

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derechos Humanos y Democracia en
América Latina

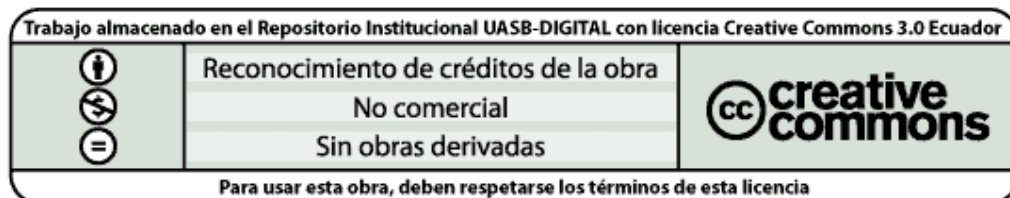
Mención: Mecanismos de Protección

**Caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador: entre el
derecho a la libertad y la seguridad ciudadana**

Autor: Jorge Remigio Flores Salazar

Director: Dr. Ramiro Ávila Santamaría

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Jorge Remigio Flores Salazar, autor de la tesis intitulada “Caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador: entre el derecho a la libertad y la seguridad ciudadana”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

Hace más de dos décadas se produjeron reformas regionales que apuntaban a mejorar los sistemas procesales penales en relación a la violación de derechos que estos generaban. Una de esas aristas constituyó la racionalización de la medida de prisión preventiva con el objetivo de evitar que se mantenga a las personas procesadas por una causa penal privadas de su libertad durante gran parte del proceso o hasta la culminación del mismo.

El presente trabajo académico analiza desde una perspectiva crítica, la falta de aplicación de la garantía constitucional de la caducidad de la prisión preventiva diseñada para proteger los derechos de las personas privadas de libertad cuando su detención ha sido temporalmente excesiva, y, muestra cómo a pesar del desarrollo doctrinario de los derechos humanos y su enérgica incidencia en los sistemas políticos – judiciales, la prisión preventiva sigue siendo una de las medidas más utilizadas por el sistema penal ecuatoriano.

Esta investigación se presenta en tres capítulos; el primero describe el marco conceptual de la prisión preventiva, su evolución en la teoría penal así como en el marco de los derechos humanos y las relaciones profundas que tiene con la demanda de seguridad ciudadana.

El segundo capítulo estudia las garantías constitucionales, y dentro de ellas a la caducidad de la prisión preventiva. Se analiza su desarrollo doctrinario, conceptual, histórico y político, su vigencia en el Estado Constitucional de Derechos ecuatoriano y su relación con otras garantías y derechos.

El tercer capítulo, a partir de un análisis de datos estadísticos oficiales se presenta la evolución que ha tenido la prisión preventiva y la aplicación de la garantía constitucional de la caducidad en Ecuador, evidenciando los límites y avances que se han registrado.

Al final se concluye presentando las principales constataciones de este trabajo y los retos que existen para una compaginación efectiva de la prisión preventiva, su caducidad y las demandas de seguridad.

Agradecimientos

Agradezco a todas las personas que colaboraron en la realización del presente trabajo; y, de manera especial al señor Dr. Ramiro Ávila Santamaría, profesional quien con su ánimo y calidad humana impulsó de manera invalorable a la presente investigación.

Tabla de contenido

Introducción	6
CAPÍTULO PRIMERO	
Concepto y evolución de la prisión preventiva.	8
1. Concepto de la prisión preventiva.	8
2. Evolución en la teoría penal.	10
3. Presupuestos de aplicación de la prisión preventiva.	19
4. Relación entre la seguridad ciudadana y prisión preventiva.	24
5. La prisión preventiva desde la perspectiva de los Derechos Humanos.	31
CAPITULO SEGUNDO	
La caducidad de la prisión preventiva y su relación con las garantías y principios constitucionales.	37
1. Antecedentes y evolución de las garantías constitucionales.	37
2. Las garantías constitucionales en el marco de los Derechos Humanos.	42
3. La caducidad de la prisión preventiva como garantía constitucional y su vinculación con otros derechos constitucionales.	50
3.1. Relación con el debido proceso.	55
3.2. Relación con la presunción de inocencia.	60
3.3. Relación con el derecho a la libertad.	63
CAPITULO TERCERO	
La prisión preventiva y caducidad en el Ecuador.	67
1. El (ab) uso de la prisión preventiva en el Ecuador.	67
2. La caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador.	85
Conclusiones.	104
Bibliografía.	111

Introducción

La caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador es una garantía incorporada en la Constitución Política de 1998 y refrendada por la Constitución de la República de 2008 (CRE), la cual se aplica en favor de las personas privadas de la libertad, que han permanecido procesadas, más de seis meses, en los casos de delitos sancionados con prisión; o un año, en los casos reprimidos con reclusión. Su efecto es que deja sin efecto la prisión preventiva y en base a ello la persona obtiene su inmediata libertad.

La incorporación de esta garantía se ha inscrito además en un proceso de modernización de los marcos regulatorios normativos tanto a nivel constitucional como por la reforma de la norma procesal penal ecuatoriana desde el año 2001 hasta el 2014, mediante la cual se promovieron reducciones importantes en los tiempos de desarrollo de los procesos investigativos, de juzgamiento y de garantías encaminadas a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad.

Sin embargo la realidad, en términos numéricos de presos sin sentencia, parece tener una tendencia constante de crecimiento. Los debates políticos y sus ofertas han sido permeados por las demandas de seguridad a partir de fenómenos sociales que causan zozobra e intranquilidad como la desocupación, la criminalización de las drogas, la crisis de los sistemas políticos que auguran bienestar y los flujos migratorios entre otros.

La respuesta no deseada ni esperada, ha sido la construcción de legislaciones penales más severas y represivas que han hecho de la libertad una situación provisional, circunstancial; ratificando a la prisión preventiva como el anuncio de una condena anunciada.

Para realizar la demostración de lo aseverado, este trabajo académico se basa en la consulta de fuentes secundarias que permiten consolidar un marco teórico suficiente que permita al lector entender la problemática planteada y sostener un criterio propio. También se sustenta en información estadística oficial sobre las dimensiones concretas de la implementación de la prisión preventiva y de la caducidad. La conjugación de estas dos fuentes permite realizar un análisis sencillo, pero oportuno sobre la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva en el

país y del plazo razonable que debe cumplir en el contexto del marco constitucional ecuatoriano que incorpora, directa e indirectamente, los preceptos o mandatos de la doctrina e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

De esta forma, este trabajo plantea que estamos frente al desafío de institucionalizar códigos procesales penales concordantes con la normativa de Derechos Humanos, consolidar plenamente el sistema acusatorio y regular la aplicación de la prisión preventiva en función de la presunción de inocencia, proporcionalidad y excepcionalidad que debía respetar la medida cautelar para evitar los altísimos costos económicos y sociales que su inadecuada aplicación significa.

Es hora de evitar el fracaso de la política criminal estatal que tiene por finalidad la disminución de los índices delictivos a través del combate de la peligrosidad criminal, pero esto implica la participación ciudadana activa que pondere los derechos en colisión. Por un lado está el derecho a la seguridad y por otro el derecho a la libertad de los infractores o presuntos infractores. ¿Cuál de los derechos tendría mayor peso en la balanza de la justicia? y ¿cuáles deben ser los argumentos que incline la ponderación a uno u otro lado?

Debemos asumir que no hay normas perfectas, son perfectibles, pero aquellas no servirán de nada si no existe el compromiso ético, técnico y profesional de los administradores de justicia que son los que tienen la potestad para hacer válidas las normas y garantizar los derechos de todos los ciudadanos, pero tampoco tendrán valor si nosotros no asumimos el rol crítico y activo de comprensión y defensa de los derechos que como seres humanos tenemos, por la sola, simple y maravillosa circunstancia de serlo.

Capítulo primero

Concepto y evolución de la prisión preventiva

En este capítulo se ubican varios conceptos de la prisión preventiva de modo que el lector tenga una aproximación, de lo que conceptualmente significa esta medida cautelar; además podrá comprender cómo esta medida cautelar evolucionó históricamente y cómo se ha transformado desde la perspectiva de la teoría penal y de los derechos humanos, particularmente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, hasta su aplicación contemporánea como una herramienta impulsada desde el nivel político y aplicada por los administradores de justicia para acreditar los esfuerzos de las sociedades modernas que buscan garantizar la seguridad ciudadana, condición que se estima baluarte del desarrollo y progreso actual.

1. Concepto de la prisión preventiva.

Al paso del tiempo, la dinámica jurídica moderna procuró múltiples definiciones de lo que constituye la prisión preventiva, no obstante ello, a continuación se presentan algunas de las que a beneficio de este análisis considero son las más relevantes.

Rafael de Pina señala que la prisión preventiva “es la privación de la libertad corporal destinada a mantener a los procesados en seguridad durante la tramitación del sumario, en aquellos casos expresamente señalados por la ley.”¹

Por su parte, Claus Roxin, resaltando su finalidad, sostiene que es “la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.”²

¹ Rafael de Pina, “Diccionario de Derecho”, (México: Editorial Porrúa, 2001), 22.

En el mismo sentido, pero estableciendo su naturaleza procesal y su carácter de prevención, Miguel Fenech afirma que la prisión preventiva es un acto preventivo que produce la limitación de la libertad personal en virtud de una decisión judicial que permite el internamiento del justiciable para garantizar los fines del proceso y ejecución de la pena.⁴

Por su parte, Francisco Soto manifiesta que la prisión preventiva asegura la presencia del delincuente durante el proceso para que no pueda rehuir a la ejecución de la sentencia que en su contra se dicte.⁵

Con mayor claridad el Dr. Jorge Zabala Baquerizo señala que la prisión preventiva es un acto procesal preventivo, provisional y cautelar dictado por el titular del órgano jurisdiccional penal que tiene por finalidad limitar la libertad del sujeto pasivo del proceso cuando, al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarlo con la finalidad de asegurar la realización del derecho violentado por el delito.⁶

De manera complementaria y refiriéndose a la finalidad de la prisión preventiva Beccaria defiende que la cárcel “es sólo la custodia de un ciudadano hasta en tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible, y debe ser la menos dura que se pueda.”⁷

Carrara en este mismo sentido subordinó el uso de la prisión preventiva a las penal, haciendo hincapié en que tiene que ser brevísima, señalando que no es tolerable sino en graves delitos procurando siempre atenuarla mediante la libertad bajo fianza.¹²

De los conceptos descritos se deduce que la prisión preventiva o provisional es una medida cautelar privativa de libertad, de carácter excepcional, que se ejecuta exclusivamente en virtud de un mandato judicial, con la finalidad de garantizar una

² Claus, Roxin, “Derecho Procesal Penal”, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000), 257.

⁴ Miguel Fenech, “Derecho Procesal Penal”, (Buenos Aires: Ed. Labor, 1952), 129.

⁵ Francisco Soto, “La prisión y la libertad provisionales, vista por un juez”, en Revista de Derecho Procesal, (Madrid: 1955), 578.

⁶ Jorge Zavala B, “El Debido Proceso Penal”, (Quito: Edino, 2002), 174.

⁷ Cesare Beccaria, “De los delitos y las penas”, (Madrid: Editorial Committee, 2015), 138.

¹² Francesco Carrara, “Programa de derecho criminal”, (Bogotá: Temis, 1957), 375.

efectiva investigación del delito, el juzgamiento y eventual cumplimiento de pena del imputado.

Pese a la diferencia semántica, los conceptos mantienen características coincidentes, entre ellas: a) Es una medida ante todo provisional o temporal, no indefinida; b) de carácter cautelar, es decir facilitadora del desarrollo procesal penal; c) debe imponerse solo de manera excepcional; d) debe provenir de un mandato judicial debidamente motivado; e) es apelable; y, f) tiene una duración o vigencia definida.

Esta primera aproximación al concepto y características de la medida cautelar de prisión preventiva nos permite comprender concretamente qué es la prisión preventiva y cuáles son sus características generales y desde allí explicar su apareamiento en el derecho procesal penal, su desarrollo doctrinario y su aplicación en una coyuntura contemporánea social que exige seguridad.

2. Evolución en la teoría penal.

De acuerdo a Arturo Zabaleta¹³, es en Roma, entre los siglos VIII y V aC, que la institución jurídica que conocemos como prisión preventiva tiene su consolidación. No estuvo diseñada con el ánimo de sancionar a la persona, sino de custodiar al sospechoso de un delito, incluso confiando su vigilancia a los *custodia libera* e incluyendo la posibilidad de otorgarle la libertad ante la presencia de alguien que en calidad de fiador respondiere por él.

Según este mismo autor, siglos más tarde, esta figura empezó a transformarse. Los jueces del Imperio Romano de manera discrecional, ante el cometimiento de delitos graves, determinaban ya no solamente la custodia de una persona sino que podían privarle de la libertad y encarcelarlo adoptando la medida *in carcelum*, que se cumplía en cárceles públicas, al cuidado de uno o varios militares.

Entre los siglos III y IV de la era cristiana, la imposición de la prisión preventiva deja de ser facultad discrecional de los jueces para dar paso a la

¹³Arturo Zabaleta, “La prisión preventiva y la libertad provisoria”, (Buenos Aires: Editorial Arayú, 1954), 57.

consolidación de una práctica procesal que exigía contar con evidencias concretas de la infracción y responsabilidad del justiciable para adoptar la medida privativa de libertad en su contra.

El legado de la doctrina romana se instituyó más tarde en Europa. Así por ejemplo, el derecho español permitía la prisión preventiva de las personas solamente ante el cometimiento de delitos graves o para evitar la fuga u ocultamiento del presunto infractor. Durante la Edad Media, se desarrollan dos sistemas penales utilizados para juzgar a los infractores; *la accusatio* y *la inquisitio*, que dan un giro sustancial a la aplicación de la medida cautelar en estudio.

El primero, el más y comúnmente usado, perseguía que la aplicación de la prisión preventiva tuviera como sustento de su aplicación, por lo menos, la demostración de responsabilidad del detenido en el delito cometido y el desarrollo de procedimientos judiciales que protegieran los derechos de los justiciables.

El segundo, de empleo excepcional, lamentablemente aceptado como un mal menor pero necesario para descubrir la gravedad del delito y aprehender al sospechoso, apenas proponía una vacilante e imprecisa defensa de sus derechos pero no vacilaba en privar de la libertad al sospechoso con fines investigativos y obtener su confesión, aún por medio de la tortura.

Entre los siglos XIII y XVIII en toda Europa, la aparente parcialidad de las interpretaciones del sistema acusatorio a favor del procesado y las exigencias de mayor seguridad y menor impunidad promovieron al sistema inquisitivo a un nivel de práctica más frecuente y natural que el sistema acusatorio.

Por otra parte, el profesor Jesús Rodríguez señala que no fue sino hasta los siglos XVIII y XIX que se produjeron cambios a la realidad narrada. En Francia, tras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se determina que la privación de libertad debe realizarse conforme lo prescrito en la ley; en España, en 1876 se limitó la detención preventiva a los delitos sancionados con penas corporales y a los que expresamente señalaba la ley; en América Latina,

México en el año 1917 confinaba solamente a los condenados a muerte y a los prisioneros de guerra.¹⁴

La restricción intramural que significa la prisión preventiva somete al sujeto a una disciplina que le modera el uso de espacio, del tiempo, condiciona las actividades lúdicas y de esparcimiento, regula los tiempos de alimentación, deporte y descanso, debilita el derecho a intimidad, es decir reduce severamente el principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad, que en circunstancias normales, no tiene otra limitación que los derechos de los demás.

Cuando el uso de la prisión preventiva se generaliza o naturaliza es absolutamente probable que su aplicación se la ejecute fuera de la normativa legal que la regula produciendo un efecto que se asimila más a una pena anticipada que una medida cautelar que neutraliza la peligrosidad del justiciable. Al producirse estas inconductas procesales el sistema jurídico se afirma como regulador e interventor de aquellas para restaurar el equilibrio entre las relaciones interindividuales, sociales y estatales.

Es decir, no se debe abandonar el campo de la política procesal para encuadrarse en el de la política criminal; este último si tiene por finalidad la disminución de los índices delictivos, combatiendo la peligrosidad criminal¹⁶ y encontrando en la distorsión de las medidas coercitivas -prolongación e indefinición- el anticipo de la pena de un procesado que doctrinariamente es inocente hasta que se rompa ese estado de inocencia.

Son estas circunstancias las que provocan el cuestionamiento acerca de la necesidad de limitar la libertad de las personas con la utilización discrecional de la medida cautelar de prisión preventiva en lugar de proteger, por principio, el desenvolvimiento del proceso penal, buscando evitar acciones abusivas o arbitrarias de la persecución penal.

Sin duda, la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de cometer un delito por lo cual su aplicación debe tener

¹⁴Jesús Rodríguez y Rodríguez, "La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado."(México DF: UNAM, 1981), 23.

¹⁶Carlos E. Edwards, "Garantías constitucionales en materia penal", (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996), 24.

carácter extraordinario, especial, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática.¹⁷

A este efecto, durante los últimas dos décadas del siglo XX movimientos y revoluciones sociales en todo el mundo han tratado de superar las atroces prácticas características del sistema penal inquisitivo con el ánimo de dar paso a un nuevo sistema más igualitario, racional, legal y justo pues era evidente que la privación de libertad realizada en cárceles no tenía por objeto sino la privación y limitación de derechos de los procesados, solamente con fines de degradación antes que con fines de investigación, hecho que ha resultado sin duda en la cosificación del detenido y en el sometimiento de su integridad y dignidad natural.

La necesidad de profundizar y garantizar la defensa de la persona humana, sus derechos y dignidad fue el motivo principal por el que se desarrollaron conceptos y principios doctrinarios que se incorporaron en las constituciones y legislaciones de los estados que obligaron su cumplimiento para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación; impedir la oportunidad fáctica de vulnerar reiteradamente los derechos de las personas individualmente o consideradas en conjunto social; y, asegurar los propósitos de imputación, acusación, sanción y reparación del proceso penal.

Así nace por ejemplo la presunción de inocencia, frente a la aplicación indebida de la prisión preventiva, como medio de defensa a los derechos del encausado, una valla frente a la arbitrariedad y a la pena de sospecha del modelo inquisitivo;¹⁸ un cerco protector frente a la arbitrariedad y a la aplicación de penas basadas en solo presunciones de culpabilidad.

Se estimaba que ello sería paso inicial para lograr que el estado impusiera castigos, única y exclusivamente, luego de demostrar la culpabilidad del sujeto acusado penalmente tras la ejecución de un juicio previo, público, con la presentación de las pruebas suficientes para demostrar la culpabilidad del encausado

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso Acosta Calderón VS Ecuador, reparaciones y costas*”, 24 de junio de 2005. “*Caso Tibi VS Ecuador*”, 7 de septiembre de 2004.

¹⁸ Alberto Bovino, “El Encarcelamiento Preventivo en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”, (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997), 121.

y eliminar la consolidada práctica de inexcusabilidad, término que hace referencia a las regulaciones legales por las que personas procesadas permanecían privadas de libertad, durante una parte importante o la totalidad del proceso investigativo penal, por haber cometido delitos de gravedad mediana y alta,¹⁹ que exigía y garantizaba que los procesados de delitos, que generaban grave conmoción social, permanecieran privados de la libertad durante gran parte del proceso penal, sino todo, hasta su resolución.

La adopción de principios fundamentales de defensa y garantía de derechos ciudadanos incorporados en las Constituciones y en los códigos procesales ayudó al despliegue de reformas que evolucionaron al punto de reconocer y afirmar la necesidad de establecer el derecho de toda persona a gozar de su libertad durante el proceso penal y que este no podía ser vulnerado si no existían indicios o pruebas irrefutables en contra del procesado.

Sin embargo, la medida privativa de libertad permanecía instaurada como la regla procedimental jurídica, aplicada constantemente como una suerte de pena anticipada antes que como una medida excepcional. Por ello, se intensificó una transformación que llevara la detención preventiva desde una lógica de pena anticipada a una lógica de garantía jurídica del juicio y sus efectos.

Aquello se lograría exigiendo que el juez valore y verifique un mínimo de circunstancias relativas a la existencia del delito y la participación del procesado para imponer la prisión preventiva; y, reivindicando la protección de los derechos del infractor, de manera que la alarma social y la conducta delictiva reiterada, no fueran, en el fondo, las verdaderas razones de imponer la medida cautelar.

Obviamente entre las razones que motivaron la inconformidad del sistema penal inquisitivo y la búsqueda de un nuevo sistema garantista de los derechos de los infractores estuvo, la investigación demostración de las continuas y masivas violaciones de los derechos fundamentales de los presuntos infractores sucedidas tanto durante el proceso penal como en los centros de detención en los que eran reclusos.

¹⁹ Cristián Riego y Mauricio Duce. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina*, (Santiago: Alfabeta Artes Gráficas, 2009), 16.

En la década de los 80 se emprendieron reformas penales estructurales orientadas a lograr un funcionamiento práctico y efectivo del sistema procesal penal frente al crecimiento acelerado de los índices de delincuencia e inseguridad; pero, aunque parezca paradójico, lo que en el fondo se perseguía era aumentar los derechos y garantías básicas de los ciudadanos perseguidos penalmente.

Particularmente preocupaba el abuso de la privación de la libertad que se constituía en uno de los problemas lacerantes y habituales de los sistemas de justicia criminal en la región, sobretodo porque la vigencia del sistema inquisitivo la convertía en una valiosa maquinaria judicial para provocar que el infractor confesara su delito y en la medida que este era introducido al proceso perdía sus derechos y libertades.

Esta dinámica jurídica lo que en realidad estaba facilitando era el crecimiento incontrolado, irracional e ilegal de una convicción de todos los actores operadores de justicia en quienes iba aumentando la certidumbre de la responsabilidad y culpabilidad del procesado, la que era expresada finalmente en la sentencia.

A lo señalado hay que agregar que la prisión preventiva, en el contexto inquisitivo, estuvo vinculada a la figura del juez de instrucción; esto es, al hecho de que un mismo funcionario concentrara sobre sí las funciones de persecución y la de resolver sobre la prisión privada²²; lo que en la práctica era falso, pues si alguna circunstancia podía mediar a favor del procesado, esta era inobservada por el juez, pues la prisión preventiva resultaba una herramienta útil en su actividad persecutoria.

Años más tarde, en los 90, la tasa de encarcelamiento a nivel mundial tuvo una tendencia constante al crecimiento. Este fenómeno estaba asociado a una criminalidad que devino como resultado de la desocupación, la criminalización de las drogas, la crisis de los sistemas del *welfare* (bienestar) y los flujos migratorios entre otros,²³ situación que desató la construcción de legislaciones penales más severas y represivas, nacidas de la demanda de mayor seguridad ciudadana. De este modo la libertad era en realidad una situación provisional, circunstancial; y, la prisión preventiva se ratificaba como el anuncio de una condena anunciada.

²² Riego y Duce. "Prisión Preventiva", 19.

²³ Massimo Pavarinni, "Castigar al enemigo, criminalidad, exclusión y seguridad", (Quito: Flacso, 2009), 68.

En este contexto se fortalece la corriente reformadora continental que tenía por objeto institucionalizar nuevos códigos procesales penales, instaurar el sistema acusatorio y regular la aplicación de la prisión preventiva en función de la presunción de inocencia, proporcionalidad y excepcionalidad que debía respetar la medida cautelar.

Si bien se logró implementar, a diferentes ritmos, el sistema acusatorio en la región, el uso masivo y general de la prisión preventiva parecía inmune a los cambios legislativos realizados. El consenso jurídico – social latinoamericano comprendía la profunda afectación a los Derechos Humanos que se produciría por la ineficacia de las reformas. Había más personas en prisión preventiva que condenadas en las cárceles por lo que se debía articular un sistema de medidas cautelares en torno a un paradigma distinto: la lógica cautelar.²⁴

Esta lógica supone dos ideas principales: 1) estaba dirigida asegurar el proceso penal, desde el inicio hasta su finalización con una sentencia, de la que aseguraba su cumplimiento. Esa sería la demostración fáctica que se había construido un mecanismo de solución de conflictos acorde a las sociedades democráticas emergentes, que se reflejaba en el nivel de eficacia que debía tener. Obviamente había un riesgo, si no había eficacia perdía legitimidad como mecanismo para resolver problemas y si eso sucedía habría que encontrarse otro sistema;²⁵ y, 2) el sistema no podía ser atentatorio de derechos.

