume inocente, recuperando su libertad si el Estado en ese lapso no ha alcanzado, por diversas razones, a declarar su responsabilidad penal.

“3. El plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectiva la orden de prisión preventiva. Dictada la sentencia, se interrumpirán estos plazos” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150).

Esto quiere decir, que el tiempo desde que se cuenta la caducidad inicia desde que el procesado ingresa al centro penitenciario y no desde que el juez dicta la orden. Naturalmente, la sentencia que se dicte en el proceso detiene el plazo de caducidad, siendo en este caso innecesaria esta figura, dado que, si ratifica la inocencia, el procesado recuperará inmediatamente la libertad; mientras que, si se dicta sentencia condenatoria, la prisión preventiva, al igual que en el anterior caso, habrá concluido pues su privación de libertad se convierte en pena, debiendo descontarse el período que estuvo detenido con prisión preventiva del total de la pena impuesta.

El numeral cuarto ya fue analizado con anterioridad.

5. La orden de prisión preventiva caducará y quedará sin efecto si se exceden los plazos señalados, por lo que la o el juzgador ordenará la inmediata libertad de la persona procesada y comunicará de este particular al Consejo de la Judicatura.

6. Si por cualquier medio, la persona procesada evade, retarda, evita, o impide su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad, esto es, por causas no imputables a la administración de justicia, la orden de prisión



preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá de pleno derecho el decurso de plazo de la prisión preventiva. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150)

Esta norma impide que existan abusos de la parte procesada para dilatar el proceso y conseguir la caducidad, ya que es evidente que no puede beneficiarse de actos que atentan a la lealtad procesal. Esta figura es una garantía que tiene el procesado cuando no se cumplen los tiempos por razones ajenas a él, siempre y cuando actúe dentro del marco del debido proceso.

4. Si la dilación produce la caducidad por acciones u omisiones de jueces, fiscales, defensores públicos o privados, peritos o personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina y ciencias forenses, se considerará que incurren en falta gravísima y deberán ser sancionados conforme las normas legales correspondientes. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150)

Esta es una norma que castiga el incorrecto proceder de los funcionarios que tienen una responsabilidad muy delicada dentro del proceso y que no se puede permitir, sea el caso de que actúen con la intención de beneficiar al procesado o sea por negligencia manifiesta.

8. Para la determinación de dicho plazo, tampoco se computará el tiempo que transcurra entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de las sentencias sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando estas sean negadas.



9. La o el juzgador en el mismo acto que declare la caducidad de la prisión preventiva, de considerarlo necesario para garantizar la inmediación de la persona procesada con el proceso, podrá disponer la medida cautelar de presentarse periódicamente ante la o el juzgador o la prohibición de ausentarse del país o ambas medidas. Además, podrá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

10. La persona procesada no quedará liberada del proceso ni de la pena por haberse hecho efectiva la caducidad de la prisión preventiva, debiendo continuarse con su sustanciación.

La o el fiscal que solicite el inicio de una nueva causa penal por los mismos hechos, imputando otra infracción penal para evitar la caducidad de la prisión preventiva, cometerá una infracción grave de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 150)

Evidentemente la caducidad de la prisión preventiva no significa que la causa haya terminado, es por eso que el numeral 9 del artículo que es objeto de análisis permite que el juez dicte medidas alternativas, las cuales son de suma importancia, pues el procesado ha quedado en libertad y es importante que se garantice su presencia en lo que queda del proceso. Por otro lado, en la práctica se ha visto que algunos fiscales pretenden acusar al procesado por los mismos hechos para que no opere la caducidad, lo cual es lamentable y debe ser sancionado administrativamente, como lo establece la norma.

En conclusión, la caducidad de la prisión preventiva opera cuando se superan los



plazos máximos por inoperancia de la Función Judicial; y se suspenden dichos plazos si la demora se debe a maniobras dilatorias de los procesados para beneficiarse, en esa forma, de la figura de la caducidad y recuperar su libertad gracias a sus artimañas.

Art. 542.- Incumplimiento de las medidas.- Si la persona procesada incumple la medida cautelar no privativa de libertad, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador una medida cautelar privativa de libertad. En el caso de mujeres embarazadas, cumplirán la medida cautelar privativa de libertad, en secciones separadas, en los centros de privación de libertad (...) (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 151)

Como se puede observar, en caso de incumplimiento de cualquier medida cautelar, el juez podrá dictar la prisión preventiva, pero siempre y cuando así lo haya requerido el fiscal, lo cual nos lleva a concluir que no es una obligación que se proceda con la medida más grave en estos casos. Por otro lado, la garantía que establece el COIP para las mujeres embarazadas se da en razón de que son un grupo de atención prioritaria, que necesita de un lugar en el que se le puedan dar todas las facilidades relativas al embarazo.



Capítulo II

Posiciones en torno a la medida cautelar de prisión preventiva

Existen diversas posiciones alrededor de la institución de la prisión preventiva. Del tema se ha escrito mucho, por lo que se recogerán las opiniones más destacadas de importantes doctrinarios nacionales e internacionales, en base principalmente a dos posturas: la justificación de la prisión preventiva, dentro de la cual encontramos, por un lado, a los *iluministas* y por otro lado, la concepción cautelar (Dei Vecchi, 2013). Al otro extremo, encontramos las posiciones en contra de la prisión preventiva, en donde se analizarán los comentarios de juristas como Luigi Ferrajoli, Ramiro Ávila Santamaría, entre otros.

Justificación de la prisión preventiva

Como veremos más adelante, existen diversas formas de justificar la prisión preventiva, por una parte, están las más inquisitivas, en las que se defiende el derecho de intervenir que tiene el Estado sin mayor restricción, alegando que el encarcelamiento protege a la sociedad de los peligros a los que está expuesta al dejar en libertad a un sospechoso; por otra parte, están los criterios que la consideran necesaria exclusivamente en determinados casos, evitando así la impunidad y protegiendo la libertad como regla general.

Los iluministas.

A fines del siglo XVIII, existía un grupo de juristas que se manifestaba a favor de la



prisión preventiva, conocidos como los *iluministas* (Dei Vecchi, 2013), entre los que se encontraban Césare Beccaria y Vincenzo Manzini. Su argumento central era atacar la presunción de inocencia, principio que en la actualidad es universalmente reconocido y casi indiscutible, sin embargo, en aquella época la realidad era distinta.

Hasta ese momento existía más bien una suerte de presunción de culpabilidad (Dei Vecchi, 2013), una posición que podría considerarse altamente inquisitiva, en la que supuestamente se protegía a la sociedad, pero el procesado tenía muy pocos derechos. Existen, a criterio del autor citado, dos momentos históricos que caracterizan a esta concepción, uno fuertemente influenciado por el positivismo criminológico:

(...) “considerar inocentes a acusados biológicamente predispuestos al crimen resultaba irracional desde todo punto de vista. La prisión preventiva era de tal modo una medida de protección social paradigmática e indispensable” (...) (Dei Vecchi, 2013, p. 195).

Además, estaba del otro lado la *Escuela técnico-jurídica*, según la cual eran estos principios garantistas, como la presunción de inocencia que en ese momento no era reconocida más que teóricamente, las que entraban en conflicto con la prisión preventiva (Dei Vecchi, 2013) y no viceversa, como se considera actualmente.

Jorge Zavala Baquerizo.

Consideraciones generales sobre la prisión preventiva.

El reconocido jurista ecuatoriano considera a la prisión preventiva como una medida necesaria para protección tanto del Estado como de la sociedad, puesto que, mientras impide que la persona continúe violando la ley, ampara a los ciudadanos de la



vulneración de sus derechos y refuerza la seguridad que les ha sido ofrecida (1990). Sin embargo, hace una fuerte crítica al exceso en la aplicación de esta medida y la admite como procedente únicamente en los casos en que el juez la suponga indispensable.

La privación preventiva de la libertad es una cuestión ineludible para el Estado, pero esto no quiere decir que su aplicación esté sujeta a la libre disposición de los jueces (Zavala Baquerizo, 1990). Pensamos que, si bien la orden de prisión preventiva debe cumplir con determinados requisitos legales, debe intervenir también la sana crítica del juzgador para determinar si realmente existe, por ejemplo, riesgo de fuga. El cumplimiento de tales presupuestos podría ser contrarrestado si se ha presentado arraigo social suficiente.

Para Zavala Baquerizo, el abuso de la prisión preventiva se da porque el juez no hace un análisis exhaustivo sobre si realmente se trata de un delito o de una contravención; no verifica si se han cumplido a cabalidad los requisitos legales para que proceda la misma o la acepta sin que exista una solicitud debidamente fundamentada por parte del fiscal (1990). Además, explica que una de las consecuencias de este exceso es el surgimiento de posiciones radicales en contra de esta institución:

(...) Precisamente por el abuso de la práctica es que se ha llegado a considerar la posibilidad de su suspensión, queriendo en esta forma caer en el otro extremo, peligroso de por sí, que significaría la exclusión definitiva de esta medida cautelar, lo que permitiría el atropello y la violencia ante la seguridad que tendría el infractor de que hasta que medie una pena legalmente impuesta, es decir, en sentencia, no podría ser reducido a prisión. Nuestro pueblo, como la mayoría de los del mundo,



aun no se encuentra debidamente preparado para aprovechar de la libertad provisional sin límite alguno". (Zavala Baquerizo, 1990, p. 202)

Opina el autor que la medida de *última ratio* es un daño infligido al procesado, pero que al mismo tiempo es imperativa, pues está de por medio la protección del orden social. La derogatoria de la misma podría provocar que los delincuentes se sientan en una especie de anarquía; por otro lado, se debe entender que la vigencia de un ordenamiento jurídico dentro de un Estado constitucional conlleva la existencia de la prisión preventiva (1990).

Consideramos que la posición adoptada por el Dr. Zavala Baquerizo es bastante centrada, sin inclinarse por ningún extremo, logra aceptar una doble realidad que no divisan las posiciones más radicales, que es por un lado el abuso de la referida medida y, por otro, la necesidad de la misma, planteando así que la única solución es remitirse estrictamente a los presupuestos procesales establecidos en la ley antes de ordenarla, incluso pudiendo darse el caso en que aún cumplidos tales requisitos, el juez pueda abstenerse de dictarla (1990).

Planteamientos legales sobre la prisión preventiva.

El referido doctrinario considera que la prisión preventiva debería ser aplicada únicamente a los delitos sancionados con más de dos años de prisión, es decir, propone una reforma legal. Cabe señalar que lo que lleva al autor a tomar esta postura es el hecho de que en la época en que escribe su obra no existía la caducidad, lo cual provocaba que,



en muchos casos, como se vio en el capítulo anterior, la medida cautelar dure más que una eventual condena (1990).

Opinamos que lo que más conviene a la sociedad es no hacer uso de la prisión preventiva sino en el caso de que el delito cometido por el sujeto pasivo del proceso estuviere sancionado con una pena que exceda de dos años de prisión correccional. Sin embargo, también hemos considerado que la sociedad debe ir gradualmente adaptándose a la idea de que la prisión preventiva no constituye una pena, sino una medida cautelar, y es por eso que adoptamos el principio de que dicha prisión podría ir suprimiéndose paulatinamente y de allí que consideremos que el juez debe abstenerse de dictarla si el delito cometido por el sujeto pasivo del proceso no se encuentra sancionado con una pena que exceda de un año de prisión correccional. (Zavala Baquerizo, 1990, p. 231)

También ha propuesto que la prisión preventiva no sea aplicable en delitos culposos (1990), lo cual en la actualidad es preocupante en algunos casos específicos, como, por ejemplo, en un delito culposo de tránsito cometido en estado de embriaguez, con resultado de muerte de una persona y cuya pena puede ser de hasta doce años de prisión (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Por esta razón, consideramos que una reforma en ese sentido podría resultar desproporcionada desde el punto de vista legal.

Su opinión acerca de la procedencia de la prisión preventiva.

Lo dicho nos lleva a pronunciarnos, desde el punto de vista científico, a favor del



sistema por el cual la prisión preventiva sólo debe ser ordenada cuando el juez la considere necesaria para los fines del proceso y para la protección de ciertos valores sociales e individuales. Pero cuando el juez considere que esa necesidad ha sido superada, o cuando estime que ningún beneficio desde el punto de vista del proceso reporta la prisión preventiva del acusado, debe abstenerse de ordenarla. La medida, pues, tiende a limitar los efectos negativos que tanto para el acusado como para sus familiares reporta la prisión preventiva. (Zavala Baquerizo, 1990, p. 218)

En resumen, según Zabala Baquerizo, para que se pueda dictar la orden de prisión preventiva, es necesario que concurren dos circunstancias: por un lado, que se reúnan los requisitos legales previamente establecidos y, por otro lado, que el juez, de acuerdo a su sana crítica considere que existe un riesgo procesal. En cambio, para que el juez rechace la solicitud de prisión preventiva tan solo hace falta que en base a su criterio concluya que no existen riesgos procesales, aun cuando se hayan cumplido los requisitos.

Ever Bello Merlo.

Generalidades sobre la prisión preventiva.

Según el jurista peruano Ever Bello Merlo, la prisión preventiva implica la más grave afección a la libertad individual, ya que significa privar de la misma a una persona, mientras que otras medidas cautelares únicamente se traducen en una reducción de esa libertad. Dicho esto, es importante recalcar su excepcionalidad, por lo que su aplicación será jurídicamente válida exclusivamente en los casos en que las medidas alternativas sean insuficientes (2019).



(...) la prisión preventiva será un termómetro, para medir si el modelo procesal adoptado en el país funciona o no, ya que la misma trae consigo una afectación directa al principio de presunción de inocencia, siendo esta la base para sostener que la prisión preventiva es la excepción de la excepción. (Bello Merlo, 2019)

A prima facie, se podría plantear la inconstitucionalidad de esta medida, a pesar de lo cual, por otro lado, se considera como un mal justificado, es por esto que la aplicación de la misma tiene que ser de *última ratio*. El presupuesto fundamental para que proceda la orden de prisión preventiva es que exista un grado considerable de peligro procesal, sea el caso en que el procesado pueda darse a la fuga o que pueda interferir en las pruebas, tomando en cuenta que éste conserva su estado de inocencia. (Bello Merlo, 2019).

Para el magistrado de Junín, el fiscal debe indagar para solicitar la prisión preventiva, de ser el caso, y no viceversa, siempre y cuando existan los indicios suficientes que la justifiquen y que se pueda demostrar el referido peligro procesal (2019). Esto es importante destacarlo, puesto que no es una opción para el fiscal solicitar esta medida antes de investigar, sino que debe ya demostrar algunos elementos que acrediten la necesidad de la misma.

