

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**El principio de presunción de inocencia e igualdad formal y material,
en la sustitución de la prisión preventiva en caso de reincidencia en el Ecuador**


Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Abogada

Autor:

María Cristina Aguirre Medina

Director:

Diego Xavier Martínez Izquierdo

ORCID:  0009-0006-4306-7987

Cuenca, Ecuador

2024-02-27

Resumen

Desde su reforma el 24 de diciembre del 2019, el artículo 536 del COIP ha sido objeto de estudio y debate, de manera principal la Corte Constitucional del Ecuador ha declarado su inconstitucionalidad en ciertos aspectos de su regulación, fundamentando su decisión en la naturaleza de la prisión preventiva, lo que llevó a estudiar mencionada figura, su aplicación, y beneficios de sustitución establecidos por la ley. Además, examina la desigualdad entre sujetos procesales que resulta de la prohibición de sustitución en casos de reincidencia. Utilizando un enfoque cualitativo, bibliográfico, teórico, descriptivo y no experimental, el estudio busca identificar la inobservancia de criterios reguladores de la prisión preventiva en un ámbito nacional e internacional, así como la vulneración de principios constitucionales, y la existencia de una discriminación normativa. La propuesta de la investigación se orienta hacia la importancia de que la Corte Constitucional del Ecuador analice la prohibición de sustitución de la prisión preventiva en caso de reincidencia, con el objeto de verificar la constitucionalidad normativa, y abordar posibles vulneraciones que surgen de la regulación existente.

Palabras clave: prisión preventiva, garantías constitucionales, pasado judicial, vulneración de derechos



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

Since its reform on December 24, 2019, Article 536 of the COIP has been the subject of study and debate, mainly the Constitutional Court of Ecuador has declared its unconstitutionality in certain aspects of its regulation, basing its decision on the nature of pre-trial detention, which led to study said figure, its application, and substitution benefits established by law. In addition, it examines the inequality between procedural subjects resulting from the prohibition of substitution in cases of recidivism. Using a qualitative, bibliographic, theoretical, descriptive, and non-experimental approach, the study seeks to identify the non-observance of regulatory criteria for pretrial detention at a national and international level, as well as the violation of constitutional principles, and the existence of normative discrimination. The research proposal is oriented around the importance of the Constitutional Court of Ecuador analyzing the prohibition of substitution of pretrial detention in the case of recidivism, to verify the constitutionality of the regulation and address possible violations derived from the existing regulation.

Keywords: remand, constitutional guarantees, record judicial, rights violation



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de Contenido

Resumen	2
Abstract	3
Dedicatoria	6
Agradecimiento	7
Introducción	8

Capítulo I:

La prisión preventiva, medida cautelar de última ratio, análisis legal y doctrinario

1.1 Breve desarrollo de las medidas cautelares reconocidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	9
1.2 La Prisión Preventiva como medida cautelar.....	10
1.3 Requisitos formales.....	12
1.4 Principios observables en la Jurisprudencia.....	13
1.4.1 Principio de Excepcionalidad.....	14
1.4.2 Principio de Idoneidad.....	15
1.4.3 Principio de Proporcionalidad.....	16
1.5 Sustitución de la Prisión Preventiva.....	18
1.6 La Reincidencia.....	20

Capítulo II

Presunción de inocencia, derechos de la persona procesada y derecho a la igualdad material y formal

2.1 Principio de Presunción de Inocencia.....	23
2.2 Derecho a la Igualdad y no Discriminación.....	28
2.2.1 Consideraciones Generales.....	28
2.2.2 Análisis Internacional.....	30
2.2.2.1 Autónoma o Subordinada.....	30
2.2.2.2 Abierta o Restringida.....	31
2.2.3 Análisis Nacional.....	33
2.3 Test de igualdad y no discriminación.....	36
2.3.1 Comparabilidad de los sujetos/titulares de derechos.....	36

UCUENCA

5

2.3.2	Constancia de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas	37
2.3.3	Consecuencia o Resultado	37
2.3.4	Fin constitucionalmente válido	38
2.3.5	Idoneidad	39
2.3.6	Necesidad	40
2.3.7	Proporcionalidad propiamente dicha	41
2.4	Reglas de Tokio	41

Capítulo III

Análisis descriptivo y comparativo entre la negativa de sustitución de la prisión preventiva, y los fundamentos de la sentencia de la Corte Constitucional NO. 8-20-CN

3.1	Introducción / Fundamento	44
3.2	Antecedentes del Caso No. 8-20-CN	44
3.3	Fundamentos que apoyan la inconstitucionalidad de la norma consultada	45
3.4	Análisis, consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional	46
3.5	Análisis Comparativo	50
	Conclusiones	52
	Recomendaciones	53
	Referencias Bibliográficas	54

Dedicatoria

A mis padres, Cristian y Maritza, quienes han sido mi principal apoyo durante todo este trayecto.

Al abuelo, por su cariño incondicional e infinito.

A David, mi mejor amigo, por su apoyo incondicional desde el inicio hasta el final de este camino.

Agradecimiento

A mis amigas, por haber hecho de esta vida universitaria un camino de aprendizajes y experiencias inolvidables.

A la Universidad de Cuenca y sus docentes, por forjar mi crecimiento personal y profesional.

A mi director de Proyecto de Titulación, Abg. Diego Martínez Izquierdo, por su asistencia académica en la presente investigación.

Introducción

La reforma del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, publicada el 24 de diciembre de 2019 constituyó un momento trascendental en el panorama jurídico ecuatoriano, en aspectos particulares a lo que respecta la aplicación y específicamente la permanencia de la prisión preventiva dentro de un proceso penal. Desde entonces, mencionado artículo se ha encontrado inmerso en un profundo escrutinio académico y profesional, además de ciertos debates en cuanto a las consecuencias de su aplicación, especialmente después de que la Corte Constitucional del Ecuador declarará la inconstitucionalidad de mencionado artículo en determinados aspectos de su regulación. La fundamentación de dicha inconstitucionalidad ha pivotado en la complejidad inherente a la naturaleza por sí misma de la prisión preventiva lo cual podría llegar a corromper el entramado contenido de la aplicación del mentado artículo.

El presente estudio se adentra en realizar un análisis meticuloso empleando un enfoque cualitativo y descriptivo de la norma mencionada, en conjunto con un examen exhaustivo de fuentes normativas tanto nacionales como internacionales con la finalidad de verificar su compatibilidad, además de determinar aquellos aspectos observables obligatoriamente en la aplicación de la prisión preventiva como tal, además de su persistencia, y los derechos que deben ser protegidos de la mano con su aplicación.

El propósito central de esta investigación se encuentra direccionado en la identificación de posibles inobservancias de criterios reguladores de la prisión preventiva, en un ámbito interno como también internacional. Además, esclarecer la posible existencia de vulneración de principios constitucionales, y una aplicación normativa de carácter discriminatoria que se manifiesta con particular agudeza en situaciones de reincidencia, debido a que, el núcleo de la investigación se concentra en la prohibición de sustitución de la prisión preventiva en los casos mencionados, proponiendo así una evaluación meticulosa por parte de la Corte Constitucional.

Finalmente, este trabajo aspira contribuir al desarrollo del discurso jurídico, ofreciendo un análisis profundo que esclarece la naturaleza y correcta aplicación de la prisión preventiva, a su vez la posible inconstitucionalidad regulada en mentado artículo acompañada de una perspectiva constructiva hacia posibles reformas normativas con la finalidad de mejorar en la regulación actual su aplicación y así asegurar el derecho de las personas procesadas en un ámbito judicial.

Capítulo I

La prisión preventiva, medida cautelar de última ratio, análisis legal y doctrinario

1.1 Breve desarrollo de las medidas cautelares reconocidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el Ecuador, se reconoce en el proceso penal, dos grandes tipos de medidas cautelares, que pueden adoptarse en la prosecución de un proceso judicial de carácter penal: por un lado, tenemos las medidas cautelares de carácter personal, que son aquellas que recaen sobre el imputado, y se encuentran dirigidas principalmente a garantizar la presencia del procesado dentro de cada etapa del proceso, por otra parte, tenemos las medidas cautelares patrimoniales, que recaen como su nombre lo refiere sobre el patrimonio de la persona procesada, como también sobre terceros, teniendo así como objeto garantizar la reparación integral que se derive de una sentencia condenatoria.

Para empezar el análisis, es menester traer a colación un concepto establecido por Asencio Mellado en su texto Derecho Procesal Penal, en el cual considera a las medidas cautelares como “resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limita un derecho fundamental del imputado, con la finalidad de asegurar la celebración de un juicio oral y eventualmente la sentencia” (como se citó en Río Labarthe, 2016, pág. 6).

Considerando este concepto, es importante destacar que las medidas cautelares aplicables y reconocidas en nuestro ordenamiento, a la categoría que pertenezcan, conllevan la limitación o afectación de derechos en diversos grados. La magnitud de esta restricción varía según la naturaleza de la medida dictada, que se rige de manera esencial en el respeto al equilibrio entre derechos individuales y el objetivo de preservar el orden público, así como el funcionamiento del sistema judicial en el caso en concreto que se trate.

Las diferentes medidas cautelares reconocidas buscan cumplir con ciertas finalidades que se desprendan de su aplicación, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, de manera específica el Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, en su artículo 519, establece las finalidades de la aplicación de medidas cautelares en el proceso penal, señalando lo siguiente:

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. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)

En cuanto a las medidas cautelares, se debe mencionar que podrán ser dispuestas por el juzgador de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria, únicamente frente a una solicitud fundamentada por parte de fiscalía, esto en caso de delitos. Uno de los principales requisitos para imponer una o varias medidas cautelares de carácter personal sobre el imputado es la motivación judicial en la cual se considere de manera estricta criterios de necesidad, y proporcionalidad de la medida solicitada, acompañado con determinar si su aplicación asegura el desarrollo y resultado del proceso penal (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

En nuestra legislación se reconoce la aplicación de seis tipos de medidas cautelares de carácter personal, que pueden ser dictadas de forma individual o varias de ellas, en este caso se encuentran enumeradas de la siguiente manera: 1) Prohibición de ausentarse del país; 2) Obligación de presentarse periódicamente ante el juzgador o autoridad que se designe; 3) Arresto domiciliario; 4) Dispositivo de vigilancia electrónica; 5) Detención; y por último la Prisión preventiva (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), que es la medida que nos atañe en el presente estudio. Las cinco primeras son aquellas que se dictarán de forma prioritaria a la prisión preventiva en todos los casos, esto es, en razón a los supuestos que se analizarán posteriormente.

1.2 La Prisión Preventiva como medida cautelar.

En la doctrina se han propuesto diversos argumentos para dar una definición de lo que se denomina prisión preventiva, uno de ellos propuesto por la autora Cristina Guerra:

Privación de la libertad a un sujeto, legalmente inocente, imputado por un delito de especial gravedad, que es ordenada por una resolución jurisdiccional, de carácter provisional y duración limitada, antes de que recaiga sentencia penal firme, con el fin de asegurar el proceso de conocimiento con la presencia del imputado durante el proceso o la ejecución de la eventual y futura pena. (como se citó en Morillas Cueva, 2016, pág. 10)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considera a la prisión preventiva, o también llamada detención preventiva como “todo el período de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, pág. 13).