Estas dos ideas, armonizadas con la doctrina de derechos humanos, permitieron articular un mecanismo para producir una decisión jurídica respecto de la procedencia de la prisión preventiva, de este modo su aplicación estaría acorde a los fines del sistema y esta medida o cualquier medida cautelar que quisiera aplicarse sobre los justiciables debía tener el carácter de excepcional y proporcional, ya que el sospechoso carecía inicialmente de responsabilidad penal y la medida no debía ser un castigo anticipado.

En referencia al tema, quien dictaba la medida cautelar debía inexcusablemente, por lo menos, prever una expectativa sensata que el proceso podía

²⁴ Cristian Riego y Alberto Martín Binder, *Sistemas judiciales, una perspectiva integral sobre la administración de justicia*. (Santiago: Alfabeta Artes Gráficas, 2009), 19.

²⁵ *Ibíd.*

terminar con sentencia en contra del procesado; y, la existencia de peligros concretos contra el proceso penal que justifiquen la medida cautelar de prisión preventiva.

Entre las circunstancias que podían poner en peligro el proceso penal sin duda se cuentan el peligro de fuga y el peligro para la investigación, temas que serán analizados en líneas siguientes, sin embargo varios países acuñaron en sus legislaciones otras causales atentatorias al proceso: el peligro para la víctima; el peligro para la sociedad; y, la alarma social.

Resultaba claro que estas últimas causales resultaban poco apropiadas al fin de la lógica cautelar no solo porque se ampliaba la posibilidad de su aplicación, sino también porque el tiempo que privaba de libertad a los imputados era una incertidumbre.

Así por ejemplo, en referencia a nuestro continente, la legislación argentina y chilena no contemplaban tiempo límite de la prisión preventiva, en los otros países de la región los tiempos variaban entre 60 días, 6, 9, 12, 18, 24 meses y en casos singulares como el caso de Paraguay, la ley solo registraba que la prisión preventiva no podía exceder la pena asignada al delito.²⁶

Fue entonces necesario empujar la reforma con el reconocimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva. El arresto domiciliario, la presentación periódica ante autoridades judiciales, el arraigo nacional o local, la prohibición de concurrir a determinados lugar y la fianza fueron entre otras las más comunes.²⁷

Pese a que el mayor número de reformas normativas a la prisión preventiva en la región se ejecutaron entre 1999 y 2008 la lógica cautelar que las impulsó fue frenándose, perdiendo fuerza, para dar paso al uso endurecido y generalizado de la prisión preventiva.

La razón fue la necesidad estatal y gubernamental de satisfacer las demandas de seguridad y disminuir, al menos, la percepción de inseguridad, factores que se estaban convirtiendo en pilar de la gobernabilidad de los países.

²⁶ Riego y Duce, “Prisión preventiva”, 36.

²⁷ *Ibíd.*, 37.

Por ejemplo, la reforma penal colombiana de 2007 señalaba en la exposición de motivos un preocupante sentimiento de incredulidad y malquerencia de la sociedad hacia la justicia colombiana, una grave percepción de indefensión y peligro de la víctima.²⁸

Respecto de la reincidencia la misma reforma señalaba: "...también se busca en el proyecto que a la persona que ya ha delinquirido y tiene anteriores condenas por delitos dolosos le proceda la detención preventiva por ese hecho, pues creemos que nadie puede desconocer que el delincuente reincidente se constituye en un peligro para la comunidad..."²⁹

Los legisladores chilenos destacaban la necesidad de proteger la seguridad ciudadana al manifestar en los fundamentos de la reforma penal que "...la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor."³⁰

Algo similar pasaba en Centro América, para 2004 Honduras indicaba que los operadores de justicia están en el deber de aplicar las leyes que están vigentes, las cuales se caracterizan por ser muy endebles y que de ello se aprovechan los delincuentes para conseguir por cualquier medio que les apliquen lo que les es más favorable, incluyendo la libertad definitiva.³¹

Como puede deducirse, lo que sucedió fue que se facilitó la procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva con una clara tendencia alcanzar la inexcusabilidad en determinados delitos; se disminuyó la posibilidad de establecer medidas alternativas a la prisión preventiva y se incorporaron criterios distantes a la lógica cautelar para la determinación de la procedencia de la medida.³²

²⁸Colombia; *Ley 23/2006, de 7 de julio* [2006], art. 63, 64 y 384, (Bogotá, 28 de julio de 2006).

²⁹*Ibíd.*

³⁰Chile; *Ley n° 20.253 que Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías*, [2008], (Santiago, 14 de marzo de 2008).

³¹Claudio Fuentes, "Sistemas judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia", publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Nro. 14, (II semestre de 2009): 41.

³²*Ibíd.*, 42.

Este trabajo no plantea eliminar la medida cautelar de prisión preventiva ni desacreditar la necesidad de su aplicación en determinadas circunstancias, lo que persigue es explicar el marco constitucional y legal en que se regula, a partir del derecho que afecta, es decir el derecho a la libertad personal.

En la actualidad, la prisión preventiva prevalece como herramienta de persecución del sistema penal, quizás aplicada de manera menos grotesca que en décadas pasadas pero no por ello menos lesiva a los intereses del desarrollo social y de los asociados del estado de manera individual y colectiva.

Paralelamente han aumentado de manera importante, el número de tipos penales que han tenido que redactarse en aras de sancionar conductas ilegales, por tanto ha crecido significativa y consecuentemente la posibilidad de violación de derechos y garantías de los presuntos infractores.

Esta sola eventualidad ha impulsado el desarrollo de la doctrina de derechos humanos que lucha por hacer del proceso penal y de la justicia la materialización de los derechos en una simple relación: a mayor cantidad y mejor contenido de derechos humanos menor intervención estatal, o dicho en otras palabras, mayor restricción al poder penal punitivo, alcanzando su utilización solo cuando sea estrictamente necesario. Los presupuestos o circunstancias indispensables que deben verificarse para la aplicación de la prisión preventiva se analizan a continuación.

3. Presupuestos de aplicación de la prisión preventiva.

Para analizar cuáles son los presupuestos o hipótesis de aplicación de la prisión preventiva, debemos insistir en identificar la finalidad de esta medida cautelar a efecto de determinar las circunstancias en las que debería aplicarse.

Al respecto es posible considerar el análisis de Eduardo Bermúdez³³ quien señala que la aplicación de la prisión preventiva tiene dos objetivos. El primero de carácter extraprocesal, preventivo, que lo denomina sustantivo; en cuanto está relacionado con una alta alarma social que puede causar un hecho delictivo.

³³ Eduardo Bermúdez Coronel. “La Prisión Preventiva, excepción del principio de inocencia”, (Cuenca: Impresora Rocafuerte, 2001), 94.

Esta circunstancia ocasionaría que se aplique la prisión preventiva para tranquilizar el sentimiento de impotencia social y desespero ante la potencial impunidad que pudiera existir por el cometimiento de delitos aparentemente graves.

El segundo objetivo lo determina como adjetivo, de naturaleza puramente procesal, ligado a la búsqueda de la verdad para asegurar una idónea aplicación de la sanción penal. Lleva inmerso en su concepción ideológica el aseguramiento de la comparecencia del procesado ante la autoridad competente, el no retardo del proceso penal, el minimizar el riesgo de su fuga, evitar la intimidación de víctimas y/o testigos e impedir la destrucción u ocultamiento de indicios probatorios de la infracción.

Con el antecedente descrito y reconociendo que la prisión preventiva es la medida cautelar más fuerte que puede imponerse a una persona y por tanto debe ser profundamente analizada previa su resolución estimo procedente analizar los presupuestos o hipótesis doctrinarias básicas para que la prisión preventiva sea aplicable y estos son: 1) certeza de la comisión por parte del imputado de un hecho delictivo grave o de una pluralidad de delitos leves análogos; y, 2) existencia de riesgo de fuga, de destrucción de pruebas o de reiteración delictiva.³⁴

El primer presupuesto es trascendental. El juez que conceda la medida cautelar debe tener plena convicción no solo de la existencia de un delito grave sino también de la participación de quien va a imputar. No deben caber dudas en el juez, la medida cautelar solo se justifica si el delito es de tal gravedad que proyecta indudablemente la sentencia del justiciable.

La pluralidad de delitos leves análogos está en relación con la reiteración delictiva y pese al desarrollo doctrinario existente estimo que este presupuesto pierde validez si la persona, estando en libertad provisional, en espera de un juicio, comete el mismo tipo de delitos que motivaron su detención y posterior libertad provisional ya que la medida podría ser desproporcional a los delitos cometidos; y, existe una profunda subjetividad de apreciación respecto de una conducta reincidente; además

³⁴ Jordi N. Fenoll, "Fundamentos de derecho procesal penal", (Buenos Aires: Euros editores S.R.L, 2012), 184.

la “reiteración delictiva no puede ser utilizada como indicador para fundamentar el encarcelamiento preventivo de un imputado en un proceso penal.”³⁵.

En relación al riesgo de fuga, este tiene que ser inminente y grave. No caben las figuraciones y supuestos no probados de los operadores de justicia, el juez está obligado a explicar con qué medios el preso puede eludir la justicia; la imposibilidad de hacerlo complica justificar la existencia del riesgo de fuga.

Comparto la posición que expresa Ferrajoli respecto de lo inútil que resulta el peligro de fuga como argumento para imponer la prisión preventiva. En primer lugar, nuestras sociedades han evolucionado tanto tecnológicamente y globalmente que en algún momento quien fuga tarde o temprano podrá ser identificado, encontrado y detenido; la fuga pone al acusado en situación de clandestinidad y permanente inseguridad, con lo que ya tendrá suficiente castigo³⁶ o pena natural; y, finalmente el alejamiento del inculpaado presupone la neutralización y desactivación de su actividad criminal, que son los fines perseguidos por la medida cautelar.

Sin embargo se reconoce plenamente que el peligro de fuga tiene inmerso el ocultamiento del procesado de las autoridades judiciales circunstancia que impide la aplicación de la justicia. Entonces, si la capacidad discrecional del juez acredita la necesidad de dictar la prisión preventiva debe analizar y fundamentar, principalmente, respecto de los medios de fuga que podría utilizar el justiciable puesto que en caso de no poder explicarlo tampoco podría justificar la existencia del riesgo.

La existencia de riesgo de destrucción de pruebas es un tercer presupuesto de la medida de prisión preventiva. Al igual que el peligro de fuga, la justificación de este riesgo es sustancial. La dificultad estriba en lo complejo que resulta determinar criterios de valoración de los medios de destrucción ya que pueden ser acciones del propio imputado o pueden verificarse por la influencia de éste sobre terceros para que procedan con un acto de destrucción o de omisión, como es el caso de amenazas para no ofrecer testimonios judiciales.

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe No. 86/09, Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso VS República Oriental Del Uruguay”, 6 de agosto de 2009.

³⁶ Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón, teoría del garantismo penal”, (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 558.

La destrucción u ocultamiento de indicios, suele suceder habitualmente en los primeros actos delictivos, cuando se descubre el ilícito o su descubrimiento es inminente. Durante el desarrollo procesal excepcionalmente se encontrarán otros indicios que son complementarios. Sin embargo, la argumentación de la medida basada en este presupuesto debe justificar la amenazadora localización y obstaculización de fuentes por parte del imputado en caso que no se empleara la medida privativa de libertad.

La reiteración delictiva es el último presupuesto de la prisión preventiva. Sucede esto cuando el sujeto penable repite una o varias conductas sobre una víctima individual o sobre varios sujetos jurídicos causando desequilibrio y desconfianza en el sistema jurídico.³⁷

Si las conductas o comportamientos atentan contra la integridad física o psicológica de la víctima y/o su patrimonio, de su familia, allegados o si afectan el desarrollo social o estatal ordinario, por ejemplo por delitos contra la seguridad del Estado, salud o economía, se considera entonces que existe un grave riesgo de reiteración delictiva.

Desde mi perspectiva, la consideración del riesgo de reiteración delictiva es absolutamente contrario a la presunción de inocencia. Afirmar que el imputado volverá a delinquir sin contar con elementos probatorios niega la autonomía de conciencia y libertad de elección entre el bien y el mal que caracteriza a todo ser humano,³⁸ por ello parece coherente afinar las resoluciones en los riesgos que efectivamente son posibles fundamentar por parte del juez de la causa.

El mayor riesgo de la inobservancia de los elementos indicados, como lo señala Mario Corigliano, es que no sólo se lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y sus garantías procesales reconocidas en la Constitución,³⁹ además esta circunstancia tiende a invertir la lógica del proceso porque en los casos de

³⁷César A. Londoño, “Medidas de aseguramiento. Análisis constitucional”, (Bogotá: Ediciones Nueva jurídica, 2009), 117.

³⁸Roberto Falcone, “La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos, en revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, (Buenos Aires: Editorial Lexis Nexi 2004), 57.

³⁹Mario Corigliano, “Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Consulta 15 de agosto de 2015. <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,535,0,0,1,0>>

prolongada prisión preventiva, la probabilidad de ser absuelto se reduce, lo mismo que se reduce la posibilidad de encontrar pruebas exculpatorias; y, dificulta el mismo ejercicio del derecho aún cuando el encarcelado sea titular indiscutible de la presunción de inocencia.

Privar a una persona de libertad ambulatoria absoluta, restringiendo entre otros el derecho a la comunicación y a la intimidad, en un centro penitenciario, exige la necesidad de asegurarse que no exista ninguna otra forma de garantizar los fines del proceso más que la privación preventiva de la libertad y de esa manera evitar consecuencias perniciosas de los derechos y de la integridad del imputado.

Es incómodo asumir que quien ha sido restringido provisionalmente su libertad no es fácticamente un condenado. El sistema penal insistirá en buscar las pruebas que justifiquen la imposición de la medida fortaleciendo así la proyección de una futura sanción penal. Lo vital es que esa tarea no deje en indefensión al procesado o se desconozcan sus garantías y derechos procesales y constitucionales.

Doctrinariamente se ha fundamentado que la prisión preventiva no es una pena o una condena, sino una medida cautelar. Sin embargo, es evidente que, en lo material, es una pena, tanto por la restricción de derechos cuanto por la posibilidad de infligir un castigo, y es por ello que las legislaciones establecen, en forma generalizada, que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se computa como parte de la condena.

En apoyo de lo dicho Mariano La Rosa expresa: "...no es lógico encarcelar a una persona a título de cautela, si en caso de ser condenado no pudiese imponérsele derechamente una pena privativa de la libertad..."⁴⁰

Lo hasta ahora señalado insinúa un vínculo íntimo entre la aplicación de la prisión preventiva, su duración y las exigencias sociales de seguridad. El acápite siguiente pretender explicar los enlaces existentes entre las políticas y estrategias diseñadas para disminuir los índices de criminalidad y la aplicación instrumental de la prisión preventiva para alcanzar ese objetivo.

⁴⁰ Mariano La Rosa. "Exención de prisión preventiva y excarcelación". (Buenos Aires: Editorial Astrea. 2007), 113.

4. Relación entre la seguridad ciudadana y prisión preventiva.

Años después de la Segunda Guerra Mundial, había un riesgo inminente de una guerra mundial nuclear que tenía por protagonistas a Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y a los EEUU.

Durante este tiempo la seguridad que predominaba en los discursos y en las acciones políticas era la seguridad nacional o seguridad del Estado y quienes causaban inseguridad para los ciudadanos, sociedad y Estado no eran los infractores de las leyes penales, no era la delincuencia común u organizada, sino que el enemigo estaba representado por el comunismo y consecuentemente por todos quienes lo promulgaran, defendieran o practicaren, porque significaba la antítesis del sistema económico capitalista sobre el cual se había construido el dominio de los países occidentales.

Con el derrumbamiento de la URSS el escenario mundial cambió, hubo un solo poder hegemónico y las secuelas del mismo empezaron a visibilizarse, la importancia del concepto y protección de la seguridad del Estado empezó a evolucionar hasta el concepto de seguridad ciudadana que resulta un concepto específico, surgido del cambio de paradigmas dictatoriales a los democráticos en Latinoamérica en la década de los 80.

El término quería significar seguridad con libertad y confianza. Tomando distancia de la seguridad que brindaba el estado a través de tan violentos y cuestionados órganos de seguridad se apuntaba al desarrollo social en términos de salud, educación, alimentación, etc.

Sin embargo, las asimetrías financieras internacionales, el crecimiento de la pobreza extrema, los profundos desequilibrios sectoriales de las sociedades, terrorismo, el narcotráfico, los desastres naturales y de origen humanos y el uso de armas de destrucción masiva fueron identificados, entre otros, como las nuevas amenazas⁴¹ que configuraron un nuevo concepto que aún continua en construcción y desarrollo: la seguridad humana.

⁴¹Declaración sobre Seguridad en las Américas (2003), inc. 4 (m).

Esta nueva conceptualización de seguridad tiene a la persona humana como centro de la atención y responsabilidad estatal y propende a la promoción de sistemas políticos, sociales, económicos, ambientales, militares y culturales que coordinada y armónicamente proporcionen a los individuos los elementos básicos para alcanzar la paz, el desarrollo y el progreso humano.

De cualquier manera, la seguridad humana o ciudadana, por separado o de manera conjunta, siempre serán exigencias y demandas tanto en los estratos políticos cuanto en los ciudadanos, que están simultáneamente expectantes de la generación de políticas y estrategias que permitan neutralizar el crecimiento de la criminalidad y la violencia.

En este sentido debe precisarse que las obligaciones del Estado respecto de la seguridad, particularmente si está asociada a la prevención y control del delito y la violencia, en cualquiera de sus formas, también comprometen el derecho a las garantías procesales y a la protección judicial⁴², entre otros; y, cada vez que existe un incumplimiento de estas obligaciones se ocasiona una violación a los derechos humanos.

Es importante destacar que cuando los ciudadanos pierden confianza en la policía, en los jueces o en los políticos, la inseguridad puede aumentar o por lo menos la percepción de inseguridad. Esta percepción es lo que se conoce como inseguridad subjetiva, que se diferencia de la objetiva pues esta última registra el número de eventos delictivos sucedidos efectivamente en un territorio determinado.

Con razón se señala que la inseguridad objetiva, en alto porcentaje está vinculada con experiencias de violencia directa, regularmente física pero no podemos dejar de apreciar el impacto que produce la violencia indirecta provocada entre otros factores por la falta de empleo, de educación, de vivienda, salud y acceso a la justicia, entre otros.

El riesgo de la inseguridad subjetiva es la tendencia social a vincularla con determinados grupos que se identifican inmediata e infundadamente como peligrosos o productores de riesgo. Así criminalizamos rápidamente a los pobres, a los

⁴²Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*”, 29 de julio de 1988.

indigentes, a los vendedores ambulantes, a los negros, a los menores que están obligados a trabajar en la calle, a los descuideros, escaperos, etc.

Lo narrado conlleva un costo social incalculable que no está asociado a los grupos criminalizados sino que se refiere a los propios ciudadanos que rompen el esquema de sociabilidad racional de convivencia diaria y se produce la anulación de la participación en la vida pública.

Pese a lo señalado, sin que se analicen motivaciones sociales o políticas, los estados se muestran incapaces de tener reacción ante las amenazas descritas conduciendo las sociedades a escenarios con los más altos índices históricos de criminalidad, tanto que esta ha desplazado al desempleo como la principal causa de preocupación social⁴³ y no ha sido posible el acceso a los recursos necesarios y suficientes para alcanzar un nivel de prosperidad a través del ejercicio de las libertades políticas, económicas y sociales que permiten niveles aceptables, sostenibles y sustentables de trabajo, vivienda, educación y recreación.

Nadie puede negar que en los últimos años, en Latinoamérica existe un aumento de hechos delictivos⁴⁴ y que hay una creciente demanda ciudadana por combatir la inseguridad, tema que junto con el desempleo, pobreza y salud son los más analizados y ofrecidos durante las campañas electores por ser puntales de la gobernabilidad de los estados, particularmente los latinoamericanos.

No cabe ninguna duda que el debate respecto de la inseguridad es el referente de las sociedades dinámicas contemporáneas, no existe actividad humana a la que no le atañe la seguridad. Cuando esta no es posible alcanzarla a través de la identificación y control de sus causas reales, entonces socialmente recurrimos a lo que se denomina el populismo punitivo, es decir la presión popular que, infundadamente, cree encontrar en el aumento de penas, en la creación de nuevos tipos penales o en la reducción de la edad para la imputabilidad, la solución tan esperada socialmente.

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, 18 de diciembre del 2009.

⁴⁴ Ramiro Ávila, "La (In) Justicia penal en la democracia constitucional de derechos", (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2013), 8.

De este modo la protección de la seguridad ciudadana de la criminalidad; y, la seguridad de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, parecen ser los polos opuestos de los debates político – jurídicos modernos.

La tensión entre libertad y seguridad persiste, la ideología liberal defiende que cierta cuota o dosis de inseguridad es el natural pago por la garantía de libertades en el Estado de Derecho pero tiene su antítesis en la corriente antiliberal que postula la necesidad de reducir las garantías para aumentar la seguridad.

Las dos corrientes tienen un fundamento *a priori* político: el contrato social, que en esencia es la visión de vivir en paz entre los hombres; para lo que se acepta un acuerdo tácito que les otorga ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad completa de la que dispondrían en estado de naturaleza. De este modo, se incorporan y aceptan los derechos y deberes de los individuos y se crea una institución llamada Estado para hacer cumplir tal contrato.

Es precisamente este contrato social el que dio luz a la ley penal la misma que es dinámica, varía en el tiempo y espacio; y, con ello la consideración de lo que es o no delito, todo en mérito de la evolución y desarrollo de las exigencias de seguridad ciudadana, uno de los puntales de la gobernabilidad de los Estados.

Si por la corriente liberal o su antagonista, lo cierto es la medida privativa de libertad debe respetar los principios de prohibición de exceso y defecto, realización de justicia material, orden justo, verdad real, es decir debe prevalecer el derecho sustancial sobre el formal para respetar la dignidad humana en su totalidad.

En este escenario, el derecho penal y procesal penal han sido objeto de permanentes reformas, la mayoría de ellas con el ánimo de imponer la mano dura y la política de cero tolerancia a la delincuencia.

Es así que se plantea la expansión de un poder punitivo para reivindicar las exigencias sociales, cualquiera que fuera su naturaleza. El derecho penal se ha modificado para combatir temas como el terrorismo, el lavado de activos, la delincuencia organizada o la lucha contra las drogas con la misma fuerza que debe enfrentar el acoso, el abuso sexual, las extorsiones, la violación a la propiedad privada e intimidad.

Las personas lo que exigen y requieren para el desarrollo de sus actividades es seguridad. El término seguridad ofrece una comprensión abstracta bastante sencilla, surgida del sentido común, casi es suficiente exigirla para saber a qué se hace referencia, sea cual fuera la naturaleza de la exigencia.

Sin embargo, las dificultades se presentan precisamente cuando es necesario construirla. Identificar las causas que impiden la seguridad, o dicho de otro modo, que propician la inseguridad; los actores involucrados en las causas y soluciones; los medios y recursos existentes; y, las estrategias políticas y sociales oportunas son los factores críticos de la seguridad.

Vemos así que el uso de la prisión preventiva ineludiblemente ha estado y está vinculado con la seguridad de las personas. La seguridad es un instrumento para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de las personas, por lo tanto derechos y seguridad son un binomio inseparable y de allí la necesidad de velar por su garantía y cumplimiento dentro del desarrollo penal en atención a que las sociedades contemporáneas cambian de paradigmas permanentemente de acuerdo a las realidades socio económicas y políticas que les afectan.

Es en este escenario que la prisión preventiva tras su largo desarrollo penal y procesal se ha constituido en la herramienta idónea para excluir socialmente a los infractores e impedir que continúen con su accionar delictivo y crear desconfianza en los organismos administradores de justicia, hecho obviamente contrapuesto a lo que inicialmente se quería regular respecto de la prisión preventiva.