(...) la realidad judicial y social demuestra que las cárceles están colmadas de



procesados y que la prisión preventiva, contrariamente a su naturaleza y fines, es la regla y no la excepción (...) La legislación comparada ha establecido que una tendencia normativa en América Latina es que la regulación de la prisión preventiva se ha decidido por el establecimiento o al menos el intento de establecer delitos inexcusable (Bello Merlo, 2019, p. 87)

De acuerdo al docente de la Universidad Continental, el juez debe tener en cuenta que los procesos en que se encuentre una persona privada preventivamente de su libertad deben ser despachados de manera expedita, al procesado se le debe dar un trato especial, ya que sigue siendo considerado inocente y existe la probabilidad, aun siendo mínima, de que recupere la libertad, como ya ha sucedido repetidamente (Bello Merlo, 2019).

Motivación de la resolución de prisión preventiva.

Las limitaciones a la libertad que se puedan dar, no quedan sujetas únicamente a la sana crítica del juez. Como bien señala una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, referida por el autor, la validez de esas limitaciones está dada por el hecho de que la orden de prisión preventiva sea razonable y proporcional, dentro de una resolución debidamente motivada. Esto es, sostener los fundamentos de hecho y de derecho de forma imparcial; en el caso específico, la exigencia de la motivación tiene mayor rigurosidad (2019).



(...) la idea del carácter reforzado o cualificado de la motivación exigida para imponer una medida de prisión preventiva, tanto constitucional como legalmente, es porque la resolución judicial compromete no uno, sino dos derechos fundamentales a la par, como son la libertad personal y la presunción de inocencia, a causa de lo cual el estándar de motivación se amplía o expande hacia los requisitos legales que permiten su dictado, en un alcance mayor al de una sentencia condenatoria, fundamentada como esta última en el terreno de las certezas y no de las probabilidades. (Bello Merlo, 2019, pp. 97-98)

En cuanto a la necesidad de que la orden de prisión preventiva sea proporcional, que también está ligado a lo razonable, se debe realizar un análisis de ponderación, que no es más que sopesar derechos constitucionales que chocan en un momento determinado para concluir cuál es el que está por encima del otro y llevar a cabo esa limitación de derechos de manera efectiva y con las herramientas necesarias (Bello Merlo, 2019).

En el caso específico, entraría en conflicto la tutela judicial efectiva con el derecho a la presunción de inocencia y con el derecho a la libertad.

Plazo razonable.

El plazo de una medida excepcional limitativa o restrictiva de la libertad, como la prisión preventiva, por su naturaleza (provisoria) debe ser estricto y estrecho, es



decir, vinculado a un determinado límite temporal y sólo para los fines procesales que motivaron su decreto. (Bello Merlo, 2019, p. 118)

Para Bello Merlo, el plazo razonable debe ser entendido como el período de tiempo en el cual sea posible llevar a cabo un acto procesal, una etapa procesal o el proceso como tal de manera válida y eficaz (2019). Sin embargo, la validez y eficacia que se busca no pueden ser pretexto para retardar un proceso, el plazo razonable denota también celeridad procesal a sabiendas que, en el caso de la prisión preventiva, hay una persona que conserva su estado de inocencia y que necesita una respuesta inmediata.

En términos generales, ninguna persona debería ser sometida a prisión preventiva. Si en realidad se aplicara el principio de excepcionalidad, los procesos serían muy cortos y terminarían una vez cumplido el plazo razonable. Esto haría innecesaria la prórroga de esta medida cautelar, la cual, con mayor razón debe ser excepcional (Bello Merlo, 2019). En el Ecuador, como se vio en el primer capítulo, dicha prolongación está regulada en el COIP de manera tácita, en el caso en que el procesado intente provocar la caducidad.

(...) en definitiva se pretende que una persona aún inocente privada de su libertad provisionalmente, obtenga una sentencia o resolución que ponga fin al proceso penal, independientemente del resultado, de manera oportuna, dentro de los plazos estrictamente necesarios -no confundir con el plazo legal-. Esta implicará a futuro la abrogación de la institución de la prolongación de la prisión preventiva (...) (Bello Merlo, 2019, p. 185)



Podemos concluir que el autor hace hincapié en cuatro pilares fundamentales: la presunción de inocencia, como un principio que debe ser observado en todo proceso hasta que exista sentencia condenatoria; el plazo razonable, como el tiempo estrictamente necesario para poder cumplir con los fines propuestos; la motivación, que debe no solo enunciar los fundamentos de hecho y de derecho sino la pertinencia al caso concreto; y, la proporcionalidad, en el sentido que se justifique el menoscabo de otros derechos.

Lo mencionado nos lleva a colegir que el Doctor en Derecho reconoce como necesaria a la prisión preventiva, aunque a priori hace una dura crítica en contra de esa institución. Propone reducir al máximo su utilización brindando argumentos suficientes desde la óptica del procesado, pero sin dejar de lado la importante tarea que cumplen la parte acusadora y los jueces, que si bien representan al Estado deben tener ciertos límites para evitar caer en el abuso y la arbitrariedad, que es lo que tanto nos preocupa en estos casos.

William López Árevalo.

[...] la aplicación de la prisión preventiva, que es la medida cautelar de mayor lesividad a la libertad, no puede quedar al simple arbitrio o capricho del juez, sino que para su validez y eficacia jurídica, debe cumplir inexorablemente los presupuestos formales y materiales que la ley exige, por eso, las leyes han



establecido con claridad absoluta que "la privación de la libertad solo procede en la forma y en los casos previstos por la ley" cuyo incumplimiento implica vicios de ilegalidad o arbitrariedad. La privación de la libertad no sólo que debe ser racional y justa, sino que debe parecer tal. (López Arévalo, 2014, p. 101)

La prisión preventiva y la libertad personal.

La libertad personal no puede ser un derecho inalienable, puesto que esta situación iría en contra de los derechos de los demás. Es por esto que la ley debe, y así lo hace, regular de manera taxativa los casos en que se puede privar a una persona de la libertad, observando los derechos fundamentales que le asisten (López Arévalo, 2014). Es muy conocido el principio que consiste en que el derecho de una persona termina donde comienza el de la otra, es por esto que, tanto la libertad como cualquier otro derecho deben tener un límite.

Para el autor ecuatoriano, es la sociedad la encargada de determinar qué situaciones pueden provocar la privación de la libertad, a través de un grupo de representantes electos democráticamente (2014), en nuestro caso, la Asamblea Nacional. Esto está relacionado con el aforismo jurídico *nullum crimen nulla poena sine lege* o principio de legalidad, regulado en el Art. 5 numeral 1 del COIP, según el cual, en lo que al tema concierne, no se puede procesar penalmente a una persona por una infracción no regulada en la ley.

López Arévalo señala que lo referido también sirve para garantizar el derecho a la



seguridad jurídica, pues las personas saben con anticipación qué comportamientos conllevan un castigo y se evita el abuso del poder de épocas anteriores. Sin embargo, para que este derecho sea completo, se necesita también que esa privación de la libertad sea dictada por la autoridad jurisdiccional competente (2014).

Generalidades sobre la prisión preventiva.

Es innegable que la prisión preventiva implica una vulneración del derecho a la libertad, en esas condiciones, sería aceptable exclusivamente en el momento en que concurren cabalmente los requisitos legales previamente establecidos (López Arévalo, 2014). En este punto podemos tener una visión clara de la posición del doctrinario ecuatoriano, pues admite abiertamente que el encarcelamiento preventivo es necesario, recalcando el carácter formal de esta medida e insistiendo en el cumplimiento de los presupuestos.

(...) no se puede confundir la prisión preventiva con pena privativa de la libertad, pues, ambas tienen una justificación fáctica y jurídica distinta, ya que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva no es la de una sanción, sino la de una medida cautelar estrictamente -esa es su esencia-; entender lo contrario, significaría un anticipo de pena que solo puede ser impuesta mediante sentencia condenatoria, con lo cual se vulneraría el principio de presunción de inocencia (...) (López Arévalo, 2014, p. 54)

Como veremos más adelante, el centro de la controversia entre las posiciones que



justifican la prisión preventiva y las que la rechazan es el hecho de considerar o no a la prisión preventiva como una pena. Habiendo hecho esta diferenciación entre la prisión como medida cautelar y la prisión como sanción, podemos ubicar a López Arévalo entre las posiciones que justifican la prisión preventiva.

Señala el autor, por otro lado, que las medidas cautelares restringen derechos

como la intimidad y la libertad, además, muchas veces son usadas para dar una apariencia de justicia, a pretexto de la seguridad de las personas. Sin embargo, por otro lado, son indispensables para el correcto funcionamiento de la tutela judicial, ya que sirven como una parte de la reparación de las víctimas, así como para el restablecimiento de la paz social (2014).

(...) No hemos podido prescindir –ni podremos hacerlo en mucho tiempo, o acaso en todo el tiempo- de medidas más o menos rigurosas. Lo más que podemos –y debemos, obviamente- es reducirlas a su expresión indispensable y sustituirlas, cada vez que ello sea posible, por instrumentos menos gravosos para los derechos y suficientemente eficaces para el buen despacho de la justicia penal”.
(López Arévalo, 2014, p. 60)

La prisión preventiva y la presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia, se concreta en el derecho que tiene el



procesado no solo a ser tratado como inocente durante todo el proceso penal, sino también en el deber que tienen el Estado y los demás ciudadanos de respetar y no vulnerar de modo alguno tal estado de inocencia. Consecuentemente, quedan prohibidas las expresiones o resoluciones que anticipen su culpabilidad. (López Arévalo, 2014, p. 80)

Para el jurista, resulta fundamental tener en cuenta que la persona procesada no está obligada a comprobar su inocencia, ya que ésta se la presume a su favor. Por ello, la simple acusación y procesamiento de una persona no prueban su responsabilidad, es el Estado quien deberá demostrarla y posteriormente declarar la culpabilidad. Dicho esto, tenemos que la presunción de inocencia asegura la libertad individual y el respeto a las normas (2014).

La presunción de inocencia implica cuatro situaciones: en primer lugar, el dar por hecho la no participación de la persona procesada en la conducta delictiva a menos que se pruebe lo contrario; luego, el deber del titular de la acción penal de demostrar lo que acusa; tercero, la imposición al Estado de respetar el derecho del acusado a que no sea tratado como culpable hasta que exista una sentencia condenatoria; y, por último, el deber del Estado de asegurar al acusado el cumplimiento del principio de *duda a favor del reo* (López Arévalo, 2014).

Aplicación indebida de la prisión preventiva.

(...) no puede ser tolerable ni posible que el fiscal, se limite simplemente a decir



que solicita la prisión preventiva del procesado porque se han cumplido los presupuestos establecidos en determinada norma legal, o que el juez ordene la prisión preventiva en base a cierta norma y argumentando simplemente que lo hace ha [sic] pedido del fiscal. La prisión preventiva así ordenada, no solamente que viola las normas legales, sino que atenta contra las garantías del debido proceso, como la seguridad jurídica y la presunción de inocencia, incurriendo además en un vicio de arbitrariedad por su falta de motivación. (López Arévalo, 2014, p. 102)

De acuerdo al autor ecuatoriano, aunque la ley, la Constitución y las normas internacionales son categóricas en lo que a excepcionalidad de la prisión preventiva se refiere, hay algunos juzgadores que vulneran el derecho a la libertad, pues ordenan dicha medida sin observar ninguno de sus principios y sin la motivación suficiente. Usan esta figura de forma *patológica* y la transforman en una sanción, lo cual es contrario a su esencia y perjudica al Estado y a la ciudadanía en general (2014).

En resumen, López Arévalo hace una crítica a una lamentable realidad en nuestro país: la simpleza con la que en muchas veces ciertos fiscales solicitan la aplicación de la medida más gravosa, seguida del *allanamiento* de algunos jueces a dicha solicitud, la cual, al carecer generalmente de fundamentación, no colabora para que éstos realicen una buena motivación; cuando, por el contrario, como ya se vio en el anterior capítulo, la falta de fundamentación del fiscal es razón suficiente para desestimar la petición.

Stefan Krauth.

El reconocido penalista alemán, opina que la aplicación indiscriminada de la



prisión preventiva en el Ecuador, que vulnera normas internas y jurisprudencia internacional, es producida por la intervención de la política en la justicia penal, la cual es quebrantada, al igual que el sistema jurídico. A pesar de que el Estado obtenga una ganancia política a través de una sentencia populista, ha dejado de observar dos de las bases de nuestro sistema: la seguridad jurídica y el orden social (2018).

(...) La práctica de la prisión preventiva en el Ecuador muestra una discrepancia notable entre la letra de la ley y su aplicación. Mientras el objetivo del legislador del Código Orgánico Integral Penal (COIP), de agosto de 2014, era contener el uso de la prisión preventiva a través de elevar los requisitos legales y poner de relieve su carácter de excepcionalidad, su realidad es el abuso como regla.

(Krauth, 2018, p. 18)

Prisión preventiva y arraigo social.

En la práctica, probablemente el mayor conflicto que se suscita en torno a la prisión preventiva es el arraigo social, el cual siempre es invocado a pesar de que no está regulado en la ley. La utilización de esta figura produce que las personas que no poseen un trabajo o vivienda formales sean víctimas de esta medida, dado que no pueden demostrar el arraigo al no haber suscrito los respectivos contratos (Krauth, 2018).

Consideramos que, si bien el arraigo social no se encuentra regulado en la ley, es fundamental para determinar la probabilidad de fuga de la persona procesada. Sin embargo, debe ser el fiscal quien demuestre la existencia o no de dicho arraigo, pues está



obligado a recoger todos los elementos de cargo y de descargo que encuentre durante la investigación, tal como lo establece el inciso primero del Art. 580 del COIP.

Se suele imponer a la parte procesada la demostración del arraigo social. De acuerdo a los resultados de la investigación realizada por la Defensoría Pública, en la mayoría de los casos se fundamenta la prisión preventiva por la ausencia de prueba de este vínculo. Aquí existen dos problemas: por un lado, dicho vínculo carece de existencia jurídica, pues no se encuentra regulado en la ley penal y por otro, la fiscalía es la llamada a demostrar que las medidas alternativas no resultan suficientes para el cumplimiento de los fines (Krauth, 2018).

Krauth hace referencia a dos situaciones que se deberían tener en cuenta para dictar la prisión preventiva, que evidentemente son determinantes: en primer lugar, el arraigo social, que a nuestro criterio se encuentra implícitamente en el numeral 3 del Art. 534 del COIP, dado que la falta del mismo puede constituir uno de los indicios que demuestren que las medidas alternativas son insuficientes para cumplir con los fines y segundo, la duración de la pena, que si es amplia puede aumentar el riesgo de fuga.

Prisión preventiva y proporcionalidad.