En nuestro ordenamiento, se considera a la prisión preventiva como una de las seis medidas cautelares reconocidas dentro de un marco de procedimiento penal, incluso se la visualiza como una medida de carácter excepcional, sin embargo, no se sujeta a las finalidades generales, pues no se impone con el objetivo de cumplir las cuatro finalidades articuladas en el apartado 519 del COIP, sino que cuenta con una finalidad única que se direcciona específicamente a garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, según lo reconoce el artículo 534 del mismo instrumento. Al igual en nuestra carta magna, se regula la aplicación de la prisión preventiva, buscado así establecer límites constitucionales para su aplicación, con la finalidad de proteger una garantía constitucional básica, señalando:

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 o acusado 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 [...]. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008)

A su vez, es menester traer a colación un concepto emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante la Res.14-2021, la cual tuvo por objeto realizar una aclaración al artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se atribuyó a la prisión preventiva, el siguiente concepto:

Art. 1.- La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterios de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz. (Corte Nacional de Justicia, 2021, pág. 13)

En mencionada resolución, la Corte en el análisis de dicho estudio presentó una definición de la prisión preventiva en grandes rasgos, que refiere a aquellos alcances que tiene la medida, articulando una definición de la siguiente manera:

Una medida cautelar de carácter personal, excepcional, no punitiva, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, que afecta el derecho a la libertad personal de la forma más severa. Persigue como fin inmediato garantizar el éxito del proceso penal, es decir sus finalidades, orientándose a evitar riesgos intensos que lo pongan en peligro real, siendo necesaria siempre y cuando las medidas alternativas no sean suficientes para ese propósito; de tal suerte que la prisión preventiva tiene exclusivamente un fundamento procesal. (Corte Nacional de Justicia, 2021, pág. 1)

De esta forma, se debe reconocer que, bajo la jerarquía constitucional, como también la regulación dentro de una norma especial, y pronunciamientos de la Corte Nacional de Justicia, es imperante considerar que para la aplicación de la prisión preventiva no caben otros fines aislados a aquellos reconocidos en cada una de las normas mencionadas. Inclusive, el legislador ha otorgado a la prisión preventiva, una distinción singular frente a las demás medidas cautelares reconocidas, lo que le confiere un tratamiento exclusivo y especial para su aplicación, distinguiéndose como la excepción a la regla, además de estar sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos formales reconocidos en el artículo 534 del COIP, que son considerados como fundamento principal para la procedencia de la solicitud emitida por fiscalía hacia el juzgador, más no se refiere a requisitos que de primera mano garanticen la procedencia de la medida cautelar como tal.

1.3 Requisitos formales:

Es pertinente identificar cada uno de los requisitos antes mencionados, y recogidos en el artículo 534 del COIP, para lo cual se considera:

- 1) Únicamente se podrá dictar prisión preventiva dentro de delitos del ejercicio público de la acción, que se encuentren sancionados conforme a la ley, con una pena privativa de la libertad superior a un año.
- 2) La solicitud debe estar fundamentada en elementos de convicción claros, precisos y justificados, que configuren la existencia del delito, como también, la participación de la persona procesada ya sea, como autor o cómplice conforme lo establecido en los artículos 42 y 43 del COIP.
- 3) Además, se deberá fundamentar que la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad, son de carácter insuficiente, y que estas, no garantizan la presencia de la

persona procesada en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena (Corte Nacional de Justicia, 2021, pág. 14).

En este caso, como se ha indicado es fiscalía a través de su representante como uno de los sujetos procesales, quien está obligado a observar y recoger los elementos que apoyen la existencia de dichos requisitos, además de fundamentarse de manera oportuna en uso de las razones de las cuales se crea asistido, conforme lo establecido en el artículo 5 numeral 13 del COIP (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Además, se debe considerar que la prisión preventiva, para poder ser emitida y dictada por el juzgado de primera instancia, debe justificarse conforme a la ley, y “se ordenará solo si se ha demostrado que la persona investigada podría fugarse, caso contrario, se deben dictar otras medidas menos severas para garantizar su presencia al juicio” (Corte Nacional de Justicia, 2021, pág. 15). Sin embargo, no cabe duda alguna que, en el ámbito internacional como nacional, la aplicación de la prisión preventiva se encuentra justificada con el objetivo de “concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin” (La Rosa, 2016, pág. 4).

1.4 Principios observables en la Jurisprudencia:

La prisión preventiva en la jurisprudencia nacional y supranacional, como en la normativa ecuatoriana es considerada una medida de última ratio, debido a las restricciones de derechos que de su aplicación se desprenden, por esta razón, se encuentra sujeta a ciertos principios que deben ser analizados y justificados al momento de ser dictada por el juzgador, aquellos principios los encontramos enmarcados en la resolución No.14-2021 antes citada, emitida por la Corte Nacional de Justicia, además de los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo estos cuatro principios fundamentales: la excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

1.4.1 Principio de Excepcionalidad:

La prisión preventiva, por su naturaleza, se considera de carácter excepcional debido a que, como hemos señalado anteriormente solo puede ser aplicada de última ratio, en razón a los derechos humanos que resultan restringidos mediante su aplicación, entre ellos podemos mencionar el derecho a la libertad ambulatoria, y el principio de presunción de inocencia. Su empleo debe ser de carácter limitado, debido a que, bajo las regulaciones de la materia, el

encarcelamiento preventivo resulta ser totalmente prescindible, a través del uso de otras medidas que resultan ser menos severas al momento de su aplicación, y que pueden llegar a cumplir los fines para asegurar la prosecución de la causa.

Por esta razón, la prisión preventiva es categorizada como la medida más severa que puede ser impuesta a la persona procesada, lo mencionado, va de la mano y en armonía a lo establecido por la Constitución de la República, en su artículo 77 numeral 1 que fue anteriormente citado, como también con apego a instrumentos internacionales que consideran al encarcelamiento en iguales condiciones, un ejemplo de aquello lo encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual considera a la prisión preventiva en el siguiente sentido:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (ONU: Asamblea General, 1966)

Por otro lado, con un criterio similar, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, considera lo siguiente: “la prisión preventiva debe ser aplicada excepcionalmente, considerando como regla general la libertad del individuo sometido a proceso, mientras se resuelven cuestiones de culpabilidad y responsabilidad penal” (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2013, pág. 114).

Apoyado en un ámbito nacional, es menester, hacer alusión en este apartado, a la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional en base a derechos humanos, emitido por sentencia No 001-18-PJO-CC, que señala lo siguiente:

La orientación humanista y garantista de los derechos humanos de las personas penadas, configura un importante elemento de distinción entre un Estado autoritario y un Estado democrático, pues mientras el primero usa su poder punitivo como primera medida para reprimir conductas delictuosas, el segundo se asegura de que el ius puniendi y las penas privativas de la libertad se utilicen solo como último recurso, después de que quede plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resultan insuficientes para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia. (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, pág. 24)

Posterior a este recorrido, se concluye con un criterio que nos arroja el principio de excepcionalidad, pues al momento de su aplicación con el fin de que se dicte una medida privativa de la libertad, debe tenerse en claro que dicha medida se reviste de un carácter procesal, más no punitivo, por lo cual, es trabajo de los jueces valorar su aplicación, en función de la necesidad y buscando que al momento no se convierta en una medida de anticipo de la pena, de esta manera se atribuye la idea de que el principio de excepcionalidad de la medida se encuentra estrechamente ligado con el derecho a la libertad y el principio de presunción de inocencia, pues se considera que la regla general durante la prosecución de la causa es la libertad de la persona acusada, hasta el momento en el que se dicte sentencia que determine su situación jurídica.

1.4.2 Principio de Idoneidad:

De manera específica, la prisión preventiva para ser dictada por la autoridad competente deberá tener como objetivo cumplir aquellos fines determinados en la norma, aquellos analizados en el presente trabajo con anterioridad, estos se encuentran regulados tanto en la Constitución, como en el Código Orgánico Integral Penal. En fin, lo que busca esta regulación es asegurar que las medidas sean impuestas de manera justificada, esto en cuanto, a que cada medida cautelar que sea dictada, en especial la prisión preventiva debe perseguir fines constitucionalmente válidos y legítimos, con el fin, de evitar que pueda caer en criterios subjetivos que conlleven a una restricción injustificada y arbitraria de derechos que afecten de forma directa a la persona procesada y su entorno.

Al hablar de idoneidad, principio estrechamente entrelazado con el principio de necesidad, conlleva además de lo indicado en el párrafo anterior, a que la autoridad competente respete las garantías constitucionales al momento de su emisión, pues debe motivar dicha decisión en el hecho de que la medida aplicable es el medio más idóneo, útil y eficaz, que conlleve a contrarrestar razonablemente el riesgo procesal que se busca evitar, entendido de esta manera como riesgo de fuga, pues “la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida” (Krauth, 2018, pág. 47).

De esta forma, en términos procesales, la prisión preventiva sólo deberá aplicarse cuando dentro de cada caso en concreto no exista otra medida que logre cumplir con aquellas finalidades legítimas destinadas a reducir el riesgo procesal existente. Sin duda alguna, el principio analizado ha sido la base en los sistemas legales para sujetar la prevalencia de la prisión preventiva a una

revisión periódica con el fin de que sea revisado por el juzgador desde el momento de la emisión de la medida con el objetivo de que aquella no recaiga en un uso excesivo; tal cual, lo señala la CADH en su artículo 7 numeral 5:

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. (Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 1969)

La norma antes citada, según lo establecido por la CIDH, corresponde e impone "límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pág. 25). En sí, el principio de idoneidad resalta la necesidad de que la prisión preventiva se encuentre impuesta con el fin de alcanzar un objetivo legítimo, además de que su motivación se fundamenta en criterios legales apoyados en aquellas garantías del debido proceso, como a su vez, los derechos de la persona procesada; lo mencionado debe aplicarse con base en este principio desde el momento de su emisión, como también en el caso de que la medida sea mantenida.

1.4.3 Principio de Proporcionalidad:

En primer plano, el principio de proporcionalidad es entendido como puro derecho procesal penal constitucional, debido a que, el análisis de la proporcionalidad corresponde y abarca criterios constitucionales, como los señalados en el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, en adelante LOGJCC. Además se considera a dicho principio como "un criterio para establecer el marco constitucional de la legislación penal en conjunto" (Krauth, 2018, pág. 46), lo cual, coloca a los juzgadores de garantías penales, en una posición de obrar como jueces constitucionales a través de la aplicación de un juicio de ponderación con la finalidad de determinar que la aplicación de una medida cautelar privativa de la libertad es idónea y cumple un carácter proporcional en cuanto a la restricción de derechos constitucionales que esta conlleva.

Además, a través de mentado análisis lo que se busca alcanzar es un equilibrio entre los intereses en conflicto, pues a pesar de que se llegue a fundamentar por parte de fiscalía la

existencia de ciertos elementos requeridos para solicitarla, no es considerada suficiente la existencia de un peligro procesal, o que se constituyan los elementos que configuren la existencia de un delito y la participación de la persona procesada, debido a los perjuicios personales y sociales que puedan conllevar la aplicación de la medida restrictiva.

En este sentido, la CIDH se ha pronunciado considerando que la prisión preventiva se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad, el mismo que debe ser considerado en dos dimensiones, en primer lugar, el hecho de ser aplicada a una persona procesada revestida de una posición jurídica de inocente, la cual no puede recibir igual o peor trato que aquella que haya recibido una sentencia condenatoria en su contra, en segundo lugar, la existencia de una congruencia de carácter obligatorio entre la medida dictada y el fin perseguido, con el objetivo de que el sacrificio que de este se desprenda no resulte exagerado o recaiga en una medida arbitraria, e irracional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Además, la CIDH, conforme a referido principio considera: “El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pág. 26).