El uso de la prisión preventiva como forma de control delincencial ha permeado los discursos políticos que preceden a las reformas judiciales rígidas que obtienen como resultado cárceles saturadas, hacinamientos inhumanos, altísimos costos secundarios económicos y sociales. Allí surge siempre la posibilidad de buscar leyes ponderadas que restrinjan los poderes discrecionales de quien tiene la potestad de encerrar a alguien.⁴⁵

En consecuencia, en las sociedades actuales, la presencia de democracias estables ha permitido una notable proliferación de normativas reguladoras de derechos a las que se suma un creciente catálogo de derechos humanos que obliga,

⁴⁵ Ávila, La (In) Justicia Penal, 14.

particularmente, a los servidores públicos su cuidado y respeto pues cada vulneración de las garantías significa una lesión a la democracia que pone en peligro.

Ratifico, defender la aplicación de la prisión preventiva como último recurso no significa legitimar la impunidad sino estructurar un sistema penal que responda de manera ágil y oportuna a los delitos que realmente atentan contra la seguridad ciudadana.

Es aquí donde cabe la ponderación de derechos extensamente estudiada por Robert Alexy pues es el juez quien debe decidir si debe aplicar o no las medidas alternativas a la prisión preventiva frente a una criminalidad que deja a su paso altísimos costos sociales de manera directa e indirecta.

La violencia que se genera desde el estado, por ejemplo con la aplicación generalizada de la prisión preventiva, aun cuando esta se decreta contra presuntos infractores, no significa que se justifique, ni mucho menos que deba institucionalizarse. Esto porque toda infracción penal es un conflicto social pero no todo conflicto social debe penalizarse⁴⁶ pues su resolución puede estar en las esferas civiles, administrativas o constitucionales.

Por lo expuesto, son los jueces, hombres y mujeres investidos de autoridad jurisdiccional los llamados a distinguir que en el ámbito penal, la seguridad ciudadana es multidimensional, tanto en los escenarios, actores y causales. Tratar de tipificar cada acción que atente a la seguridad ciudadana es una utopía. Limitándonos a los tipos penales contenidos en nuestra legislación penal, el derecho procesal penal encontró, erróneamente, en la privación preventiva de la libertad la respuesta inmediata a la exigencia ciudadana de seguridad.

Es cuando se advierte además la aparición de una adicional y notable tensión entre los intereses del Estado y los de la persona detenida; que proviene del choque entre el contenido de las normas legales y de las garantías constitucionales.

De primera intención, sin duda, esta tensión debía resolverse a favor del individuo, sin embargo hay otras tensiones que modifican lo que debía ser favorable

⁴⁶ *Ibíd.* 17.

al detenido, así por ejemplo las tensiones entre el sujeto penable, víctimas, terceros, sociedad y estado no se resuelven al zanjar aquella existente entre justiciable y Estado.

Esta situación exige un ejercicio de ponderación de intereses a través de la aplicación del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido)⁴⁷ lo que significa observancia y respeto a los derechos de las víctimas, terceros y de la sociedad en general. Esta circunstancia hace que el sistema procesal favorezca en ocasiones a la situación jurídica del procesado y en otras a la de los otros actores señalados.

Así pues, la prisión preventiva como medida cautelar no está condicionada a formalismos procesales sino, en especial, a la garantía de los derechos de los intervinientes del proceso penal, entonces compatibilizar la libertad de uno con la libertad de los otros resulta el límite infranqueable en el análisis y aplicación de esta medida cautelar.

De otro lado, comprender el por qué se dicta la medida cautelar de prisión preventiva de manera casi masiva exige entender que la demanda social de una mayor productividad de la justicia, representada por el sistema procesal represivo, se dirige contra aquellos delitos que alarman en razón de su dimensión cuantitativa y que parecería no pueden reprimirse efectivamente.

Estos delitos son: muertes violentas, robo de personas, robo de domicilios y robo de automotores, los mismos que han sido identificados entre los principales causantes de la inseguridad, a través de las herramientas de control operacional de instituciones como la policía, encargada de velar por el orden y seguridad ciudadana.

Paralelamente, la difusión de inseguridad subjetiva, la ineficacia de la tutela de la seguridad no son sino el reflejo del aumento de la criminalidad, la obsolescencia de los mecanismos de disciplina social y el crecimiento de amenazas multidimensionales que pueden llegar a tener dos respuestas: fortalecer un sistema represivo o reivindicar el espacio privado, (estructuras de seguridad, tecnología

⁴⁷ Londoño, “Medidas de aseguramiento”, 100.

privada de seguridad, guardianía privada, etc.) en beneficio y defensa de la seguridad social.

Una y otra atacan derechos. La primera puede retroalimentar la misma violencia que pretende neutralizar y de esa manera se disminuye la capacidad de interrelación social. La segunda sería un reconocimiento al fracaso estatal del control de violencia, consecuentemente de la seguridad ciudadana; por tanto produce un crecimiento exponencial de actores de seguridad y de los costos que esta significa, no solo en términos económicos sino en el fraccionamiento social.

Parece que el debate respecto de la prisión preventiva no terminará pronto, el temor a la delincuencia y la idea de una ineficiente reacción estatal efectiva para frenar la delincuencia son los factores principales del mismo y nosotros seremos los actores o testigos de nuevas iniciativas en pos de una sociedad más equitativa, justa y segura.

5. La prisión preventiva desde la perspectiva de los Derechos Humanos.

En nuestros días no cabe duda que democracia y derechos humanos son conceptos ligados entre sí, orientados a identificar y ejecutar las tareas necesarias para gestionar los conflictos sociales que amenazan la seguridad y los derechos de los humanos.

Desde la óptica de los Derechos Humanos el hombre no puede ser instrumentalizado en aras del interés mayoritario del estado o de la sociedad con menoscabo de sus propios derechos de modo que en sentido amplio, lo que se pretendía evitar es que la prisión sin sentencia se use como castigo, impidiendo su aplicación en casos de infracciones leves o cuando los indicios determinantes de una posible responsabilidad no sean suficientes.

El diálogo entre los derechos humanos y el derecho penal es absolutamente dinámico y en determinadas ocasiones complementario. Ante el cumplimiento de determinadas exigencias, los derechos humanos reconocen la idoneidad y validez del derecho penal pero, por lo general, el derecho penal y procesal penal representan

limitaciones severas a los derechos de los procesados y entonces se produce el rechazo a la acción penal, tachándola de abusiva e ilegal.

Dicho de otro modo, lo que persigue los derechos humanos es precisamente la protección de los derechos del presunto infractor a través del derecho penal, sin embargo cabe la posibilidad que ese mismo derecho penal sea violatorio de los derechos humanos y eso fue lo que sucedió con la medida cautelar de prisión preventiva.

Es importante destacar que entre las obligaciones positivas del Estado tenemos obligaciones jurídicas relacionadas inequívocamente al reconocimiento, promoción y protección (garantía) de la defensa de los derechos humanos de las víctimas de la violencia y el delito, de los y las autores de hechos violentos o delictivos; y de los y las agentes de las instituciones directamente involucradas⁴⁸ (policías, jueces, fiscales, defensores públicos, guías penitenciarios).

En el contexto de la normativa internacional de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos registran disposiciones para la tutela de la libertad personal pero establecen la posibilidad de limitarla en determinadas circunstancias.

Limitando el contexto a nuestra región, la discusión del tema de la prisión preventiva en América Latina tiene como sustento el estudio de 1983 titulado “El preso sin condena en América Latina y el Caribe”, que fuera realizado por Eugenio Zaffaroni, Luis Mora, Elías Carranza y Mario Houed. El documento demostraba que en la región latinoamericana la mayoría de los detenidos eran presos preventivos y no habían sido sentenciados.

El debate se mantiene treinta años después. En efecto, en el 2013 la CIDH aprobó el “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”. Su lectura permite advertir y denunciar el uso excesivo de la prisión preventiva provocado por la promoción de políticas criminales erradas y la creación regional de normativas legales que fomentaron el uso desmedido de esta medida cautelar hecho que afecta la calidad de la justicia, debilita la democracia y resucita un problema crónico no resuelto de la región.

⁴⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos humanos, seguridad ciudadana y funciones policiales*, (San José de Costa Rica: s/f, 2011), 34.

Sin duda en el marco de la legislación de Derechos Humanos existen instrumentos que regulan la prisión preventiva, varias de estas regulaciones ya fueron descritas en acápite anterior bajo el título de “Presupuestos o hipótesis de aplicación de la prisión preventiva”, lo que no significa que las repitamos sino que por el contrario se reitera o especifica cómo los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado jurisprudencia en apoyo al tratamiento que el derecho penal determina respecto de esta medida cautelar.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7.3 señala que “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios” y su artículo 8.2 prescribe que “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

Además el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 inciso 3 insiste que la prisión preventiva ha de ser la excepción y no la norma general, subordinando el derecho a la libertad al cumplimiento de garantías que aseguren la comparecencia del acusado al juicio, entre otras.

Paralelamente su carácter excepcional quedó también reconocido por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio, instrumento que manifiesta “... en el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso.”⁵⁰

En base de estas disposiciones la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fundamentado fallasen los que ha ido definiendo las características de la prisión preventiva. Ha expresado, por ejemplo, que “...la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo – generales o preventivo – especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.”⁵¹

⁵⁰ Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955), Regla 6.1.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Barreto Leiva Vs Venezuela*” 17 de noviembre de 2009.

Desde esa perspectiva la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencia que señala enfáticamente el carácter excepcional de la prisión preventiva resaltando que “la regla debía ser la libertad del procesado mientras se resuelva acerca de su responsabilidad penal.”⁵² en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la prisión preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa.⁵³

Sentencias en los casos *Acosta Calderón vs. Ecuador*⁵⁴; *Paramara Iribarne vs. Chile*⁵⁵; *López Álvarez vs. Honduras*; y, *Barreto Leiva vs. Venezuela* grafican el juicio del órgano jurisdiccional que debe ser una medida inusual, aplicada de manera desacostumbrada o extraña. La fundamentación principal radica en el hecho que la prisión preventiva es la más severa de las medidas que pueden aplicarse a las personas y ello riñe contra la presunción de inocencia, base del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Corte también ha logrado posicionar el principio de proporcionalidad que debe observar la prisión preventiva. Es decir que “una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada.”⁵⁶ La búsqueda del equilibrio entre la medida cautelar y el fin perseguido es absolutamente esencial para garantizar que los resultados de la limitación de la libertad de la persona justifiquen el sacrificio que representa esta restricción, no solo para el justiciable sino para la sociedad en general.

De este modo se pretende que la prisión preventiva no sea igual o, menos aún, peor que la pena que pudiera recibir el procesado; que no se aplique en casos que no se sentencien con pena de prisión; que la medida cese cuando ha excedido una duración razonable; y, que el privado de libertad no reciba trato igual o peor a un condenado.

⁵² *Ibíd.*, párr. 121.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador*” 21 de noviembre de 2007.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*” 24 de junio de 2005.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*” 22 de noviembre de 2005.

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 122.

Adicionalmente la Corte IDH ha desarrollado lo que podría denominarse el principio de necesidad de la prisión preventiva. Este se relaciona con el cumplimiento de los requisitos necesarios para restringir la libertad de la persona, lo que significa contar con indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del procesado y que la prisión preventiva sea aplicada para asegurar que no se impida el desarrollo de la investigación ni se eluda la acción de la justicia.⁵⁷

Contar con elementos probatorios de la responsabilidad del delito es quizás el mayor conflicto del procedimiento penal. La demostración del cometimiento de un delito y de la responsabilidad de una persona en el mismo es válida para sujetarla a un proceso penal pero pudieran ser insuficientes para privarle de la libertad. Los indicios y pruebas de esa responsabilidad deben tener estándares superiores a los que se requieren para someterlo al proceso penal pues lo contrario abriría la posibilidad que todo procesado debe ser sometido a prisión preventiva lo que resulta simplemente absurdo.

La Corte IDH también ha insistido que es responsabilidad del Estado demostrar la posibilidad del procesado de obstaculizar la investigación o el proceso penal y el riesgo de fuga y agrega que no es posible pretender la imposición de la medida cautelar por la dificultad de perseguir o localizar al justiciable debido a la carencia de medios, insuficiencia de control o efectividad de los organismos encargados de hacerlo.

Por otro lado, la jurisprudencia del órgano jurisdiccional mencionado manifiesta que la prisión preventiva no puede estar determinada por el tipo de delito o por la gravedad del mismo. Es quizás uno de los criterios más importantes que guía la imposibilidad de limitar la libertad de la persona en virtud del delito imputado en su contra, como por ejemplo el narcotráfico o la trata de personas, denominados “delitos graves” porque atentan contra la niñez, la juventud o contra la población.

Lo importante del desarrollo doctrinario estriba en el hecho que observa y cuestiona lo irrazonable y absurdo que significa el contenido de normas penales e incluso Constituciones, de algunos países de la región, que disponen de hecho la

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Palamara Iribarnevs Chile. Fondo, reparaciones y costas” 22 de noviembre de 2005.

prisión preventiva para determinados delitos. Este es por ejemplo el caso de México que dispone en el artículo 19 de su Carta Magna la prisión preventiva de oficio para los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, entre otros.

En lo referente a la gravedad de los delitos la Corte manifiesta que “...las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva...es una medida cautelar y no punitiva.”⁵⁸

Lo redactado proyecta al menos una reflexión fundamental. La realidad de los Estados parece mostrar que aplicar discrecionalmente la prisión preventiva es la manera mejor y más pronta de evitar la fuga de los procesados y de responder a las exigencias y reclamos de paz y seguridad ciudadana. Sin embargo, su aplicación inmediata o facilista implica perder la confianza en la justicia nacional; desconocer la sujeción voluntaria de los Estados a los sistemas de derechos humanos; violentar los derechos a la libertad y presunción de inocencia que tenemos todas las personas; potenciar la violencia y la impunidad, pero sobretodo es renunciar al compromiso intergeneracional para construir sociedades democráticas, más justas, dignas y coherentes con el desarrollo tecnológico e intelectual en que vivimos y proyectamos el futuro de la humanidad.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, reparaciones y costas*” 01 de febrero de 2006.

Capítulo segundo

La caducidad de la prisión preventiva y su relación con las garantías y principios constitucionales.

En el presente capítulo se analizará el alcance de las garantías constitucionales, los vínculos existentes entre estas y los Derechos Humanos; y se determina el marco constitucional en que se inscribe la garantía conocida como “caducidad de la prisión preventiva “en Ecuador y sus implicaciones con la libertad y otros derechos constitucionales; finalmente, describe la afectación que produce la incomprensión de la caducidad de la prisión preventiva a otros derechos constitucionales.

1. Antecedentes y evolución de las garantías constitucionales.

En el desarrollo histórico mundial hay que reconocer uno de los hechos que reveló los capítulos más vergonzosos y sangrientos de la humanidad: la II Guerra Mundial. Este ha sido quizás el mayor evento de horror y tiranía humana.

A partir de esa guerra, la humanidad toma consciencia de la necesidad de contar con instrumentos que protejan los derechos de las personas e impedir que tan nefasta historia mundial pudiera repetirse.

El nacimiento de lo que, con ese propósito se llamó “garantías”, se expresaron básicamente con dos aplicaciones específicas: la constitucionalización de derechos fundamentales y la tutela de garantías mínimas que debe cumplir todo proceso seguido contra las personas.⁵⁹

El propósito no era otro sino evitar que, en el futuro y en cualquier lugar y circunstancia, se desconocieran o violaren estos derechos y por ello se los reforzó

⁵⁹ Jesús María Casal y Mariana Zerpa, *Tendencias Actuales del Derecho Procesal, Constitución y Proceso*, (Caracas: Editorial Texto CA., 2007), 62.

redactándolos en la Constitución, instrumento que en esas circunstancias históricas se erigía como medio de realización de la justicia, modulador de un nuevo orden socio – político que reclamaba la humanidad tras las atrocidades vividas en el conflicto bélico mundial.

Desde entonces los tratados y pactos internacionales han orientado la construcción de un profundo e ilimitado respeto por la dignidad humana la cual se enmarca como fundamento de un sistema de derechos y garantías que se han ido paulatinamente incorporando en la parte dogmática de las codificaciones constitucionales al punto que quedan redactados casi de forma específica, para definir la responsabilidad estatal frente a los derechos de sus asociados.

Un breve recorrido por los preámbulos de instrumentos internacionales de Derechos Humanos denotan como la protección de dignidad humana es el objetivo primordial del consenso mundial. Reconocer que “... la libertad, la justicia y la paz... tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁶⁰ se ha convertido en un gran postulado sobre el que descansa la construcción de las disposiciones que inciden sobre todo en la normativa procesal penal de los estados.

La incorporación de las disposiciones del derecho internacional de Derechos Humanos en las constituciones y en las legislaciones penales de los países han dado luz a lo que se denominan garantías constitucionales.

El profesor ecuatoriano Ramiro Ávila señala que las garantías constitucionales son mecanismos para prevenir, cesar o enmendar, la vulneración de los derechos consagrados en la norma suprema y en los tratados internacionales de Derechos Humanos, son las que permiten que esos derechos se constituyan realidades y no en quimeras jurídicas.⁶¹

Lo señalado permite inferir racionalmente que las garantías protegen el libre ejercicio de los derechos humanos y a la vez implica la orden fundamental a las autoridades, de cualquier naturaleza, para que respeten y garanticen su ejercicio de ellos, y no sean solamente una declaración política o filosófica, en apoyo de la

⁶⁰Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Preámbulo.

⁶¹ Ávila, “Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia”, 89.

convivencia social diaria respetando los derechos de los otros, condición indispensable de la paz que a la vez es progreso.⁶²

Entonces garantías y derechos están en íntima relación y de manera general las garantías debían proteger el ejercicio de los derechos. Sin embargo, podría suceder que no existan garantías para proteger los derechos o que estas sean insuficientes para garantizar su ejercicio. Si esto llega a suceder hay que realizar las correcciones suficientes y necesarias para que los derechos no sean solamente enunciados o quimeras jurídicas sino que sean realidades que beneficien el desarrollo social armónico e integral exigibles a través de una garantía.

Sin embargo, cuanto mayor el respeto de los derechos, las garantías y la participación de los jueces para ejecutarlas serán menos indispensables porque el compromiso constitucional, judicial y social no estaría regido estrictamente por la ley, sino por la fuerza, valor y vigor de los derechos, disminuyendo así el rol de los jueces y juezas para corregir la realidad de exclusión, discriminación y sufrimiento que causa el desconocimiento de los derechos.⁶³

La constitucionalización de derechos y garantías significó un avance importante que dejó atrás el positivismo de los derechos y garantías. El constitucionalismo último reconocía en las leyes la única y primera fuente de los derechos y obligaciones. Las leyes tenían una mayor o menor valoración de acuerdo a su jerarquía, especialidad o cronología y no cabía la posibilidad de la existencia de contradicciones entre ellas, lo que es conocido con el nombre de anomias.

Para el constitucionalismo, por el contrario, pueden existir conflictos entre las normas legales, de cualquier naturaleza, sin que se consideren anomias; el método de resolución de conflicto es la ponderación; es decir la valoración de cuál permite una mejor efectividad de los derechos constitucionales; y, además solo considera que existe anomias cuando hay discordancia entre el derecho interno y los principios constitucionales o instrumentos internacionales.⁶⁴

⁶² Luis Bazdresch, “Garantías constitucionales, curso introductorio”, (México: Editorial Trillas, 2002), 23.

⁶³ Ávila, “Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia”, 109.

⁶⁴ Ávila, La (In) Justicia penal, 36.

Sin duda que las garantías, tanto más si son constitucionales, tienen implícito el concepto de tutela o aseguramiento de los derechos de las personas, fijando esencialmente derroteros y límites de las leyes para no vulnerar el o los derechos protegido. Además, la constitucionalización de los derechos y garantías tiene al menos las siguientes consecuencias tangibles:

a) Aplicación directa e inmediata.- La constitucionalización de garantías y derechos obliga respeto y protección a todos los poderes públicos, particularmente a los jueces llamados a la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales sin necesidad de mediación legal, es decir no es necesaria la invocación de cualquier precepto constitucional de carácter procesal como fundamento de cualquier actuación procesal;⁶⁵ además exige una interpretación lo más favorable posible de su ejercicio.

b) Interpretación de conformidad a los tratados y acuerdos internacionales.- La incorporación en los ordenamientos constitucionales de los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vincula los ordenamientos legales de los estados para en lo que fuere aplicable, en beneficio de la persona, se los emplee como referentes probados de protección eficaz de derechos fundamentales favoreciendo la protección más amplia posible de derechos, en cualquier tiempo y con prevalencia de la norma más favorable a los intereses de la persona.

c) Su regulación por ley.- Es evidente la necesidad de un cuerpo legal que regule el ejercicio de los derechos y garantías procesales porque estos no pueden tener contenido todo su desarrollo procesal en la Constitución. Son entonces las leyes los instrumentos que regulan los causes a través de las cuales se reclaman los derechos vulnerados por cualquier órgano jurisdiccional. Importante es conocer que la tutela de los derechos y garantías constitucionales tienen un procedimiento preferente y sumario para su amparo judicial, definido en la propia ley.

Existe entonces una relación que en un extremo tiene al Estado y en el otro a los ciudadanos titulares de las garantías quienes no necesitan dar ni hacer nada para

⁶⁵Joan Pico, “Las garantías constitucionales del proceso” (Barcelona, COCHS, Industria Gráfica, 2002), 24.

disfrutar plenamente de dichas garantías⁶⁶ porque la responsabilidad de su ejercicio y vigencia recae en el Estado.

De este modo se invirtió la centralidad tradicional del estado y la ley frente a la persona. Se impone entonces una lógica diferente entre las relaciones ciudadano – estado, la misma que se torna garantista a favor del primero pero no logra consolidarse pues, según advierte el profesor italiano Luigi Ferrajoli, hay una crisis profunda y creciente del derecho determinada en primer lugar por una crisis de legalidad, marcada por el accionar ilegal del poder y por los conflictos de independencia entre el poder ejecutivo y el judicial.⁶⁷

Ferrajoli además identifica como factor de la crisis de legalidad la complementariedad ideológica incomprendida entre el Estado de Derecho y el Estado Social pues mientras el primero limita los poderes públicos para proteger el ejercicio de los derechos de libertad, el segundo exige prestaciones positivas para garantizar los derechos sociales. La verdad es que deben ser observados de manera subsidiaria uno del otro y no independientes y lejanos como se los considera y emplea.

A lo anotado se suma de manera permanente la crisis del estado nacional por el debilitamiento del constitucionalismo. Esta circunstancia es provocada por los procesos de integración global, sean económicos, políticos, sociales, militares que han superado las fronteras físicas desplazando continuamente las sedes de decisiones nacionales y supranacionales.⁶⁸

La crisis mencionada tiene como resultado principal la imposibilidad de definir controles y responsabilidades del poder estatal que regulen de manera efectiva y eficiente los derechos fundamentales y las garantías de los ciudadanos. Sin embargo, Ramiro Ávila defiende que el desarrollo normativo constitucional ha incorporado garantías idóneas para proteger y garantizar el derecho y citando a Norberto Bobbio dice que lo importante no es discutir el fundamento del derecho que ya se encuentra reconocido sino pensar la forma eficaz de garantizarlo.⁶⁹

⁶⁶Bazdresch, “Garantías constitucionales”, 19.

⁶⁷ Luigi Ferrajoli, “Derechos y Garantías, la Ley del más débil”, (Madrid: Editorial Trota, 2009), 16.

⁶⁸Ibíd.

⁶⁹Ávila, “Ecuador Estado Constitucional”, 4.

Así queda claro que las garantías solo son normas que no afectan el resultado de un proceso sino que reclaman un accionar dinámico, prospectivo, justo, legal de los actores y que son los derechos la única posibilidad que tenemos las personas para defender nuestros intereses y estos se vuelven un mito, una ficción, si quienes tienen el poder para reconocerlos, promoverlos y sobretodo garantizarlos o protegerlos, no lo hacen.

Queda evidenciado que derecho no es sinónimo de garantía, sino que ella es sencillamente cualquier mecanismo que permite efectivizar el derecho, por tanto no es suficiente solamente que el derecho esté declarado en la Constitución para afianzarlo sino que hemos de requerir de mecanismos que posibiliten su garantía, la misma que responde a las necesidades internas de cada sociedad no solamente para reparar el derecho violado sino principalmente para hacerlos efectivos en cualquier circunstancia social, jurídica o política.