Para el investigador alemán, el principio de proporcionalidad significa que debe existir coherencia entre los beneficios que tiene la sociedad con la orden de prisión preventiva y el perjuicio que se provoca para el procesado con la misma (2018). Esto quiere decir a su vez que el daño infringido debe ser *justificable* de acuerdo a las ventajas que se tiene, por ejemplo, evitar la impunidad. Creemos que lo más adecuado es hablar



de ponderación, pues lo que gana la colectividad debe pesar más de lo que pierde ese individuo.

Si bien la proporcionalidad se encuentra recogida en nuestra Constitución, también está reflejada en varias disposiciones del COIP. Una es la que encontramos en el cuarto requisito para ordenar la prisión preventiva: que la pena correspondiente a la infracción sea de más de un año de prisión. De no cumplirse este requisito, la medida sería desproporcionada (Krauth, 2018), más allá de la evidente improcedencia.

Según Krauth, otro criterio de proporcionalidad que establece la ley lo podemos encontrar en los casos especiales de sustitución de la prisión preventiva. Cuando la persona procesada se encuentra embarazada o tiempo después de haber dado a luz, sea un adulto mayor o tenga una enfermedad o discapacidad complejas, se considera que la afección a estas personas sería tan alta, que no justifica los réditos de esta medida. Sin embargo, esto no significa que sean los únicos casos de sustitución (2018).

De igual manera, la prohibición de sustitución de la prisión preventiva para las infracciones cuya pena sea superior a cinco años, no implica que no se puedan dictar medidas alternativas directamente en esos casos, pues una cosa es dictar una medida alternativa y otra la sustitución de la prisión preventiva. El tipo de delito o la gravedad de la pena no pueden ser los únicos criterios para inferir peligro de fuga, mucho menos para dictar esta medida (Krauth, 2018).



A criterio del autor, otro principio que está íntimamente relacionado con el de proporcionalidad, es el de necesidad. Ambos se encuentran recogidos dentro del artículo 520 numeral 4 del COIP, mientras que el artículo 534 numeral 3 únicamente habla de la necesidad. Al aplicar éste último, se debe considerar que existen dos presupuestos: primero, que las otras medidas cautelares no sean suficientes y, luego, que sea necesaria para cumplir con los fines. Esta situación es un ejemplo de proporcionalidad (2018).

Consideramos que no es preciso asegurar que el artículo analizado contenga dos requisitos, puesto que lo uno es el resultado de lo otro. Si se logra demostrar que las medidas alternativas son insuficientes, es una consecuencia lógica que la prisión preventiva será necesaria. Aplicando lo dicho a la inversa, se llega a la misma conclusión. Nuestra legislación no ha regulado otra salida para el caso de las medidas cautelares, por lo que pensamos que la norma mencionada constituye una sola situación.

Posiciones en contra de la prisión preventiva

Luigi Ferrajoli.

Ilegitimidad de la prisión preventiva.

(...) “no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales” (...) (Ferrajoli, 1995, p. 555).

La prisión preventiva, sin importar las finalidades que se han atribuido, entra en



contradicción con el principio de jurisdiccionalidad, por el cual una persona puede ser arrestada únicamente cuando ha sido juzgada. A su vez, colisiona con lo que se entiende generalmente por justicia, ya que es considerada una situación violenta y abusiva (Ferrajoli, 1995). El reconocido jurista trae a colación un principio poco conocido, pero que según como lo explica, sería vulnerado directamente por esta medida cautelar.

(...) Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio* –es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato- porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal. Con parecidos fraudes de etiquetas (...) se ha disuelto (...) la función de tutela del derecho penal y el papel mismo de la pena como medida punitiva exclusiva, alternativa a otras seguramente más eficaces pero no tan garantistas. (Ferrajoli, 1995, p. 556)

Hay que reconocer, en este punto, que Ferrajoli logra dar en el blanco, pues ataca la ligereza con la que algunas posiciones utilitaristas justifican la prisión preventiva, al decir que se trata de una medida cautelar. Es evidente que el autor italiano admite que esta medida no es una pena en sentido formal, el punto está en que piensa que constituye un engaño del sistema penal.

Para Ferrajoli, el tema de la prisión preventiva debe ser tratado bajo dos recomendaciones previas: la primera, dejar de considerar lo que dice la Constitución de un Estado como una verdad absoluta y, en segundo lugar, hacer un análisis de todos los principios y derechos recogidos por la Norma Suprema relacionados con la prisión preventiva, entre los cuales está la presunción de inocencia (1995).



A priori, existe una aparente contradicción en este aporte del autor, sin embargo, parece ser que en la primera consideración se refiere a las disposiciones constitucionales sobre la medida de *última ratio*, en donde incluso pone en discusión, en cierto sentido, los conflictos entre normas de rango constitucional. Sin embargo, hay que señalar que todas las normas constitucionales son de igual jerarquía, lo cual nos llevaría, como ya se ha visto, a un análisis de ponderación.

Según el reconocido jurista, en lo referente al riesgo de fuga, éste es producido por el temor del acusado a la propia prisión preventiva, considera que de no existir esta medida, el procesado tendría toda la predisposición para quedarse, asistir al proceso y ejercer su derecho a la defensa, incluso antes de una eventual condena (1995). En todo caso, la crítica que hace Ferrajoli a este presupuesto procesal es puramente hipotética e improbable, hay que recordar que estamos frente a una potencial impunidad.

(...) la mitigación de las penas reduce proporcionalmente el peligro de fuga de los imputados. En particular, la abolición de la pena privativa de libertad o incluso sólo la reducción de la duración máxima de la misma a diez años (...) al reducir drásticamente el miedo a la pena, favorecería después la desaparición de la prisión preventiva. (Ferrajoli, 1995, p. 559)

Eliminación de la prisión preventiva.

Opina el autor que la eliminación de la prisión preventiva sería la mejor solución



para la profunda desconfianza que existe en torno a los administradores de justicia y les devolvería la visión garantista de derechos, junto con la función de conocimiento, ya que el temor sería desterrado (1995).

Como vemos, se hace una fuerte crítica hacia los jueces, en parte con razón, pues muchas veces son los protagonistas del abuso en la aplicación de esta medida cautelar. Sin embargo, creemos que la eliminación de la misma no es la salida más adecuada para el conflicto.

(...) La alarma social producida por la idea de que un delincuente aún no juzgado no sea castigado de forma inmediata es un argumento del que se valen muchos defensores de la prisión provisional. Puede ser que en ello haya algo de verdad: una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables (...) (Ferrajoli, 1995, pp. 560-561)

Sorprende en este punto la parcialización de Ferrajoli con el procesado, puesto que llega a contradecir un principio básico dentro de un Estado democrático y de derecho, como es aquel por el cual las decisiones se toman en base a las mayorías. Es



universalmente aceptado y reconocido que los derechos de la colectividad están por encima de los derechos individuales.

Como ya lo dijimos en líneas anteriores, no creemos que la supresión de la prisión preventiva sea una solución seria al problema de fondo. El autor mencionado hace un análisis basado en supuestos y con un marcado sesgo en favor de la persona procesada. El tema de la impunidad no puede ser tratado de forma banal, es un conflicto al cual se han venido enfrentando nuestros países y que acarrea consecuencias nefastas para el bienestar colectivo, por lo que también debe ser atendido.

Ramiro Ávila Santamaría.

Generalidades sobre la prisión preventiva.

(...) los efectos de la prisión preventiva escapan al cálculo que se pueda hacer de las ventajas procesales: la cárcel siempre es infamante, obstaculiza la defensa técnica, permite por el encierro del acusado dar ventajas al acusador en cuanto a la búsqueda de la prueba, da inseguridad física y emocional al acusado, es aunque no quiera dársele ese nombre, una pena anticipada y grave sin fundamentos. Por lo tanto, un sistema garantista requiere procesos sin personas privadas preventivamente de libertad. (Ávila Santamaría, 2013, p. 87)

Para el destacado jurista ecuatoriano, la única necesidad de la prisión preventiva



es la de asegurar la comparecencia del procesado en la etapa de juicio, cuando se haya demostrado que las medidas alternativas a la privación de la libertad no logran cumplir con ese fin. Esto por cuanto ese el único momento procesal en que se puede presumir razonablemente el cometimiento de un delito y la participación del acusado en el mismo. Aplicándola de esta manera, se conseguiría reducir el exceso de presos sin condena (2013).

En nuestra opinión, es válido el aporte que hace Ávila Santamaría, en el sentido en que, definitivamente, uno de los fines de la prisión preventiva no puede ser el cumplimiento de la pena, pues afecta gravemente la presunción de inocencia, como ya se anotó en el primer capítulo de este trabajo.

(...) nadie mejor que el procesado para defenderse y presionar a su defensor estando en libertad. El miedo y el peligro de fuga actual son a la prisión preventiva y no a la condena. Garantizando la libertad, la gente se defenderá de forma adecuada durante el proceso. Si se duda de esta afirmación, la mejor forma de saber si fracasa es probándolo. Ahora sabemos que la prisión preventiva no garantiza el debido proceso sino que lo vulnera. (Ávila Santamaría, 2013, p. 214)

Al igual que sucede con Ferrajoli, el problema de Ramiro Ávila Santamaría es que se refiere a la prisión preventiva en forma teórica. Aunque no haya duda de cierta contradicción que ésta tiene con el derecho a la libertad, el resto es algo que no podemos saber si funciona o no. Él mismo admite que es muy probable que su fórmula falle, por lo que no parece estar tan seguro de la misma. No podemos aventurarnos a realizar experimentos sobre estos temas, recordemos que están de por medio varios derechos.



Sobre los requisitos para dictar la prisión preventiva.

Dentro de la primera exigencia que se ha establecido para poder ordenar la prisión preventiva, está el contar con serias presunciones del cometimiento del delito y de la participación del acusado en el mismo. Esta situación requiere una gran precisión, pues esto implicaría tener medios de prueba para determinar que la persona es culpable y esto únicamente se puede lograr cuando se lleva a cabo una averiguación seria y contradictoria. Bien se podría dictar sentencia en ese momento y no alargar el proceso (Ávila Santamaría, 2013).

Estos elementos que tienen que ver con el cometimiento de la infracción y la responsabilidad del procesado, no pueden ser confundidos con los que van a servir como prueba para sustentar la acusación, ya que la exigencia no es la misma. La etapa de prueba permite un análisis mucho más profundo de la situación, en la que ambas partes están amparadas por varios principios, entre los cuales figura el de contradicción. La sentencia dictada en la primera audiencia, vulneraría derechos de las partes.

El segundo requisito tiene que ver con la posible obstrucción de la investigación por parte del procesado. Dos comentarios. Nada pone en mayor desventaja a la defensa que privarle o restringirle considerablemente sus posibilidades de actuación. Es como si en un partido de fútbol, para evitar que se cometan faltas, se juegue con los futbolistas en la banca. Además, ¿qué hace pensar que el fiscal no obstruya o altere los elementos de prueba para obtener una acusación sustentada en datos falsos? En estos casos, ¿por qué no encerrar al fiscal? Así –



ambas partes en el proceso (encerradas o en libertad)-, se conseguiría una auténtica igualdad de armas. (Ávila Santamaría, 2013, p. 24)

Es evidente que la privación de la libertad del procesado no permite que éste pueda ejercer una defensa adecuada, sin embargo, este hecho no mitiga en ningún sentido el riesgo de que éste pueda entorpecer las averiguaciones del caso. Efectivamente, el fiscal podría manipular la prueba para que el juez le dé la razón, sin embargo, la situación es distinta, pues el fiscal no tiene un interés directo en el proceso, mientras que el acusado sí, además, es deber de los jueces establecer la validez y legalidad de las pruebas.

Por último, está el riesgo de fuga. Asegura el autor que la fuga del procesado no tiene nada que ver con la gravedad de la pena, sino que está relacionada con la propia prisión preventiva. Si se asegurara la libertad durante el proceso, el acusado acudiría a las audiencias y ejercería su derecho a la defensa. En esta exigencia, al igual que en la segunda, al imputado se le encierra por algo que no ha cometido, como es la interferencia en la investigación o la fuga y que no es posible comprobarlo (2013).

Al igual que se señaló anteriormente, el hecho de que el mismo encarcelamiento preventivo provoque la fuga es algo que no podemos saberlo, además de que cada procesado actúa diferente. El que el procesado, en libertad, comparezca dentro del proceso suena bastante bien, pero es algo muy alejado de la realidad. Para finalizar, cabe



señalar una vez más que la prisión preventiva no es un castigo, por lo que no encuentra sentido la crítica de que se le prive de la libertad por cosas que no ha llevado a cabo.

María del Carmen Jiménez y Gómez.

Generalidades sobre la prisión preventiva.

El sistema de enjuiciamiento que nos rige no respeta el principio filosófico, y ahora legal, de reconocer a todos como inocentes, mientras no se pruebe su culpabilidad; más bien, la premisa imperante es la de tener a todos como culpables, mientras no se pruebe su inocencia. Como se evidencia con el llamado auto de formal prisión o cabeza del proceso que declara a los encausados como presuntos responsables. (Jiménez y Gómez, 2007, p. 149)

Según la autora mexicana, el encarcelamiento preventivo tiene varios elementos en común con la tortura, pues ésta última implica un castigo con base en algunas presunciones y es utilizada para poder conseguir que el sancionado confiese los hechos (2007). Como podemos ver, la penalista es mucho más extremista que los autores estudiados anteriormente. La comparación es bastante burda e implica desconocer el avance histórico que significó la supresión de las penas físicas.

En la discusión sobre la prisión preventiva, confluyen dos aspectos esenciales: por un lado, la respuesta oportuna por parte de las autoridades ante la delincuencia, así como evitar la reincidencia o que el hecho quede en la impunidad y, por otra parte, la



contraposición de lo mencionado con el principio de inocencia, ya que es dictada en contra de una persona a la que no se le ha demostrado la culpabilidad. Este conflicto entre libertad y protección de la colectividad pone en peligro la continuidad de esta institución (Jiménez y Gómez, 2007).

De acuerdo a la penalista, en lo que tiene que ver con el fin de evitar la ocultación, alteración o destrucción de los medios probatorios por parte del procesado, podría suceder que en muchos casos el imputado esté completamente convencido de que es inocente y es por eso que presta ayuda para poder descubrir la verdad de los hechos, así como puede pasar que se considere culpable y no por eso dejar de colaborar limpiamente en el proceso (2007).

Es indudable que en el caso de que el procesado se sepa inocente va a abstenerse de interferir sobre la prueba, pues esto sería contraproducente para sus intereses. Por otro lado, es muy difícil pensar en que quien se siente culpable coadyuve realmente al proceso, lo que sí se puede suponer es que no desnaturalice la prueba, aunque el riesgo siempre está latente. En todo caso, el centro del asunto no está en qué criterio tenga el procesado respecto de su responsabilidad, sino en las probabilidades de este peligro.