Conforme a la resolución No. 14- 2021 emitida por la Corte Nacional de Justicia, considera que para llegar a fundamentar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva, es imprescindible contar con elementos racionalizados, lógicos y objetivos, además señala que es inapropiado realizar fundamentaciones subjetivas, como observar de manera aislada la gravedad de la pena del delito, además reconoce ampliamente que el peligro de fuga no se encuentra relacionado directamente con la gravedad de la pena. (Corte Nacional de Justicia, 2021, pág. 11)

De acuerdo con la doctrina internacional, como por sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, el principio de proporcionalidad se encuentra conformado por subprincipios, que son la idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales al ser analizados tiene como objetivo determinar la legalidad y legitimidad de las acciones que puedan vulnerar derechos fundamentales, como también evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa que la pena aplicable en el caso de ser condenado.

Además de los principios analizados, se suman como criterio internacional emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios de razonabilidad, legalidad, provisionalidad, y el principio pro homine, entre otros (La Rosa, 2016), los cuales tienen como

objetivo la regulación correcta al momento de que se emita la prisión preventiva, para evitar que esta sea desmedida y dirigida a una aplicación inadecuada en la práctica.

Basándonos en la información recopilada en esta sección, podemos inferir que la proporcionalidad desempeña un papel crucial en las decisiones tomadas por el poder público, debido a que, es crucial determinar la proporcionalidad en casos en los que su aplicación pueda inferir vulneraciones de derechos. En el caso específico bajo estudio, esto implica la necesidad de que exista proporcionalidad entre la medida cautelar aplicada y su efectividad, necesidad, idoneidad, para mitigar el riesgo procesal que puede representar la persona procesada durante el juicio penal.

Concluyendo con los principios que regulan la prisión preventiva, es adecuado indicar que esta medida se encuentra desde el momento de su aplicación susceptible a ser sustituida o revocada, no es necesario para el juzgador esperar a que la persona procesada sea declarada culpable o inocente a través de sentencia para que varíe su condición privativa de la libertad, pues, debe encontrarse en constante revisión y valorarse periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen con el fin de considerar su idoneidad y asegurar el cumplimiento de un fin.

1.5 Sustitución de la Prisión Preventiva

Como se ha analizado con anterioridad la prisión preventiva resulta ser de carácter excepcional, y aplicable únicamente bajo criterios de última ratio, además de ser obligación de las autoridades judiciales nacionales controlar que su duración no exceda plazos razonables, en razón de que “el riesgo procesal tiende a disminuir con el paso del tiempo” (La Rosa, 2016, pág. 32), y este puede ser mitigado a través de la utilización de otras medidas cautelares menos lesivas.

La naturaleza excepcional y transitoria que reviste la medida conlleva al cumplimiento de esta obligación por parte de los jueces de garantías penales, debido a que, son quienes deben periódicamente fundamentar la razón de necesidad de la misma, y velar por la buena marcha del proceso, respetando a su vez las garantías establecidas en la CRE, los principios procesales y la debida diligencia.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, establece dentro de las reglas generales de las medidas cautelares y de protección, la posibilidad de que el juzgador en audiencia considere y resuelva de manera motivada las solicitudes de sustitución, suspensión, y revocatoria de las medidas

cautelares, además de señalar que la audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión tiene lugar siempre y cuando:

Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados. Si desaparecen las causas que dan origen a las medidas cautelares o de protección o si se cumple el plazo previsto en la Constitución la o el juzgador las revocará o suspenderá. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)

Esto nos señala, que la posibilidad de sustituir la medida se basa directamente en los hechos que se desprenden del caso en concreto, y de la situación en la que se encuentre la persona procesada, además por el carácter de la actividad procesal, puede considerarse un medio oportuno para el imputado con el fin de acceder a una medida menos severa que la prisión preventiva, pues, “siempre se debe procurar su sustitución por una medida cautelar de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan” (La Rosa, 2016, pág. 12).

Por su parte, si bien hasta lo analizado resultaría entender que la solicitud de sustitución de la prisión preventiva actuaría en igualdad de condiciones para las personas procesadas con la posibilidad de que aquellas a través de su defensa puedan buscar precautelar sus derechos constitucionales, como es la libertad, y presunción de inocencia, inclusive evitando el hacinamiento con el objetivo de acceder al uso de otras medidas menos gravosas que permitan cumplir los fines procesales pertinentes que aseguren la prosecución del proceso, es la legislación que en sus normas establece ciertas limitaciones contenidas en el último inciso del artículo 536 del COIP, de manera específica “tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), que podría conllevar a la vulneración de derechos constitucionales como son la igualdad procesal, y la no discriminación.

En el presente artículo, se configura directamente a la reincidencia como un factor esencial y un criterio rector para mantener vigente la prisión preventiva, sin permitir el análisis de la situación de la persona procesada, que podría llevar a que varíen las condiciones en las que se encuentra, y que las mismas resulten que disminuya el riesgo procesal. Para analizar lo establecido corresponde indagar lo que se entiende en la ley como reincidencia en los casos de materia penal, lo cual corresponde en el siguiente sentido.

1.6 La Reincidencia

La reincidencia es considerada como la reiteración de la conducta delictiva. Para determinar estar frente a uno de estos casos, es imprescindible que la persona imputada haya sido condenada a través de sentencia ejecutoriada por un delito en el cual concurren los mismos elementos de dolo y culpa, este concepto puede inferir desde el simple análisis, y la reunión de ciertos conocimientos. Para apoyo del estudio, se presenta lo establecido por la Real Academia de la Lengua, que otorga al término la siguiente definición: “Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa” (Bernate, 2016, pág. 186).

Conforme a la doctrina, la reincidencia se define como “peculiaridad radica en la existencia de una o varias sentencias penales de condena interpuestas entre los varios delitos”, y que, además, se encuentra compuesta conceptualmente por tres elementos: “el sujeto único, la pluralidad de delitos, y, la sentencia penal de condena” (De Zamora, 1970, pág. 14). La reincidencia en materia penal de primera mano en el derecho positivo se configura como una circunstancia agravante de la responsabilidad de la persona previamente condenada, con fundamento en la mayor culpabilidad, en comparación con un delincuente primario. Sin embargo, el concepto que nos atañe viene dado por la normativa penal de cada país, por ejemplo, en el Ecuador se encuentra regulado en el artículo 57 del Código Integral Penal, que señala:

Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante criterios no vinculantes, ha establecido dos categorías de reincidencia: específica y genérica. En este contexto, se atribuye a la reincidencia específica como aquella que procede en los casos de que la persona procesada enfrenta cargos o es condenada por un delito análogo al previamente imputado. La reincidencia genérica, por otro lado, se configura cuando se trata de un nuevo delito, distinto al que resultó condenado bajo sentencia. Reconociendo que, en el ámbito jurídico ecuatoriano, para que el artículo correspondiente surta efecto, se reconoce la existencia de una reincidencia específica, siempre y cuando esté relacionada con casos de delitos (Corte Nacional de Justicia, 2019, pág. 1) (Corte Nacional de Justicia, 2023, págs. 1,2).

Una vez entendida la reincidencia en materia aplicable a la prisión preventiva, nos corresponde analizar en conjunto con lo establecido en el artículo 536 del COIP, pues en este indica que no se podría dictar la sustitución de la medida en los casos que la persona procesada se encuentre en situación de reincidencia, colocando esta condición como un criterio rector para la prevalencia de la medida, impidiendo de primera que las autoridades judiciales nacionales cumplan con su obligación de valorar la vigencia de las circunstancias que motivaron que la medida sea dictada inicialmente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que el criterio de reincidencia debe ser analizado como motivo de la procedencia de la medida, pero no puede ser la base única de su aplicación, incluso indica que: “La presunción legal de que con esta sola circunstancia se configura el riesgo procesal, ello sería contrario al principio de presunción de inocencia” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, pág. 65), si conforme a este análisis resulta evidente que al momento de dictar la prisión preventiva el criterio de reincidencia no puede ser considerado como único ente rector, resultaría improcedente que posteriormente de que aquella resulte dictada, se prive a cierto grupo de personas que se encuentre en situación de reincidencia de poder optar o solicitar la revisión de medidas con el objetivo de sustituir la misma por una de menor lesividad, resultando inclusive contradictorio con dicho criterio internacional, lo que podría recaer en una desigualdad procesal, convirtiendo a la medida privativa en un modo de aplicación de una pena anticipada para la persona reincidente, que una vez dictada no podría sujetarse a modificaciones previstas en la ley, y que son derechos procesales para las personas acusadas, por lo que, dicha regulación normativa en cuanto a la sustitución se encuentra fundamentada en aspectos meramente legales.

Conforme el artículo 76, literal I de la Constitución de la República del Ecuador, las autoridades judiciales tienen la obligación de emitir sus resoluciones de manera motivada en todas las instancias, como al igual, en todos los casos que se encuentren bajo su conocimiento (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008). Esta obligación constitucional se entenderá exigente incluso en los casos en los que se solicite por los sujetos procesales la sustitución, suspensión o revocatoria de las medidas cautelares. En tales circunstancias, se espera que los jueces expongan detalladamente las razones por las cuales consideren la prevalencia de la medida cautelar vigente, conforme lo señala el artículo 520 numeral 4 del COIP, estableciendo “4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada”, además del artículo 520 numeral 3 del mismo instrumento que indica “3. La o el

juzgador resolverá de manera motivada en audiencia oral, pública y contradictoria” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

En el caso específico de la prisión preventiva resulta imperativo que dicha motivación cuente con un análisis pormenorizado de las circunstancias concretas que impiden la modificación de la prisión preventiva, vinculando estas consideraciones a la persistencia del riesgo procesal y a la imperiosa necesidad de la referida medida para asegurar el adecuado cumplimiento de los fines procesales.

El Estado a través de su autoridad competente, debe renovar la razón del interés de mantener la medida frente a una solicitud de sustitución, fundamentando su criterio en las circunstancias actuales que se presenten, conforme al análisis resulta inadecuado que en ciertos casos como es la reincidencia, no se garantice totalmente conforme a la ley la revisión periódica de la misma, y se considere que una vez emitida por regla general esta deba prevalecer a pesar de que las circunstancias que la motivaron hayan cambiado o disminuido el riesgo procesal.

Capítulo II

Presunción de inocencia, derechos de la persona procesada y derecho a la igualdad material y formal

2.1 Principio de Presunción de Inocencia

Es evidente la existencia del estrecho vínculo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, observado a través de la Constitución, instrumento en el cual, se regulan diversas situaciones jurídicas y derechos fundamentales, que deben ser observados durante la prosecución de un proceso judicial penal. Para iniciar con el análisis consideraremos al principio de presunción de inocencia, el cual es determinado como el punto de partida para cada uno de los análisis de derechos, al igual que, del tratamiento que se otorgue a las personas procesadas, más aún cuando se encuentran privadas de la libertad por medidas preventivas.

La presunción de inocencia se encuentra protegida y regulada por instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 11: “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 numeral 2.- “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966), un principio similar lo maneja la Convención Americana de Derechos Humanos, considerando como garantía judicial que “toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Organización de los Estados Americanos (OEA), 1969).

En nuestro país el principio de inocencia se encuentra consagrado en la Constitución de la República como una garantía básica de todo proceso, de la siguiente manera:

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: 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. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008)

Julio B. J Maier, en su obra “Derecho Procesal Penal Tomo I”, parte del fundamento irrefutable de que el principio de presunción de inocencia conlleva la necesidad de juicio previo. Según su perspectiva, plasmada en mentada obra, ninguna persona puede ser sancionada sin la existencia previa de una sentencia judicial condenatoria. Bajo esta premisa, sostiene que, desde una óptica jurídica, todo individuo deberá ser considerado inocente y tratado como tal a lo largo del proceso, además de estar sometido a las reglas aplicadas a todos sin distinción. Es pertinente destacar que el autor apoya la idea de que esta consideración no implica la inocencia del imputado, sino refleja una de las premisas fundamentales en todo proceso penal, que consiste en que la persona sometida a proceso penal no puede ser reputada como culpable hasta la conclusión de este (Maier, 2004, págs. 488-490).