De esta manera enfatizo que las garantías serán siempre un proceso incompleto inmerso en el laberinto interminable de los derechos que demanda siempre cambios y mejoras acorde a las exigencias de las sociedades modernas.

Como corolario, José Cafferata grafica el concepto de garantías diciendo que son como corazas que se confieren al particular ante el eventual exceso del rol punitivo del estado, que lo protegen como las púas del puerco espín, sin lastimarlo, pero que si esto llegara a suceder habría que descalificar cualquier interpretación jurídica que permita que las corazas, pensadas para proteger, hieran al sujeto para cuya salvaguarda fueron pensadas y reguladas.⁷⁰

2. Las garantías constitucionales en el marco de los Derechos Humanos.

Una primera idea fundamental que debe quedar claramente expresada es que la doctrina de los Derechos Humanos pretende proteger los derechos de todas las personas sin distinción de ninguna condición o circunstancia. Por tanto, no hay duda que en la actualidad los Derechos Humanos son sustento de los sistemas políticos

⁷⁰ Juan Lasso, “Análisis del principio del doble conforme y su aplicación en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano” (Tesis de pregrado, Universidad de las Américas, sede Ecuador, 2014), 18.

contemporáneos y de esa forma inciden profundamente por ejemplo en el accionar de los gobiernos, legislaturas y órganos judiciales de los estados.

Es precisamente esta doctrina emergente de Derechos Humanos la que ha invertido la polaridad desde la persona al servicio del estado, hacia el estado al servicio de ser humano. Cuando los derechos de la persona son vulnerados, son las garantías las que le exigen, a través de los jueces constitucionales, la aplicación de las normas que protegen los derechos o la inaplicación de aquellas que los violentan.

La doctrina de Derechos Humanos ha promovido no solo la protección de derechos y garantías establecidas en las normativas nacionales e internacionales sino también la actualización de aquellos que habían quedado en la indiferencia, basada en tres teorías principales: la naturalista; la socialista; y, la legalista.

La primera, naturalista, supone los derechos y garantías más allá de lo solamente puede ser previsto en la ley, en consideración de los atributos esenciales y propios del ser humano que le conceden derechos subjetivos que le permiten su existencia y desarrollo.

La segunda, llamada socialista, estima a las personas como unidades bio-psico-sociales, por lo tanto es impropio desconocer la correlación del hombre y su entorno de desarrollo; es solamente en sociedad que los derechos adquieren valor y reconocimiento.

La tercera teoría es la legalista y respalda que ningún derecho tendría sentido si no está registrado en una norma que permita su cumplimiento, aún de manera coercitiva para alcanzar su protección a través de autoridad competente.

La fusión de estas perspectivas ha impulsado de tal manera los mecanismos de protección de derechos y garantías que cuando estos son ineficaces en la esfera interna, es posible exigir y acudir a la tutela y resguardo supranacional.

Es decir se han creado dos disciplinas que tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales de las personas: el derecho procesal constitucional; inherente a la normativa interna de cada estado; y, el derecho procesal transnacional, atinente al cumplimiento de la normativa internacional de Derechos Humanos.

No significa que sean disciplinas autónomas o separadas, por el contrario interactúan entre sí buscando la necesaria complementariedad para defender los derechos de las personas. De hecho de su interacción nace una nueva disciplina jurídica que aglutina y regula la totalidad de las normas referentes a los requisitos, contenidos y efectos de procesos destinados a la protección de derechos humanos que se denomina derecho procesal de los derechos humanos.⁷¹

El derecho procesal de los derechos humanos se constituye en la herramienta que combate las dificultades generadas por el rechazo y desnaturalización del derecho internacional de derechos humanos y lo hace, aglutinando y fortaleciendo las instituciones procesales que pudiesen verse como dispersos, para generar importantes replanteos en la dinámica singular e imprecisa que en ocasiones suele ser la defensa de los derechos humanos.

Entonces, el derecho procesal sea constitucional, transnacional o de derechos humanos tiene como finalidad al observación y cumplimiento de las garantías y derechos de las personas cuando estas enfrentan el poder del estado, es decir constituye la intervención directa una relación autoridad – persona; no en la relación persona – persona.

Retomo una idea fundamental expresada anteriormente; las garantías son mecanismos para prevenir, cesar o enmendar, la vulneración de los derechos consagrados en la norma suprema y en los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Respecto de las garantías en términos generales, podría señalarse casi sin dudas que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que han incidido en la construcción de constituciones garantistas.

Sin duda, el primer reconocimiento supremo de los derechos y garantías se registra en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales⁷² que en su artículo 6 establece:

⁷¹ Lucas Moroni, “Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 2010”, (Montevideo, Mastergraf srl, 2010), 381.

⁷²Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), art 6 (1).

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa se oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley... 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada; 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra él; b) Disponer del tiempo y de las facilidades para su defensa; c) A defenderse por sí mismo o por un defensor de su elección o ... gratuitamente por uno de oficio; d) Interrogar a los testigos que declaren contra él...”

Así entonces el poder público está obligado a respetar los derechos humanos de lo que resulta que la acción unívoca de la autoridad y respeto de derechos conduce al bienestar social. Desde allí, el interés del soberano fue sustituido por el interés social como norma de las instituciones públicas.⁷³

En el mismo sentido con en la región americana, están la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Es importante enlistarlos porque en cada uno de ellos se distingue un profundo respeto a la dignidad de la persona humana.

Identificar en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que “... la libertad, la justicia y la paz... tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁷⁴ y que nos permite comprender e interiorizar el precepto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.”⁷⁵

Bajo estos parámetros, entre otros, es que se facilitó la redacción de los textos constitucionales que construyeron su sistema de derechos y garantías en torno a la

⁷³Bazdresch, “Garantías constitucionales”, 25.

⁷⁴Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Preámbulo.

⁷⁵Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Preámbulo.

dignidad humana que cuando se aplica sobre los sistemas penales simplemente están obligados a construirse en torno de la dignidad del procesado o imputado.

Los derechos, sea expresados en la Constitución de los estados o en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, conllevan una inmunidad natural devenida de la propia esencia y naturaleza de la persona humana. Además los derechos son facultades para actuar y disfrutar en tanto que las garantías se comprenden como deber del estado para respetar la existencia y ejercicio de esos derechos.⁷⁶

Ratifico, uno y otros tienen naturaleza distinta. Los derechos provienen de la calidad y atributo de ser humano, las garantías son creaciones constitucionales para el ejercicio de los primeros. Adicionalmente los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales son principios.

Los principios son mandatos de optimización.⁷⁷ Estos últimos demandan del obligado estatal o particular a realizar todo lo que le sea posible para alcanzar la satisfacción del derecho humano. Los principios orientan el modelo de estado que ha de crearse o estructurarse y este puede ser de “derechos o garantista” si se apega al cumplimiento de principios o puede ser “autoritario o de policía” si se aleja del acatamiento de los mismos.

Resulta absolutamente obvio que para que exista la garantía debe preexistir el derecho, pero al contrario, no necesariamente debe existir la garantía para que permanezca el derecho. Si bien los derechos tienen una inmunidad natural devenida de la propia esencia y naturaleza de la persona humana no significa que la inmunidad o el mismo derecho no puedan perderse. La inmunidad y el derecho se pierden cuando el ejercicio del derecho vulnera otro y cuando ello sucede el Estado está llamado a intervenir, a ejercer un control social; y en el caso de los delitos, la intervención requerida, es la penal.

Un derecho humano, entonces sí puede ser limitado y es importante conocer cómo y hasta dónde puede serlo porque de ello depende la formulación y aplicación de la garantía.

⁷⁶Bazdresch, “Garantías constitucionales”, 12.

⁷⁷Ávila, La (In) Justicia penal, 53.

Para Prieto Sanchís la posibilidad de acortar un derecho es casi una cláusula de estilo en la jurisprudencia constitucional⁷⁸ que tiene dos tipos de límites: un directo; redactado en la propia Constitución, constreñido al respeto de su contenido esencial cuya inobservancia los tornaría nulos; y, un indirecto que se verifica la necesidad de proteger otros derechos y bienes constitucionales protegidos, siendo el sujeto activo de la intervención quien debe buscar la justificación de la intrusión del derecho.

En cualquiera de los dos casos quien ordena la limitación del derecho debe realizar una permanente y profunda ponderación pues en ningún caso se puede vulnerar el núcleo o contenido esencial de aquellos porque cuando sucede se viola el derecho porque se lo vuelve impracticable porque su protección es imposible, desnaturalizando así el derecho consagrado en la Constitución.

El contenido esencial del derecho es el vínculo que se establece entre la naturaleza del derecho –que se considera preexistente al momento de su concepción por parte del legislador – y los intereses jurídicamente protegidos por tal derecho, estos son los elementos claves, que dan vida al derecho.⁷⁹

Así mismo, el desarrollo de la doctrina de los Derechos Humanos exige la construcción y consolidación de sistemas judiciales vinculados con los tratados internacionales existentes y consecuentemente garantista de los derechos en ellos contenidos para garantizar un tratamiento adecuado que respetara la dignidad humana.

Oportuno es catalogar qué entendemos por dignidad humana ya que el término se encuentra presente en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y un casi todas las constituciones de los países de la región.

Por dignidad humana hemos de comprender la condición inherente al ser humano que está más allá de cualquier organización social, con o sin formas de

⁷⁸ Luis P. Sanchís, “La limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades”, (Madrid: iustel editorial, 2003), 217.

⁷⁹ Abel Fleming y Pablo López, *Garantías del imputado*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008), 35.

Estado, fundante de cualquier sistema político y jurídico positivo, que lo legitima y justifica.⁸⁰

El concepto permite comprender que la dignidad humana es el origen cardinal de los derechos y libertades fundamentales que el estado reconoce pues siendo base y condición de todos los demás derechos permite su expreso reconocimiento como persona humana.

Desde esta perspectiva, las medidas de aseguramiento como es el caso de la prisión preventiva, deben ser parte de la realización del principio de dignidad humana en la prevención de los intereses jurídicos de la sociedad y eso significa, al menos, los intereses y derechos tanto de las víctimas cuanto de los victimarios.

Como se advierte las garantías constitucionales no son sino la transcripción de postulados de derechos humanos en las constituciones de los Estados redactados bajo un principio rector que es la dignidad humana. Entonces lo que se espera que no exista, en ninguna circunstancia, derogación de este principio y en el caso de quienes se encuentren inmersos en procesos penales, se respete su doble condición: la de humano y la de procesado, sujeto de derechos. Esta acotación se hace en mérito que es frecuente que “el sistema funcione de tal forma que al delincuente se le clasifique como no ser humano y a menudo privado de todos sus derechos, desde los individuales hasta los políticos.”⁸¹

Subrayo que las garantías están diseñadas para la protección de derechos aún cuando muchas voces ciudadanas, a veces públicas, señalan que los derechos protegen a los delincuentes o que los privilegios aparentes que se conceden a los victimarios son los derechos sacrificados de las víctimas. Es equivocado suponer que una cantidad excesiva de garantía conlleva a la impunidad de delincuentes o de los presuntos delincuentes.

Las garantías constitucionales en último caso han de entenderse como la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de unos y otros. Parecería ser absolutamente claro que las garantías protegen a “un más débil”, es decir a alguien a

⁸⁰Londoño, “Medidas de aseguramiento”, 57.

⁸¹Carlos E. Edwards, “Garantías constitucionales en materia penal”, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996), 7.

quien se le están desconociendo o vulnerando derechos y que no encuentra otra posibilidad de reclamar su vigencia sino a través de las garantías.

En mérito del tema que propone este trabajo académico parecería conveniente analizar la situación de desventaja, inferioridad o sumisión en que se encuentra el justiciable en el proceso penal. Allí tiene sentido pleno el título del libro de Luigi Ferrajoli: “Derechos y garantías la ley del más débil” quien desarrolla en extenso el sistema de garantías y derechos.

¿Quién es el débil? La persona que se encuentra en estado de vulnerabilidad, aquella que no tiene ningún amparo ni más derechos que los establecidos en la Constitución. Desde mi perspectiva, todas las relaciones tienen un “más débil”. En la relación padre – hijo; maestro – alumno; patrono – empleado; conductor – peatón; juez – acusado; policía – detenido, se puede identificar uno en menor condición de poder que el otro.

¿Cuál es la ley que ampara a los débiles? Sin duda, los derechos humanos que, insisto, se ejercen en condición de debilidad o asimetría de poder frente alguien más fuerte o poderoso con el ánimo de cambiar su condición, sea limitando el poder del estado o del particular o exigiendo su accionar u obligación de prestación.

En el proceso penal es el imputado, procesado, privado de la libertad, delincuente o el nombre que tenga en el desarrollo del mismo quien resulta la figura débil porque toda la maquinaria estatal y, en alto porcentaje la privada, se vuelve en su contra para demostrar su responsabilidad en una infracción penal previa la sentencia pertinente.

Es precisamente este el desafío social que aparece con claridad meridiana: los derechos de las víctimas tienen tanto valor cuanto el derecho de los victimarios pues los dos en sus respectivas circunstancias, se encuentran en situación de debilidad; por ejemplo la víctima respecto del victimario y el victimario respecto del sistema procesal penal.

Entonces surge una responsabilidad social, jurídica y política no solo para dar cuenta de la ineffectividad de los derechos y garantías constitucionales instituidos para defender a los más débiles, sino para construir una sociedad equitativa,

igualitaria y respetuosa de los derechos entendidos más allá de un simple significado normativo, cuya percepción y aceptación social deben ser trabajadas hasta interiorizarse como socialmente vinculantes pues es esta condición la primera indispensable condición de su efectividad.

3. La caducidad de la prisión preventiva como garantía constitucional ecuatoriana y su vinculación con otros derechos constitucionales.

Referirnos a la caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador, nos vincula inmediatamente a las garantías establecidas en la Constitución ecuatoriana, particularmente a la que se refiere al tiempo máximo que una persona puede permanecer privado de su libertad bajo la figura de la prisión preventiva.

La inserción de esta garantía, por primera vez, en la Constitución Ecuatoriana de 1998, sin duda está relacionada con las recomendaciones realizadas al Ecuador en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humano (CIDH) de 1997, expresadas en los siguientes términos:

El Estado debe tomar las medidas necesarias para garantizar que la detención preventiva sea aplicada como una medida excepcional, justificada sólo cuando se cumplan los parámetros legales aplicables en cada caso individual; y donde esos criterios no se cumplan, deben adoptarse medidas para garantizar la liberación inmediata del detenido.

El Estado debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que las personas que se hallan justificadamente en situación de detención preventiva sean sometidas a un juicio con una sentencia final sin una demora indebida, o a que sean puestas en libertad sin perjuicio de la continuación del procedimiento.⁸²

Entonces fue redactado un año más tarde el texto constitucional el mismo que al referirse a las garantías del debido proceso establecía que “La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa... sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la

⁸² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, 24 de abril de 1997.

sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.”⁸³

De este modo surgió la institución que se conoce en nuestro país como caducidad de la prisión preventiva, siendo ésta la primera norma constitucional que ponía un límite a la prisión preventiva ordenada por las juezas y jueces, respetándose así el derecho a la libertad personal cuando se cumplían los presupuestos temporales de 6 meses o un año, según correspondía la sanción del delito imputado.

Para el año 2008 sobrevino una nueva Constitución y la Asamblea Nacional Ecuatoriana mantuvo bastante parecida la redacción de la disposición constitucional que, al referirse a las garantías básicas de las personas privadas de la libertad prescribe: “Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto”⁸⁴.

Esta disposición encontraba sentido y fuerza de ejecución en el mandato contenido en el numeral tercero de su artículo 11 que señala: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”⁸⁵.

Como puede observarse los textos constitucionales son casi idénticos, sin duda la finalidad es la misma e hizo de la caducidad de la prisión preventiva un nuevo paradigma sobre el que tenían que trabajar los jueces penales, ajustando su procedimiento al debido proceso, particularmente respecto a que los juicios concluyan en un plazo razonable y no se convierta esa detención preventiva, en una condena anticipada ni se considere la caducidad como garantía proteccionista del delito y la impunidad sino como un castigo constitucional a la negligencia y tardanza de los jueces.

⁸³ Constitución Política de la República del Ecuador, [1998], art. 24 (8).

⁸⁴ *Ibíd.*, art. 77, num 3.

⁸⁵ Constitución de la República del Ecuador, [2008]. [Quito]RO 449, 20 de Octubre de 2008, tit II, “Derechos”, cap. Sexto, “Derechos de libertad”, art. 11, num. 3 ([Quito]: Asamblea Nacional): 23.

Hay que destacar que la Constitución del año 2008 determina que nuestro país es Estado Constitucional de Derechos⁸⁶, más allá de una aparente redacción en plural, el poder, público o privado, se somete a los derechos, a la garantía de su plena vigencia y respeto,⁸⁷ lo que significa claramente encontrarnos en la era de los derechos, es decir en donde los gobernados tienen la capacidad de decidir libremente sobre su accionar y destino pero además se ha fortalecido la capacidad ciudadana no solo para reaccionar ante la vulneración de derechos sino para reclamarlos enérgica y directamente ante las autoridades del país.

En el año 2011, con el afán de adecuar la normativa constitucional nacional a la internacional de derechos humanos, para evitar anomalías frente a la doctrina generalizada que considera el uso de la prisión preventiva *prima facie* una medida ilegítima por oponerse a la presunción de inocencia y derecho a la libertad se propone una Consulta Popular y Referéndum, realizada el 7 de mayo de ese año, para que la población ecuatoriana votara aprobando o negando, entre otras, la siguiente pregunta:

¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República, incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando esta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial?⁸⁸

Si los votantes estaban de acuerdo con la propuesta indicada, su voluntad debía manifestarse aprobando la reforma del texto del artículo 77 numeral 9 de la Constitución al que se incorporaría el siguiente texto

“La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.”⁸⁹

⁸⁶ Constitución de la República del Ecuador, [2008], art. 1.

⁸⁷ Ramiro Ávila, “Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia”, (Quito: Graficas Ayerve CA, 2008), 29.

⁸⁸ Ecuador, Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011, en Registro Oficial, Suplemento 490 (13 de julio del 2011).

⁸⁹ *Ibíd.*

El 56,49% de un total de los votantes validó y aceptó la oferta gubernamental y de este modo la caducidad de la prisión preventiva quedó condicionada a que no existieran incidentes que provoquen alguna demora procesal atribuible al procesado y/o no hubieren dilaciones por parte de operadores y servidores públicos, en términos generales.

Lo primero exigiría que el mismo procesado sea quien tenga que solventar sus propias falencias y limitaciones, desde su reclusión, para que no incida directamente en el retardo del proceso penal y que tampoco trasgreda indirecta y eventualmente el accionar de todos los involucrados en el proceso penal, empezando por su propia defensa, peritos, policías, partes procesales, testigos, fiscales, jueces, etc., para evitar la apreciación que por su responsabilidad ha existido demora procesal pudiendo permanecer detenido por tiempos indeterminados sin beneficiarse de los efectos de la caducidad.

Lo segundo, es decir la dilación proveniente, básicamente de los operadores y administradores de justicia es un escenario menos probable porque ya estable la norma constitucional que se establece como una falta gravísima y la consecuencia regular del cometimiento de estas faltas es la destitución.

Por ello, es bastante improbable pensar que los propios funcionarios y servidores de la justicia pongan en juego su propio empleo, a no ser por razones racionalmente impensables. Aún así, siempre el procesado lleva las de perder porque en la relación de poder con el Estado sigue siendo el más débil, el más vulnerable y en las condiciones indicadas no puede cambiar su condición, sea limitando el poder del estado o del particular o exigiendo su accionar u obligación de prestación porque es la misma Carta Magna quien está vulnerando sus derechos.

Independientemente de lo señalado, lo particular de las disposiciones constitucionales descritas es que resultan explícitas respecto del tiempo máximo que puede durar esta medida cautelar a diferencia de las constituciones de otros países de nuestra región que no determinan tiempos para la cesación de la prisión preventiva. Sin embargo lo que sí establecen es el derecho del detenido a ser juzgado en un tiempo prudencial y razonable.

Al no existir consenso respecto del tiempo en que debe operar la caducidad de la prisión preventiva, institución íntimamente vinculada a la excarcelación de los presos preventivos; ha sido la Corte IDH el organismo que ha procurado realizar indicaciones en cuanto a la aplicación del plazo razonable a que se refieren los instrumentos internacionales.

Este organismo ha explicado, refiriéndose a las garantías judiciales y en relación al plazo razonable contemplado en los artículos 7 (5); 8 (1) de la CADH, y 9 (3) del PIDCP, que no es un concepto de sencilla definición y que su explicación puede apoyarse en los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos que toma en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.⁹⁰

El primer elemento se refiere a las dificultades que puedan surgir debido a la gravedad del delito cometido; el segundo analiza la actitud leal y no obstruccionista de quien está siendo juzgado; y, el tercero pretender verificar la oportuna y debida aplicación de criterios y principios como los de celeridad procesal y debida diligencia por parte del juzgador.

Asociar los elementos descritos a la garantía de la caducidad de la prisión preventiva nos permite entenderla como una garantía constitucional orientada al plazo razonable para ser objeto del proceso penal y por tanto puede ser limitada en su utilidad, ejercicio y eficacia, pero en ningún caso puede vulnerarse su núcleo esencial, es decir ordenar la libertad inmediata de los privados de libertad, sobre quienes pesa la medida cautelar de prisión preventiva, cuando el tiempo ha excedido los seis meses o un año, según corresponda.

La prolongación indebida del plazo de detención intramural ha pretendido ser justificada por argumentos tales como el cese de actividades judiciales, la congestión judicial, la fuerza mayor en el cumplimiento de actos de investigación y juzgamiento o causales atribuidas directamente al acusado⁹¹ pero de manera original sobre estos

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Caso Acosta Calderón VS Ecuador, reparaciones y costas*”, 24 de junio de 2005. “*Caso Tibi VS Ecuador*”, 7 de septiembre de 2004.

⁹¹ Londoño, “Medidas de aseguramiento”, 136.

mismos razonamientos es que quienes defienden que la prisión preventiva no es una pena anticipada han fundado su posición.

Ellos señalan que siendo la prisión preventiva una medida cautelar dictada por autoridad controladora de garantías, juez o jueza, incompetente de dictar sentencia, no es una sanción penal y añaden que la misma condición de preventiva de la medida cautelar le diferencia de la condición de definitiva que tiene la sentencia, pero de esa manera se desvaloriza la propia naturaleza del hombre como ser consciente, autónomo y racional, componente congénito de la sociedad que en principio busca su subsistencia y superación familiar y personal.

Además la inobservancia de la caducidad de la prisión preventiva y sus efectos vulnera derechos fundamentales del procesado como, entre otros, el debido proceso, la presunción de inocencia y evidentemente el derecho a la libertad física como pretendo fundamentar en las siguientes líneas.

3.1. Relación con el debido proceso.-Determinar si un procesado es o no culpable significa recorrer un proceso constituido por fases o etapas judiciales que en conjunto toman el nombre de proceso. En el ámbito penal, por proceso entendemos una actividad ordenada, gradual, compleja y metódica, que se desarrolla para alcanzar una sentencia.

Ahora bien, el proceso, debe tener ciertas garantías mínimas que afiancen y protejan la dignidad y el derecho a la defensa del imputado. En los procesos penales, estas garantías tienen importancia capital porque lo que está en juego es la libertad de las personas.

El debido proceso, como garantía procesal se manifiesta que apareció en el derecho anglosajón con la Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra en Inglaterra, en el año 1215 en la que se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes, mientras aquellos no fuesen juzgados por sus iguales.⁹²

⁹² Jorge Machicado, “Carta Magna de Juan sin tierra”, (La Paz: Centro de estudios de derecho, 2008), 2.

Sin embargo, es en la Declaración de Derechos de Virginia del año 1776, considerada la primera declaración de derechos humanos de la edad moderna, la que estableció que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes, reconociendo para ellos derechos de los cuales no pueden ser privados.

Este instrumento reconoció que en todo proceso criminal, el procesado tiene derecho a saber de la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus procesadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable. Añadía que a ninguna persona podía obligársele a testificar contra sí mismo; ni ser privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales.⁹³

Años más tarde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 reconoce el carácter de derecho humano al *debido proceso* y fue el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, desarrolló el concepto del juicio justo sustentado en los conceptos fundamentales de la independencia e imparcialidad de la justicia.