No puede ser aceptable que uno de los fines de la prisión preventiva sea evitar que el procesado se contacte con terceros para alterar los medios de prueba o evitar que reincida, ya que hay muchos casos en que los presos preventivos continúan dirigiendo grupos delincuenciales. De igual manera, pueden interferir en las pruebas a través de



parientes o allegados, en este punto, es imposible para el juez intervenir y evitar que se produzcan estos actos o imposibilitar una revictimización (Jiménez y Gómez, 2007).

Es una realidad innegable, por lo menos en nuestros centros de privación de la libertad, que los líderes de varias pandillas sigan realizando operaciones delictivas desde el interior o que tengan contacto, mediante la complicidad de guardias y autoridades, con amigos que pueden llevar a cabo estas acciones. Sin embargo, el presupuesto procesal nada dice de terceras personas que puedan intervenir. Esta situación específica no es ni ha sido aceptada en ningún momento como un fin de la prisión preventiva.

Otra finalidad que ha sido atribuida al encarcelamiento preventivo es la de garantizar la comparecencia del procesado a lo largo del proceso y el hipotético cumplimiento de la condena. En este punto, hay que considerar que el acusado es una persona en contra de quien existen sospechas de la responsabilidad en la ejecución de un hecho delictivo y que tiene el derecho de ser visto como una persona con dignidad hasta que se pruebe lo contrario y que por ello, no tiene sentido y no es adecuado que se le encierre en una prisión (Jiménez y Gómez, 2007).

Lamentablemente, no existe una coherencia entre el referido fin, que tiene nuestra objeción parcial ya anotada con anterioridad, y el trato justo y dignificante que debe tener no sólo un preso preventivo, sino cualquier persona a la cual se le haya declarado culpable de un ilícito. En otras palabras, el considerar digna a una persona o resaltar su estado de inocencia no asegura que esté presente durante todo el proceso.



“Es necesario buscar alternativas de control menos rigurosas, pero más eficaces y menos estigmatizantes que la prisión; esto permitirá simplificar al máximo grado el derecho punitivo, aligerar en todos los sentidos la prisión como opresora de las clases subalternas” (Jiménez y Gómez, 2007, pp. 152-153).

La prisión, especialmente la preventiva, debe ser reemplazada por sustitutivos inteligentes, que lo único que requieren es valor para que sean implantados; los que lo hagan o quienes decidan que ha llegado el momento de la experimentación, serán reconocidos por quienes amamos la libertad como valor esencial de nuestra calidad humana. (Jiménez y Gómez, 2007, p. 149)

Obligatoriedad de la prisión preventiva.

De acuerdo con la autora, se debe reconocer, en términos generales, el derecho a la libertad del acusado durante el proceso, sin embargo, considera que existen tres situaciones en las que hay que dictar, necesariamente, la prisión preventiva. La primera, cuando se trate de una infracción de gravedad que genere conmoción y peligro para las personas y se requiera que el procesado continúe privado de su libertad hasta que se lleve a cabo un examen psicológico del mismo (2007).

Segundo, para los casos en que sea menester mantener al delincuente preso para proteger su seguridad jurídica. Y, por último, cuando el procesado sea un infractor consuetudinario (Jiménez y Gómez, 2007). Sorprende que alguien que pretende la



abolición de la prisión preventiva termine hablando de casos de obligatoriedad para dictar esta medida. Consideramos que esta situación implica fomentar el abuso de esta figura.

Así recomienda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la función legislativa de los Estados miembro:

“Derogar toda disposición que ordene la aplicación obligatoria de la prisión preventiva por el tipo de delito” (s. f.).

Y, por el contrario, aconseja:

“Aumentar el número de las figuras delictivas respecto de las cuales no cabe la posibilidad de aplicar la prisión preventiva” (s. f.).

Alfonso Zambrano Pasquel.

Generalidades sobre la prisión preventiva.

Respecto a este tratadista, las opiniones que se citan son extraídas de un Manual de Práctica Penal en el que constan alegatos de defensa de procesados, en los que expresa su criterio sobre la prisión preventiva y que hemos considerado pertinentes incluirlos para enriquecer el debate con un análisis de su posición crítica a esta medida cautelar.

No sólo la pena de prisión sino incluso la prisión preventiva (que debe admitirse



como una forma de pena anticipada) que en casos como el presente es manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, son formas preponderantes de coerción penal que producen como principales efectos los desintegradores de la personalidad (despersonalización, prisonización, etiquetamiento) que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas en el caso de la pena de prisión, y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva. (Zambrano Pasquel, 2009, pp. 127-128)

Como podemos observar, el autor no solo está en contra de la prisión preventiva, sino también de la pena privativa de la libertad, la cual, aunque ha sido criticada por muchos por considerarse que no existe la pretendida rehabilitación, no es asunto de este trabajo. Sin embargo, esto nos deja entrever que el autor está muy lejos de encontrar una justificación a esta medida cautelar. Por el orden en que utiliza las palabras, se puede apreciar que considera al castigo de cárcel mucho más grave que el encierro preventivo.

Con el encarcelamiento preventivo no se busca castigar moralmente ni de ninguna otra manera, tampoco reestablecer el orden legal, mucho menos generar miedo o concientizar. Tiene sustento únicamente en un supuesto riesgo por las presunciones de que el procesado ha participado en un hecho delictivo (Zambrano Pasquel, 2009).

Parece existir una contradicción entre este punto y la cita textual que consta en líneas anteriores, sin embargo, consideramos que en este caso el autor nos está hablando desde un punto de vista formal, de acuerdo con la ley y no desde su perspectiva personal.



Según el reconocido doctrinario, la prisión preventiva implica una restricción a un derecho fundamental, específicamente a la libertad, por lo que debería ser utilizada en circunstancias excepcionales y cuando resulte inevitable, tal como ocurre con el riesgo de fuga o de obstrucción de la investigación. Incluso en estas situaciones, se busca que la medida cautelar no sea más lesiva para el procesado que la misma condena en caso de ser encontrado culpable, lo que corresponde al criterio de proporcionalidad (2009).

“Otra propuesta alternativa es la de recurrir a otros medios menos severos que al mismo tiempo que permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento, eviten el encarcelamiento, cumpliendo así con el principio de subsidiariedad” (Zambrano Pasquel, 2009, p. 130).

Indicios probatorios en contra del procesado.

Las presunciones son juicios de valor que resultan de algo que ha sido debidamente demostrado dentro del juicio y que se encuentran íntimamente relacionados con el hecho delictivo objeto de la causa. Éstas tienen que contar con un alto nivel de gravedad, precisión y concordancia entre sí y estar basadas en los indicios aportados con anterioridad (Zambrano Pasquel, 2009).

Según el jurista ecuatoriano, los indicios que son la base de las presunciones tienen que ser: varios, relativos al acto delictivo; concordantes, vinculados entre sí; unívocos, en el sentido de que conduzcan a una sola respuesta; y directos, que lleven razonable y efectivamente a una presunción. En caso de no cumplirse con estas condiciones, la prisión preventiva debería ser rechazada por el juez (2009).



Consideraciones finales.

En resumen, Zambrano Pasquel nos ofrece una guía práctica sobre el procedimiento penal en general y la prisión preventiva en particular, en la que explica cuáles deberían ser los argumentos de la defensa frente a la solicitud de Fiscalía de que se dicte la medida cautelar, pero sin dejar de lado su posición claramente contraria, marcada por su apreciación de la misma como un adelanto de pena, con criterios sólidos y apegándose siempre a la realidad, aunque admite su pertinencia en los casos excepcionales citados.



Capítulo III

Posibles soluciones a la aplicación indiscriminada de la prisión preventiva

Ante la tendencia al abuso de la prisión preventiva por parte de algunos administradores de justicia, muchos de ellos atemorizados por la presión social y mediática o, aún peor, del poder político, en ambos casos en contradicción con la norma constitucional que consagra su carácter excepcional, presentamos varias alternativas que servirán para reducir este exceso: la aplicación de otras medidas cautelares; la concientización sobre el principio de inocencia y el derecho a la libertad; y, la propuesta de un taller de capacitación a jueces y otros operadores jurídicos.

Para tener una visión integral de esta problemática, es importante contar con la opinión de quienes tienen experiencia en el ejercicio del derecho. Es por esto que en este capítulo se ha incluido información recopilada de entrevistas, que forman parte de los anexos de este trabajo, realizadas a varios profesionales: un ex juez, una defensora pública y un fiscal.

Aplicación de otras medidas cautelares

Según López Arévalo, dado que la prisión preventiva tiene una naturaleza excepcional y subsidiaria, la ley ha establecido un catálogo de medidas cautelares no privativas de la libertad, lo cual concuerda con la prioridad que se le da a la conservación de la libertad individual y que se plasma en la realidad cuando las medidas alternativas son dictadas (2014).



(...) La implementación de las medidas alternativas a la prisión preventiva significa no solo un gran avance del Derecho Penal, sino del desarrollo mismo de la sociedad hacia el respeto por los derechos humanos y la abolición del retrógrado y anacrónico sistema inquisitivo. Además esta implementación de medidas alternativas a la prisión preventiva surge también de la necesidad de sincronizar el Derecho Penal con el nuevo Sistema Constitucional. (López Arévalo, 2014, p. 76)

El COIP establece en su Art. 522 algunas medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada. Así, tenemos:

Prohibición de ausentarse del país.

Esta medida implica el hecho de que el procesado no podrá salir del territorio nacional durante el proceso. Es válida cuando el procesado ha justificado su arraigo social o, como señala Martínez Bazán, cuando el juez considere que es viable en razón de su ocupación o empleo, lo cual podría disminuir la posibilidad de que abandone el país. Por otro lado, el jurista considera que es la medida menos drástica en lo que a evitar el riesgo de fuga se refiere (2016).

Es el impedimento que tiene el acusado de atravesar los límites de cierta jurisdicción, con la finalidad de prevenir el peligro de que éste evite el accionar del Estado o que se rehúse al mismo, para ello, el juzgador deberá oficiar a las autoridades de la materia (López Arévalo, 2014).



Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.

(...) Se trata de la medida cautelar más común en cuanto a su aplicación, consiste en que el imputado debe acudir al órgano jurisdiccional o ante la Autoridad de supervisión de medidas cautelares de manera periódica, a presentarse y demostrar con esto que no se ha sustraído de la acción de justicia, es decir: no se ha fugado (...) (Martínez Bazán, 2016, p. 135)

Esto busca que se le dé un seguimiento constante al procesado, de tal manera que colabore con la justicia, y, muy en especial, para contar con su presencia en la audiencia de juicio. Esta medida puede dictarse de manera independiente, pero por lo general va acompañada de la prohibición de salida del país, para evitar que el procesado salga de la jurisdicción del Estado.

“Se trata de una obligación personalísima *“intuitu personae”*, que se cumple con la presentación del procesado en la forma y ante la autoridad designada, quien deberá informar al juez de su cumplimiento” (López Arévalo, 2014).

Es una medida insuficiente cuando el procesado no contribuye e impide su efectivo cumplimiento. En tal caso, se deberá proceder a dictar una medida más eficaz. En el caso de que el juez designase a otra autoridad para la presentación, ésta deberá poner en su conocimiento si la diligencia no ha sido llevada a cabo en máximo cuarenta y ocho horas (Código Orgánico Integral Penal, 2014).



Arresto domiciliario.

Art. 525.- Arresto domiciliario.- El control del arresto domiciliario estará a cargo de la o el juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca.

La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 147)

Aunque se trata de una medida que puede ser dictada en contra de cualquier individuo, Martínez Bazán considera que está pensada para algunos grupos de atención prioritaria. Concluye el autor que la intención del arresto domiciliario es aminorar el peligro de que el procesado evada la justicia (2016). Por su parte, López Arévalo nos enseña que también es conocida como *prisión domiciliaria*, pues el procesado no puede salir de su vivienda y se encuentra sujeto a las condiciones que el juez considere (2014).

(...) el legislador basado en el trato humanitario y en el respeto a la dignidad humana que debe imperar en un Estado de Derecho, prevé la posibilidad de que el juez sin importar el delito pueda sustituir la prisión preventiva con el arresto domiciliario y el uso del dispositivo electrónico cuando el procesado sea mayor de sesenta y cinco años, cuando se trate de una mujer embarazada, o cuando presente una enfermedad incurable en etapa terminal. (López Arévalo, 2014, p. 78)



Dispositivo de vigilancia electrónica.

“La ley permite que se pueda acudir a medios electrónicos de seguimiento, como es por ejemplo el uso de pulseras telemáticas” (López Arévalo, 2014).

Los avances tecnológicos han permitido que se pueda monitorear a una persona determinada para saber cuál es su ubicación actual. Esto es lo que busca este innovador aparato, más conocido como *grillete electrónico*. Cabe señalar también que esta medida puede ser dictada conjuntamente con las dos primeras y solo en el caso del arresto domiciliario con vigilancia policial periódica será obligatorio su uso (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

(...) Una pequeña pulsera electrónica, inamovible, basta para que el procesado esté localizable y localizado en todo momento. Eso, y en ciertos casos, una eficaz vigilancia policial impedirían la sustracción de la acción de la justicia del imputado evitando la prisión preventiva. (Sánchez, 2011, p. 37)

Sin embargo, más allá de los beneficios que puedan girar en torno a esta medida, la CIDH ha identificado algunos inconvenientes en la aplicación de la misma, como son: la demora de la puesta en práctica, las trabas que tienen las personas con pocos recursos económicos para acogerse al grillete y la eventual discriminación a la cual están expuestas las personas que lo usan (s. f.). Consideramos que, más allá de las complicaciones señaladas, no debería ser ésta una medida autónoma, por cuanto no representa por sí misma una garantía de la comparecencia del procesado.



El hecho de poder saber en dónde se encuentra una persona por medio de la tecnología no significa nada si no se lo acompaña de otra medida. La única manera de que dicho dispositivo sea efectivo es ordenando su uso junto con el arresto domiciliario, así, aparte del control policial, se tiene la certeza de que el procesado se encuentra en su vivienda. Esto concuerda con lo establecido por el propio COIP en el Art. 525, en donde regula la obligatoriedad de ordenar el uso del grillete en los casos de vigilancia policial periódica (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Detención.