Otros autores a su vez consideran la íntima relación entre el juicio previo y el principio de inocencia, considerándose como garantías básicas dentro de un proceso penal, a partir de estos fundamentos en conjunto con otras garantías, se constituye el escudo protector contra el poder arbitrario (Martínez Gamelo, 2017). A su vez Ferrajoli, indica que “hasta que la prueba sea producida en un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido” (citado por: García Falconí, Pérez Cruz, & Guevara Barcenas, 2014, pág. 369), ni mucho menos se podría atribuir la participación delictiva, siendo esta carga probatoria obligación del órgano de acusación. Lo que conlleva en estos casos a considerar a la presunción de inocencia como un derecho formal ligado con el debido proceso, y las garantías constitucionales que protegen directamente a la persona procesada, previo a su juzgamiento.

Para empezar el análisis que corresponde en el presente trabajo de investigación, debemos dejar claro que la prisión preventiva, ha sido reconocida internacionalmente como una medida de carácter procesal aplicable al imputado, sujeta a diferentes principios y requisitos tanto internacionales como nacionales para que sea aplicable sin vulnerar derechos constitucionales, como es la presunción de inocencia, la libertad física y ambulatoria.

El autor Ramiro García Falconi dentro del libro “El Proceso Penal, tomo 1” considera que puede llegarse a compatibilizar la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia dentro de un proceso, siempre y cuando se respete para su aplicación los requisitos establecidos en secciones anteriores, esto conlleva a la revisión del principio de excepción de la medida, que ésta sea idónea para cumplir con el fin perseguido; que sea necesaria y no exista otra medida menos gravosa para llegar a dicho fin; que sea estrictamente proporcional para que no resulte

exagerado el sacrificio inherente de la medida para el cumplimiento del fin perseguido; que se emita conforme las normas legales; y por último, añade, que estas no contravengan la Convención Interamericana de Derechos Humanos (García Falconí, Pérez Cruz, & Guevara Barcenos, 2014, pág. 371).

De acuerdo a lo antedicho es clave mencionar que la presunción de inocencia en reglas generales constituye una presunción iuris tantum, lo que conlleva a admitir prueba en contrario, que llegue a demostrar la culpabilidad del acusado, siendo la carga probatoria un elemento esencial para desvirtuar este principio, conforme a reglas constitucionales de la mano de la doctrina, se determina que la persona procesada se encuentra revestida de dicha garantía desde el principio de un nuevo proceso legal, por esta razón, con el fin de no afectar derechos constitucionales, la prisión preventiva en cuanto a su aplicación se encuentra sujeta a requisitos legales y de obligatorio cumplimiento.

Además, se considera a la presunción de inocencia como aquella conformada por dos significados específicos, por un lado, considerándola como una regla probatoria que traslada la carga de prueba al órgano acusador, y por otro, como un derecho fundamental de rango constitucional, que no está sujeto a condiciones personales de la persona imputada para que este sea aplicado. En suma de aquello, es reconocido como un derecho universal inherente a la persona, además de una garantía procesal al momento de iniciar un juicio de carácter penal, es independiente de las características personales y los antecedentes penales que pueda tener un ciudadano, la persona sigue estando revestida del carácter de inocente hasta el momento que se demuestre nuevamente su culpabilidad, y su responsabilidad penal a través de sentencia condenatoria basada en la prueba de cargo que la incrimine. Es importante señalar que los antecedentes penales pueden influir en la decisión del tribunal que conozca el caso, pero esto no significa que pueda afectar la presunción de inocencia en medidas aplicables en la prosecución de la causa en sí.

El principio de presunción de inocencia en estos rasgos deberá entenderse en su conjunto con el inciso segundo del artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual señala: “No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), y el artículo 5 numeral 4 y 9 del mismo instrumento que señala respectivamente: “4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecute una sentencia que

determine lo contrario”, “9. Prohibición de doble juzgamiento: Ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Tomando en consideración los artículos que anteceden, si bien en el caso del artículo 536 inciso final, no hablamos de una sanción como tal, sino de la regulación de la prisión preventiva; no debemos olvidar que la prisión preventiva de acuerdo con la doctrina y lo regulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al momento de ser utilizada indebidamente podría llegar a constituirse como una pena anticipada y perder así su carácter constitucional.

Al restringir los derechos de la persona procesada y limitar acciones procesales, con el hecho de prohibir que se sustituya la prisión preventiva como medida cautelar en casos de reincidencia, impide que la persona procesada se vea revestida de su derecho de inocencia, recayendo en una pena anticipada, fundamentada en características personales, como en el doble juzgamiento, que resulta del hecho de haber sido condenado anteriormente por los mismos hechos.

Si bien el fundamento normativo de la sustitución es que al momento que se dictó la medida se haya cumplido con ciertos requisitos que se encuentran reglados en el artículo 534 del COIP, en la que uno de ellos es la existencia de elementos de convicción claros, precisos y justificados que determinen la existencia del delito y la participación de la persona procesada, no se debe dejar de lado el hecho de que esto no constituye prueba alguna por sí misma de dicha participación. Ni se puede dejar de lado, el principio de provisionalidad y necesidad, en el cual las medidas cautelares de manera específica la prisión preventiva, se encuentran sujetas a una valoración periódica de la persistencia de las causas y fines que justificaron su aplicación, en razón de que estos puedan modificarse durante el trayecto de la causa.

Al momento de aplicar la prisión preventiva, se instituye la obligación por parte del Estado de no restringir la libertad del detenido, más allá de los límites estrictamente necesarios, pues la medida se reviste de un carácter cautelar dirigido a asegurar el desarrollo eficiente de la investigación y que la persona procesada no eludirá la acción de justicia, más no de un carácter punitivo, al que se está transformando al distinguir a los procesados en la aplicación de ciertas medidas favorables. Igualmente, la presunción de inocencia no solo ocupa un lugar central dentro de todo el ordenamiento jurídico, constituyéndose como límite en la imposición de medidas cautelares privativas de la libertad, sino también se considera una limitante a la configuración de normas

penales que impliquen una presunción de responsabilidad y que trasladen al acusado la carga probatoria de su inocencia.

En análisis, conforme al caso propuesto, el legislador a través del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal, fija una prohibición legal que impide al juez ordinario sujetarse a su obligación estatal, estableciendo una limitante a la persona procesada y una prohibición al juzgador de examinar en audiencia la procedencia de una solicitud formulada y debidamente motivada por la defensa de la persona que busca sustituir la medida privativa de la libertad, por otra menos lesiva.

La prohibición se encuentra basada en la idea de reincidencia en la que pueda encontrarse inmerso el acusado dentro de un nuevo proceso penal, sin embargo, dicha prohibición a pesar de haber sido considerada como una previsión legal, resulta incompatible con el principio de presunción de inocencia al que se encuentra sujeto el procesado, además del derecho a la libertad personal e igualdad procesal.

De esta manera, se limita al procesado a actuar conforme a su defensa siendo juzgado de forma anticipada, pues deben ser los méritos y la finalidad procesal evaluados por el juzgado de primera instancia los que determinen la procedencia o negativa de la solicitud de sustitución, más no una prohibición legal, fundada en hechos que no han sido corroborados mediante sentencia condenatoria, convirtiéndose así en una presunción de culpabilidad de difícil justificación constitucional, alejada del cumplimiento de aquellos fines legítimos legalmente reconocidos.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del Caso López Álvarez vs Honduras, en su sentencia de 1 de febrero de 2006 señala “las características personales del supuesto autor y/o gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, pág. 39) posición que resultaría contraria con lo que plantea la normativa ecuatoriana, que incorpora una presunción y aplicación de la medida, fundamentada en el pasado judicial del imputado, y que por sí mismas no justifican un peligro de fuga de carácter actual.

La contrariedad de la aplicación de la norma se refleja debido a que resulta distinto que, por un lado, la autoridad encargada determine de acuerdo con su valoración y los elementos de convicción presentados que la medida cautelar debe prevalecer por necesidad procesal, y, por otro lado, conlleva a ser arbitrario y vulnerativo de derechos que resulte imposible revisar la

pertinencia de la sustitución por prohibición legal. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos como jurisprudencia interamericana determina de forma clara que es obligación del juzgador resolver dicha problemática jurídica, más no del legislador a través de una norma prohibitiva de exclusión, señalando:

La Corte ha determinado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emitan conforme a su propio ordenamiento. La detención preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. El juez debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón [...]. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 21)

Al no existir una valoración judicial periódica y una imposibilidad de sustitución de la medida dictada, no se establece la motivación suficiente que determine la razón de persistencia de la medida y la necesidad de aquella frente a la aplicación de otras medidas cautelares, en casos de sustitución, siendo ésta de manera arbitraria sin fundamento de peso previo, lo que llegue a contravenir normas citadas. Además, la CIDH, determina que podría resultar la vulneración al principio de inocencia cuando “la prisión preventiva se impone arbitrariamente; o bien, cuando su aplicación está determinada esencialmente, por ejemplo, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, párr. 10).

2.2 Derecho a la Igualdad y no Discriminación:

2.2.1 Consideraciones Generales:

En el complejo entorno del ámbito penal, el derecho a la igualdad se erige como un faro que ilumina el sendero hacia una justicia equitativa. En este ámbito, donde las decisiones judiciales pueden forjar destinos, donde aquellos puedan vulnerar derechos y garantías constitucionales de las personas sometidas a un proceso, la importancia de garantizar el derecho a la igualdad se torna aún más crucial, con la finalidad de asegurar la balanza de la justicia se incline con imparcialidad, sin distinguir sobre cada uno de los individuos y sus características.

Para empezar con el análisis debemos identificar que este principio es esencial para preservar la integridad del sistema legal y proteger los derechos fundamentales de cada individuo sin excepción. El principio de igualdad y no discriminación se encuentra resguardado tanto a nivel internacional a través de Tratados y Convenios, como a nivel nacional a través de garantías constitucionales protegidas en la Constitución de la República.

El principio de igualdad se encuentra enmarcado en dos tendencias, formal y material, en nuestra Constitución ha sido reconocido y garantizado de esta manera por medio del artículo 66 numeral 4: “El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008). Desde una perspectiva doctrinaria diversos autores han considerado a la igualdad formal como la igualdad de trato ante la ley, mientras que la igualdad material se considera aplicable en situaciones en las que los sujetos se encuentran en condiciones distintas y requieren un trato diferenciado para el correcto ejercicio de sus derechos.

En particular, la naturaleza jurídica del derecho de igualdad, ya no se limita exclusivamente a ser considerada un derecho fundamental reconocido a nivel nacional e internacional, sino también se reconoce como un principio constitucional, convirtiéndose así en un elemento esencial en el marco del control constitucional. En el plano internacional, y considerando regulaciones de diferentes países, se menciona el criterio del Tribunal Supremo de España, que a través de su sentencia 75/1983 del 3 de agosto realiza una interpretación al artículo 14 de la Constitución Española, considerando tres figuras acerca de lo que se desprende del principio de igualdad:

- a) Un principio general del derecho, de tal manera que cualquier excepción a él debe ser sometida a una estricta interpretación restrictiva.
- b) Engloba un derecho subjetivo de todos los ciudadanos, les permite recabar de los tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea restablecida.
- c) Constituye una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades (Tribunal Supremo de España, 1983).