Ya a nivel regional, el PIDCP, registra que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y además que tendrá derecho a ser oída públicamente, con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella.⁹⁴

De su lado, la CADH señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.⁹⁵

⁹³ Cíprano, Gómez, “Debido proceso como derecho humano”, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 342.

⁹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art 14 (1).

⁹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art 8 (1).

De manera expresa la Constitución menciona expresamente que: “En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas ...”⁹⁶ y cita entre otras la tutela efectiva, imparcial y expedita de derechos, la presunción de inocencia, a no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, a ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente.

Es necesario hacer una consideración particular para continuar en la descripción del debido proceso. Los instrumentos señalados determinan los elementos que debe considerar el debido proceso y que son: a) juez natural; b) derecho de ser oído; c) duración razonable del proceso; d) publicidad del proceso; y, e) prohibición de doble juzgamiento.⁹⁷

Respecto del juez natural, es la obligación mínima del debido proceso, es decir contar con un órgano jurisdiccional competente, independiente, imparcial y ser establecido con anterioridad por la ley.

El derecho a ser oído ha de entenderse como la facultad del imputado a ser escuchado por la autoridad judicial competente durante todas las etapas del proceso penal teniendo una estricta vinculación con el derecho a la defensa, que será analizado más adelante.

El límite temporal definido para que se resuelva la situación procesal del justiciable, poniendo término a la situación de incertidumbre y de potencial restricción a la libertad es el tercer elemento, interpretado como duración del proceso penal, que persigue el establecimiento definitivo de la situación del justiciable frente a la ley penal.

La publicidad es el cuarto elemento, una condición que releva los actos del poder del gobierno y consecuentemente del poder judicial que busca asegurar la transparencia de sus decisiones judiciales a través de la participación de terceros no involucrados en el proceso y facilitando al procesado la transmisión de alegatos directamente a los jueces.⁹⁸

⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador, [2008], art. 76, num. 7.

⁹⁷ Edwards, “Garantías constitucionales”, 90.

⁹⁸ *Ibíd.*, 96

Finalmente esta la prohibición del doble enjuiciamiento, conocida por la ciencia jurídica como principio del non bis in ídem que persigue evitar que las personas sean sometidas por el estado a permanentes y sucesivas investigaciones y sanciones a partir de un mismo comportamiento, colocándolas en estado de absoluta indefensión y de continua ansiedad e inseguridad.

De igual manera el PIDCP y la CADH han permitido desarrollar en los estados procedimientos y garantías, que se constituyen medios que fortalecen y permiten dar sentido al concepto del debido proceso. Por tanto es válido llamar atención para no confundir los medios con el fin. Las garantías son precisamente eso, son un mecanismo, un medio de protección de derechos y no un catálogo de requisitos, cuyo incumplimiento invalida el fin.⁹⁹

La caducidad de la prisión preventiva encuentra relación con el debido proceso ya que tiene como fin común el cumplimiento de las garantías otorgadas para la eficaz defensa del justiciable, para asegurar por ejemplo el derecho a la igualdad del justiciable, tanto más si está privado de la libertad, porque es precisamente allí donde la discriminación, formal y legal, es aún más evidente.

La comprensión que la vulneración de derechos de las personas cometida por un individuo, presunto infractor, no es causa suficiente para vulnerar sus derechos, una vez que es privado de la libertad.

Desconocer el debido proceso, sea en la figura de la caducidad de la prisión preventiva o de cualquiera de las garantías constitucionales no es más que evidenciar un endurecimiento de la represión penal y de una inflación de normativa constitucional y penal ineficiente, que provoca el colapso de su capacidad reguladora.

Si esto sucediera, el efecto sería devastador porque la cognoscibilidad y la credibilidad del sistema penal, la sujeción del juez a la ley y la soberanía popular en la definición de los bienes jurídicos, estarían en grave peligro porque el terreno final que afecta es el de la seguridad ciudadana y la responsabilidad de esta no puede descargar frustraciones y tensiones sociales no resueltas sobre los más débiles, los privados de libertad.

⁹⁹ Lasso, “Análisis del principio del doble conforme”, 37.

El debido proceso por sí mismo no reduce los índices criminales, pero si coadyuva a la vigencia de un principio teórico elemental: el efecto disuasorio de las penas y de su agravamiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas¹⁰⁰ por lo que la inobservancia del debido proceso no haría más que acrecentar la desconfianza en la instituciones encargadas de impartir justicia, afectando al gobernabilidad misma del estado.

El fin del debido proceso es consolidar la triada del derecho penal, el garantismo y eficiencia jurídica que contenidos en la Constitución nacional se apoyan en los principios de exigibilidad, inmediatez y celeridad, siendo la responsabilidad de su ejecución a los jueces que investidos de autoridad jurisdiccional deben impedir la violación de los derechos de las personas poniendo a su disposición todos los mecanismos de protección inmediata de manera idónea y oportuna.

En conclusión podríamos señalar la caducidad de la prisión preventiva en general está vinculada con el derecho a la justicia o al acceso a ella; y aunque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha catalogado al derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental de las víctimas de los delitos, su aplicación puede ser válida para los justiciables al evaluarla en tanto impulsor como dinamizador del proceso criminal que puede ser decisivo para determinar los derechos de un individuo.

Por tanto se determina que las deficiencias del sistema judicial y de la administración de justicia se traducen en la reducción de las probabilidades de los ciudadanos de tener acceso a la justicia en todos los órdenes de su desarrollo bio-psico-social. La falta de acceso a la justicia por parte de personas en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los privados de libertad no sería sino el incumplimiento o la violación de los derechos reconocidos por el ordenamiento constitucional y jurídico ecuatoriano y flagrante limitación del goce de los servicios del sistema judicial penal ecuatoriano.

¹⁰⁰ Luigi, Ferrajoli. “Globalización y Derecho, Criminalidad y globalización”, (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009), 155.

Entonces mientras para la víctima, la dificultad de acceso a la justicia es una victimización secundaria, para el justiciable es primaria porque el sistema estatal llamado a proteger sus derechos precisamente promueve su vulneración.

3.2. Relación con la presunción de inocencia.-La presunción de inocencia resulta a la vez un estado jurídico y un derecho con reconocimiento constitucional, condiciones que lo constituyen como el presupuesto básico de todas las demás garantías de los procesos judiciales. El estado jurídico de inocencia de la persona es una condición, un derecho connatural con el hombre mismo, existente antes de toda forma de autoridad y de estado.¹⁰¹

Este principio está establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos anunciando que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.¹⁰²

El PIDCP proclamó que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;¹⁰³ la CADH define que toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad,¹⁰⁴ complementariamente las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, establecen que el procesado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia.¹⁰⁵

Su registro en el texto constitucional ecuatoriano despeja cualquier duda sobre la posibilidad de su cumplimiento, su reconocimiento y consagración supranacional obliga su cumplimiento en el derecho interno.

En efecto, la Constitución ecuatoriana, refiriéndose a los Derechos de Protección señala que se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como

¹⁰¹ Orlando A. Rodríguez, “La presunción de inocencia, principios universales”, (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2010), 147.

¹⁰² Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art 11 (1).

¹⁰³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art 14 (2).

¹⁰⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art 8 (2).

¹⁰⁵ Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955).

tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.¹⁰⁶

La violación de derechos que protegen las garantías indicadas puede ser causada por el estado a través de sus agentes o por quienes representan o ejercen su poder; entonces las garantías se erigen como instrumentos que permiten el ejercicio del derecho, por ello es que se manifiesta que cuanto más se respete el derecho las garantías serán menos necesarias.

Entonces en el caso presente, la presunción de inocencia se torna en una de las garantías vitales del derecho penal, pues éste se presume, en tanto que la culpabilidad se prueba, entonces, si no existe sentencia condenatoria en firme, el principio sigue siendo válido, tanto más si el punto de partida es la presunta inocencia del inculpado, las medidas restrictivas de sus derechos debían ser también mínimas o reducidas.

Resulta conveniente acreditar que este principio no persigue que el proceso penal declare necesariamente la inocencia de quien no ha sido declarado culpable, sin embargo exige que para quien es declarado culpable, la sentencia se base en medios de prueba obtenidos legalmente, que sean meridianamente incriminatorias y que no exista ninguna alternativa a la hipótesis que justificó su condena, esto quiere decir que cuando exista duda objetiva o la culpabilidad no queda suficientemente demostrada, emerge el carácter garantista de la presunción de inocencia debiendo absolverse al acusado.¹⁰⁷

Según el jurista ecuatoriano Ramiro García, actualmente existen dos corrientes que se han pronunciado respecto a la presunción de inocencia. La primera señala que el principio no tiene que estar sujeto a justificaciones ni lógicas ni experimentales para acreditarse en beneficio del procesado. Su contraparte niega la aplicación del principio para quienes tienen alta probabilidad de ser condenados tras realizar una proyección y valoración subjetiva anticipada de su accionar presuntamente delictivo.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Constitución de la República del Ecuador, [2008], art. 76, num. 2.

¹⁰⁷ Ramiro García, Agustín Pérez-Cruz y Alba Guevara, *“El proceso penal, derechos y garantías en el proceso penal”*, (Lima: ARA Editores, E.I.R.L., 2014), 74.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 96.

Tomar posición con la primera de las señaladas implica exigir que la presunción de inocencia debe verificar imperativamente la posibilidad de permanecer en libertad hasta que se dicte sentencia definitiva; reivindicar la carga de la prueba a la parte acusadora; y, demandar que la imputación esté basada en elementos de convicción incuestionables, oportunos e idóneos de manera que la demostración fehaciente e indudable de su responsabilidad penal conduzca a la imposición de una pena.

La presunción constitucional de inocencia es objeto permanente de cuestionamientos sociales proveniente de varios actores y circunstancias. Sin duda, entre las más influyentes, está la percepción social, un fenómeno de presión masificado, que estima que al reducir al victimario bajo algún tipo de control, aunque sea violatorio de derechos, el riesgo de su propia integridad disminuye.

Están además las víctimas y los ofendidos del infractor de quienes emana de antemano un juzgamiento social, que determina a priori la culpabilidad del encausado; y, finalmente, están los administradores de justicia, jueces y juezas que deben actuar empoderados de su rol social como garantes de derechos, caso contrario se constituirían solamente ejecutores de una falsa voluntad soberana.

El escenario descrito puede resultar contrario a los intereses de la justicia y del proceso penal si es que la presunción de inocencia no llegar a instituirse como un principio y derecho absoluto, precepto formal normativo del Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo, que debe permanecer invulnerable durante todo el proceso mientras no exista sentencia que rompa la vigencia de este principio.

No sin razón se ha reconocido en la presunción de inocencia la base de las garantías constitucionales, que lejos de distraer el proceso penal pretenden racionalizar y encauzar la actividad jurisdiccional. La sola presunción resulta per se un derecho primario inherente al ser humano, cuya autonomía se deriva del reconocimiento y consagración en instrumentos internacionales quedando por parte de los estados el deber político de proteger la condición de inocencia del encausado, preservado en esta premisa trascendental de presunción, que anuncia a los infractores

como la excepción, por tanto el caso particular no puede imponerse sobre la generalidad.¹⁰⁹

La presunción, protectora del derecho primigenio de inocencia, no puede ser violentada por un juicio colectivo de culpabilidad, tanto más que esa potestad es exclusiva de los jueces competentes obligados a desarrollar actividades probatorias, rodeadas de todas las garantías judiciales, para determinar la culpabilidad del justiciable; la sola vulneración de una sola de aquellas garantías puede viciar la actuación por nulidad.

Por lo antes dicho, la caducidad de la prisión preventiva exige solamente la verificación de privación de libertad del procesado por el tiempo establecido en la Constitución y el COIP, para declarar la medida de prisión preventiva sin efecto. Entonces es precisamente la presunción de inocencia la garantía que debe coadyuvar a la protección de esta garantía constitucional hasta la sentencia del procesado demuestre su culpabilidad, reafirmando que el respeto de esta garantía principio no significa invocar una inocencia, sino apoyar desde todas las garantías y principios constitucionales la administración oportuna e imparcial de la justicia.

3.3. Dependencia con el derecho a la libertad.-En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer todo lo que esté lícitamente permitido, es el derecho personal de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

Técnicamente es un derecho, constitucionalmente consagrado, de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima.¹¹⁰

Ferrajoli se refiere al derecho a la libertad como un derecho diferente inatacable e indisponible, que presentan un límite a los poderes públicos y a la política, tanto como a los poderes privados¹¹¹ por tanto hay que reconocer su carácter

¹⁰⁹ Rodríguez, “La presunción de inocencia”, 150.

¹¹⁰Joaquín García Morillo, “El Derecho a la libertad personal”, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1995), 42.

¹¹¹Ferrajoli, “Derechos y garantías”, 103.

supra estatal y desvincularlos de los intereses y opiniones individuales para que su disfrute sea generalizado y brille su proclamada condición universalista.

La libertad es la característica común de las personas, convertida en un principio rector que alberga características o actividades particulares; así tenemos por ejemplo: la libertad ambulatoria, la de expresión, consciencia, pensamiento, religión y asociación para citar pocos ejemplos. Por tanto como derecho comprensivo de las libertades concretas referidas a las distintas manifestaciones de la personalidad, es uno de los derechos que el estado garantiza a toda persona.

Sin duda la libertad se constituye valor supremo de la persona humana y que de este modo no solo es el fundamento del sistema de vida individual – colectiva de las personas sino que alcanza la esfera de organización del propio estado, en la medida que debería regular legalmente lo pertinente para no restringir la libertad de las personas sino por causales y circunstancias estrictas y específicas.

En consideración que para la doctrina de derechos humanos después de la vida, la libertad es el principal derecho de todo ser humano, conviene reseñar que quitar o restringir la libertad, es grave decisión del estado, pues, si por un lado vela por el imperio de la libertad, como esencial al derecho humano, por otro lado, juega con ella con una dura arma para el establecimiento del equilibrio social que con el delito se resquebraja.¹¹²

En los instrumentos internacionales la libertad se ratifica como derecho fundamental. Así por ejemplo la CADH señala que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales y que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las con por las Constituciones Políticas o leyes de los Estados Partes.¹¹³ La disposición atañe exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico.

En el ámbito nacional la Constitución ecuatoriana manda que la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesario garantizar la comparecencia en el proceso o asegurar el cumplimiento de la pena; a excepción de

¹¹² Efraín, Torres Chávez, “Breves comentarios al Código de Procedimiento Penal” (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003), 198.

¹¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art 7 (1,2).

los delitos flagrantes, en ambos casos procederá por orden escrita de jueza o juez competente.¹¹⁴

Lo descrito señala claramente que el derecho a la libertad personal está íntimamente ligado a la seguridad personal, vale decir, al derecho a no ser perturbado en su libertad, a través de detenciones, arrestos y otras medidas que, adoptadas ilegal o arbitrariamente, amenacen, perturben o priven a la persona de organizar libremente su vida individual o social conforme a sus libres opciones y convicciones.

El derecho a la libertad se torna particularmente importante, pues de manera regular las políticas criminales estatales definidas por las coyunturas de alta inseguridad ciudadana están relacionadas con normas que limitan su ejercicio a efecto de garantizar el orden público.

La privación de este derecho generalmente, se enmarca dentro del desarrollo de las investigaciones de un delito y de procesos penales que demandan que los operadores de justicia interpreten, conforme la normativa nacional e internacional, los supuestos que eventualmente permitan privar a una persona de su libertad física.

Hay una íntima relación entre el derecho a la libertad con la presunción de inocencia, por tanto se debe valorar que la privación de libertad de una persona puede significar un estigma negativo irreversible contra ella, no solo por la vulneración de derechos sino por la posibilidad que el proceso investigativo penal determine o ratifique el estado de inocencia que inicialmente se presume de toda persona.

El ingreso a un centro de reclusión significa desvalorizar al ser humano que se priva de libertad y reducir su autoestima a la expresión mínima con una proyección absolutamente negativa de degradación física y psicológica de impredecibles consecuencias.

En este escenario, la permanente tensión entre el respeto de la libertad física y las demandas a favor de una mayor severidad penal para garantizar el orden público en los tiempos contemporáneos han resultado en una mayor limitación del ejercicio de los derechos fundamentales y sin dudas la seguridad ciudadana constituye la función de protección de personas y bienes frente a acciones violentas o situaciones

¹¹⁴Constitución de la República del Ecuador, [2008], art. 77, num. 1.

de peligro y el derecho a la libertad encuentra en ellos la posibilidad de su limitación; pero, la verdadera vigencia del derecho a la libertad personal depende del uso de las competencias de gobierno para salvaguardar la seguridad ciudadana; del control de los organismos estatales sobre ese poder gubernamental; y, del adecuado funcionamiento de los organismos estatales que protegen el derecho, entre ellos se cuentan por ejemplo jueces y fiscales, policía.

Capítulo tercero

La prisión preventiva y caducidad en el Ecuador

Este capítulo presenta la descripción de cómo se produjo la regulación de la prisión preventiva en el Ecuador a través de diferentes modificaciones y reformas de la Constitución, de la legislación procesal penal ecuatoriana y ofrece datos estadísticos de la aplicación de esta medida cautelar.

De igual manera se detalla la situación de la caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador con descripción de su evolución vinculada inexorablemente al desarrollo de la prisión preventiva y muestra estadísticamente la realidad de esta garantía en los actuales días.

1. El (ab) uso de la prisión preventiva en el Ecuador.

En la década de los 80 en el Ecuador se encontraba vigente el sistema de investigación inquisitivo que ante la exigencia social, alarmada por los siempre presentes y nunca bien entendidos índices delincuenciales, generó una respuesta judicial representada por la aplicación de la prisión preventiva de manera injusta y discrecional como era la tónica de la región americana.

Fácilmente era posible obtener registros estadísticos de presos sin condena quienes teóricamente estuvieron protegidos por la presunción constitucional de inocencia, es decir que su estado de inocencia debía ser respetado y perdurar mientras no se declare la culpabilidad; solo entonces cabía la imposición de una pena la misma que sólo debía fundarse en la constatación fáctica y legal del responsabilidad del cometimiento de un hecho penado por la ley a una persona determinada.

El Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), determinó que el porcentaje

promedio de personas presas sin condena en países de América Latina entre 1978 y 1992 superaba el de condenados.¹¹⁵

Este estudio determinó que el Ecuador tenía un promedio de 64% de población penitenciaria que estaba presa sin condena ¹¹⁶, hecho que debe obligatoriamente interpretarse de la siguiente forma: de cada cien individuos prisioneros al menos 64 eran jurídicamente inocentes. Este estudio demostró de manera diáfana e incontrovertible del abuso de la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar usada sin fundamento y racionalidad jurídica.

Constitucionalmente no existía norma alguna que regulara la prisión preventiva y no fue sino hasta el año 1998 que al expedirse la Constitución Política de la República del Ecuador, y en atención a las recomendaciones realizadas al Ecuador por la CIDH, en su Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1997, que se incorporaron disposiciones referentes a la prisión preventiva bajo el siguiente texto:

La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa... sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.¹¹⁷

Apenas dos años más tarde, en Ecuador entraba en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal¹¹⁸, que sustituía a la norma procesal penal vigente desde 1983, en la cual se usaba a la prisión preventiva como herramienta de investigación y pena anticipada.

El nuevo código al referirse a las medidas cautelares, particularmente a las privativas de libertad, declaraba que su finalidad es garantizar la inmediación del

¹¹⁵ Riego y Duce. "Prisión Preventiva", 18.

¹¹⁶ ILANUD, *Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles*, agosto del 2001.

¹¹⁷ Constitución Política de la República del Ecuador, [1998], art. 24 (8).

¹¹⁸ Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en Registro Oficial, Suplemento 360 (13 de enero del 2000).

procesado con el proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido.¹¹⁹

Pero además la misma norma específicamente señalaba “En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva.”¹²⁰

Los textos señalan la condición de aplicación extraordinaria que tenía la medida cautelar situación que se complejizaba cuando para aplicarla el juez debía observar inexcusablemente otros requisitos como la presencia de indicios suficientes claros y precisos sobre la existencia de un delito de acción pública y de la participación del procesado como autor o cómplice; además para que fuera de legal aplicación el delito cometido debía tener como sanción una pena privativa de libertad superior a un año; y reiteraba la exigencia de probar indicios suficientes de necesidad de la medida para asegurar su comparecencia al juicio.¹²¹

La incorporación en el texto legal de las palabras “cuando... lo crea necesario” y “... puede ordenar la prisión preventiva”¹²² permite colegir que la prisión preventiva no fue un deber del juez, sino una facultad cuya aplicación, en todo caso exponía a un legalmente inocente a las terribles e inhumanas condiciones de los centros de detención, famosos por haber perdido su capacidad de rehabilitación convirtiéndose en escuelas del delito.

Pese a existencia de normas constitucionales y legales que ya regulaban la aplicación de la prisión preventiva, para el año 2001, el censo de la Población Carcelaria en el Centro Penitenciario de Guayaquil establecía que existía un 79,42% de presos preventivos¹²³, hecho que, entre otros, llevó a repetir al Dr. Edmundo Boderó un sentimiento que había nacido varios años atrás, “... la prisión preventiva se ha convertido en el pago anticipado de la pena y constituye la regla frente a la

¹¹⁹ Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en Registro Oficial, Suplemento 360 (13 de enero del 2000), art. 160.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*, 167.

¹²² *Ibíd.*, 167.

¹²³ Bermúdez, “La Prisión Preventiva”, 80.

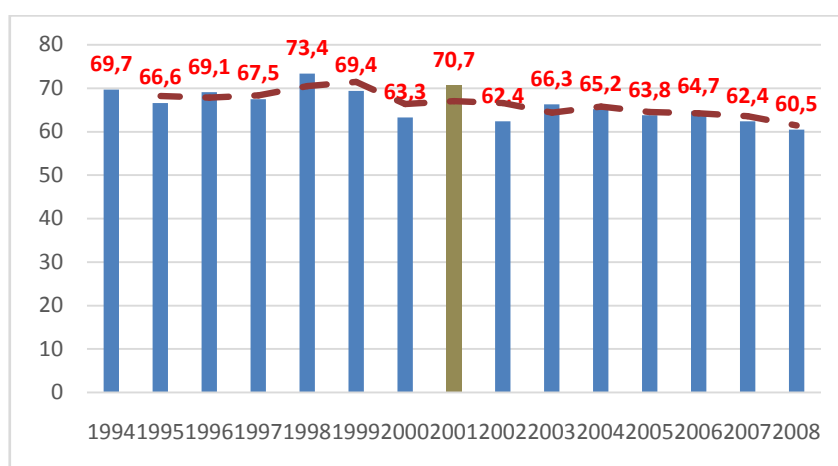
libertad provisional que es la excepción. La prisión preventiva acentúa en rigor sobre los que no tienen vínculo con el poder o sobre los analfabetos”.¹²⁴

Esta realidad parecía indicar que las garantías establecidas en el derecho nacional e internacional, no se cumplían y que se habían invertido las etapas del proceso; así durante la etapa de instrucción -en la que debe prevalecer la presunción de inocencia- los procesados fueron privados de libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio, si es que éste se realizaba, fueron puestos en libertad porque los jueces dieron por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, porque les otorgaron la libertad condicional, porque les sobreyeron o absolvieron; o, sencillamente porque la prisión preventiva ha caducado.

De todos modos, la aplicación del Código de Procedimiento Penal permitió una modesta tendencia a la reducción porcentual, pero al obtener una media porcentual de los datos registrados por la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, consignados entre los años 1994 y el 2000, el valor porcentual de presos sin sentencia fue de 68,4% en tanto que entre los años 2001 y 2008 el promedio llegó al 63,6%.

Cuadro No. 1

Porcentaje de presos sin sentencia, en relación al total de internos entre 1994 y 2008, a nivel nacional en el Ecuador



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social (año 2008 cortado al mes de abril)

¹²⁴ Edmundo R. Bodero. “El Amparo de la Libertad”, (Quito: s.n 1996), 51.

Si se observa el promedio porcentual de los períodos señalados, obtenemos un valor del 66% lo que nos lleva a concluir literalmente que durante ese período de tiempo 2 de cada 3 detenidos eran presos sin sentencia o presos preventivos.