La detención es un acto cautelar de carácter personal, esencialmente extraprocesal, por el cual el titular del órgano jurisdiccional penal priva temporalmente de su libertad a una persona de quien se sospecha ha intervenido activamente en la comisión de un delito, a fin de proceder a la investigación integral del mismo (...) (Zavala Baquerizo, 1990, p. 172)

Es cautelar porque el objetivo de la misma es garantizar la presencia del detenido, la cual es fundamental para obtener todos los datos acerca del delito cometido. Es además extraprocesal, pues se origina con anterioridad al proceso penal. Es la observancia cabal del objeto de la detención la que, en varias oportunidades, termina dando paso a que se inicie tal proceso. Sin embargo, esto no significa que cualquier funcionario esté facultado para ejercer la privación de la libertad de una persona (Zavala Baquerizo, 1990).



La detención se diferencia de la prisión preventiva en que ésta, como explicaremos, es esencialmente procesal y que solo existe en tanto consten en el proceso ciertos presupuestos (...) Además, el sujeto pasivo de la prisión preventiva es aquella persona contra quien existen presunciones (...) de ser responsable de un delito. En cambio, el sujeto pasivo de la detención es una persona contra quien sólo existen sospechas de haber intervenido de manera activa en la comisión de un delito. (Zavala Baquerizo, 1990, p. 173)

Es una medida de muy breve duración y solo en el caso de que el fiscal reúna los elementos suficientes solicitará que sea sustituida por la prisión preventiva. Según nuestro criterio, tiene únicamente la finalidad de recopilar indicios sobre la existencia del delito y la autoría o complicidad de la persona detenida, mas no de garantizar la presencia del procesado en el proceso como las medidas mencionadas anteriormente ni de asegurar el cumplimiento de la pena, como es el caso de la prisión preventiva (COIP, 2014).

A petición del fiscal, el juez puede ordenar la detención de una persona, que tendrá fines investigativos. Se debe entregar una boleta en la Policía Nacional, que contenga el motivo de la detención, lugar, fecha y firma del juez. No podrá excederse de las veinticuatro horas. El fiscal deberá receptar la versión del procesado en presencia de su defensor, así también se le informará de todos sus derechos (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por lo tanto, consideramos que no debería incluirse a la detención dentro de las medidas cautelares. La detención únicamente se convertiría en medida cautelar en el momento en que se dicta la prisión preventiva en contra del sujeto en cuestión. Si de las



indagaciones realizadas por la Fiscalía, no se obtiene información valiosa; se descarta la vinculación del detenido con el hecho investigado; o, se cumplen las veinticuatro horas que la ley establece como máximo, la persona recuperará su libertad.

En tal caso, esta figura no habrá cumplido con ninguna de las finalidades que se establecen para las medidas cautelares en los Arts. 519 y 522 del COIP. Por otro lado, volviendo al análisis del Art. 77.1 de la Constitución de la República y considerando que la detención también es una limitación de la libertad, no concuerda con los objetivos que para este tipo de medidas se ha previsto:

Art. 519.- Finalidad.- La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 145)

Concientización sobre el principio de inocencia y el derecho a la libertad

Principio de inocencia.

El Art. 76 de la Constitución de la República recoge el principio de inocencia o



presunción de inocencia como sigue:

(...) En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

(...) **2.** Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada (...) (Constitución, 2008)

El COIP recoge dicho principio dentro del Art. 5 numeral 4, prácticamente con las mismas palabras que utiliza el texto constitucional. La inocencia debe entenderse no solo como una presunción o una regla de trato al imputado, sino como la verdadera condición jurídica en que se encuentra la persona procesada, a la cual acompaña a lo largo de todo el proceso.

“La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no la de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio” (Ferrajoli, 1995, p. 549).

Según el jurista italiano, el principio de presunción de inocencia es la consecuencia de haber elegido un camino proteccionista de la libertad de las personas inocentes, a costa inclusive, de que algún delito quede impune. Es un aseguramiento de la libertad individual y de veracidad, además de la seguridad que proporciona el Estado, con la que las personas se sienten amparadas y la defensa, que es puesta a su disposición para evitar detenciones arbitrarias (1995).

La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está



estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda (...) (Ferrajoli, 1995, p. 551)

Independientemente de la concepción que tiene Ferrajoli sobre la prisión preventiva, debemos admitir que es muy claro en lo que tiene que ver con el conflicto que ésta tiene con la presunción de inocencia. Sus reflexiones son de gran utilidad para evitar el abuso de esta institución, pues este principio constituye un verdadero límite, que debe ser considerado en todo caso por parte de los administradores de justicia antes de resolver sobre la petición fiscal.

Bien reconoce Llobet Rodríguez que un grupo de juristas han recomendado la no aplicación de la prisión preventiva por considerarla una violación a la presunción de inocencia, mientras que otros consideran que ambas figuras son absolutamente irreconciliables (2009). Pero estas posiciones se alejan de la intención específica de este capítulo y del trabajo en general, cual es la de reducir la excesiva aplicación de la medida de última *ratio*.

Sin embargo, ambas posiciones son minoritarias, sosteniéndose por la doctrina mayoritaria que la presunción de inocencia no implica que no pueda disponerse la prisión preventiva. Así, cuando los autores latinoamericanos y alemanes se ocupan de la presunción de inocencia con la prisión preventiva, sostienen que la presunción de inocencia no podría significar que el imputado debiera estar libre de toda medida coercitiva durante el proceso, ya que ello haría que ningún proceso penal pudiera ser realizado. Sin embargo, se reconoce a su vez que la presunción



de inocencia influye la regulación de la prisión preventiva. (Llobet Rodríguez, 2009, p. 125)

Para el autor citado, la compatibilidad de la prisión preventiva y la presunción de inocencia está demostrada por el reconocimiento de ambas instituciones jurídicas en los tratados internacionales de derechos humanos. Es natural que el principio de inocencia sea parte de los derechos humanos, pero, además, la garantía del plazo razonable, por ejemplo, implica un reconocimiento de la prisión preventiva, así también el derecho de los presos preventivos a no ser *mezclados* con aquellos a los que se les ha dictado sentencia condenatoria (2009).

Una de las mayores preocupaciones de los diversos autores que ejercieron una influencia sobre la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración francesa de Derechos Humanos, por ejemplo BECCARIA, fue precisamente la relación entre la presunción de inocencia con respecto a la prisión preventiva. Así, se reconoció que la presunción de inocencia traza límites a la regulación de la prisión preventiva (...) Resumiendo, la presunción de inocencia no significa la prohibición de que se ordene la prisión preventiva, pero debe reconocerse que ejerce influencia sobre la regulación de ésta. (Llobet Rodríguez, 2009, pp. 126-127)

La presunción de inocencia, derecho fundamental, impone a su vez tres garantías básicas en la práctica de la prisión preventiva, a saber: la excepcionalidad de la misma, por la cual únicamente podrá ser dictada cuando sea absolutamente necesaria para que el proceso pueda desarrollarse sin problemas, que la resolución definitiva no haya omitido prueba alguna ni que haya considerado evidencias falsas imputables al procesado, así



también la debida ejecución de la pena. Sin embargo, también influye en la figura del plazo razonable, por el cual no puede exceder los límites necesarios (Cafferata Nores, 1997).

El principio de inocencia que asiste a todo imputado impide la afectación de cualesquiera de sus derechos, incluso -en especial- el de su libertad ambulatoria, a título de dictado de una sentencia condenatoria en su contra. La privación de libertad durante el proceso solo encuentra excepcional legitimación (...) en cuanto medida cautelar, cuando sea *imprescindible* (...) (Cafferata Nores, 1997, p. 224)

Como podemos ver, el jurista argentino hace énfasis en los límites que el principio de inocencia traza sobre la prisión preventiva, aportando a la teoría de la afinidad de los dos fenómenos jurídicos, lo cual concuerda claramente con los principios que rigen la medida cautelar, revisados en el primer capítulo de este trabajo. Se encuentra así, una adecuada solución al problema planteado respecto a una supuesta contradicción entre presunción de inocencia y encarcelamiento preventivo.

Por otro lado, se ha expresado con bastante claridad, en las entrevistas que se adjuntan a este trabajo, que la presunción de inocencia no se ve afectada con la prisión preventiva por el hecho, como es lógico, de que no se ha dictado en contra del procesado una sentencia que declare su culpabilidad; por otro lado, uno de los entrevistados admite que el principio de inocencia irradia efectos en esta medida cautelar, como es que el sujeto en cuestión reciba un tratamiento diferenciado de aquel que cumple una condena.

El autor español Belda Pérez-Pedrero considera que la presunción de inocencia es



un derecho, pero lo entiende también como un límite para el poder judicial, su finalidad es siempre proteger a la persona procesada, por lo que no es posible hablar de limitaciones a la misma. Es importante tener en cuenta que se trata de una garantía de la cual se goza durante todo el tiempo hasta que sea enervada mediante una sentencia condenatoria y que coexiste, sin inconveniente alguno, con la indagación, imputación y procesamiento (2001).

(...) El edificio de la presunción de inocencia no colisiona con otros derechos y bienes constitucionales pues cuando se demuestra la culpabilidad del mismo, el derecho fundamental respecto de los hechos evaluados desaparece, con lo cual no hay fricción de ningún tipo con el bien protegido y afectado (...) La protección constitucional de la libertad, la vida, la seguridad, la tutela judicial efectiva, el honor..., no conlleva como efecto una colisión entre esos derechos fundamentales y el conjunto de derechos de defensa y garantías constitucionales que, como la presunción de inocencia, se conceden al inculpado (...) (Belda Pérez-Pedrero, 2001, p. 197)

El mencionado autor es mucho más claro respecto de la no limitación bajo ningún punto de vista de la presunción de inocencia, mientras no se declare la culpabilidad. No es, por lo tanto, que la prisión preventiva sea un límite del principio de inocencia, como se podría pensar; es éste último el que ha establecido un conjunto de reglas, dentro de las cuales se debe aplicar la prisión provisional.

La forma correcta de resolver el conflicto entre las medidas cautelares y la presunción de inocencia no es justificando la imposición de dichas medidas, sino a través de la obligación que impone el principio de inocencia de aplicarlas únicamente en casos



extraordinarios en que se justifique su necesidad. La adopción de medidas preventivas es compatible con la presunción de inocencia, siempre y cuando sean aplicadas por juez competente, debidamente motivadas, analizadas desde los fines procesales y el contexto del caso concreto, respetando los principios que las rigen (Benavente Chorres, 2009).

(...) la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del principio de presunción de inocencia reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana (...) sin embargo, la existencia de un ambiente de creciente sospecha contra una persona en el curso del proceso criminal no es «per se» contraria al principio de presunción de inocencia. Tampoco lo es el hecho de que esta sospecha creciente justifique la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva sobre la persona del sospechoso (...) (Benavente Chorres, 2009, p. 75)

El doctrinario peruano hace referencia a la figura por medio de la cual se puede alargar la prisión preventiva, regulada expresamente en la legislación de su país. Esta situación indudablemente llega a vulnerar el principio de inocencia, pues no se adecúa a los estándares de temporalidad y de caducidad reconocidos internacionalmente.

Por otro lado, bien refiere que el encierro preventivo como tal no tiene conflicto alguno con el principio constitucional, siendo natural al proceso penal que existan sospechas fundadas y que, ante eminentes peligros procesales, se pueda aplicar.

Por último, el autor chileno Jonatan Valenzuela Saldías opina:



(...) la prisión preventiva tiene importancia frente a la determinación del exacto sentido de la presunción de inocencia como regla de trato. Ello hace que el razonamiento probatorio del juez que debe decidir sobre la cautelar tenga una estructura diferente a la que se enfrenta en la etapa de juicio para imponer una pena (...) la inocencia del sujeto se mantiene inalterada debido a que no existe sentencia que lo señale como culpable (...) (Valenzuela Saldías, 2018, p. 838)

Derecho a la libertad.

La libertad es un derecho fundamental que incluye a su vez el derecho a la vida digna, a la integridad física, así como la libertad de expresión y de culto, entre otros. Sin embargo, a lo que nos referiremos en esta sección es a la libertad ambulatoria, conocida también como *libre movilidad*. La misma se encuentra regulada en el Art. 66 numeral 14 de la Constitución de la República, que manifiesta lo siguiente:

Art. 66.- [Derechos de libertad].- Se reconoce y garantizará a las personas: (...)

(...) 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente (...) (Constitución, 2008, p. 30)

Cabe señalar que la libertad ambulatoria no solo se ve limitada por la prohibición de salir del país, como se desprende del texto constitucional, sino también por otras medidas como el arresto domiciliario o la prisión preventiva, las cuales también debieron haberse incluido como excepciones. Este derecho también aparece implícitamente en el Art. 77 numerales 1, 2, 9 y 11, analizados dentro del primer capítulo de este trabajo; o el



numeral 10, que refiere la recuperación inmediata de la libertad, como efecto del sobreseimiento o la ratificación de inocencia (Constitución, 2008).

El derecho a la libertad se reconoce a la persona desde que es inherente a su naturaleza humana. Podría afirmarse que después del derecho a la vida, el de la libertad es de los más supremos (...) podemos conceptualizar el derecho a la libertad física como uno de los derechos genéricos de todo habitante, por su sola cualidad de ser persona, de gozar de autonomía decisional con respecto a su ubicación, residencia, traslación, y deambulación física, pudiendo oponer, en principio, este derecho frente a los demás habitantes y frente al Estado. (Jauchen, 2007, pp. 80-81)

Para Jauchen, la libertad, al igual que cualquier otro derecho, tiene sus límites. Estos límites están dados por la sentencia condenatoria basada en autoridad de cosa juzgada y por la aplicación de las medidas restrictivas de la libertad, únicamente con el objeto de garantizar el cumplimiento de los fines procesales. La aplicación de estas medidas es excepcional, debiendo dar prioridad a la libertad del encausado durante el proceso, en base al principio de inocencia (2007). Se observa, pues, que éste último se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la libertad.

“De allí que todas las normas procesales, como leyes reglamentarias de la Constitución, que limiten o restrinjan la libertad del imputado son de interpretación restrictiva” (Jauchen, 2007).

Siguiendo a Guerra Pérez, el derecho a la libertad implica que el Estado está al servicio del ciudadano y no viceversa, en otras palabras, el ser humano es la razón de ser del Estado, el cual debe encaminar sus políticas en el sentido en el que precautelen y



promuevan el desarrollo de la persona. Se aplica el principio *favor libertatis*, por el cual los límites a la libertad no pueden ser aceptados sino cuando se encuentren plenamente justificados (2010). Esto significa que no es un derecho absoluto; tal como cualquier otro, encuentra su fin en donde empiezan otros derechos.

Para nuestra época, la libertad es reconocida como un derecho connatural al individuo, tanto es así que las normas internacionales sobre derechos humanos así lo avalan. Esa libertad que lleva consigo el ser humano es el principio que debe ser aplicado generalmente y no de manera excepcional (Guerra Pérez, 2010). Así se observa que, siendo la libertad ambulatoria lo opuesto a la prisión preventiva, los criterios de aplicación son contrarios también, lo cual concuerda con el uso de la prisión preventiva, no como regla, sino como excepción.