De esta manera, el principio de igualdad debe ser observado por las autoridades en función de su carácter constitucional, considerándose de manera estricta la igualdad ante la ley como una condicionante al poder legislativo direccionada a evitar que se generen distinciones normativas de carácter injustificadas, además de concluirse como una prohibición en este ámbito.

En nuestra CRE, se encuentra regulado bajo la concepción de un derecho fundamental, que implica el derecho a la diferencia en reglas generales, al respecto el autor Javier Pérez Royo, expresa:

La igualdad constitucional no afirma que las personas son iguales y tampoco pretende que lo sean de manera real. Lo que en verdad persigue es que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas y garanticen así el ejercicio del derecho a tales diferencias. (Pérez, 2007, pág. 242)

2.2.2 Análisis Internacional:

Durante el desarrollo de la historia se buscó instaurar un sistema de regulación de las relaciones sociales, basado en la idea de igualdad jurídica, que representaba por un lado el reconocimiento de los derechos inherentes de los hombres, y por otro lado la igualdad de los ciudadanos ante la ley. De acuerdo con lo analizado en el derecho internacional acerca de esta definición, Anne F. Bayefsky, se ha concentrado en cuatro áreas, como: 1) los métodos estructurales para prohibir la discriminación o proteger la igualdad; 2) el asunto de si la intención discriminatoria es un elemento necesario de la discriminación; 3) fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y 4) la coherencia entre las medidas especiales de protección y la no discriminación (Bayefsky, 1990, pág. 3).

En el primer supuesto, se habla sobre dos dimensiones estructurales sobre las disposiciones legales, la autónoma y restringida, desarrolladas de la siguiente manera:

1) Autónoma o Subordinada:

Se refiere a entender en el ámbito internacional al derecho de igualdad en dos aspectos, por un lado, a través de una cláusula subordinada, en razón de que su aplicación está sometida a la aplicación de otros derechos, por ejemplo, podemos remitirnos a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 1 numeral 1, que se considera como disposición base de los derechos garantizados en el instrumento.

1.1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social,

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Organización de los Estados Americanos (OEA), 1969, pág. 2)

En cuanto a considerar al derecho a la igualdad a través de una visión autónoma como preámbulo en normativas internacionales, tenemos el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala “derecho a la igualdad ante la ley y a una misma protección” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966), la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948), y la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 24 que determina la igualdad ante la Ley: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969), en conjunto estas normas son consideradas como una forma de control por sí mismas hacia los Estados, que implica una protección ante una posibilidad de que la ley interna cree medidas desiguales.

De forma específica, podemos señalar que dichas normas prohíben la discriminación de hecho o de derecho de manera autónoma en una esfera normativa y de protección de autoridades públicas, que de acuerdo al control de convencionalidad al que se sujeta el Ecuador, le corresponde al Estado cumplir con ciertas obligaciones respecto a sus leyes y la aplicación de estas, por lo que un Estado al aprobar una ley debe velar por el cumplimiento de principios internacionales a los cuales se sujetó mediante ratificación de un convenio o tratado. Pues de esta manera cada uno de los Estados parte no solo se encuentra sujeto a proteger y no vulnerar los derechos establecidos en dichos instrumentos, sino a observar un límite en la aplicación normativa, al estar regulándose a través de una disposición autónoma que persiste por sí misma, y no una de carácter subjetiva.

2) Abierta o Restringida:

En este sentido la dimensión que se analiza establece una distinción normativa entre las disposiciones que regulan sobre la protección de la igualdad y no discriminación, en ciertos casos aquellas establecen el respeto a mencionado derecho debido a motivos indefinidos e indeterminados en el caso de ser abierta; o en otros casos restringida cuando la norma establezca las condiciones determinadas en las que no se pueda ejercer discriminación alguna.

En el caso de disposición abierta, se puede incluir como ejemplo aquellas normas citadas en el primer supuesto del presente análisis internacional, en este caso, establece de manera amplia la protección que se brinda al individuo en cuanto a principios de igualdad; lo cual llevaría como obligación Estatal a proteger de manera directa los derechos de igualdad frente todos sus ciudadanos.

En el segundo escenario, nos adentramos en la discusión de la intención discriminatoria, la cual, según el derecho internacional, sugiere que no toda intención o propósito de este tipo constituye un elemento imprescindible para considerar un acto discriminatorio o una negación de la igualdad. En este contexto, se establece que todo trato diferenciado no se clasifica automáticamente como discriminatorio, siempre y cuando la distinción se aplique de manera justa o razonable, eliminando la posibilidad de arbitrariedad. Es imperativo reconocer que existen ciertos actos y normas que presentan una distinción entre los ciudadanos al momento de su aplicación, esto es en razón de diversos aspectos o por regulaciones especiales reconocidas en el derecho internacional y derecho interno de los Estados, dejando de lado, que exista una vulneración a dichos principios. Lo establecido se desarrollará con mejor precisión al analizar el aspecto internacional, en conjunto con el test de igualdad y no discriminación.

El tercer supuesto se conforma de dos dimensiones, por un lado, hablamos del trato idéntico, en el cual, el derecho internacional a través del Comité de Derechos Humanos establece un límite entre las distinciones justificadas e injustificadas que podrían surgir en la vida jurídica, considerando que no todo trato diferenciado tiene carácter de discriminatorio, pues conlleva una mayor discriminación un trato idéntico a personas desiguales, como tratar a personas iguales de manera diferente. Por otro lado, analizamos la legitimidad de fines y proporcionalidad entre medios y fines, el cual de igual forma establece que una diferencia de trato en ejercicio de un derecho reconocido en los tratados internacionales debe perseguir un fin legítimo con debida justificación para que sean aplicados. De esta manera Bayefsky, considera que la definición contiene requisitos claves: “Una distinción no discriminatoria debe: (a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla” (Bayefsky, 1990, pág. 12).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce a la discriminación como la manera de “otorgar un trato distinto a aquellos cuyas circunstancias son análogas en todos los demás

sentidos” (como se citó en Bayefsky, 1990, pág. 12), de esta manera resuelta la tarea de analizar dichas situaciones en determinados aspectos al momento de legislar y aplicar las normas, pues este principio asegura que las personas que se encuentren situadas en condiciones análogas no deben ser tratadas de manera distinta. En otro sentido se puede entender a la no discriminación o igualdad, conforme lo establece la Corte Europea, definición que ha sido aprobada y citada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 1984, señalando:

[...] no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, pág. 19)

Al explorar el tercer escenario, nos referimos a categorías sospechosas a nivel internacional, destinadas a establecer un enfoque riguroso en las evaluaciones de legitimidad que buscan justificar diferencias de trato sobre aspectos que resultan ser injustificables, como en el caso de la raza, sexo y religión. No obstante, esta categoría no es pertinente analizar en la esfera de la actual investigación.

En cuanto al cuarto supuesto, abordamos la acción afirmativa, que, al igual que lo mencionado anteriormente no corresponden a aspectos de utilidad para definir las acciones discriminatorias que puedan resultar de la norma sujeta a análisis.

2.2.3 Análisis Nacional:

En Ecuador, existe una norma dentro de la Carta Magna, que corresponde a una de carácter autónoma de regulación mixta en cuanto a criterio de no discriminación, en la que enuncia aquellas condiciones en las cuales el Estado y sus ciudadanos no pueden ejercer actos discriminatorios en el ejercicio de sus derechos, estableciendo de manera específica:

Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación

política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008)

De esta manera se establece una protección amplia para los ciudadanos, en el cual se considera al principio de igualdad y no discriminación como una garantía constitucional básica y un derecho fundamental, de manera específica en el caso que se desarrolla en la investigación se puede observar que existe una prohibición expresa en el artículo mencionado acerca de crear desigualdades o restringir derechos y oportunidades con base al pasado judicial de un ciudadano.

Respecto a esta investigación, resulta determinante que el artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal en su último inciso, podría recaer en una inobservancia de criterios de igualdad y no discriminación, conforme los artículos analizados en el presente subcapítulo, pues establece criterios de desigualdad bajo el parámetro de la existencia de una condición de reincidencia por parte del procesado, inobservando de primera mano el principio de inocencia que lleva a todas las personas involucradas en un proceso penal como parte procesada a encontrarse en las mismas condiciones, reconociéndose su derecho a la inocencia y, respetando sus garantías constitucionales como aquellas garantías que regulan el debido proceso.

La modalidad reconocida en la ley para sustituir la prisión preventiva conlleva una forma de protección de la persona procesada, y constituye una garantía, con la finalidad de evitar la vulneración desmedida de sus derechos que indirectamente son violentados al aplicar la prisión preventiva sin justificación cuando las situaciones o condiciones que llevaron a que esta sea dictada han variado, y cuando no se han mantenido aquellos requisitos inherentes a su prevalencia. Si bien aquella vulneración se encontraba en su momento justificada con el objetivo de alcanzar fines legítimos, válidos y reconocidos; en el momento que esta pueda ser sustituida por otra menos lesiva, por razones legales, y al no encontrarse permitido por la ley conlleva a una vulneración directa de derechos.

Conforme lo señalado, se podría hablar de una distinción discriminatoria, al excluir de dicho beneficio de sustitución a las personas que se encuentren en condición de reincidencia, debido a que, esta norma inobserva el principio de inocencia, ya que, dicha reincidencia aún no ha sido

probada por medio de sentencia condenatoria, además en estos casos la prevalencia de la medida dista mucho más allá de características personales de la persona procesada al ser independientes a aquella.

Inclusive, la Constitución de la República, como se ha citado con anterioridad, considera a todas las personas por igual para alcanzar y cumplir derechos, deberes y oportunidades reconocidas en la ley, y de manera explícita prohíbe la exclusión de este principio debido al pasado judicial de una persona, además de considerar de manera abierta a cualquier otra distinción que pueda darse y tenga como objeto anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos. Si bien la Constitución establece de manera específica la prohibición de discriminación en razón del pasado judicial, lo cual no habla de manera característica de la reincidencia, podemos entender que lo abarca de esta manera, pues resultaría una esfera general, en ambos casos se determinaría la existencia de una sentencia condenatoria emitida por la autoridad competente por la ejecución de una infracción penal, y que consta en el sistema de gestión procesal SATJE.

Con este análisis, la sustitución de la prisión preventiva debe considerarse como un derecho de toda persona procesada, a buscar a través de su defensa alcanzar otras medidas que eviten vulnerar sus derechos constitucionales, y ejercer su derecho a la defensa de manera libre, al momento en el que, la norma establece una prohibición para el efecto, evita que la persona procesada por medio de su defensa, sea escuchada por el juzgador quien de manera general y por principios nacionales como internacionales, es la autoridad que a través de audiencia pública y con base en el principio de inmediación, determina la procedencia en la aplicación y prevalencia de las medidas cautelares, principalmente de la prisión preventiva.

Lo que conlleva en el siguiente análisis es identificar si dicha distinción establecida en la norma es justificada, pues como se ha estudiado internacionalmente en el orden jurídico de cada Estado, puede establecerse tratos diferenciados frente a grupos específicos, los cuales no serían contrarios al derecho a la igualdad y a la no discriminación, siempre que estos consecuentemente no vulneren el goce, y ejercicio de derechos de los grupos diferenciados y se apliquen para un fin constitucionalmente válido. Con el objetivo de determinar si aquella reforma resultaría incompatible con la Constitución, nos corresponde analizarla acorde al test de igualdad y no discriminación, la misma que históricamente nace de tres tendencias de análisis.