La determinación de plazos en este nuevo sistema procesal, parecía ser un inicio auspicioso. La fijación de un plazo de quince días para que el Juez interviniente practique la audiencia en la que el fiscal sustenta y presenta su dictamen y la enunciación de la prueba con las que las partes sustanciarán sus posiciones en el juicio en los siguientes tres días posteriores a que se encuentre ejecutoriado el auto de llamamiento en inicio, sin duda, auguraba días mejores para la justicia¹²⁵. Rapidez, efectividad y eficiencia parecían la marca del nuevo sistema procesal.

La duración máxima de noventa días improrrogables para el desarrollo de la Instrucción Fiscal permitiría identificar y determinar los elementos suficientes, tanto de la existencia de un hecho punible, como de la presunta participación de una persona y se fortalecía con la disposición que señalaba que si el Fiscal no declaraba concluida la instrucción una vez vencido el plazo señalado, el Juez de garantías penales debía declararla concluida¹²⁶ sin que ninguna de las diligencias practicadas después del plazo tuvieran valor procesal alguno.

Se entendía que la vigencia del sistema oral sustituyendo al escrito; y, la presencia del Ministerio Público encargado de la dirección y la investigación pre procesal y procesal penal¹²⁷ era el mecanismo judicial que permitiría dar un giro a la situación dolorosa y aparentemente injusta de internos en los Centros Penitenciarios y reducir significativamente el hacinamiento inhumano causado por la presencia de un altísimo porcentaje de presos sin sentencia, que durante varios años esperaban ser juzgados pero este fin se dilataba sin justificación y con evidente violación de los derechos de los detenidos.

Pero la verdad, en el Ecuador no se adecuaba a lo señalado. Datos de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social resultaban alarmantes cuando se referían al número de detenidos a nivel nacional que existían a partir la vigencia de la

¹²⁵ Ecuador, Código de Procedimiento Penal, art. 224, 232.

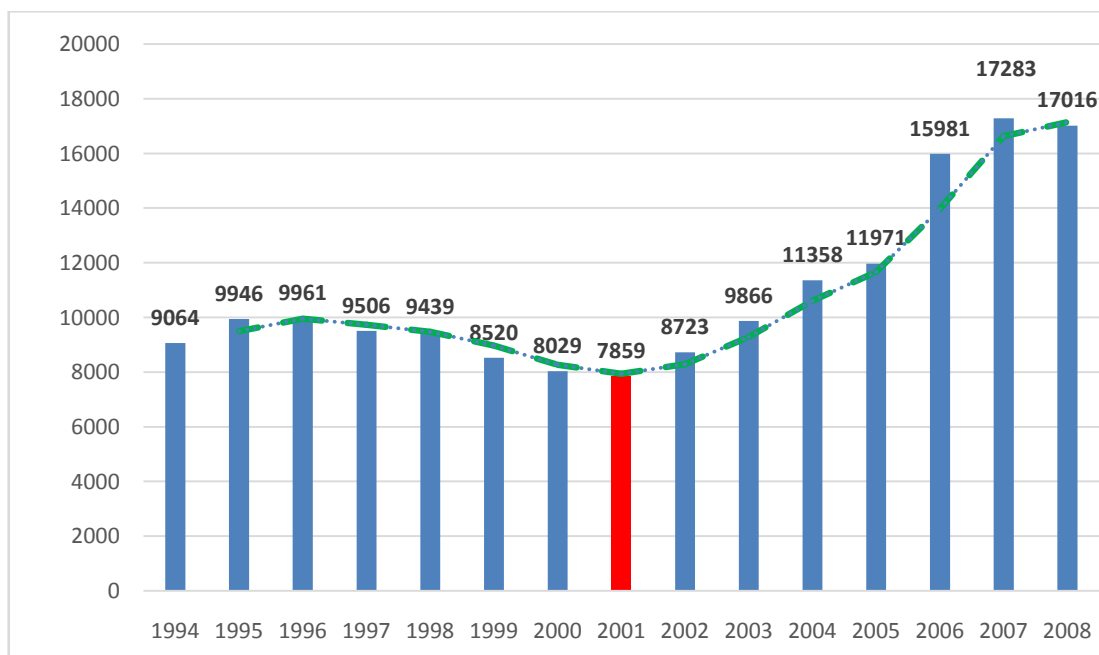
¹²⁶ Ecuador, Código de Procedimiento Penal, art. 223.

¹²⁷ Constitución Política de la República del Ecuador, [1998], art. 219.

nueva norma procesal penal. Este pasó de 8.029 a 17.016 entre el año 2000 y 2008, lo que significaba un incremento de más del 100% de detenidos.

Cuadro No. 2

Número de internos a nivel nacional por año entre 1994 y 2008



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social (año 2008 cortado al mes de abril)

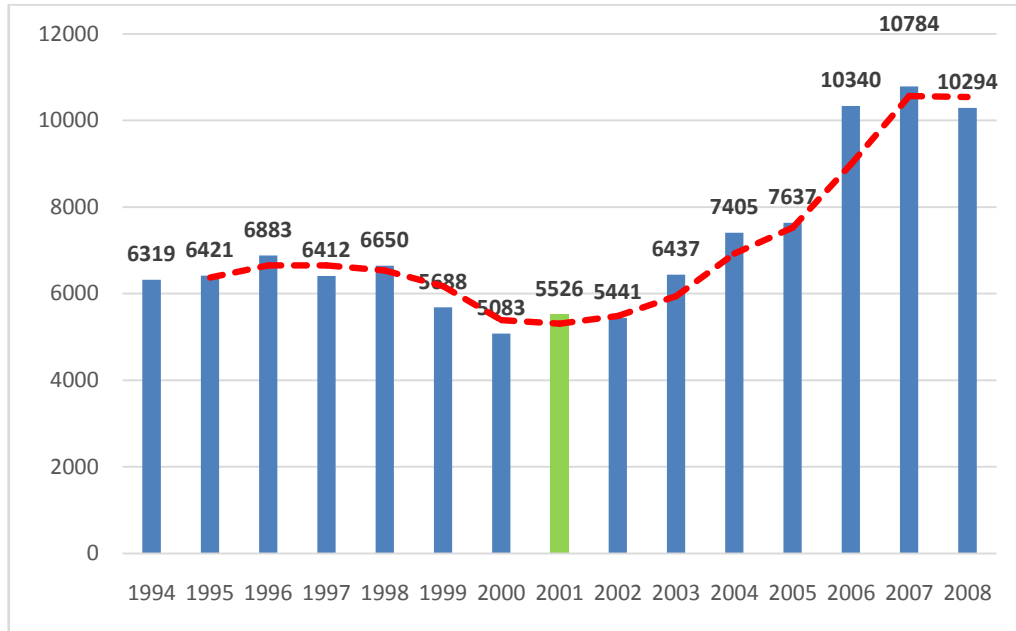
Si el modesto dato de disminución de presos sin sentencia y el crecimiento del número de detenidos a nivel nacional causaba preocupación en el sistema político – jurídico del país, esta tribulación podía profundizarse porque en el mismo período analizado el número de presos preventivos había crecido de 5.083 del año 2000 a 10.294 en el 2008 conforme dejaba inscrito un análisis realizado por el jurista ecuatoriano Diego Zalamea León.¹²⁸

Entonces las interpretaciones más elementales permitían presumir que el sistema acusatorio implantado en el país no estaba sirviendo al propósito de la lógica cautelar vigente en el país, pues había un incremento sustancial injustificado e inexplicable de presos preventivos entre el 2001 y el 2008.

¹²⁸Riego y Duce. “Prisión Preventiva”, 271.

Cuadro No. 3

Número de presos preventivos a nivel nacional por año entre 1994 y 2008



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social (año 2008 cortado al mes de abril)

En el año 2003, Congreso Nacional que contaba con la mayoría del derechista Partido Social Cristiano (PSC), planteó a través de este partido la reforma del capítulo sobre la prisión preventiva. Esta innovación permitió una alarmante expansión intemporal de la prisión preventiva que se denominó “detención en firme” la misma que encontró fuerza de legitimidad (no de legalidad) en el etiquetamiento que los medios de comunicación hicieron sobre las personas procesadas bajo rotulaciones como peligrosos delincuentes se benefician de la caducidad de la prisión preventiva que determinó el activismo político de los sectores más conservadores del país. Así devino la reforma que creó un estatuto procesal más allá de la Constitución, y que consistió en extender sin ninguna restricción temporal el plazo de la prisión preventiva.¹²⁹

¹²⁹Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador. “La prisión preventiva es la herramienta procesal de mayor uso.” Consulta 15 de marzo de 2016. <<http://www.defensayjusticia.gob.ec/dyj/?p=175>>

La nueva figura publicada en el Registro Oficial No. 743, de Enero del 2003, permitía extender la vigencia de la medida cautelar privativa de libertad aún cuando esta hubiese caducado y causó la sensación de ser el cumplimiento de un propósito político caracterizado básicamente por el endurecimiento de penas y legitimación de la privación del derecho a la libertad para frenar el crecimiento de los índices delincuenciales, pues esa medida debía tomarse en todos los casos que se dictara auto de llamamiento a juicio con el fin de contar con la presencia del acusado en esa etapa.

Evidentemente esta nueva se figura afectaba directamente a la caducidad de la prisión preventiva al dejar sin efecto la disposición constitucional consagrada en el numeral 8 de su artículo 24, que decía: “La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.”¹³⁰,

No fue sino hasta el 2006 que el Tribunal Constitucional (TC) declaró la inconstitucionalidad de la detención en firme, pero la declaratoria de inconstitucionalidad no expresaba su jurisdicción retroactiva y los administradores de justicia se ampararon en ello para mantener privados de su libertad a aquellos procesados a los que se había dictado, anterior a la declaratoria de inconstitucionalidad, la detención en firme, en franca y flagrante violación a los derechos humanos y a la misma Constitución de la República de 1998.

En el contexto señalado, la prisión preventiva respondía a la exigencia social de mantener la seguridad pública y ciudadana afectando la actividad investigativa y el juzgamiento penal con el inminente riesgo que esta produzca una regresión a la lógica asociada a la pena anticipada perdiendo de este modo su verdadera esencia y cediendo a consideraciones que la desnaturalizan con consecuencias nefastas en relación a los derechos del presunto infractor.

Por lo tanto, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, considerada este último como máxima declaración de la esencia humana, quedaba disminuido a

¹³⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, [1998], art. 24 (8).

una mínima expresión; las medidas de coerción procesal que los limitaban o restringían fueron la norma de los jueces que burlaban su obligación de establecer los elementos fácticos y formales contemplados en la legislación nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como se indicó anteriormente, universalmente se considera el uso de la prisión preventiva de manera excepcional, sobre el fundamento de estimarla *prima facie* una medida ilegítima por oponerse a la presunción de inocencia y derecho a la libertad y aquello quedó ratificado tras la Consulta Popular y Referéndum del 7 de mayo de 2011, cuando se aprueba la reforma del artículo 77 numeral 1 con el texto siguiente: “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; ...”¹³¹ La sola frase “...no será la regla general...” afianzó la excepcionalidad de la privación de la libertad y consecuentemente de la prisión preventiva.

En agosto del año 2014, entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual en el Capítulo Segundo, bajo el título de “Medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada”, determina a la prisión preventiva como la última de las medidas cautelares¹³² prevista para garantizar únicamente “la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena”¹³³, y deja la responsabilidad de solicitar y fundamentar la prisión preventiva al representante de la Fiscalía siempre que existan, al igual que el CPP del año 2000, la presencia de indicios suficientes claros y precisos sobre la existencia de un delito de acción pública y de la participación del procesado como autor o cómplice; además para que fuera de legal aplicación el delito cometido debía tener como sanción una pena privativa de libertad superior a un año; y reiteraba la exigencia de probar indicios suficientes de necesidad de la medida para asegurar su comparecencia al juicio.¹³⁴

¹³¹ Ecuador, Resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011, en Registro Oficial, Suplemento 490 (13 de julio del 2011).

¹³² Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento 180 (10 de febrero del 2014), art. 522.

¹³³ *Ibíd.*, 534.

¹³⁴ *Ibíd.*

Aún pese a lo señalado, el promedio del número de personas bajo prisión preventiva en el Ecuador, según lo señaló la Mesa de Justicia¹³⁵, en los años 2013 y 2014, fue de 19.415 y hasta agosto del 2015, el número de detenidos fue de 12.909. Ante la escasa información oficial, si se realiza una proyección matemática proporcional simple del promedio de detenidos durante los ocho primeros meses del 2015 el número de detenidos al finalizar el año debía bordear los 19.363 casos de privados preventivos de libertad.

Como se puede constatar el espíritu de la medida no ha variado sustancialmente en los últimos diez años, por el contrario ha aumentado su aplicación a pesar que doctrinariamente se advierte que la prisión preventiva no puede ser un mecanismo que se utiliza indiscriminadamente y de manera general y permanente y que por tanto, queda en criterio de los administradores de justicia el uso racional del derecho.

De todos modos, datos entregados por la Mesa de Justicia, con corte al mes de agosto de 2015¹³⁶, dan cuenta que a nivel nacional entre los años 2012 y 2015 se produjeron 104.514 detenciones de las cuales en 60.774 ocasiones se ordenó la prisión preventiva de la persona imputada.

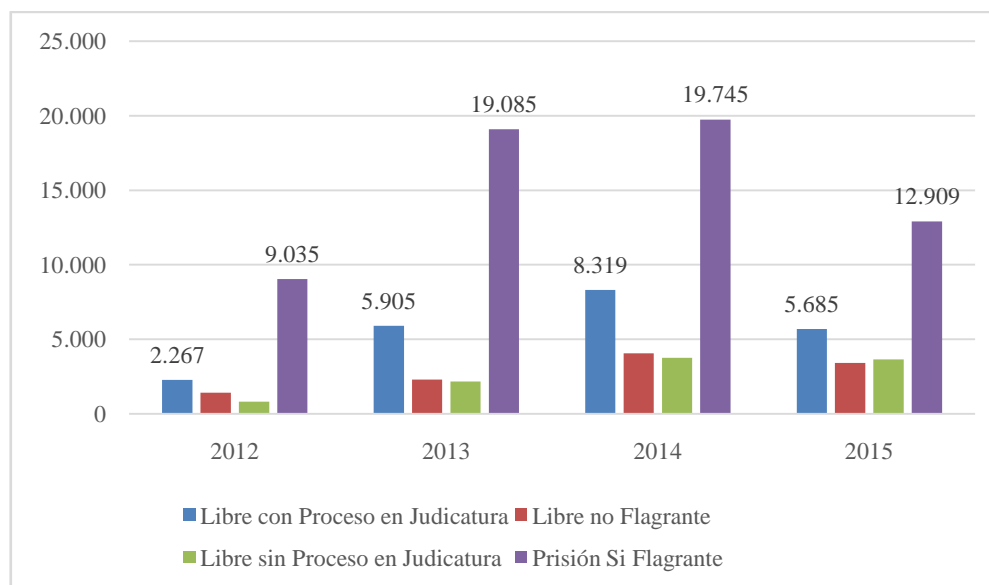
Los datos referidos muestran nuevamente a la prisión preventiva como el símbolo de una permanente polémica entre la presunción de inocencia y la responsabilidad y obligación del Estado por perseguir y sancionar a quienes han cometido delitos vulnerando de esa manera valores jurídicos protegidos por el derecho penal.

¹³⁵ La Mesa de Justicia en el Ecuador está conformada por la Defensoría Pública, la Fiscalía, La Corte Nacional de Justicia, el Consejo de la Judicatura y los Ministerios del Interior y Justicia entre otros.

¹³⁶ *Ibíd.*

Cuadro No. 4

Número de casos de flagrancia producidos en el país entre 2012 y 2015, con detalle de prisión preventiva dictada



Fuente: Mesa de Justicia, con corte al mes de agosto del 2015¹³⁷

Si se compara y calcula las veces que en delito flagrante, se dictó la medida de prisión preventiva, frente a las veces que se dictó medida cautelar sustitutiva se obtiene que la primera se aplicó en un promedio del 58,15% en relación a las medidas alternativas a la prisión preventiva que se aplicaron en el 21,22%, lo que muestra que en términos generales esta medida cautelar sigue siendo la más utilizada en el país y de manera mucho más extensa, numéricamente hablando.

¹³⁷ La explicación del significado de los términos determinados por la Mesa de Justicia son los siguientes: Libre con proceso en Judicatura.- Persona que después de haber sido detenida, es puesta en libertad por el otorgamiento de una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva dictaminada por un juez.

Libre no flagrante.- Persona que queda en libertad por haber transcurrido más de 24 horas sin que un juez dictamine la realización de la audiencia de calificación de la flagrancia.

Libre sin proceso en la Judicatura.- Persona que es investigada por la Fiscalía General del Estado sin detención, o en aquellos procesos donde los elementos de convicción no han sido suficientes para la formulación de cargos.

Prisión si flagrante.- Es la pena privativa de la libertad que puede establecerse a una persona desde 30 días hasta 5 años de acuerdo a lo que dictamina un juez.

Cuadro No. 5

Número de ocasiones que se dictó medida de prisión preventiva vs número de medidas cautelares sustitutivas, en delito flagrante, en el país entre 2012 y 2015

Año	Libre CON Proceso en Judicatura	Valor porcentual	Prisión Si Flagrante	Valor porcentual	Total
2012	2.267	16,75	9.035	66,76	13.534
2013	5.905	20,05	19.085	64,80	29.450
2014	8.319	23,19	19.745	55,03	35.879
2015	5.685	22,16	12.909	50,33	25.651
Totales	22176	21,22%	60.774	58,15%	104.514

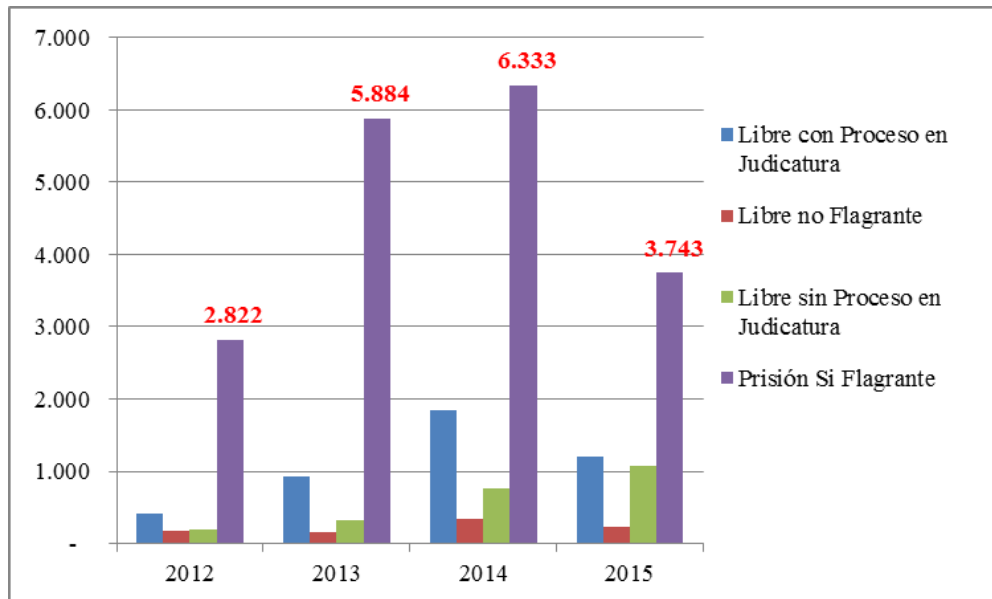
Fuente: Mesa de Justicia, con corte al mes de agosto del 2015

Al realizar el análisis de lo que sucedía en las provincias del país, al verificar el número de ocasiones que se dictó la medida de prisión preventiva entre 2012 y 2015, se destaca entre todas, la provincia del Guayas en la que se determina que de un total de 26.441 casos de delitos conocidos por las Unidades de Flagrancia, en 18.782 ocasiones se dictó la medida cautelar, significando que es aplicada en el 71.03% de los casos conocidos por la Fiscalía.

Esta apreciación no es sino el reflejo, a menor escala, de lo que sucede en el país y la provincia de Guayas constituye un referente válido de la realidad nacional por ser la de mayor población del país.

Cuadro No.6

Prisión preventiva dictada en la provincia del Guayas entre los años 2012 y 2015



Fuente: Mesa de Justicia, con corte al mes de agosto del 2015.

Por otra parte, se ha señalado una íntima relación entre el uso de la prisión preventiva y la demanda de seguridad ciudadana. Insistiendo en que la información oficial es austera, datos elaborados por la Fiscalía General del Estado señalan que la medición de la seguridad se realiza en base a siete delitos más frecuentes y que son: robo de personas, robo de accesorios de vehículos, robo de domicilios, robo de vehículos, robo en locales comerciales, robo de motocicletas y muertes violentas (homicidios y asesinatos).¹³⁸

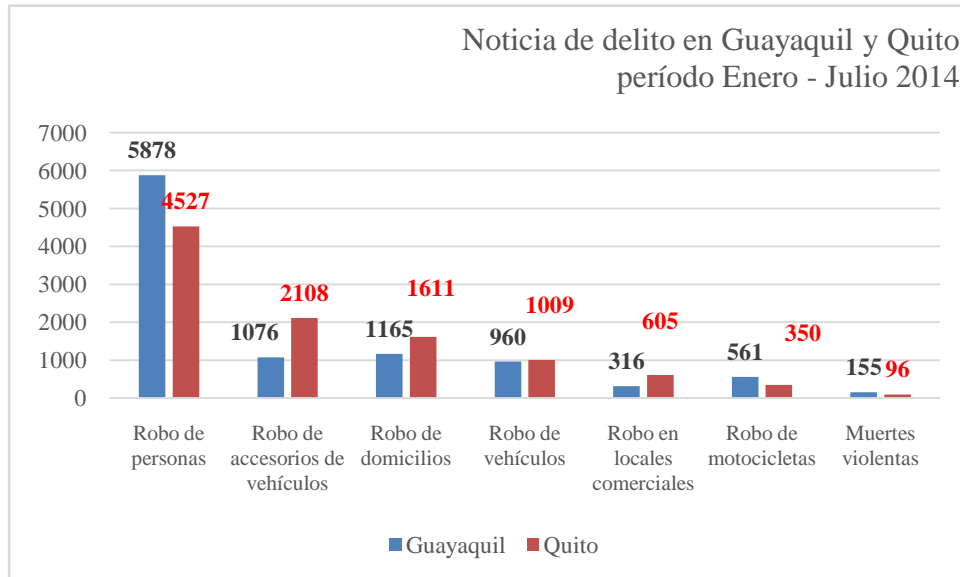
El documento que debería contener información oficial, hace una comparación referencial durante los meses de enero y julio del 2014, entre dos ciudades consideradas íconos nacionales: Guayaquil (DMG) y Quito (DMQ). Los datos marcan claramente que el robo de personas y motocicletas en el DMG tiene un número de eventos mayor que el DMQ. Por el contrario, en los delitos de robo de domicilios, accesorios de vehículos, vehículos y locales comerciales, los eventos

¹³⁸ Fiscalía General del Estado, “Delitoscopio, Los delitos en el Ecuador, una mirada desde las cifras”, (Quito: PH Ediciones.- Industria Gráfica, 2014), 33.

suscitados en mayor número están en el DMQ. Al referirse a las muertes violentas señala que el DMG supera al DMQ en 59 homicidios y asesinatos.¹³⁹

Cuadro No. 7

Noticia de los delitos en Guayaquil y Quito.



Fuente: Fiscalía General del Estado – Dirección de Política Criminal, Delitoscopio 2014.

La primera idea que brinda esta información es que el delito de robo, con las variaciones que determina la Fiscalía, es el delito que está más vinculado con el tema de la seguridad ciudadana, tanto que es el parámetro de medición de inseguridad del país, aunque realmente el número de muertes violentas sea el indicador internacional del nivel de violencia de las ciudades.