La citada jurista afirma que hay ciertas causas colectivas que deben ser tratadas como prioritarias frente a determinadas garantías individuales. Sin embargo, estas causas deben traducirse en principios consagrados en la Constitución, la cual reconoce además ese tratamiento prioritario. Hay que tener en cuenta que la Norma Fundamental recoge de manera explícita la figura de la prisión preventiva y que la justicia es uno de los valores esenciales del sistema jurídico (2010). La unidad constitucional alimenta la teoría de no contradicción entre libertad y prisión provisional.

El mayor desafío es la aplicación, tanto de la libertad ambulatoria como del encierro preventivo, en la debida proporción. Es por eso que se considera que es éste el punto más álgido del conflicto entre lo que requiere el Estado y la libertad personal (Guerra Pérez, 2010). Si la necesidad del Estado de privar provisionalmente de la libertad a una persona es justificada, prevalecerá el interés colectivo; pero si, por el contrario, el



Estado no logra demostrar la imperiosidad de dicha medida, no existiría esa causa común, por la cual se puede restringir derechos de manera extraordinaria.

Capacitación a los jueces sobre el carácter de excepcionalidad de prisión preventiva

Como último apartado de este capítulo, se ha considerado la propuesta de un taller de capacitación dirigido a jueces y otros operadores jurídicos, pero también en ciertos aspectos a otras funciones del Estado. Mucho se ha hablado en universidades, seminarios e inclusive en la práctica profesional acerca del carácter de *última ratio* de la prisión preventiva, pero nada de esto servirá si no se explica con claridad las razones de esta afirmación, vinculándola con principios, dentro de un contexto de derechos humanos.

Recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha elaborado un documento titulado *GUÍA PRÁCTICA para reducir la prisión preventiva*, en el cual entrega una serie de recomendaciones para las distintas funciones del Estado respecto a cómo hacer frente al abuso de esta medida. Así también, aplaude y reconoce las buenas prácticas que se llevan a cabo en varios países del continente, que ayudan a disminuir su aplicación. Lo que nos interesa de manera especial es la parte primera, denominada *Medidas de carácter general relativas a las políticas del Estado*.

Corrección de la excesiva aplicación de la prisión preventiva.

Con respecto a la aplicación excesiva de la prisión preventiva, los entrevistados se



han pronunciado con unanimidad en el sentido de que existe o por lo menos ha existido alguna vez dicho exceso:

El ex juez opina que esta situación puede producirse por varios motivos, como el hecho de que estén de por medio intereses particulares; también considera que el poder político y los medios de comunicación pueden inducir al juzgador a ordenar esta medida. Por otro lado, la defensora pública considera, en base a su experiencia, que el abuso de la prisión preventiva es común en el delito de hurto, aunque no existan los elementos de convicción que la ley exige como requisitos. Finalmente, el fiscal encuestado cree que esto sucede cuando el caso pasa a ser mediático.

En un primer momento, dentro de la *Corrección de la excesiva aplicación de la prisión preventiva*, se recomienda a los jueces:

“Determinar la aplicación de otra medida cautelar distinta a la prisión preventiva, en caso de que los Estados no sean capaces de garantizar condiciones compatibles con la dignidad humana de las personas procesadas” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f., p. 12).

Se ha mencionado en varias ocasiones, a lo largo de este trabajo, la importancia del análisis de la necesidad de dictar la prisión preventiva y de considerar en primer lugar las medidas alternativas a la misma. Sin embargo, esta recomendación de la CIDH va mucho más allá: promueve la aplicación de otras medidas cuando no se estén respetando los derechos humanos de los procesados al interior de las cárceles. Lamentablemente, nuestro país está entre aquellos que no cumple con estándares internacionales.

Entre otras cosas, en algunos centros penitenciarios todavía no se respeta la



separación de los reclusos en condenados y preventivos, como señala uno de los entrevistados. En todo caso, se considera que deberían permanecer al menos en pabellones diferenciados, además se habla de la posibilidad de que sean agrupados según el tipo de delito que les ha sido imputado. Por otro lado, se sugiere dar prioridad a las audiencias de revisión de medidas. Los encuestados coinciden en que el procesado debe ser tratado con apego a las garantías constitucionales y derechos humanos.

Como se ha demostrado, es precisamente el uso excesivo de la prisión preventiva el que ha provocado el hacinamiento en las cárceles de la región. La sugerencia de la CIDH parecería insinuar que no se aplique la prisión preventiva en estos países, por lo menos hasta que las condiciones penitenciarias sean las adecuadas; pero sabemos que esta alternativa no es viable ni adecuada. Entonces, la solución sería disminuir progresivamente la aplicación de esta medida de *última ratio*.

Zaffaroni (2006 citado en Kostenwei, 2017), explica que el *ius puniendi* en Latinoamérica se ha caracterizado por la represión. Alrededor del setenta y cinco por ciento de la población carcelaria corresponde a personas sin condena, lo cual demuestra una sobrepoblación de procesados. Esto significa que el incremento de las cifras no está dado por el endurecimiento de las penas, sino por el exceso en las órdenes de prisión preventiva.

Naturalmente, la reducción en la aplicación de esta medida no es la única salida posible. La figura del indulto presidencial para aquellos que han cometido delitos menos graves en algo puede ayudar, pero también el incremento de la correcta aplicación del principio de oportunidad por parte de los fiscales, lo cual se encuentra íntimamente vinculado con la mínima intervención penal del Estado, que determina la activación del



sistema penal únicamente cuando sea indispensable para la protección de sus ciudadanos (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

“Promover un verdadero cambio de paradigma en la cultura y práctica judiciales respecto a la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f., p. 12).

Erradicación del uso de la prisión preventiva como pena anticipada.

Aquí se hace un llamado a la reflexión sobre la verdadera razón de ser de esta institución, que es precautelar el cumplimiento de los fines procesales y no tiene como finalidad imponer un castigo. Los entrevistados han señalado con seguridad que la prisión preventiva no puede ser considerada una pena anticipada, entre otras cosas, porque si así fuese, no habría una justificación lógica para la realización de un proceso penal. Además, uno de ellos es categórico al manifestar que la sentencia absolutoria demuestra que la presunción de inocencia se mantuvo durante todo el proceso.

No existe evidencia empírica que demuestre que las políticas que se sustentan en mayores restricciones al derecho a la libertad personal, tengan una incidencia real en la disminución de la criminalidad y la violencia, o resuelvan en un sentido más amplio los problemas de seguridad ciudadana. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f., p. 13)

En este sentido, la CIDH recomienda:

“Emitir decisiones sobre aplicación de prisión preventiva, con base en:

- Los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, legalidad y necesidad
- Un análisis exhaustivo, y no meramente formal de cada caso” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f., p. 13).



Aparte de la excepcionalidad y proporcionalidad, ya analizadas con anterioridad en este trabajo, se incluyen los principios de legalidad y de necesidad. Del primero, que puede ser expresado también bajo la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se desprende también que nadie puede ser procesado sin que exista un procedimiento regulado previamente.

En consecuencia, al tratarse de una figura de carácter procesal, todas las normas que la regulan deben ser cumplidas a cabalidad, de no ser así, la orden de prisión preventiva tendría un vicio de inconstitucionalidad:

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

(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...)
(Constitución, 2008, p. 34)

Impera la regla "*nulla custodia sine lege*". Recordemos siempre que el principio general del que parte el ordenamiento jurídico es la libertad, por lo tanto, la privación de la libertad sólo procede en los casos y en la forma previstas en la ley (...). el juzgador para ordenar la prisión preventiva debe sujetarse obligatoriamente a esos parámetros legales y además dictarse mediante el procedimiento legalmente regulado (...) (López Arévalo, 2014, p. 63)



En cuanto al segundo punto, es necesario que se lleve a cabo un estudio particular y pormenorizado de la situación específica. Recordemos que, aunque la prisión preventiva es de carácter meramente formal, esto no impide que el juzgador tome en cuenta el contexto y las peculiaridades del caso en concreto. Como ya se señaló con anticipación, en base a estos elementos el juez puede optar por no dictar la prisión preventiva, aun cuando se han cumplido los requisitos materiales y formales.

(...) no basta con que la medida esté prevista en la Ley, sino que además ha de justificarse objetivamente para conseguir con su cumplimiento los fines constitucionales que la legitiman porque, en caso contrario, habría que optar por otra alternativa menos gravosa para el ciudadano (...) (Morillas Cueva, 2016, p. 28)

La resolución sobre la determinación de la prisión preventiva, deberá:

- Individualizar a la persona imputada.
- Enunciar los hechos que se le atribuyen y su calificación legal.
- Expresar las circunstancias que dan fundamento a la medida.
- Fijar claramente la fecha de vencimiento del régimen de prisión preventiva. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f., p. 13)

En este punto, se establecen con claridad los requisitos fundamentales que debe contener toda resolución sobre la prisión preventiva. Es importante recoger los datos personales de la persona a la cual se le impone esta medida cautelar. Por otro lado, toda persona tiene derecho a conocer la causa de su privación de la libertad.



Además, como se revisó anteriormente, es una obligación constitucional la debida fundamentación de toda resolución. Finalmente, resulta trascendental especificar cuándo caduca la prisión preventiva, a fin de que no se exceda el plazo razonable. Sin embargo, esta disposición no está prevista en nuestra legislación penal y por lo tanto no se la cumple.

Garantías de la independencia de los operadores de justicia.

Una de las dificultades que existen para la utilización de medidas alternativas es el temor de algunos juzgadores para su aplicación, tanto por la presión mediática o también, en algunos casos, por la trascendencia política que envuelve al presunto delito, lo que trae como consecuencia la no disminución de la aplicación de la prisión preventiva.

Al respecto, la CIDH estima necesaria la elaboración de un plan de capacitación y sensibilización a los jueces, en el que se deben tratar los siguientes puntos:

La relevancia de la independencia y autonomía en su actuar.

La independencia del poder judicial es un requisito de un Estado democrático. Una de las principales garantías que tiene un ser humano es saber que va a ser juzgado por un juez imparcial, que no tiene interés alguno en la causa y que va a actuar en nombre de la justicia. Sin embargo, ya en la práctica, muchas veces los juzgadores reciben amenazas o presiones del gobierno de turno o de la sociedad en general. En el caso de la prisión preventiva, ambos factores inciden en su uso indiscriminado.

El juez debe tener en cuenta que, si no es independiente, la democracia se ve



seriamente limitada. Como ya se dijo con anterioridad, citando a Krauth, al introducir la política en el sistema penal, se atenta contra la seguridad jurídica, considerada por el autor como el centro de un Estado de derecho (2018).

La excepcionalidad de la prisión preventiva, y los principios que rigen su aplicación.

Se debe reforzar el carácter de *última ratio* de la prisión preventiva, haciendo énfasis en las consecuencias negativas que su abuso puede traer para la sociedad y para el procesado, quien no solo mantiene su estado de inocencia, sino que ésta puede ser ratificada en sentencia.

Uno de los resultados nefastos que ha provocado esta aplicación desmedida es el hacinamiento en las cárceles. Así también, es necesario recalcar la imperiosa necesidad de que la resolución se encuentre sustentada en los principios de proporcionalidad, temporalidad, legalidad, necesidad, subsidiariedad y motivación.

La necesidad y ventajas de promover la utilización de medidas alternativas.

La aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva va a generar varias consecuencias positivas, como reducir el hacinamiento en nuestros centros de privación de libertad. Además, en ciertos casos es igual de efectiva para garantizar la realización de los fines procesales. Por último, el hecho de que una persona se encuentre privada de la libertad en forma preventiva, implica un costo económico para el Estado, el cual no cuenta con los recursos suficientes para brindar una buena calidad de vida a los reclusos.

(...) “La prisión preventiva incrementa innecesariamente la población reclusa, con las negativas consecuencias de hacinamiento, aumento del coste de las instalaciones, necesidad de un mayor número de funcionarios, etc. (...) (Landrove Díaz, 1982, p. 286).



Fortalecimiento de los servicios de defensa pública.

En este apartado, la CIDH recomienda a los poderes judicial, legislativo y ejecutivo, que proporcionen a la Defensoría Pública las herramientas necesarias para ejercer una defensa adecuada y en igualdad de condiciones con respecto al ente acusador, específicamente, en lo que concierne a la práctica de acciones probatorias, así como a dotar de facilidades para revisar los expedientes e intervenir durante la fase de investigación (s. f.).

Además, aconseja de manera específica al legislador el dotar de independencia organizativa, financiera y administrativa a la Defensoría Pública, para que pueda ejercer una defensa técnica desde el momento en que se da una detención. Con esto, se logra ofrecer un mejor servicio, disminuir el tiempo que dure la prisión preventiva y evitar el abuso y los tratos crueles cuando una persona es aprehendida.

Supervisión de medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva.

Por último, como política de Estado, la CIDH propone la *Supervisión de medidas dirigidas a reducir la prisión preventiva*. Para ello, sugiere que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial incorporen sistemas de rastreo para poder hacer un balance acerca del impacto que genera la inclusión de estas medidas. Por otro lado, propone estimular la participación de la ciudadanía en general, de los privados de la libertad y de aquellos que han recuperado la misma, en estos procesos (s. f.).

Por otro lado, se contempla la implementación, por parte de los poderes ejecutivo



y judicial, de metas relacionadas con el rastreo de las medidas aplicadas; la incorporación de sistemas de monitoreo con perspectiva de género y de diversidad, que sirvan para un análisis de la pertinencia de la decisión adoptada para aquellos que pertenecen a grupos vulnerables, tomando en cuenta su situación específica; y, además, contar con eficientes bases de datos, con la finalidad de reconocer los temas en los que haya que mejorar (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f.).

Realización de procesos abreviados de conformidad con estándares en materia de derechos humanos.

Para la CIDH, la aplicación de estos procesos reduce la cantidad de personas que se encuentran en prisión preventiva, sin embargo aumenta el número de personas condenadas, a quienes se les conculca garantías básicas del debido proceso y se ven privados de una defensa apropiada, dado que el tiempo para prepararla es muy corto (s. f.).

Para poder evitar esta situación, se considera que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial deben asegurar a las partes involucradas en procesos abreviados o expeditos, las garantías propias del debido proceso, como una defensa técnica y eficiente.

Específicamente, el poder judicial debe encargarse, entre otras cosas, de que el procesado pueda dar su asentimiento en forma voluntaria, consciente de las implicaciones del proceso abreviado; así como asegurarse de que la sentencia condenatoria se encuentre sustentada en un estudio a profundidad de todo el caso (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f.)