2.3 Test de Igualdad y no Discriminación:

En este sentido continuaremos analizando la dimensión del concepto de discriminación establecido en nuestro país por la Corte Constitucional, quienes a través de sus fallos han adoptado un criterio regulador denominado test de igualdad y no discriminación, el cual se puede destacar conforme al análisis constitucional desarrollado en el Caso No. 18-21-CN y 29-21-CN. Donde se consideran tres elementos para configurar un trato discriminatorio, "(i) la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos; (ii) la constatación si existe un trato diferenciado, con base en una de las categorías contempladas en el número 2 del artículo 11 CRE; y, (iii) la verificación de si la diferencia es justificada o discriminatoria" (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 24).

1) Comparabilidad de los sujetos/titulares de derechos:

Este primer componente implica realizar un análisis para determinar si dos sujetos de derechos se encuentran en condiciones iguales o semejantes frente a una misma circunstancia. En estudiado escenario tenemos dos grupos comparables, por un lado, aquellos individuos libres de antecedentes judiciales, o que, teniéndolos, no estén catalogados como reincidentes de acuerdo con el artículo 47 del COIP, y, por otro lado, la persona sometida a proceso por un delito por el cual ya ha sido sentenciado.

Aunque prima facie podría descartarse la existencia de igualdad de condiciones en razón de lo planteado, resultaría pertinente a través de un análisis más profundo direccionar el análisis a la consideración en esta fase del principio de inocencia, pues como establece la Constitución en el artículo 76 numeral 2 "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada" (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008), esto conlleva a determinar que a pesar de encontrarse procesado por un delito por el cual anteriormente haya sido declarado culpable, en la actualidad y el proceso que presenta, se encuentra revestido de su calidad de inocente al momento que se inicie un nuevo juicio en el cual deberán observarse nuevamente todas aquellas garantías constitucionales del debido proceso, inclusive por el simple hecho de que la carga de la prueba recaerá sobre la parte acusadora en este caso fiscalía, y más no sobre el procesado en calidad de probar su inocencia. De esta forma, en base a dicho principio y la comparabilidad de los sujetos, todas las personas sin distinción alguna, al inicio de un proceso penal se encuentran en las mismas condiciones y en calidad de inocentes.

2) Constancia de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas:

Este elemento está dirigido a verificar la diferenciación entre dos grupos. En manera de análisis, en el artículo 356 del COIP señala: “Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014) de forma específica, la norma regula un trato diferenciado a aquellas personas procesadas que se encuentren inmersos en esta condición.

Al realizar un análisis acerca de las categorías contempladas en el artículo 11 numeral 2, se determina que la Constitución prohíbe aquellos actos discriminatorios o diferenciados asentados en el pasado judicial de los individuos, condición explícitamente regulada en dicha norma. Aunque la disposición no aborda de manera específica la categoría de reincidente, engloba tanto a individuos reincidentes como no reincidentes, ya que, ambos constituyen el historial judicial de una persona, por lo cual se evidencia el trato diferenciado que de esta norma se desprende.

3) Consecuencia o resultado:

En el desarrollo de este elemento la Corte analiza las consecuencias producto de un trato diferenciado y si aquel constituye una diferencia justificada o una discriminatoria. De esta forma, la consecuencia que conlleva la distinción que hace la norma es la exclusión de la persona procesada acusada por la comisión actual de un delito a través del cual haya sido declarado culpable mediante sentencia ejecutoria, a acceder a determinadas alternativas procesales como la sustitución, que tienen por objeto garantizar el cumplimiento correcto de garantías básicas del debido proceso, y que buscan sustituir una medida de carácter lesivo como es la prisión preventiva, por otras modalidades reconocidas en su artículo 522 del COIP, a través de las cuales de igual forma se pueda alcanzar fines legítimos que tienen como objetivo asegurar la correcta prosecución del proceso conforme lo determina el artículo 519 del mismo instrumento.

Una vez puesto a análisis el test de igualdad y no discriminación, nos corresponde sujetar a la norma analizada bajo el test de proporcionalidad, para identificar si este trato diferenciado expreso que se desprende de la norma contenida en el Código Orgánico Integral Penal, tiene justificación suficiente para su aplicación, además de verificar la proporcionalidad de la medida reconocida como un método de interpretación en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, a través de cuatro elementos:

1) Fin constitucionalmente válido:

En este sentido se establece que la medida evaluada llegue a ser teleológicamente idónea si persigue fines legítimos, esto lleva a dilucidar el concepto de lo que se entiende por legitimidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales. En este caso el autor Iván Díaz García, considera “una medida o su finalidad son legítimas si no están constitucionalmente prohibidas y, además, si la medida cuenta con justificación constitucional” (Díaz, 2011, pág. 176), es decir, que una medida no llega a ser discriminatoria y vulneradora de derechos, si se encuentra respaldada en normas constitucionales. De esta manera, el principio de supremacía constitucional exige que las restricciones a derechos fundamentales se desprenden únicamente de normas constitucionales.

En el caso de la prisión preventiva como medida cautelar, la restricción al derecho de libertad se encuentra respaldada en la Constitución a través de su artículo 77, el cual señala los fines constitucionales que justifican la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar, para esto se considera su aplicación con el fin de “...garantizar la comparecencia del imputado o acusado 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” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008), pues las normas que regulan la medida privativa tienen como fin legítimo, garantizar la tutela judicial efectiva en el proceso penal evitando la fuga hasta el momento de concluir el proceso.

La emisión de la resolución dictada por el juez competente que motive la aplicación de la prisión preventiva por primera vez dentro del proceso penal no se encuentra en discusión, se considera distinto al momento en el cual la medida ha transcurrido en el tiempo y como persona procesada a través de su defensa en razón a las variaciones de las condiciones que sustentaron la aplicación de la medida, busca la sustitución de la misma, sin éxito alguno por existir prohibición expresa por instrumentos normativos.

En cuanto a este particular la Constitución no establece una regulación para el efecto o una excepción clara para estos casos, ni mucho menos una finalidad legítima para su persistencia, que si bien se podrían entender que la medida persiste con el fin de alcanzar los objetivos antes mencionados, no se debe dejar de lado la característica notable establecida en la cual se considera “la privación de la libertad no será la regla general” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008). Sin embargo, a pesar de lo mencionado conjunto con el apartado de estudio, y con relación al artículo 77 numeral 1, se verifica el fin constitucional, el legislador buscó alcanzar con determinada norma.

2) Idoneidad:

En cuanto a este elemento, es pertinente analizar si la medida es técnicamente idónea y efectivamente adecuada para alcanzar el fin planeado o pretendido con la aplicación de esta, constituye un juicio relativo a la eficacia de la medida evaluada. Los fines deberán direccionarse a la “protección o promoción de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionales, o de fines establecidos por el legislador previa autorización constitucional” (Díaz, 2011, pág. 178).

En este sentido es la exigencia de idoneidad instrumental de la medida la que permite justificar la restricción de derechos fundamentales en mencionados casos. Establecido esto en el presente caso, corresponde analizar si resulta idóneo considerar a la reincidencia como un factor fundamental que conlleve a una distinción razonable entre las personas procesadas, al considerar que aquellos considerados reincidentes constituyen la existencia de mayor riesgo de fuga, o un riesgo para la sociedad, lo que impida cumplir con finalidades procesales, lo cual, resultaría necesario para establecer un fundamento de distinción idóneo, sin embargo, la revisión de medidas cautelares y su idoneidad en casos generales se sujeta a la evaluación del órgano jurisdiccional competente, que a partir de la información y hechos proporcionados por las partes determine de manera fundamentada acerca de la persistencia de la medida o su posibilidad de ser sustituida sin perder así el cumplimiento de finalidades procesales.

De esta manera, no resultaría idóneo que sea la norma de manera categórica la que determine concretamente mencionada prohibición a través de un texto limitado, que no establezca las razones o las circunstancias en las que resultaría idóneo y favorable considerar ese actuar dentro de un proceso penal, sin ser así, no debería excluir la facultad de los administradores de justicia quienes a través de los fundamentos y circunstancias presentadas por las partes procesales analicen la idoneidad de la aplicación de la medida para alcanzar un fin determinado, o si la circunstancia de reincidente junto a otros elementos constituyen fundamento suficiente para su prevalencia.

3) Necesidad:

Esta regla de acuerdo con la doctrina constituye un juicio relativo a la eficacia de la medida, analizada desde su constitucionalidad en dos niveles. En primer lugar, la denominada necesidad teológica, la cual, implica dilucidar si la medida diferenciadora es la única para alcanzar la finalidad legítima pretendida con su aplicación. Esta clase de necesidad se caracteriza por su

condición comparativa entre la medida sometida a control y las alternativas, pues la regla tiene por objeto optimizar el disfrute de los derechos fundamentales a través del rechazo de aquellas que pueden ser reemplazadas por otras igualmente eficaces, pero menos lesivas. En segundo lugar, la necesidad técnica, es aquella dirigida a analizar si la medida implica menor afección a derechos fundamentales.

En base a esto, se puede considerar que la prevalencia de la medida privativa de la libertad por sí misma, sin llevar a cabo revisión de la medida por parte del juzgador, cuando la persona procesada se encuentre en caso de reincidencia dentro del proceso, resulta ser el medio más gravoso para alcanzar los fines constitucionales y legales establecidos, pues el COIP, cuenta con cinco medidas cautelares reconocidas adicionalmente, que tiene como finalidad asegurar de igual forma la presencia de la persona procesada, además de considerarse como aquellas aplicables de manera prioritaria a la prisión de libertad, conforme lo señala el artículo 522.

No existe necesidad per se en la norma que surja de la condición de reincidencia, que lleve a determinar la idoneidad para la persistencia de la medida en esas condiciones, sin permitir acceder a la persona procesada a solicitar con fundamentos legales y motivados, que la medida sea sustituida por otra de carácter menos lesiva, por ejemplo, la prohibición de ausentarse del país, o la obligación de presentarse periódicamente ante autoridad competente designada para el efecto. En base a lo señalado las finalidades reconocidas tanto en la Constitución como en el COIP, que cumple la prisión preventiva, pueden ser cubiertas por medidas menos gravosas, pues el Código Orgánico Integral Penal, reconoce 4 finalidades que se derivan de las medidas cautelares y de protección reconocidas que abarcan aquellas propias de la prisión preventiva, la regulación contiene:

Art. 519.- Finalidad: 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. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)

4) Proporcionalidad propiamente dicha:

Esta regla también conocida como regla de ponderación, tiene como finalidad enjuiciar la constitucionalidad de la medida cuestionada, a través de un análisis acerca de los intereses

constitucionales que colisionan como consecuencia de la aplicación de la medida. Por lo que, el objetivo de la presente regla de ponderación se sujeta a identificar el equilibrio respecto a la protección y restricción generada por la medida. En el presente caso, si bien se ha determinado que la aplicación normativa cuenta con un fin constitucional, es pertinente evaluar si resulta proporcional mantener la restricción al derecho de libertad de la persona procesada por prohibición expresa de sustitución de la medida, bajo el fundamento de su pasado judicial en categoría de reincidente sin sujetarse a revisión previa del juzgador.

Resulta conflictivo, que la ley prohíba de manera expresa que la persona procesada acceda a su derecho de libertad o que evite que la prisión preventiva pueda mutar o ser sustituida por otra de carácter menos lesivo, únicamente con base a la existencia de características personales que no justifican la existencia de un riesgo o evasión procesal per sé, además de resultar desproporcionado con el hecho de que la decisión no se fundamenta en aspectos procesales y circunstancias de la persona procesada de ese momento, debidamente evaluadas por un juez, es decir, que aquellas no presenten motivación previa o con fundamento en aquellos principios y normas que regula a la prisión preventiva. Por lo cual, resultaría desproporcionada la desigualdad contenida en la norma al no encontrarse fundamentada conforme a la ley para que su aplicación no resulte en una restricción grave de derechos tanto constitucionales como de carácter procesal.