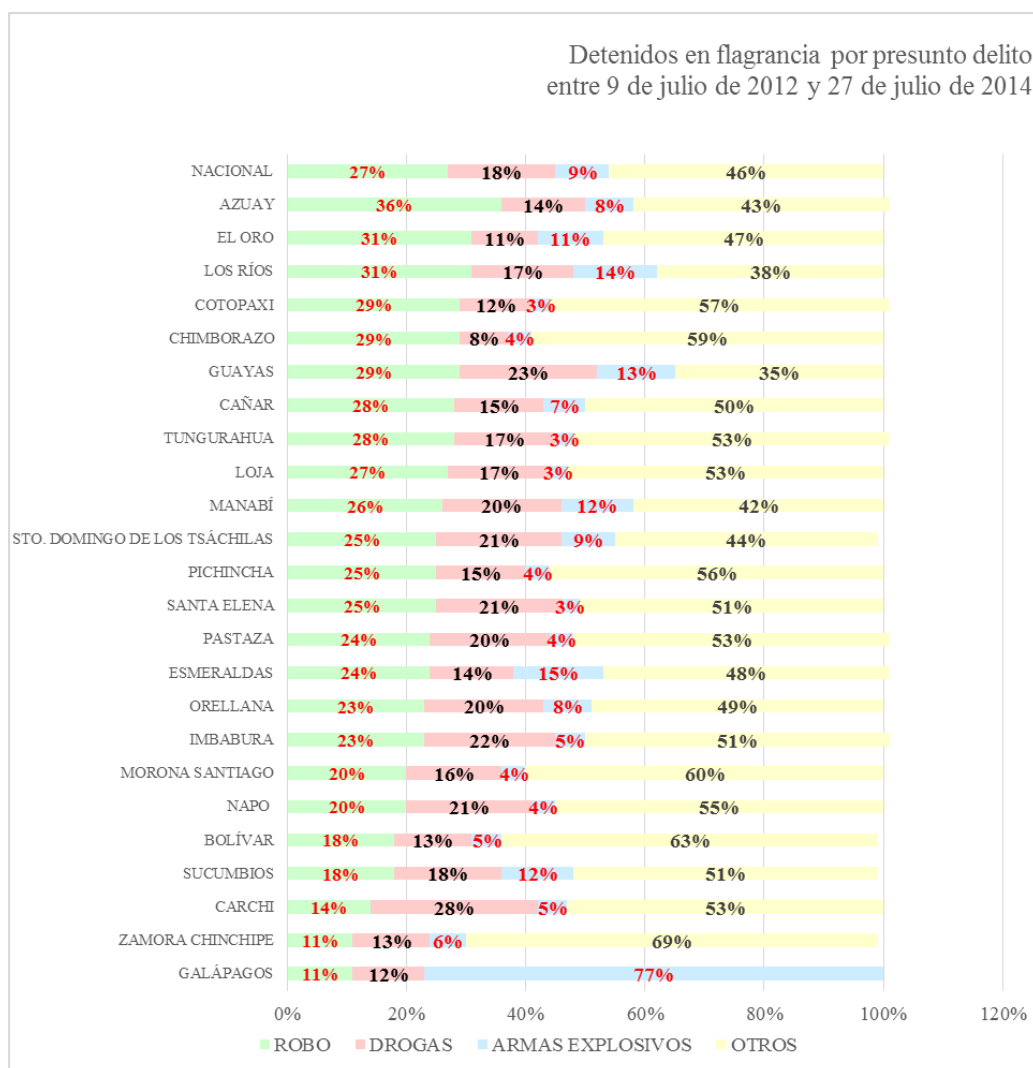
Al ampliar el estudio de la información la Fiscalía General determina que el mayor porcentaje de detenciones en flagrancia a nivel nacional, entre julio de 2012 y julio 2014, se dan por tres delitos principales: robo (26,6%); consumo, tráfico, fabricación de drogas (17,9%); y, tenencia y transportación ilegal de armas y explosivos (8,9%).¹⁴⁰

Cuadro No. 8

¹³⁹ *Ibíd.*, 33.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 71.

Detenidos en flagrancia por presunto delito de robo, drogas y armas.



Fuente: Fiscalía General del Estado – Dirección de Política Criminal, Delitoscopio 2014.

Del gráfico anterior se determina que en las provincias de Azuay, El Oro, Los Ríos, Cotopaxi, Chimborazo, Guayas, Cañar y Tungurahua el delito que provoca mayor aplicación de la prisión preventiva es el robo; con porcentajes que van entre 28 y 36%, un valor superior a la media nacional de 27%.

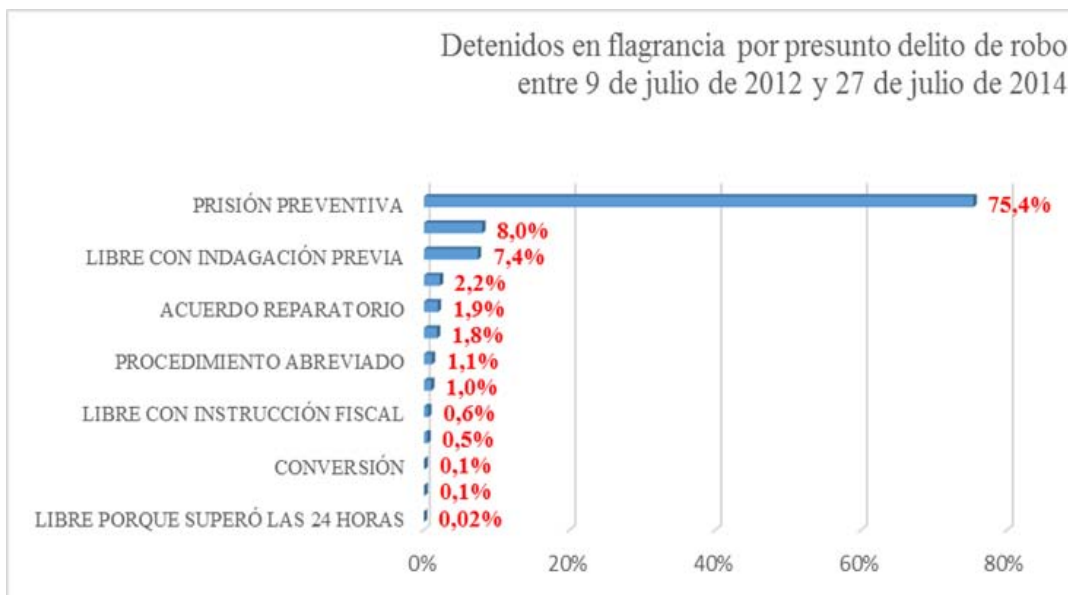
En relación a los delitos relacionados con drogas, las provincias que superan la media nacional del 18% son Guayas, Manabí, Santo Domingo, Santa Elena, Pastaza, Orellana, Imbabura, Napo y Carchi, con valores oscilantes entre el 20 y 28% de medidas de prisión preventiva.

La misma fuente revela que en referencia a las armas y explosivos las provincias de El Oro, Esmeraldas, Los Ríos, Guayas, Manabí y Sucumbíos tienen porcentajes entre el 11 y 15%, valores que superan el promedio nacional del 9%.

Los datos analizados indican que en el mismo período el 75% de los detenidos en flagrancia por robo fueron sujetos de prisión preventiva por orden del juez competente, además se explica que para el 8% el juez dictaminó la aplicación de medidas alternativas; un 7% obtuvo su libertad pero con indagación previa; el 2% obtuvo la suspensión condicional del proceso y un 2% adicional llegaron a un acuerdo reparatorio.¹⁴¹

Cuadro No. 9

Detenidos con prisión preventiva por presunto delito de robo.



Fuente: Fiscalía General del Estado – Dirección de Política Criminal, Delitoscopio 2014.

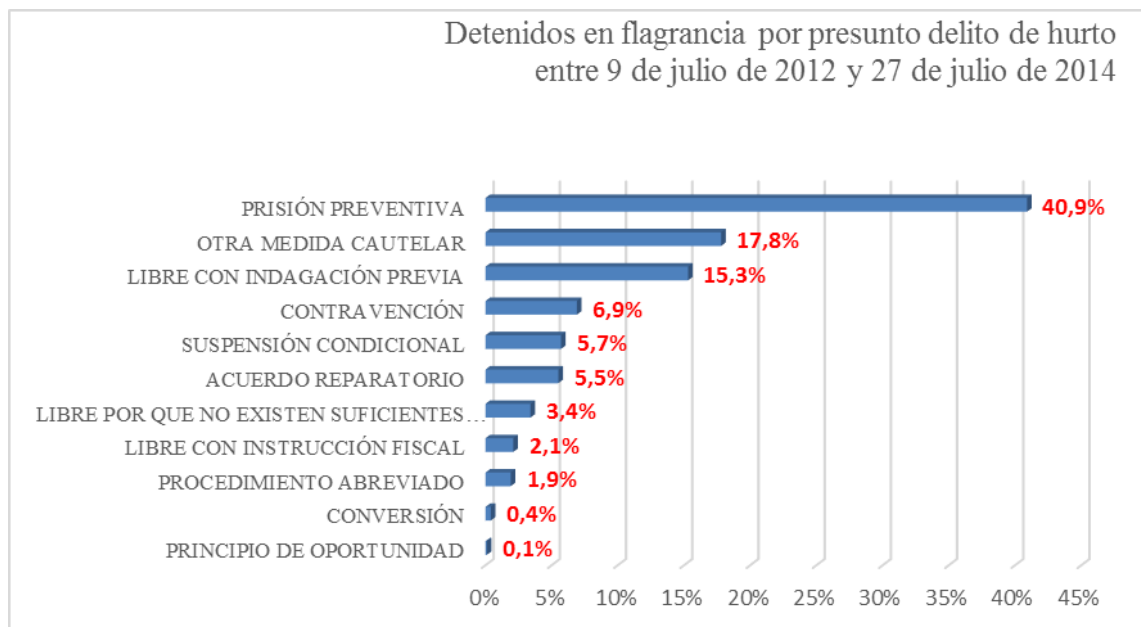
Al analizar el delito de hurto, los datos destacan que al 40,9% de detenidos se les aplicó la medida personal de prisión preventiva; al 17,8% se les otorgó medidas sustitutivas a la prisión preventiva; al 15,3% se les inició indagación previa y se les dejó en libertad; el 6,9% fueron calificadas como contravenciones, es decir el monto

¹⁴¹ *Ibíd.*, 74.

del objeto fue menor al requerido para ser considerado delito; y, en un 5,5% se logró un acuerdo reparatorio.¹⁴²

Cuadro No. 10

Detenidos con prisión preventiva por presunto delito de hurto.

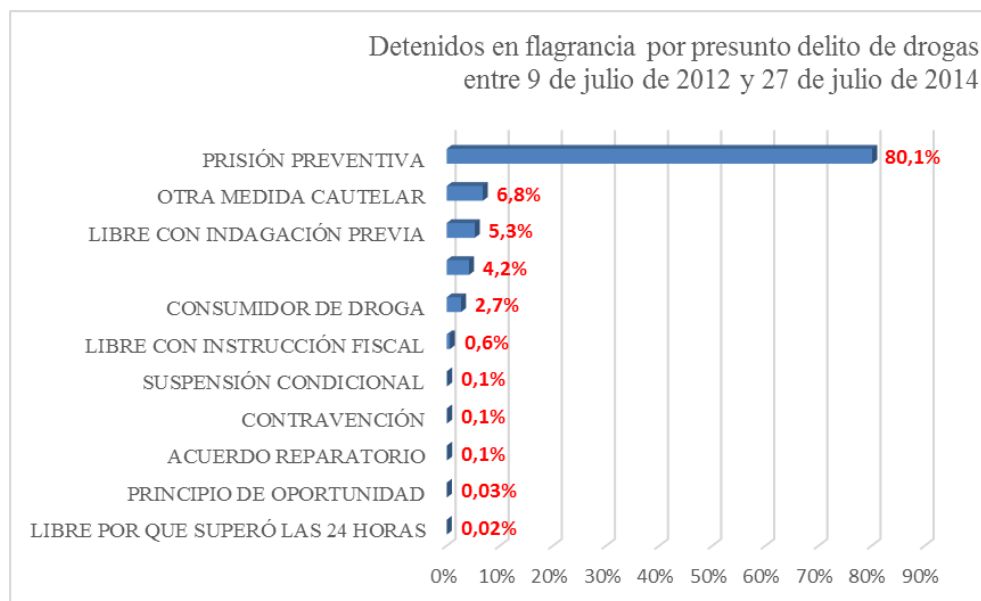


Fuente: Fiscalía General del Estado – Dirección de Política Criminal, Delitoscopio 2014.

Cuando los datos de la Fiscalía General se refieren a los delitos de drogas y armas, en las modalidades antes descritas, se conoce que respectivamente la medida cautelar de prisión preventiva se aplica en el 80,1% y 72,7%, en tanto que las medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva alcanzan el 6,8% para drogas y el 11,1% para armas.¹⁴³

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*

Detenidos con prisión preventiva por presunto delito de drogas.

Fuente: Fiscalía General del Estado – Dirección de Política Criminal, Delitoscopio 2014.

Finalmente esta fuente, de manera tangencial se refiere a los detenidos por presuntos delitos sexuales, señalando que al 71,3% se les dictó la medida cautelar de prisión, al 9% se concedió medidas sustitutivas y sobre el 14,7% se abrió el expediente de indagación previa con libertad del procesado.¹⁴⁴

Los datos indicados marcarían una tendencia permanente de la utilización de la prisión preventiva como una de las principales herramientas para reducir los índices delincuenciales, disminuir la posibilidad de reincidencia por parte de los presuntos delincuentes detenidos y reducir la sensación de inseguridad de los ciudadanos.

Reconociendo que la información que se puede obtener corresponde a distintos períodos de tiempo, que no afectan sustancialmente las apreciaciones que se pueden realizar, se concluye que los datos presentados ilustran claramente dos hechos importantes: primero, la prisión preventiva se utiliza en el Ecuador particularmente para aplacar los delitos flagrantes de robo, drogas y armas, en sus diferentes modalidades, representando un porcentaje de 54% frente a un 46%

¹⁴⁴ *Ibíd.*

constituido por los demás delitos establecidos en la norma penal nacional; y, segundo, entre el 72 y el 80% de los ciudadanos sorprendidos en los delitos indicados son directa e inmediatamente sujetos de la medida de prisión preventiva.

Una vez que se determinado razonada y lógicamente el (ab)uso de la prisión preventiva en el Ecuador el acápite siguiente analizará qué ha sucedido en nuestro país respecto a la vigencia temporal de la medida de prisión preventiva.

2. La caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador.

Tradicionalmente, la utilización de la prisión preventiva de manera generalizada después de cometido el delito o durante la investigación del mismo, entre otras violaciones, generó la permanencia de los justiciables de manera intramural por tiempo excesivo, atentando directamente contra su integridad física, psicológica y emocional.

En efecto, hasta el año 1999 en nuestro país estaba vigente un Código de Procedimiento Penal que databa del año 1983¹⁴⁵, que había instituido procedimiento penal lento, difícil, formalista, excesiva e innecesariamente extenso que fácilmente podía conducir a una impunidad deliberadamente buscada y sobretodo se había naturalizado la garantía de la caducidad de la prisión preventiva a pesar que como se señaló anteriormente, la garantía estuvo incorporada en la Constitución del año 1998 y ratificada en el texto constitucional del 2008.

La baja efectividad de los jueces y el alto porcentaje de presos sin sentencia que provocaron la acumulación de causas en sede judicial y una sobrepoblación carcelaria, causaron además una falta de confianza y credibilidad en el sistema penal e impulsaron la creación de una nueva norma procesal penal, más dinámica, coherente a la realidad y exigencias sociales para evitar el crecimiento de la búsqueda de justicia por manos propias.¹⁴⁶

¹⁴⁵Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en Registro Oficial, Suplemento 511 (10 de junio del 1983).

¹⁴⁶Ricardo Vaca A, "Derecho Procesal Penal ecuatoriano" (Quito: Ediciones legales EDLE SA, 2014), 121.

No cabe duda que este bajo porcentaje de credibilidad está vinculado con la percepción de satisfacción de la seguridad y con la creencia que algún momento puede ser víctima de la delincuencia. Para citar una referencia solamente, en el 2009; según Latinobarómetro¹⁴⁷ el porcentaje de confianza en la justicia ecuatoriana no supero el 30% frente a una tendencia regional del 40%. El temor a ser víctima de un delito con violencia lo tenía un 39% de la población y ese temor era casi permanente, es decir, la violencia criminal es un hecho real y presente en la cotidianidad de los ciudadanos, aún cuando no hayan sido víctimas recientemente.

Fue en el año 2000, que se publicó en el Registro Oficial un nuevo Código Procesal Penal, el cual entró en vigencia en 2001. Esta norma, entre las virtudes que tenía, separaba a jueces y juezas de las funciones de pesquisas o investigadores que tenían para volverlos a su ámbito de juzgadores imparciales y garantistas y sobretodo trataba de hacer realidad jurídica las disposiciones, constantes en la Constitución Política de la República expedida en 1998, que en relación al tiempo de duración de la prisión preventiva disponía que no podía exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión y si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.

Con la nueva norma procesal penal la Fiscalía con auxilio de la Policía debían realizar la investigación y recopilar los indicios y pruebas que demostraran la existencia de un delito y la responsabilidad del procesado; y, paralelamente los Tribunales Penales declararían la culpabilidad o inocencia del encausado.

Sin embargo, el nuevo Código Procesal empezó a evidenciar deficiencias de fondo, no solo de forma. Esta circunstancia conllevó la formulación de nuevas reformas que se publicaron en enero del 2003, en la Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal.¹⁴⁸

Estas reformas cuestionaban que no se había alcanzado la implementación de un sistema acusatorio como tal, que la oralidad no era total y que ciertas diligencias seguían ancladas a la lentitud e ineficacia del sistema inquisitivo. Pero el

¹⁴⁷Corporación Latinobarómetro, “Informe 2013”, 1 de noviembre de 2013.

¹⁴⁸Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en Registro Oficial, Suplemento 743 (13 de enero del 2003).

cuestionamiento más significativo se refería a la caducidad de la prisión preventiva. En los considerandos de la ley los legisladores ecuatorianos afirmaban que “la caducidad de medidas cautelares de orden personal hacen (sic) indispensables la introducción de reformas a la legislación nacional en las disposiciones de carácter penal y judicial.”¹⁴⁹

Como se afirmó en líneas anteriores, en ese año con amplia mayoría legislativa del partido gobiernista (PSC) se permitió una alarmante expansión intemporal de la prisión preventiva que se denominó “detención en firme” y este fue el instrumento con que se prostituyó la disposición constitucional de caducidad.¹⁵⁰

La detención en firme pretendía mantener en prisión a los procesados a quienes las medidas cautelares de carácter personal podía quedar sin efecto porque operaba su caducidad de conformidad con la garantía constitucional del artículo 24 numeral 8.

Así se afirmó un propósito político caracterizado básicamente por el endurecimiento de penas y legitimación de la privación del derecho a la libertad creyendo de esta manera era posible frenar el crecimiento de los índices delincuenciales.

Con esta figura jurídica que textualmente decía “... en el auto de llamamiento a juicio, el juez que conoce la causa deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado...”¹⁵¹ se hacía efectiva con el fin de contar con la presencia del acusado en esa etapa y para evitar su suspensión, de este modo los ciudadanos privados de la libertad, en las circunstancias señaladas, podían permanecer detenidos por tiempo indefinido hasta que se produjera el juicio respectivo y sean sentenciados.

El CPP establecía como excepción la calificación del acusado como presunto encubierto y cuando se lo juzgaba por una infracción que no exceda un año de prisión.¹⁵²

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 128.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en Registro Oficial, Suplemento 360 (13 de enero del 2000), art. 173-A.

¹⁵² *Ibíd.*

Como se aprecia, la detención en firme amenazaba a perennizarse como una especie de detención permanente desconociendo casi ofensivamente la disposición al Art. 24 numeral 8 de la Constitución y violentando toda garantía constitucional.

Así la vida de los jurídicamente inocentes era groseramente expuesta en los centros de rehabilitación del país; su salud se veía afectada no solo en lo físico sino también en lo psicológico; y, las garantías y principios constitucionales y legales fueron flagrantemente despreciados, condición que no solo afectaba a los procesados sino también y en alta proporción a las víctimas de los delitos que se investigaban pues la justicia se retrasaba produciendo en muchos casos su re victimización.

Esta circunstancia resultaba alarmante por cuanto se trataba de presos que no fueron formalmente condenados, pero que estaban cumpliendo, materialmente, una condena aunque un gran número de ellos será posteriormente declarado inocente, sobreseído o absuelto.

La vigencia de la detención en firme fue ampliamente criticada por sectores de la comunidad civil y de protección de derechos humanos, sin embargo, la mayor fuerza censura fue liderada por Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, organismo que en su Tercer Informe Periódico para el Ecuador manifestó que nota con preocupación la aplicación de esta figura jurídica por la cual el juez que conoce la causa, al momento de dictar auto de llamamiento a juicio, debe obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado con el supuesto fin de contar con la presencia de éste en la etapa del juicio y evitar la suspensión del proceso.¹⁵³

Algo parecido marcaba la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en su Informe del año 2005, al referirse al Ecuador manifestaba: La Comisión ha recibido información sobre la creación, mediante ley, de la figura de la detención firme [sic]. Sin ánimo de interferir en el ordenamiento jurídico interno del país, la Comisión observa con alta preocupación que los presupuestos de Ley 2003-101, permitan un encierro de los individuos que exceda el plazo razonable entre el auto de

¹⁵³ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, *Tercer Informe Periódico del Ecuador sobre la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, 18 de agosto del 2013.

acusación hasta el juicio.¹⁵⁴ Además marcaba que el estado debería impulsar inclusive la eliminación de la figura de la “...detención en firme del Código de Procedimiento Penal, figura con la cual hay pendiente un recurso de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional.”¹⁵⁵

Por tanto la caducidad de la prisión preventiva y consecuentemente la libertad inmediata de cientos de presos sin sentencia pero con orden de detención en firme que abarrotaban las cárceles del país, quedó burlada vulnerándose además el derecho de los justiciables a la integridad física y a la dignidad humana.

Posteriormente se plantearon innumerables acciones de garantías jurisdiccionales de habeas corpus, que a esa fecha se hacía ante los Alcaldes y Concejos Municipales, y hasta amparos de libertad ante las y los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia, ahora Cortes Provinciales de Justicia, para que se respete los derechos humanos y se respete el derecho a la libertad de los detenidos; y, sobre todo se haga efectiva la presunción de inocencia. Ninguna de estas instituciones autónomas y jurisdiccionales hizo eco del deber del estado el respeto a los derechos humanos y de garantizar su ejercicio.

El panorama de los detenidos parecía mejor con la Resolución No. 0002-2005-TC, publicada en el R.O. 382-S, 23-X-2006 del Tribunal Constitucional (TC) que declaró la inconstitucionalidad de la detención en firme y consecuentemente la posibilidad que varios miles de internos obtuvieran su libertad. Este organismo señaló que la única razón que tenía la figura jurídica cuestionada era interrumpir la caducidad de la prisión preventiva y paralelamente había una crítica contundente a la intención del legislador de contar con la prisión preventiva como un instrumento de aplicación ágil para resolver las causas penales.

La normativa internacional de Derechos Humanos que se había violentado, de acuerdo a la resolución del TC fueron los artículos 9 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 (5) Convención Americana de Derechos Humanos.

No faltaron las críticas a esta resolución, particularmente las que vinieron desde la derecha ecuatoriana que propuso la reforma, tanto que inclusive se presentó

¹⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*, 27 de febrero de 2006.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

un Proyecto de Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal que animaba el propósito de “solucionar la grave y muy justificada alarma social que se ha producido en los últimos días, luego de conocerse la írrita resolución del TC, declarando inconstitucional la figura de la detención en firme.”¹⁵⁶

Pero hubo un grave inconveniente, la resolución de inconstitucionalidad no modificaba las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma, entonces pese a que se había declarado la inconstitucionalidad de la detención en firme, y por ende había operado la caducidad de la prisión preventiva de manera constitucional y legal por el tiempo transcurrido desde que se dictó, los administradores de justicia, esto es juezas y jueces, no ordenaban la libertad de los reos, por cuanto la declaratoria de inconstitucionalidad no expresaba su jurisdicción retroactiva, sino que señalaba regir para la venidero, dejando en el limbo la situación de aquellos privados de libertad a quienes la caducidad de la prisión preventiva les habría beneficiado.