Este punto es muy importante, puesto que la práctica del proceso abreviado, lejos de ser una ventaja para la persona procesada, ha resultado ser una amenaza, pues se violentan en muchas ocasiones garantías y principios básicos de todo proceso penal.

Cuando una persona acepta el cometimiento de un delito de manera inducida o bajo presión, se vulnera la prohibición de autoincriminación, recogida por el Art. 5 numeral 8 del COIP. Por eso la relevancia del control en su aplicación, pues la reducción de la prisión preventiva no puede ir en contra de otros derechos.

Por último, la CIDH aconseja a las autoridades judiciales publicar la investigación acerca de la cantidad de procesos de este tipo que se han llevado a cabo, debiendo tomarse en cuenta en qué casos se dictaron medidas sustitutivas, en cuáles se dio la terminación anticipada, cuándo se utilizó la prisión preventiva y cuándo se dictó sentencia condenatoria. Además, opina que se debe levantar información en torno a circunstancias específicas, como el tipo de delito, causal de aplicación, edad, género, raza, entre otras (s. f.)

En la sección segunda, la Guía hace referencia a algo que ya ha sido analizado anteriormente en este capítulo, que es la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, en donde se incluyen también los *procesos de justicia restaurativa en materia penal*, en donde la víctima, el procesado y, de ser el caso, otros afectados, intervienen de forma conjunta y por lo general guiados por un asistente, con la finalidad de resolver las consecuencias del cometimiento del delito (s. f.).

Es interesante el reconocimiento que se hace de una buena práctica llevada a cabo en el Ecuador:



En Ecuador y México, respectivamente, el Código Orgánico Integral Penal y el Código Nacional de Procedimientos Penales, contienen disposiciones enfocadas al tratamiento a seguir en caso de incumplimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva y que responden en general a los estándares internacionales en la materia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s. f., p. 25)

Además, se propone la aplicación de políticas destinadas a fomentar la celeridad procesal, sin que esto signifique dejar de observar que se cumpla con el debido proceso, así como verificar la vigencia de las causas que originaron la prisión preventiva y el cumplimiento del plazo razonable. Por otro lado, se aconseja la celebración de *audiencias en las cárceles*, como sucede en otros países y de *audiencias previas sobre la procedencia de la prisión preventiva* (s. f.), situación regulada en el Art. 540 del COIP.

Finalmente, la sección cuarta, titulada *Mujeres y otras personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo*, trata acerca del trato diferenciado que deben tener estas personas. Si la prisión implica una afección a una persona común, el impacto va a ser mucho más fuerte en una que se encuentre en situación de vulnerabilidad.

Es por esto que la CIDH considera que además de las medidas comunes para reducir la prisión preventiva, deben existir medidas especiales (s. f.). Cabe destacar en este punto los casos especiales de sustitución que establece el COIP.

Recomendaciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Por su parte, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), ha



propuesto a su vez varias alternativas para enfrentar esta problemática, bajo la coordinación del reconocido profesor Eugenio Zaffaroni, en base a una investigación profunda, llevada a cabo en varios países de la región. El documento es más antiguo, pero ofrece una serie de soluciones prácticas que aún son aplicables.

Entre las recomendaciones más importantes está la de revocar la medida cuando aparezcan altas posibilidades de que en sentencia se ratifique la inocencia del procesado, en base a indicios de los que se deduzca la existencia de circunstancias que eximen la responsabilidad del mismo (1986). En el texto original, se usa el término *eximente*, a continuación, veamos la definición que nos da el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española:

Circunstancia que excluye la responsabilidad penal del sujeto por falta de acción, por exclusión de la antijuridicidad o justificación, por atipicidad por falta de toda relevancia jurídica, por falta del tipo subjetivo en el accidente o caso fortuito, por exclusión solo de la tipicidad o del injusto penal, por exclusión de la culpabilidad o por falta de punibilidad. (Real Academia Española, 2020)

Con esta clara explicación, podemos concluir que el eximente es un hecho que tiene como consecuencia la irreprochabilidad de la conducta. Entonces, debemos entender que a lo que se refiere el texto del IIDH es a la revocatoria de la prisión preventiva, es decir, a dejarla sin efecto una vez dictada, por una razón lógica, como es el hecho de que las causas que la originaron se han esfumado o ya no son suficientes para



mantenerla. El COIP sí regula esta situación, en el Art. 535 numeral 1, como causal de la revocatoria.

Como otra sugerencia, señala:

(...) Que el criterio para dictar o no la prisión preventiva de una persona sea siempre y únicamente la necesidad de asegurar su presencia en juicio y que en modo alguno se tomen en cuenta criterios punitivos, tales como la conducta anterior del imputado o similares. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, p. 150)

Cabe señalar que, en la actualidad, la CIDH ya ha reconocido, además de la finalidad de asegurar la presencia del procesado, la de evitar que éste pueda obstaculizar la investigación (s. f.). Queda claro que el propio sistema interamericano de Derechos Humanos no considera que la prisión preventiva sea una pena, ante lo cual, las posiciones contrarias pierden credibilidad. Por otro lado, aún existe mucha polémica respecto a no considerar los antecedentes penales, pues se cree que sirven para medir el riesgo de fuga.

Continúa:



(...) “Que en modo alguno se hagan discriminaciones privilegiantes para funcionarios públicos” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, p. 150).

En la realidad ecuatoriana, hemos podido evidenciar la existencia privilegios para quienes ejercen o ejercieron un cargo público. Se les ha dictado medidas sustitutivas, como el arresto domiciliario, con lo cual gozan de todas las comodidades; o el uso del grillete, lo cual provocó incluso la fuga de un ex funcionario implicado en casos de corrupción. Sin embargo, para el ciudadano común, la cárcel es casi una regla. De ahí la necesidad de despojarse de preferencias y dar un trato justo y equitativo a todos.

Por otro lado, se plantea el uso de recursos como el *hábeas corpus*, para los casos en los que se haya excedido el plazo razonable; así como el de apelación y otros, para aquellos en los que se niegue la solicitud de recuperación de la libertad del procesado (1986). El accionar de estas figuras jurídicas es muy importante para evitar que el abuso de la prisión preventiva siga imperando. Así se ha demostrado en muchos casos en los que se ha llegado a revertir privaciones ilegales de la libertad.

Para finalizar, el IIDH recomienda:

“Considerar violatorias de Derechos Humanos las prohibiciones de excarcelar a vagos y mendigos y otras que únicamente persiguen fines represivos o intimidatorios, pero no procesales” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, p. 150).

Al respecto, cabe recordar que el antiguo Código Penal de 1971, tipificaba como delitos a ciertas conductas en las que podían incurrir los vagos y los mendigos; así se sancionaba con penas privativas de libertad hasta de un año, entre otros casos, cuando fingían lesiones o enfermedades; además, en el caso de los mendigos, cuando se



disfrazaban o se fugaban de los centros en que le hubiere colocado la autoridad. Eran considerados delitos en contra de la seguridad pública. Afortunadamente, ya son historia.

Recomendaciones doctrinarias.

Los autores Jaime Vintimilla y Gabriela Villacís han emitido otros criterios sobre lo que se debe hacer para mitigar el uso excesivo de la prisión preventiva. Ellos hablan desde la realidad ecuatoriana, en base a un estudio a profundidad llevado a cabo en el país, lo cual entrega varias conclusiones y recomendaciones que se deberían poner en práctica. El informe, titulado *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*, es parte de una serie de estudios realizados en distintos países de la región.

Los investigadores opinan que la utilización indiscriminada de esta medida cautelar debe ser sancionada administrativa y hasta penalmente, cuando proceda. Consideran oportuno hacer un llamado de atención a aquellos sujetos ajenos al sector público que están encargados de fiscalizar la administración de justicia (2013). Sin duda, las sanciones que se impongan ayudarán a reducir el abuso de la prisión preventiva, sea en el ámbito administrativo, por violación de la norma; o penal, por privación ilegal de la libertad.

También señalan que las autoridades estatales tienen que evitar pronunciarse en público acerca de las medidas tomadas por jueces o fiscales, que solo pueden ser revisadas por otra autoridad jerárquica o por el ente administrativo de esa institución, sin embargo, estos últimos no pueden descalificar ni imponer sanciones cuando se decida en base a jurisprudencia (2013).

Lamentablemente, en la realidad ecuatoriana se ha podido evidenciar que muchas



veces, representantes de varias funciones del Estado opinan acerca de un hecho delictivo que aún no ha sido investigado o critican lo decidido por los operadores jurídicos, lo cual implica una intromisión de otros sectores del Estado en la Función Judicial.

Se habla específicamente de la Fiscalía, en el sentido en que se debe diferenciar con exactitud los límites entre las disposiciones institucionales o administrativas, en donde se pretende imponer reglas de persecución para la actuación de los fiscales, y la libertad que éstos tienen para decidir en cada caso (2013). Las autoridades del ente acusador deben emitir mandatos relacionados con la organización del mismo, sin embargo, esto no puede ser un pretexto para enviar órdenes dirigidas a la toma de decisiones en uno u otro sentido.

En otro tema, se habla de la necesidad de hacer cambios encaminados a mejorar las tensas relaciones existentes entre los medios de comunicación y el sistema judicial, dado que éstas dificultan la solicitud y aplicación de la prisión preventiva de una manera imparcial y objetiva. Señalan los autores que el roce entre ambos sectores se da porque, por un lado, los medios llevan adelante su *propio proceso* al hacer averiguaciones, llegar a conclusiones propias e incluso determinar la culpabilidad de una u otra persona, todo esto sin un pronunciamiento oficial (2013).

Del lado del sistema judicial, el problema se da en la demora injustificada y en ocasiones una inactividad absoluta, lo cual solo encuentra solución en la presión constante del periodismo. En definitiva, existe una disputa con ataques de un lado al otro, que no termina de resolverse aun cuando se han organizado cursos para periodistas que



siguen procesos legales, pues continúan desenvolviéndose de forma imprecisa, muchas veces desatinada y sin una guía clara (Vintimilla & Villacís, 2013).

Ante esto, se propone establecer directrices para el área comunicacional de las entidades que comprenden el sector justicia, con la finalidad de hacer comunicación pública mediante portavoces, sobretudo en el tema de resoluciones judiciales, pero también para que asuman la labor de traducir la terminología técnica de los procesos a un lenguaje sencillo, de manera que pueda ser captado por cualquier persona, sin afectar cuestiones de fondo (2013).

La última parte es fundamental, pues la exigencia constitucional de la motivación implica la explicación clara y concisa de la razón de una decisión, por cuanto el espíritu de la norma es lograr que el ciudadano, que es parte del proceso y no es abogado, conozca porqué se le otorga, se le reconoce o se le priva de un derecho.

Consideran urgente la implementación de nuevas formas de coordinación entre el sector justicia y el de comunicación, o replantear las actuales, para que los datos relacionados con la administración de justicia que no tengan el carácter de confidenciales puedan ser proporcionados de forma inmediata y entendible para el conocimiento de la ciudadanía. Además, crear mesas de diálogo entre las autoridades de justicia y los directivos de los medios más importantes, con la finalidad de tratar sobre los problemas entre ambos sectores, en especial sobre la prisión preventiva (2013).

Para concluir, los analistas ecuatorianos hacen notar una muy importante recomendación:



Gestionar el establecimiento y la ampliación de espacios mediante los cuales se efectúe una difusión masiva en torno al funcionamiento de las instituciones del sistema de justicia, la manera en que se desenvuelven los procesos judiciales más frecuentes y el significado de sus fases más importantes. Tales espacios deben comprender desde el sistema escolarizado hasta los medios de comunicación masiva. (Vintimilla & Villacís, 2013, p. 28)

De todo lo manifestado, consideramos que, indudablemente, hace falta información dirigida a la ciudadanía en general acerca de cómo funciona el sistema judicial, cómo se accede a los servicios de justicia y cómo se llevan a cabo los procesos, pues todo esto evitaría que se produzcan los malos entendidos o interpretaciones erróneas de parte de la población civil; haciendo énfasis en el sector de la comunicación, que muchas veces difunde la noticia de forma imprecisa.

Como bien anotan los autores citados, estas nociones básicas deberían ser impartidas en escuelas y colegios, para mayor comprensión de las mismas.



CONCLUSIONES

- La prisión preventiva es una medida cautelar que sirve para asegurar la presencia del acusado durante el proceso y evitar la obstaculización de la práctica de las pruebas y el ocultamiento o manipulación de las mismas por parte de la persona procesada.
- No puede ser considerada como una pena anticipada. Si así fuese, el juez no podría ratificar el estado de inocencia del procesado o dictar el sobreseimiento; tampoco existiría indemnización para los privados de la libertad en forma preventiva cuando se les ha ratificado la inocencia.
- La presunción de inocencia no se ve afectada con la orden de prisión preventiva, pues genera efectos positivos sobre ella, como es la prohibición de tratar al imputado como si fuese culpable, tanto dentro del proceso como en el centro de privación provisional de libertad en donde esté cumpliendo la medida, para asegurar su permanencia en un lugar separado de aquellos que ya han sido sentenciados.
- Es una medida de *última ratio*, es decir, que puede ser aplicada únicamente cuando las medidas alternativas sean insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines procesales; esta situación requiere ser debidamente probada y fundamentada por parte del fiscal a cargo del caso.
- El derecho a la libertad es bastante amplio y comprende algunas garantías, y no se ve violentado como tal cuando se dicta la prisión preventiva, pues sólo es la libertad ambulatoria la que se restringe de forma excepcional y temporal.



- La prisión preventiva es una medida necesaria en determinados casos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues al no dictarla se favorecería una eventual fuga del procesado y por lo tanto la impunidad, con lo cual el proceso penal no podría cumplir con sus objetivos tal y como están planteados y, en consecuencia, fracasaría.



RECOMENDACIONES

- Para los jueces: Aplicar la prisión preventiva únicamente en aquellos casos en que sea absolutamente necesario, tomando en cuenta que el mero cumplimiento de los requisitos formales no obliga a ordenar esta medida cautelar cuando existan elementos que puedan contrarrestar el peligro de fuga; por ejemplo, el arraigo social. Además, deberán rechazar de plano aquellas solicitudes de prisión preventiva que no se encuentren debidamente fundamentadas.
- Para los fiscales: Solicitar la prisión preventiva únicamente cuando se cumplan todos los requisitos establecidos en el Art. 534 del COIP. Sin embargo, deberán también considerar las situaciones que disminuyan el riesgo de fuga, pues en base al principio de objetividad, reconocido en el Art. 5 numeral 21 del referido cuerpo legal, el fiscal tiene que recoger tanto los elementos de cargo como los de descargo. Nótese que esta obligación no le corresponde a la defensa. Por otro lado, se sugiere una mayor aplicación del principio de oportunidad, considerando las especificaciones del Art. 412.
- Para los defensores públicos y defensores privados o de confianza de la parte procesada: Vigilar el cumplimiento del debido proceso en todas sus fases. Se recomienda interponer la apelación de la orden de prisión preventiva cuando ésta no cumpla con todos los requisitos, cuando no se encuentre debidamente motivada, o cuando se haya probado la existencia del arraigo social.
- Para los medios de comunicación: Abstenerse de emitir juicios de valor sobre cuestiones que aún no han sido resueltas por las autoridades competentes, sean



estas jueces o fiscales. Así también, deben llevar a cabo una investigación completa del caso para evitar que se den interpretaciones equívocas, sin interferir con las averiguaciones que impulsa Fiscalía.