2.4 Reglas de Tokio:

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, también conocidas como "Reglas de Tokio" debido a que fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en aquella ciudad por la cual recibió su nombre, el 14 de diciembre de 1990 (Proyecto Prisiones , 2023). Aquel instrumento recoge aquellas normas y principios generales para la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, como es la utilización de penas y medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, que tienen por objeto garantizar un trato humano y digno a las personas privadas de la libertad, que deberán ser implementados en los sistemas penales de cada país.

El Ecuador al ser un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, reconocido de esta manera en el artículo 1 de la CRE, al sujetarse de manera obligatoria al bloque de constitucionalidad contenido en el artículo 424 del mismo instrumento, y al ser considerado miembro de la Organización de las Naciones Unidas se compromete a respetar y cumplir aquellos estándares internacionales, como es la resolución denominada Reglas de Tokio, que corresponde un

compromiso internacional por parte de los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos. Estas reglas serán analizadas en el presente estudio, en razón de que, constituyen un criterio internacional que sostiene el carácter excepcional de la prisión preventiva.

Entre los principales objetivos de las Reglas de Tokio, se encuentra el “promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990). Además, se considera que las Reglas de Tokio “serán aplicadas a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, sin discriminación alguna” (de Ynsfrán, 2014, pág. 186), debido a que, la finalidad de su aplicación conlleva evitar la aplicación innecesaria de una pena privativa de la libertad.

En cuanto a la aplicación de las medidas no privativas de la libertad y su no discriminación, se recurre al análisis de aquellos principios establecidos en el numeral 2 del instrumento, que señala el alcance de las medidas aplicadas que determina:

2.3.- A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990)

En materia que nos atañe las reglas regulan y reconocen a la prisión preventiva como una medida de último recurso, al igual que su uso bajo el principio de mínima intervención tal cual lo considera su numeral 2.6; además, de manera específica se señala que “el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990), a lo cual reconoce que:

Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los

objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990)

Con el fin de concluir la revisión de las denominadas Reglas de Tokio y las normas que la acompañan, se distingue la existencia del principio de no discriminación que debe ser observado por los Estados parte de la organización, además se reconoce el derecho de la persona procesada de “apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990).

Capítulo III

Análisis descriptivo y comparativo entre la negativa de sustitución de la prisión preventiva, y los fundamentos de la sentencia de la Corte Constitucional No.8-20-CN

3.1 Introducción / Fundamento:

El presente capítulo tiene como objetivo, desarrollar un análisis descriptivo comparativo acerca de las razones por las cuales la Corte Constitucional de la República del Ecuador declaró la inconstitucionalidad del artículo 536 del COIP, en su inciso primero que de manera específica corresponde a “No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), a través de su sentencia No. 8-20-CN/21 denominada “*Limitación a la sustitución de la prisión preventiva*”, que si bien, corresponde a uno de los fundamentos de limitación distinto al estudiado en la presente investigación, se ha considerado menester su análisis respectivo en razón de que, las consideraciones y fundamentos realizados por la Corte Constitucional, no presentan una línea dirigida estrictamente a la circunstancia indicada, sino que su fundamento principal corresponde al análisis de la prisión preventiva y las características fundamentales para su aplicación, como también, las consideraciones establecidas en la normativa ecuatoriana, en tratados y jurisprudencia internacional.

3.2 Antecedentes del caso No. 8-20-CN.

El 29 de enero del 2020, se emitió una medida cautelar de detención frente a cuatro ciudadanos, por presunto cometimiento de un delito flagrante tipificado en el artículo 189 inciso primero del COIP. La audiencia de formulación de cargos tuvo lugar el 30 de enero del 2020 en la Unidad Judicial Penal con sede en el D.M de Quito, la formulación correspondió a un delito de robo el mismo que se encontraba sancionado con pena privativa de la libertad de 5 a 7 años; el juzgador en la audiencia mencionada ordenó la prisión preventiva de todos los procesados. Los acusados presentaron una solicitud de sustitución de la medida cautelar conforme lo señalado en el artículo 521 del COIP, la misma que luego de celebrarse los momentos procesales oportunos se elevó a consulta de la Corte Constitucional, en la cual se formuló la constitucionalidad de la limitación contenida en el artículo 536 del COIP.

3.3 Fundamentos que apoyan la inconstitucionalidad de la norma consultada:

La norma cuya constitucionalidad se consultaba correspondía al primer inciso del artículo 536, la misma que prevé una excepción de sustituir la prisión preventiva por otras medidas cautelares en casos particulares, específicamente en la consulta se hizo a alusión a “las infracciones sancionadas con una pena privativa de libertad superior a cinco años” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), lo cual se consideraría aplicable en el caso analizado en su momento por la Corte. La jueza de primera instancia, encargada del caso en concreto, con apoyo a su consulta indicó que la prisión preventiva debe respetar principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad con base a la Constitución e instrumentos internacionales, resultando aquello independiente a la sanción (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

A continuación, la jueza realizó un análisis acerca de cada uno de los principios referidos anteriormente en el primer capítulo del presente trabajo, incluyendo con apoyo en su consulta lo referente al principio de mínima intervención penal, en la cual se determina que la aplicación de la prisión preventiva, debería considerarse como último recurso, sin embargo, a pesar de que la consulta únicamente se refiere al inciso mencionado con anterioridad, la jueza incluye como segundo punto que debería ser revisada la reforma integrada en el instrumento en cuanto a los casos en los que la persona procesada se encuentre inmersa en una situación de reincidencia, considerando que la norma consultada resulta una limitante en la revisión de la medida, de igual forma en todos los delitos y en relación a todas las personas procesadas. La jueza con apoyo a la consulta de esta norma menciona que aquella norma contrapone principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, el deber de no discriminación reconocido en la CRE, al igual que a las Reglas de Tokio (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

En este aspecto, en su consulta se integró el criterio de que al momento de considerar el pasado judicial como un impedimento para la sustitución de la medida cautelar, este recaería en una denominada condición discriminatoria, no obstante, la Corte al momento de delimitar la consulta de determinó que la finalidad de la misma en base al artículo 141 de la LOGJCC se configura en “garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009), por lo cual se concluyó que en el presente caso no resulta pertinente abarcar la consulta en aquellas normas que no serían aplicables al caso en concreto puesto bajo su conocimiento (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

3.4 Análisis, consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional:

Los jueces de la Corte Constitucional de manera introductoria hacen mención al reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva, además de indicar aquellas medidas y aspectos procesales reconocidos en nuestra legislación, como son en este caso las medidas cautelares, haciendo énfasis en sus fines dentro del proceso penal, como también aquella posibilidad de modificación a las que se encuentran sujetas, indicando así que “toda medida cautelar es de carácter instrumental, provisional y esencialmente mutable” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 7), además de indicar, que durante la prosecución del proceso penal en el momento en el cual se modifiquen las circunstancias que inicialmente fundamentaron la medida, esto podría dar lugar a que aquellas se transformen en otras de mayor o menor grado de lesividad, apeguándose así en su análisis a lo referido al principio de idoneidad analizado en el presente trabajo y que es de gran importancia al momento de que las medidas cautelares sean dictadas y durante su prevalencia, pues se considera que al momento de modificarse los presupuestos que las justificaron las medidas por regla general no deberían subsistir. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021)

La Corte Constitucional (2021), en sentencia determina que la prisión preventiva al constituirse una medida cautelar impuesta con el objetivo de garantizar la eficacia de un proceso, es considerada la más gravosa que puede adoptar el estado, en consecuencia, de que, aquella conlleva la vulneración y restricción del delito a la libertad ambulatoria, protegido en el artículo 66 numeral 14 de la CRE, el mismo que considera: “14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008), por la cual se cataloga como una medida de última ratio, que al momento de configurarse las circunstancias previstas en el artículo 536 del COIP, direccionan a la idea de que la medida se vuelve insustituible, aún si las circunstancias por el transcurso del tiempo se hayan modificado en comparación con aquellas que prevalecían al momento de ser dictada la medida.

Se reconoce a través de sentencia que la aplicación de la prisión preventiva es como se ha analizado justificable desde una perspectiva constitucional, cuando cumpla con ciertos elementos bases, como también que no exista una medida menos gravosa que permita cumplir con el fin constitucional. Los elementos observados para que la misma sea dictada corresponden:

(i) Persigue fines constitucionalmente válidos tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es idónea como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 8)

De otro modo, al no regirse a lo establecido tanto en criterios nacionales como internacionales, la medida puede recaer en una restricción injustificada y arbitraria al reducir su finalidad a perseguir fines punitivos o recaer como un anticipo de la pena. Los jueces de igual forma se remiten en sus fundamentos a lo establecido en la CRE en el artículo 77 numeral 11 indicando que “la Constitución exige que los jueces apliquen las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Además, de hacer mención la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos, que señala “los tribunales deberán examinar si las alternativas a la reclusión previa al juicio, como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria en el caso concreto” (como se citó en Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 9). Igualmente, los jueces se han apoyado en su fundamento en normas anteriormente citadas, es el caso del artículo 77 numeral 1 de la CRE y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es menester indicar que, a pesar de lo mencionado, que de igual forma el organismo considera que al momento de que la medida sea dictada debe cumplir con aquellos requisitos para su vigencia, y los mismos deben prevalecer para que esta sea mantenida, con el objetivo encontrarse enmarcadas en un justificativo constitucional de su aplicación, en razón a la grave afección en las esferas de libertad de la persona procesada, pronunciamiento que se sujeta a una de las características considerada por la CIDH para que la detención se ajuste a las disposiciones de la Convención Americana, esto es la revisión periódica de la medida, la cual comprende que la prisión preventiva “no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, pág. 23), inclinando la balanza hacia los administradores de justicia indicando que:

Son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, pág. 82)

En esta misma línea, se cita el pronunciamiento de la CIDH en el cual de forma más precisa considera lo siguiente:

En los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar, aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse. (como se citó en Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 11)

Además, con el fin de aportar el fundamento de la incidencia del paso del tiempo en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva y su obligatoria revisión, aportar con lo establecido por el Tribunal Constitucional de España, que señala:

Ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables (...) la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional “obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente. (como se citó en Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 11)

En cuanto a lo indicado, y la imposibilidad de sustitución establecida en el artículo 536 del COIP, la Corte Constitucional (2021) establece que:

Incluso si se justificasen nuevas circunstancias que denotan que la restricción a la libertad ambulatoria del procesado es innecesaria y que está en estricto sentido ya no es proporcional, la norma consultada prohíbe que se sustituya la prisión preventiva y la restricción al derecho a la libertad del procesado. (pág. 11).

En este sentido además se establece que, sin excepción alguna, dicho artículo imposibilita el hecho de que como autoridad competente los jueces puedan ejercer su facultad jurisdiccional direccionada a analizar las circunstancias de las personas procesadas de manera independiente y conforme al caso en concreto.

Es menester determinar que si bien en todo proceso penal, la persona procesada tiene la posibilidad y el derecho de accionar frente a la aplicación de la prisión preventiva, esto es a través de un recurso de apelación regulado en el artículo 653 específicamente cuando se encuentre frente de una resolución dictada en formulación de cargos o duración fiscal, que conceda o niegue la prisión preventiva que podría entenderse como una salida y una forma de salvaguardar los derechos del procesado, sin embargo, la Corte Constitucional (2021) determina que la “limitación a la sustitución de la prisión preventiva que imposibilita examinar la necesidad y proporcionalidad de la misma no se ve saneada por la posibilidad de apelar la prisión preventiva” (pág. 11), esto en razón de que la medida aplicada, en este caso la prisión preventiva pueda perder su justificativo constitucional a lo largo de su vigencia.

Finalmente, la Corte señala que si bien el ordenamiento jurídico, prevé la posibilidad de además solicitar la revocatoria de la prisión preventiva conforme lo establecido en el artículo 535 del COIP, está por su finalidad misma y su aplicación en casos puntuales, como son “desvanecimiento de los indicios o elementos de convicción, sobreseimiento, caducidad y nulidad procesal” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014), dista en gran medida de la solicitud de sustitución de la medida, ya que, esta tiene por objeto evaluar si con la prevalencia de la medida se mantiene aquel justificativo constitucional para su aplicación, o aquella podría ser reemplazada por medidas de carácter menos gravosas que resulten idóneas para garantizar la eficacia del proceso penal (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

En base a los argumentos expuestos la Corte Constitucional, a través de la sentencia No. 8-20-CN/21, en la ciudad de Quito, el 18 de agosto de 2021, de forma concluyente se decidió declarar

inconstitucional la frase contenida en el inciso primero del artículo 536 del COIP, que establece que “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

3.5 Análisis comparativo:

En cuanto a los punto claves de la presente sentencia analizada, al tenor de su argumentación, resulta pertinente identificar de forma general que la norma consultada se enfoca en uno de los casos enlistados en el cuerpo normativa COIP, en el cual, se señalan aquellas circunstancias en las que no cabe la solicitud de sustitución de prisión preventiva, tanto para ser propuesta por los sujetos procesales en especial la defensa de la persona procesada y el ser analizada de forma debida por la autoridad judicial competente.

Como siguiente apartado por determinar, corresponde identificar que la circunstancia objeto de análisis en el caso en concreto dista completamente de aquel analizado en el presente trabajo de investigación, pues la norma que fue declarada inconstitucional corresponde a la frase contenida en el artículo 536 del COIP que señala “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”, y en el caso de estudio la circunstancia analizada corresponde a aquella que determina “tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Identificándose, así como punto diferenciador entre aquellas la situación de la persona procesada de haber recibido sentencia condenatoria anteriormente por el delito que se le acusa en la actualidad.

En este caso, es pertinente determinar que en ambas situaciones se desprende la vulneración de derechos idénticos, siendo así de manera específica la garantía reconocida en el artículo 66 numeral 14 de la CRE que señala “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008). Además, se puede determinar que los fundamentos presentados por los jueces a lo largo de su resolución se dirigen de manera particular a analizar la figura de la prisión preventiva, su naturaleza, su alcance, y las limitaciones que de esta se desprenden, las mismas que al ser propias de la prisión preventiva no podrían utilizarse con el fin de realizar una distinción en cuanto a la persona procesada y su pasado judicial, debido a que, como se analizó anteriormente la CRE determina de manera específica en su artículo 11 numeral 2 lo siguiente “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento,

edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial...” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

A su vez, por su naturaleza las normas generales de la prisión preventiva deben ser aplicables en todos los casos de manera igualitaria, sin generar distinción alguna al momento de su aplicación, es decir, observando los principios que de esta se desprenden, y siendo las autoridades judiciales quienes de manera racional y fundamentada dicten su aplicación. Una vez que las normas de la prisión preventiva sean observadas con igualdad al momento de analizar las circunstancias propuestas para su aplicación o persistencia, es menester determinar que su aplicación varía según las circunstancias de cada caso, si bien como se ha analizado la igualdad ante la ley es considerado un principio constitucional fundamental, la aplicación de la prisión preventiva depende de factores subjetivos de las circunstancias en las que se encuentre la persona procesada.

Lo importante en estos casos es encontrar un equilibrio para garantizar la aplicación justa y proporcional de la medida de última ratio, evitando que aquella recaiga en una aplicación discriminatoria y más allá de lo establecido por la ley, por esta razón, resultaría idóneo en base a lo analizado, y con apoyo en pronunciamiento de la Corte Constitucional que la decisión de prevalencia de la medida cautelar recaiga sobre un análisis judicial motivado, y no sea el legislador a través de disposiciones normativas quien sostenga la persistencia de la medida, o la existencia de un riesgo o evasión procesal, sin analizar previamente las circunstancias pertenecientes al caso en concreto y la legitimidad de su persistencia.

Conclusiones

- 1) El presente trabajo acarrea la conclusión principalmente de conocer que la prisión preventiva se encuentra regulada por normas específicas en cuanto a su aplicación y naturaleza, las mismas que regulan la situación de la persona procesada en diferentes aspectos, las cuales al ser observadas conforme a la ley garantizan la legitimidad de la aplicación de la medida, debido a ser la prisión preventiva la medida cautelar más grave del ordenamiento jurídico, siendo lo mencionado coincidente con el análisis constitucional emitido por la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia 8-20/CN.
- 2) Además, determinar que resulta imperante que en base a aquellos criterios y regulaciones en un ámbito nacional como internacional la prisión preventiva durante su permanencia deberá encontrarse en constante revisión por la autoridad judicial competente, en este caso los juzgados penales de primera instancia, quienes están obligados conforme a la ley a observar criterios constitucionales y legales con el fin de motivar la aplicación de la medida.
- 3) Por último, al momento de privar de este derecho a determinados individuos envueltos en situación de procesados principalmente en casos de reincidencia como lo señala el artículo 536 del COIP, conlleva una vulneración a principios constitucionales como es el de inocencia, inclusive resultando aleatorio y vulnerativo de derechos de igualdad y no discriminación, frente a una persona procesada que se encuentra en las etapas de un proceso penal, y quien no presenta una sentencia firme que haya determinado su condición de culpable en calidad de reincidente.

Recomendaciones

- 1) En base a lo estudiado, se desprende que la norma regulada en el artículo 536 del COIP, recae en una vulneración visible de derechos constitucionales al momento de su aplicación en los casos que lo requiera, por lo que resultaría apropiado que sea la Corte Constitucional del Ecuador como organismo autónomo e independiente de la administración de justicia, a través del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad regulado en el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en respuesta a una demanda fundamentada en el artículo 79 del mismo instrumento, analice la presunción de constitucionalidad de la norma, o se pronuncie sobre su interpretación conforme, evaluando así la posible existencia de ciertos casos de reincidencia en los que se considere la necesidad de la aplicación directa de la norma, en razón al peligro social y procesal que pueda constituir el ciudadano procesado, esto empatando con determinados criterios de proporcionalidad debidamente fundamentados.

Referencias Bibliográficas

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*. Tokio: Resolución 45/110.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador. Obtenido de LEXIS: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (22 de Octubre de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Ecuador: Fiel Web .
- Asamblea Nacional del Ecuador. (28 de 02 de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador: Registro Oficial S. 180. Obtenido de Defensa.gob.ec: https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Bayefsky, A. F. (1990). *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. Obtenido de corteidh: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>
- Bernate, F. (2016). *La Reincidencia como circunstancia agravante de la Pena: Análisis de la sentencia C-181 de 13 de abril de 2016*. Obtenido de Pensamiento Penal: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/06/doctrina45470.pdf>
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas. (13 de Abril de 2013). *Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate*. Santiago, Chile: Andrea Cabezón P. .
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Diciembre de 30 de 2013). *Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. Madrid, España.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1 de Mayo de 2019). Caso No. 12.056 *Jenkins vs. Argentina, Observaciones finales escritas*. Obtenido de corteidh.or.cr: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/jenkins_ar/9_ofe_cidh.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador. (20 de Junio de 2018). *Corte Constitucional del Ecuador*. Obtenido de Corte Constitucional del Ecuador: <http://esacc.corteconstitucional.gob.ec>
- Corte Constitucional del Ecuador. (24 de Noviembre de 2021). *Sentencia No. 28-15-IN/21. CASO No. 28-15-IN*. Quito, Ecuador.

Corte Constitucional del Ecuador. (18 de agosto de 2021). *Sentencia No. 8-20-CN/21*. Quito, D.M , Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (01 de Febrero de 2006). *Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de octubre de 2008). *Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia*. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de noviembre de 2009). *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia*. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de Noviembre de 2019). *Caso Jenkins vs Argentina. Sentencia*. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no Discriminación*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (3 de Febrero de 2020). *Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador. Sentencia*. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_399_esp.pdf

Corte Nacional de Justicia. (20 de Diciembre de 2019). *Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. Absolución de Consultas. Criterio no Vinculante*. Obtenido de [cortenacional.gob.ec](https://www.cortenacional.gob.ec): https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/infraccion-penal/020.pdf

Corte Nacional de Justicia. (2021). *Resolución No. 14-2021*. Obtenido de Corte Nacional de Justicia: <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-14-Aclara-el-Art-534-COIP.pdf>

- Corte Nacional de Justicia. (30 de Enero de 2023). *Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. Absolución de Consultas. Criterio no Vinculante*. Obtenido de cortenacional.gob.ec: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/contravenacional/023.pdf
- de Ynsfrán, D. O. (2014). Las reglas de Tokio y su interpretación acorde a las reglas de Bangkok y Brasilia. *Revista jurídica. Investigación en ciencias jurídicas y sociales*, (4), 181-196.
- De Zamora, A. M. (1970). La Reincidencia. *Anales de la Universidad de Murcia* (Derecho), 5-216. Obtenido de [digitum.um.es: https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/12302/1/La%20Reincidencia.pdf](https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/12302/1/La%20Reincidencia.pdf)
- Díaz, I. (10 de 06 de 2011). *La aplicación del Principio de Proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI*. Valparaíso, Chile.
- García Falconí, R., Pérez Cruz, A., & Guevara Barcenés, A. (2014). *El Proceso Penal, Derechos y Garantías en el Proceso Penal TOMO 1*. Ara Editores.
- Krauth, S. (Mayo de 2018). *La Prisión Preventiva en el Ecuador*. Obtenido de Biblioteca Defensoria.gob.ec: <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>
- La Rosa, M. (febrero de 2016). *Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/1322>
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Martínez Garnelo, J. (2017). Relación Proceso Legal, entre la presunción de Inocencia y la garantía de Juicio Previo. En *La Teoría de la Presunción de Inocencia y sus efectos procesales en el Sistema Penal Acusatorio* (pág. 85). Ciudad de México : Porrúa.
- Morillas Cueva, L. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. *Anales de Derecho* (Vol. 34, No.1). Obtenido de [Digitum Universidad de Murcia: https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/252111](https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/252111)

ONU: Asamblea General. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

ONU: Asamblea General. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI)*. Asamblea General.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (22 de Noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de Oas.org: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf>

ONU: Asamblea General. (16 de Diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de Ohchr: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Pérez, J. (2007). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ed; 11th ed.

Proyecto Prisiones . (17 de Agosto de 2023). *Reglas Internacionales: Proyecto Prisiones*. Obtenido de <https://www.proyectoprisiones.es/reglasyrecomendaciones/#:~:text=Las%20llamadas%20Reglas%20de%20Tokio,o%20sustitutivas%20de%20la%20prisi%C3%B3n>.

Río Labarthe, G. D. (2016). *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano*. Obtenido de Universidad de Alicante: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54307/1/tesis_gonzalo_del_rio_labarthe.pdf

Tribunal Supremo de España. (03 de 08 de 1983). *Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática*. Obtenido de Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática.: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1983-22275>