- Para la ciudadanía en general: Informarse de los casos judiciales en sitios oficiales y manejar con prudencia la información que se emite en medios de comunicación y redes sociales, cuyo mal uso puede generar alarma social. Además, evitar la interferencia en la administración de justicia mediante comentarios sin conocer el caso a profundidad o sin contar con los elementos suficientes para hacerlo.



REFERENCIAS

- Constitución de la República del Ecuador, 223 (2008). <https://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal, § Primera (2014).
- Ávila Santamaría, R. (2013). *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. (Primera). Ediciones Legales EDLE S.A. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5925/1/Avila%2c%20R-CON-011-La%20injusticia.pdf>
- Belda Pérez-Pedrero, E. (2001). *LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA*. 5, 179-204.
- Bello Merlo, E. (2019). *Excepcionalidad de la prisión preventiva ¿Realidad o quimera?* (Primera). Editores del Centro E.I.R.L.
- Benavente Chorres, H. (2009). *EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN PERÚ Y MÉXICO, ASÍ COMO SU RELACIÓN CON LOS DEMÁS DERECHOS CONSTITUCIONALES*. 7(1), 59-89.
- Bermúdez Coronel, E. (2001). *Debido proceso: Prisión preventiva y amparo de libertad en el contexto de los Derechos Humanos*. Projusticia.
- Cafferata Nores, J. I. (1997). Limitación temporal a la prisión preventiva. En *Derecho Penal. Derecho Procesal Penal*. ABELEDO-PERROT S. A. e I.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). *Guía práctica para reducir la prisión preventiva*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (p. 132). <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>
- Dei Vecchi, D. (2013). *Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes*. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173729775008>



Fernández Piedra, L. A. (2004). *La detención y la prisión preventiva en el Ecuador*.

FENAJE.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, S.A.

Guerra Pérez, C. (2010). *La decisión judicial de prisión preventiva*. Tirant lo blanch.

<https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788499859224>

Código de Procedimiento Penal, Pub. L. No. Ls/n. RO-S 360: 13-ene-2000, 71 (2001).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (1986). *SISTEMAS PENALES Y*

DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. EDICIONES Depalma BUENOS AIRES.

Jauchen, E. M. (2007). *Derechos del imputado*. Rubinzal - Culzoni Editores.

Jiménez y Gómez, M. del C. (2007). *Desaparición de la prisión preventiva*.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926008>

Kostenwei, E. (2017). *La prisión preventiva en plural*.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350951354006>

Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Defensoría Pública del Ecuador.

Landrove Díaz, G. (1982). *Prisión preventiva y penas privativas de libertad*. 7, 281-306.

Llobet Rodríguez, J. (2009). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano*.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968006>

López Arévalo, W. (2014). *La prisión preventiva en el Estado Constitucional. Estudio doctrinal y jurisprudencia*. (Primera). Editorial Jurídica del Ecuador.

Martínez Bazán, A. (2016). *Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial*. 20, 129-150.

Mata, N. (2003). Actos conclusivos de la fase de investigación en el proceso aplicable al adolescente en conflicto con la ley penal. En *Temas actuales de Derecho Procesal Penal* (Primera, p. 577). EDITORIAL TEXTO, C.A.,



https://books.google.com.ec/books?id=UFHQTvLDorIC&pg=PA331&dq=%C2%BFQu%C3%A9+Son+Los+Elementos+De+Convicci%C3%B3n?&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwia6t6Str_IAhUFo1kKHUIvBeQQ6AEILjAB#v=onepage&q=%C2%BFQu%C3%A9%20Son%20Los%20Elementos%20De%20Convicci%C3%B3n%3F&f=false Morillas Cueva, L. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. *Anales de Derecho*, 34, 38.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (1978).

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Pérez Hualde, A. (2015). Responsabilidad por daños ocasionados por la prisión preventiva. *Misión Jurídica*, 8.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5645579>

Real Academia Española. (1992). Prisión preventiva. En *Diccionario de la Lengua Española* (Vigésima primera, p. 1513). Real Academia Española.

Real Academia Española. (2019). Indicio. En *Diccionario del español jurídico*.

<https://dej.rae.es/>

Real Academia Española. (2020). Eximente. En *Diccionario del español jurídico*.

<https://dej.rae.es/lema/eximente>

Sánchez, I. (2011). *La prisión preventiva*. 973, 34-37.

Valenzuela Saldías, J. (2018). Hacia un estándar de prueba en materia penal: Algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Scielo*, 13(26), 836-857.

Vintimilla, J., & Villacís, G. (2013). Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Ecuador. En *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Due Process of Law Foundation.

Zambrano Pasquel, A. (2009). *Manual de Práctica Procesal Penal*. Edilex S.A.



Zavala Baquerizo, J. (1990). *El proceso penal* (Tercera, Vol. 3). Edino Jurídico.

APÉNDICE A

ENTREVISTA A EX JUEZ

1. *¿Considera Ud. que la prisión preventiva es una institución necesaria en nuestro ordenamiento procesal penal?*

La prisión preventiva es indispensable para que el derecho penal cumpla con sus objetivos, entre ellos devolver la tranquilidad a la sociedad que se ha visto alterada por algún acto delictivo, con la investigación de los hechos y la aplicación de las penas correspondientes; para ello, es indispensable asegurar la presencia del sospechoso en el proceso y también el eventual cumplimiento de la pena. El proceso penal fracasa cuando no puede cumplir con sus objetivos por la fuga o el ocultamiento de los presuntos responsables.

2. *A su criterio ¿la prisión preventiva es contraria a la presunción de inocencia garantizada en nuestra Constitución?*

La presunción constitucional de inocencia no se contrapone a la privación de la libertad en forma preventiva, pues siempre le acompaña al procesado pues la única forma en que puede ser desvirtuada es con una sentencia condenatoria ejecutoriada. Ahora bien, esta detención es diferente a la derivada de una sentencia condenatoria que haya causado ejecutoria, por lo que el procesado debe ser confinado en un centro especial y dotado de prebendas y tratos especiales por cuanto no se ha demostrado todavía su culpabilidad; también le favorece la caducidad si dentro de determinados plazos no se ha logrado dictar una sentencia, sin que pueda volver a ser privado de su libertad. En definitiva, está detenido como una medida procesal por existir indicios suficientes en su contra, pero subsiste a su favor la presunción de inocencia.

3. *¿Es posible considerar a la prisión preventiva como una pena anticipada?*

De ninguna manera, pues la prisión preventiva es simplemente una medida cautelar que tiene fines específicos, como es garantizar la presencia del acusado al proceso y el eventual cumplimiento de la pena. Al respecto, es necesario señalar que, en caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, el procesado tiene derecho a que se le rebaje de la condena todo el tiempo que estuvo detenido en forma preventiva. El considerar a la prisión preventiva como una pena anticipada, llevaría al absurdo de se anticipe a su vez una sentencia condenatoria, desvirtuando todo el sentido del proceso penal que pretende llevar al juzgador a la certeza de la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado, o, en caso contrario, incluida la duda razonable, a dictar una sentencia absolutoria que ratificaría la presunción de inocencia. Además, en caso de absolución, el privado de su libertad tiene derecho a recibir del Estado la reparación correspondiente, con el derecho de repetición en contra de quienes resulten responsables.

4. *En su opinión ¿debería limitarse la prisión preventiva al juzgamiento de los delitos más graves?*

En realidad, nuestro ordenamiento penal, en forma correcta, ya prevé esta circunstancia, al limitar la prisión preventiva a las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a un año, lo cual a nuestro criterio tiene su razón de ser en evitar que, en algunos casos de delitos menores, el tiempo de prisión preventiva sea igual o supere al de la condena, si se considera que la caducidad de esta medida cautelar es de seis meses para los delitos cuya pena de privación de libertad sea hasta de cinco años.

5. *¿Cree Ud. que en nuestro país los jueces abusan o han abusado de la prisión preventiva?*

A nivel nacional han ocurrido casos en que los jueces han dictado órdenes de prisión preventiva sin mayor sustento, bien sea por intereses personales abusando de su potestad jurisdiccional, o, en otros casos, por temor, bien sea por la presión mediática, es decir la ejercida por los medios de comunicación social, o sometidos a los intereses del poder político de turno. Estos casos pueden ocurrir como consecuencia de una deficiente selección de jueces o también por la ausencia de respaldo a su labor jurisdiccional. En estos momentos, no se ha conocido casos en que pueda haberse producido tal abuso.

6. *¿Cuál es su criterio respecto al tratamiento que reciben los detenidos por órdenes de prisión preventiva en los Centros de Privación de Libertad?*

Lo que debería establecerse en todo el país (actualmente funcionan en Quito y Guayaquil y otras localidades menores como Azogues y Alausí) son centros exclusivos para la privación provisional de libertad, es decir, para quienes están detenidos antes de sentencia. Al no existir en el resto del país tales centros independientes, en estos casos se debe garantizar que en los Centros de Privación de Libertad existan pabellones o sectores absolutamente independientes para en forma exclusiva acoger a los que han sido detenidos por órdenes de prisión preventiva, pues, si se los mezclara con quienes han sido condenados, sería un verdadero atropello a los derechos que les confiere la presunción constitucional de inocencia y el trato que como tales se les debe dar. Además, en estos locales debería existir separación de detenidos de acuerdo a la gravedad de las infracciones por las cuales están siendo procesados, lo que generalmente no ocurre en nuestro medio.

APÉNDICE B

ENTREVISTA A FISCAL

1. *¿Considera Ud. que la prisión preventiva es una institución necesaria en nuestro ordenamiento procesal penal?*

Si, es necesaria cuando se corre el riesgo que el justiciable eluda los llamados de la justicia, pues la medida cautelar de prisión preventiva, tiene dos finalidades o justificaciones aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia; siendo 1. Peligro de alteración de pruebas Y, 2. Peligro de fuga. El Código establece otras como el cumplimiento de una eventual pena, reparación integral, intermediación etc.

2. *A su criterio ¿la prisión preventiva es contraria a la presunción de inocencia garantizada en nuestra Constitución?*

de ninguna manera se puede decir que son contrarias, no son comparables, la Prisión preventiva garantiza un correcto procedimiento penal; en tanto que el estado de inocencia es un Derecho Humano, que no se lo destruye con la prisión preventiva, sino con la demostración de culpabilidad.

3. *¿Es posible considerar a la prisión preventiva como una pena anticipada?*

no, porque es preventiva, puede ser revisada o sustituida por medidas cautelares no privativas de libertad o reales.

4. *En su opinión ¿debería limitarse la prisión preventiva al juzgamiento de los delitos más graves?*

si.

5. *¿Cree Ud. que en nuestro país los jueces abusan o han abusado de la prisión preventiva?*

Si, principalmente cuando el tema se vuelve mediático.

6. *¿Cuál es su criterio respecto al tratamiento que reciben los detenidos por órdenes de prisión preventiva en los Centros de Privación de Libertad?*

Ninguna prisión es placentera, mucho peor cuando los internos no están clasificados por grado de peligrosidad, existe hacinamiento que provoca reacción violenta entre los mismos internos. Se ha demostrado que en prisiones con personas no violentas la rehabilitación es efectiva, ejemplo Cárcel de Azogues.

APÉNDICE C ENTREVISTA A DEFENSORA PÚBLICA

1. *¿Considera Ud. que la prisión preventiva es una institución necesaria en nuestro ordenamiento procesal penal?*

Si porque es la medida cautelar más efectiva para que la persona procesada comparezca a juicio y no exista riesgo de fuga.

2. *A su criterio ¿la prisión preventiva es contraria a la presunción de inocencia garantizada en nuestra Constitución?*

No, ya que es una medida de carácter personal restrictiva de la libertad, la persona todavía no ha sido considerada culpable.

3. *¿Es posible considerar a la prisión preventiva como una pena anticipada?*

No, porque únicamente es una medida cautelar de carácter personal que permite que la persona no evada la justicia en el caso de ser declarada culpable.

4. *En su opinión ¿debería limitarse la prisión preventiva al juzgamiento de los delitos más graves?*

No, está bien que sean en delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor a un año ya que se ha podido ver que la persona procesada se fuga y no cumple otras medidas.

5. *¿Cree Ud. que en nuestro país los jueces abusan o han abusado de la prisión preventiva?*

En ciertos casos si se ha podido evidenciar eso, por ejemplo en caso de robos sin violencia, incluso sin suficientes elementos de convicción para la existencia de un delito penal ni la responsabilidad penal.

6. *¿Cuál es su criterio respecto al tratamiento que reciben los detenidos por órdenes de prisión preventiva en los Centros de Privación de Libertad?*

No tengo conocimiento de la realidad carcelaria pero considero que se debe garantizar plenamente su derecho a la defensa y señalar lo más pronto posible las audiencias de revisión de medida cautelar y deben estar aislados de las personas que están sentenciadas.

APÉNDICE D

RECOMENDACIONES DE LA CIDH ACERCA DE LA EXCESIVA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Conceptualización básica

El punto de partida para cualquier análisis de los derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran bajo prisión preventiva, se sustenta fundamentalmente en el **principio de la presunción de inocencia**, que significa que en caso de resultar necesaria la privación de libertad durante el transcurso de un proceso, la posición jurídica de la persona imputada sigue siendo la inocente.

La **aplicación de la prisión preventiva** debe atender a los siguientes **principios**:

Excepcionalidad	Toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad, y sólo por vía de excepción puede ser privada de la libertad
Legalidad	La libertad del acusado sólo puede ser restringida con estricto apego a las normas
Necesidad	La prisión preventiva sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso
Proporcionalidad	Implica una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción
Razonabilidad	La prisión preventiva debe mantenerse durante un tiempo razonable. Aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, esta debe ser liberada si el periodo de la detención ha excedido el límite de lo razonable

Por otra parte, los únicos **fundamentos legítimos de la prisión preventiva** son los siguientes:

Peligro de fuga	Riesgo de que la persona imputada intente eludir el accionar de la justicia.
Riesgo de obstaculización	Peligro de que la persona imputada intente obstaculizar la investigación criminal.