Con la declaración de inconstitucionalidad, los jueces debían dictar auto de llamamiento a juicio; y, la prisión preventiva, que se ordenó cuando se inició la instrucción fiscal contra un imputado, quedaba vigente; pero en muchos casos ya estaba caducada y debía ordenarse la libertad de los presos que cursaban esta circunstancia. Esto no ocurrió y un número importante de detenidos no fueron ni juzgados ni liberados aun cuando se había producido la caducidad de la prisión preventiva que sobre ellos pesaba.

Un extraño amasijo político jurídico hacía impracticable la doctrina y principios jurídicos - constitucionales, tanto más que la Resolución antes mencionada señalaba que esta declaratoria de inconstitucionalidad no modificaba la situación procesal de las personas que fueron detenidas durante la vigencia de la norma que derogaba.

Pese a que esta disposición fue producto de la armonización de los Derechos Fundamentales del Hombre y de los múltiples Tratados Internacionales suscritos por el Ecuador no se produjo la disminución de las causas procesales, por el contrario,

¹⁵⁶ Así lo señala el Oficio No 040-JBSC-06 del 06 de octubre del 2006, firmado por el Jefe del Bloque Legislativo Social Cristiano (e), Sr. Galo Ordóñez Gárate, disponible en: http://www.congreso.gov.ec/documentos/pro_presentados/27-1285.pdf.

del Ministerio Público, podría especularse, que acumuló y represó expedientes al haberse solicitado y aceptado la prisión provisional ampliaban el tiempo en que podían resolverse.

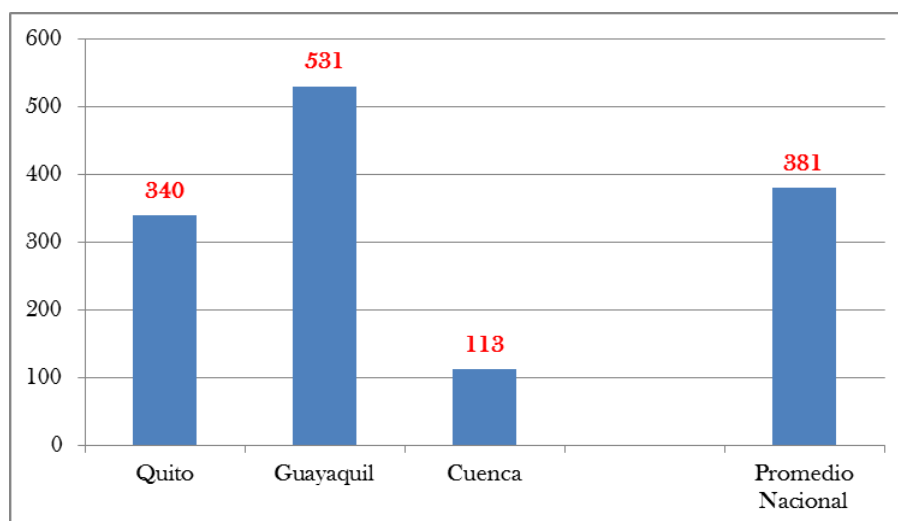
Desde mi criterio, la interpretación de irretroactividad que el TC fue una creación aberrante y violatoria de los derechos humanos; que no permitió sentencias resueltas en base de la ponderación de los derechos en oposición, dejando evidente que el sistema procesal era bastante vulnerable a las interpretaciones e intereses ajenos a la justicia, a la inicua práctica profesional de la oralidad, a la falta de criterio de los administradores de justicia y consecuentemente al abuso de la medida cautelar de la prisión preventiva que emprendida en el 2003 inobservada casi con arrogancia perversa la Constitución, la ley y a los tratados internacionales de derechos humanos.

Los jueces que conocieron estas causas no se pronunciaron acerca de la caducidad de los efectos de la prisión preventiva, menos aún ordenaron la libertad de los detenidos. Ello, evidentemente, conllevó que se viole flagrantemente el derecho a la libertad de los ciudadanos sobre quienes la orden de prisión preventiva caducó, no existiendo, aparentemente, mecanismos idóneos de exigibilidad que garanticen el cumplimiento del debido proceso al que tenían derecho los procesados en las circunstancias de caducidad de la medida cautelar que se analiza.

Esta sensación de conflicto político que apuntaba a vulnerar los derechos de los detenidos se volvía dolorosamente cierta al confrontar los datos proporcionados por la Defensoría Pública, Subdirección Nacional de Gestión Procesal Penal del Consejo de la Judicatura y determinadas fundaciones.

Estos advertían que entre el año 2000 y 2006 el promedio de los días que duraba la prisión preventiva desde la detención hasta la fecha del juicio fue de 381 días a nivel nacional, siendo las ciudades de Quito y Guayaquil aquellas en las que era evidente la inobservancia de la caducidad de la prisión preventiva, manteniendo un promedio respectivo de 340 y 531 días de duración de la medida cautelar.

Promedio del tiempo de duración de la prisión preventiva en Quito, Guayaquil y Cuenca, referentes nacionales, entre 2000 - 2006



Fuente: Fundación Esquel 2006.

Los datos revelaban el tiempo establecido para que opere la caducidad de la prisión preventiva no era sino una quimera y letra muerta en la propia Constitución; o, por el contrario, algo, que no estaba muy claro en ese momento, posibilitaba limitar los derechos de los reclusos.

A partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme debía haber un crecimiento inusitado de órdenes de libertad de presos sin sentencia y con ello era previsible un crecimiento inminente de la percepción ciudadana de inseguridad en las calles. A ello se sumaba la falta de administradores de justicia en materia penal; su escaso número no abastecía para poder dictar sentencia en el tiempo establecido en la Constitución de la República, operando por tanto la caducidad de la prisión preventiva.

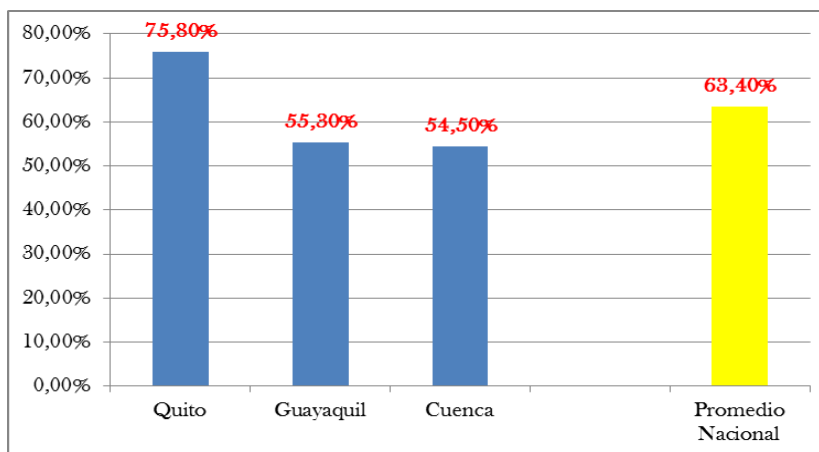
Los administradores de justicia simplemente se amparaban en la irretroactividad de la declaración de inconstitucionalidad en ello para mantener privados de su libertad a aquellos procesados a los que se había dictado, anterior a la declaratoria de inconstitucionalidad, la detención en firme, en franca y flagrante violación a los derechos humanos y a la misma Constitución de la República de

1998, que disponía por el principio de temporalidad, la caducidad de esta medida cautelar.

Adicionalmente y ante la escasez de datos oficiales, estudios realizados por la Fundación Esquel en el mismo período de tiempo, evidenciaban que en promedio porcentual, la medida cautelar de prisión preventiva fue expedida para los autores de delitos flagrantes en un 63,40%, siendo la ciudad de Quito en donde la medida se aplicaba en las $\frac{3}{4}$ partes de los hechos flagrantes; y, Guayaquil y Cuenca, la aplicaban en más de la mitad de delitos flagrantes procesados.

Cuadro No. 13

Porcentaje de aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva en delitos flagrantes en Quito, Guayaquil y Cuenca, referentes nacionales, entre 2000 – 2006



Fuente: Fundación Esquel 2006.

Este dato ya tenía sentido cuando se lo contrasta con los 381 días que en promedio pasaba detenido un procesado antes de resolver su situación jurídica: la medida cautelar de prisión preventiva seguía siendo la norma y no la excepción; la caducidad de la prisión preventiva no se estaba garantizando en forma debida, el promedio nacional de permanencia en los centros de detención era en promedio superior al año, por tanto estaba fuera de la norma constitucional y los derechos de los procesados privados de su libertad estaban siendo vulnerados de manera grotesca.

Si hubiera habido coherencia jurídica en el país para determinar la caducidad de la prisión preventiva, el solo examen de vigencia del tiempo de la medida cautelar era el único requisito que necesitaban los jueces y jueces de garantías penales para dictar el auto que declare la caducidad o no de la prisión preventiva; y, consecuentemente, disponga inmediatamente la libertad del procesado si hubiesen transcurrido más de seis meses o un año si los delitos se sancionaban con prisión o reclusión, respectivamente.

Lo último señalado contrasta con un concepto jurídico muy utilizado en los últimos años: la seguridad jurídica, entendida como la certeza que los derechos personales, individuales y colectivos serán respetados por la autoridad y cuando esta produzca una afectación de aquellos, no hay duda que ha actuado bajo las previsiones que le ley le establece.

También se la supone como la vigencia estable de las normas jurídicas junto con la posibilidad de realizar predicciones, bastante probables, de cómo resolverán los conflictos los encargados de administrar justicia en un estado.

La idea es impedir que este bien social se torne escaso en una sociedad altamente demandante del mismo, aún cuando su aplicación signifique el fortalecimiento de un grupo de la sociedad frente a otro, que por el mismo hecho se debilita.

El caso es que en las circunstancias narradas, ya por descuido, negligencia o apatía o simple desconocimiento de los operadores de justicia respecto del Sistema Americano de Derechos Humanos e incluso de la propia Constitución Política de la República, conforme se le denominaba a esa fecha, no se hizo efectiva la libertad de presos que estaban años sin sentencia cuando había operado ya la caducidad de la prisión preventiva.

Posteriormente se plantearon innumerables acciones de garantías jurisdiccionales de habeas corpus, que a esa fecha se hacía ante los Alcaldes y Concejos Municipales, y hasta amparos de libertad ante las y los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia, ahora Cortes Provinciales de Justicia, para que se respete los derechos humanos y se respete el derecho a la libertad de los detenidos; y, sobre todo se haga efectiva la presunción de inocencia. Ninguna de estas

instituciones autónomas y jurisdiccionales hizo eco del deber del estado el respeto a los derechos humanos y de garantizar su ejercicio.

Pese a que se había declarado la inconstitucionalidad de la detención en firme, y por ende había operado la caducidad de la prisión preventiva de manera constitucional y legal por el tiempo transcurrido desde que se dictó, los administradores de justicia, esto es juezas y jueces, no ordenaban la libertad de los reos, por cuanto la declaratoria de inconstitucionalidad no expresaba su jurisdicción retroactiva, sino que señalaba regir para la venidero, dejando en el limbo la situación de aquellos privados de libertad a quienes la caducidad de la prisión preventiva les habría beneficiado.

A partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme debía haber un crecimiento inusitado de órdenes de libertad de presos sin sentencia y con ello era previsible un crecimiento inminente de la percepción ciudadana de inseguridad en las calles. A ello se sumaba la falta de administradores de justicia en materia penal; su escaso número no abastecía para poder dictar sentencia en el tiempo establecido en la Constitución de la República, operando por tanto la caducidad de la prisión preventiva.

Los operadores de justicia tenían pocas herramientas para descargarse de su responsabilidad constitucional, la caducidad de la prisión preventiva sería su absoluta responsabilidad y por tanto podían ser destituidos. Pero como aquello significaría una cesión masiva de jueces y juezas el Congreso Nacional, a esa fecha: 1 de noviembre del 2007, reforma al Código de Procedimiento Penal, en su Art. 278, añadiendo el siguiente texto:

De no haberse celebrado la audiencia por tres ocasiones, en las que la suspensión se debiere exclusivamente a causas imputables al acusado que estando privado de la libertad, se negare a asistir a la audiencia, esta se llevará a cabo sin su presencia. Si la audiencia se declara fallida por causas imputadas a los magistrados, jueces, fiscales, peritos, funcionarios y otros que intervienen el proceso penal, el Secretario está obligado a notificar del hecho al Consejo Nacional de la Judicatura y al Ministerio Fiscal para que en casos de reincidencia en su culpabilidad, se proceda a la destitución inmediata de tales funcionarios, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Ecuador; *Ley Reformatoria al Código De Procedimiento Penal*, art. Innumerado 278, en Registro Oficial Suplemento, No. 348 (Quito, 01 de noviembre de 2007).

Esta disposición volvió a poner los derechos del procesado en alto riesgo. Si no asistía a la audiencia de juzgamiento seguiría detenido hasta que llegase la tercera ocasión y se produjera el juzgamiento sin su presencia. De cualquier modo, la caducidad no iba a operar.

Esta reforma marcaba la necesidad del respeto al debido proceso en los siguientes términos: Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.¹⁵⁸

Al referirse a la prisión preventiva establecía la obligatoriedad de su motivación y demostración de la necesidad de su aplicación, invistiendo al juez de la posibilidad de rechazar la solicitud de prisión preventiva si no estaba debidamente motivada. La norma reformatoria facultaba también al juez para obligar al procesado a presentarse periódicamente ante el juez y/o prohibir la capacidad de ausentarse del país si se producía la caducidad de la prisión preventiva, con el ánimo de garantizar la inmediación del procesado con el proceso.

Solo entonces hubo un efecto indudable; el sistema procesaba más rápidamente los juicios, las sentencias crecían en número y la lección quedó aprendida para los operadores judiciales: la destitución sería la sanción si se producía la caducidad de la prisión preventiva en adelante.

Por lo señalado, no resulta extraño verificar que entre 2007 y 2009 se produjeron 4749 eventos en que operó la caducidad de la prisión preventiva de una población de presos preventivos que fácilmente podía superar los 25.000 de acuerdo a los datos presentados en este trabajo.

En el 2008 se expide una nueva Constitución de la República, que aportó significativamente en dos aspectos para reducir la caducidad de la prisión preventiva. El primero ratificaba el principio de temporalidad que debía observar la prisión

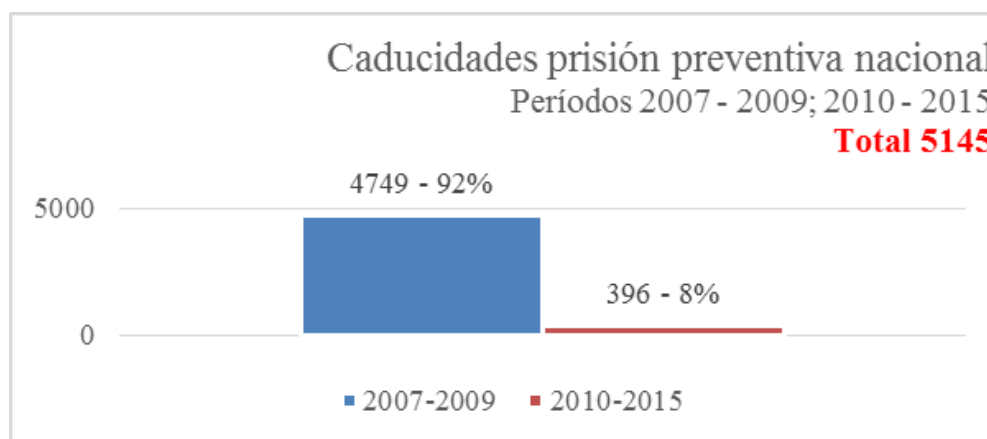
¹⁵⁸ Ecuador; *Ley Reformativa al Código De Procedimiento Penal y al Código Penal* [2009], art. Innumerado 1, en Registro Oficial Suplemento, No. 555 (Quito, 24 de marzo de 2009).

preventiva en los mismos términos de la Constitución de 1998; y, crea a la Defensoría Pública como un órgano autónomo de la Función Judicial. Esto permitió que a través del patrocinio de sus profesionales se corrigieran cientos o quizás miles de procesos que mantuvieron en la impunidad el abuso intemporal de la prisión preventiva.

Entre 2010 y 2015 los casos de caducidad solo llegaron a 396, un número insignificante en consideración que entre el 2012 y 2015 hubo un total de 60.774 presos preventivos. La reducción de eventos en los que se produjo la caducidad de la prisión preventiva, entre los períodos de tiempo señalados fue de algo más del 90%.

Cuadro No. 14

Porcentaje de ejecución de caducidad de la medida cautelar de prisión preventiva a nivel nacional en los períodos 2007- 2009 y 2010 – 2015.



Fuente: Mesa de Justicia, con corte al mes de agosto del 2015

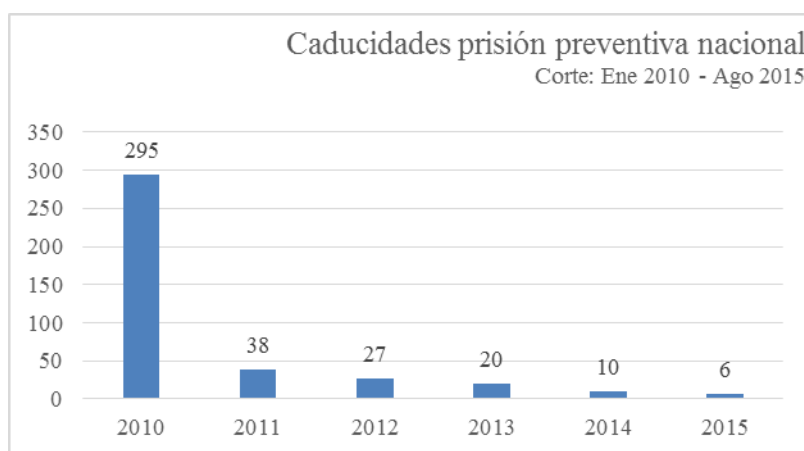
La Defensoría Pública se constituyó en un servicio público de defensa que generó de mecanismos de seguimiento de las causas de los procesados que defendía y denunciando encierros ilegales de personas que no merecían estar bajo ninguna medida cautelar; y, planteando alternativas judiciales lograron acelerar procesos para no permitir las detenciones excesivamente prolongadas y con se impidió legalmente que opere la caducidad de la prisión preventiva.

Estas sencillas circunstancias sumadas a una estrategia de tener una propuesta normativa de atenuar fácticamente los requisitos procesales para su aplicación lograron reducir drásticamente los casos abuso en la aplicación de la prisión preventiva o inobservancia de su caducidad.

A partir de ese año, el proceso judicial iniciado contra las personas privadas de libertad parecería estarse cumpliendo en plazos absolutamente razonables. No de otra manera se entiende que entre los años 2010 y 2015, de los 396 casos registrados de caducidad de la prisión preventiva 295 se produjeron en el 2010 con dramáticos descensos en años siguientes hasta verificar el minúsculo número de 6 casos en el 2015, hecho que .

Cuadro No. 15

Porcentaje de ejecución de caducidad de la medida cautelar de prisión preventiva a nivel nacional en el período 2010 – 2015.



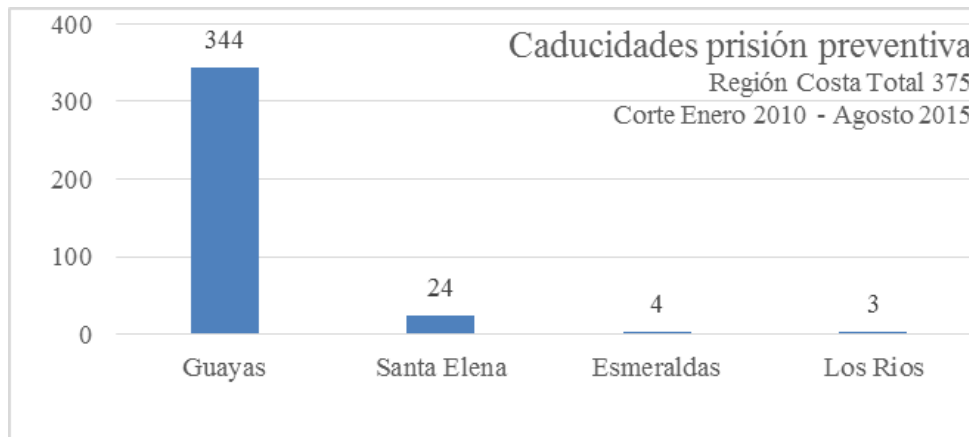
Fuente: Mesa de Justicia, con corte al mes de agosto del 2015

Los datos señalados indican que en el Ecuador, a partir del año 2010, realmente se produce un cambio radical respecto de la inobservancia de la caducidad de la prisión preventiva hasta llegar a estadísticas realmente sorprendentes en cuanto a los casos de caducidad de prisión preventiva que se registran en el país.

Los mismos datos de la Subdirección de Gestión Procesal del Consejo de la Judicatura permiten colegir que de las 396 caducidades de prisión preventiva registradas en el país durante el período 2010 - 2015, 344 se produjeron en la provincia del Guayas, significando que en esa provincia se producían el 86.86% de la caducidad de la prisión preventiva del país.

Cuadro No. 16

Porcentaje de ejecución de caducidad de la medida cautelar de prisión preventiva en el período 2010 – 2015 en la Región Costa.

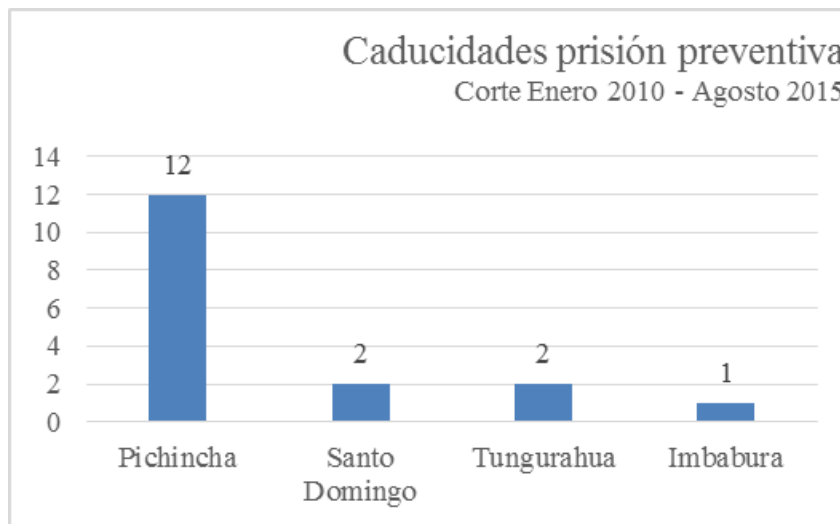


Fuente: Subdirección de Gestión Procesal del Consejo de la Judicatura. Agosto 2015

En la sierra ecuatoriana apenas se registrarían 17 casos de caducidad de la prisión preventiva entre enero del año 2010 y agosto del 2015, siendo la provincia de Pichincha la que abarque la mayor cantidad de reincidencia con 12 eventos.

Cuadro No. 17

Porcentaje de ejecución de caducidad de la medida cautelar de prisión preventiva en el período 2010 – 2015 en la Región Sierra.

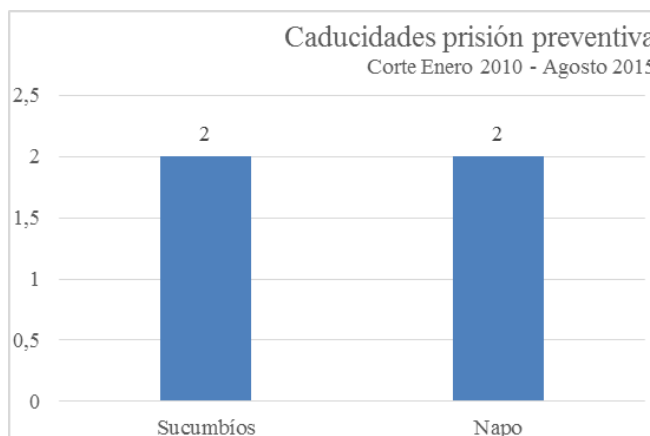


Fuente: Subdirección de Gestión Procesal del Consejo de la Judicatura. Agosto 2015.

En la región oriental de país apenas se han verificado 4 casos de caducidad, que no revierten casi ninguna importancia al análisis realizado.

Cuadro No. 18

Porcentaje de ejecución de caducidad de la medida cautelar de prisión preventiva en el período 2010 – 2015 en la Región Oriente.

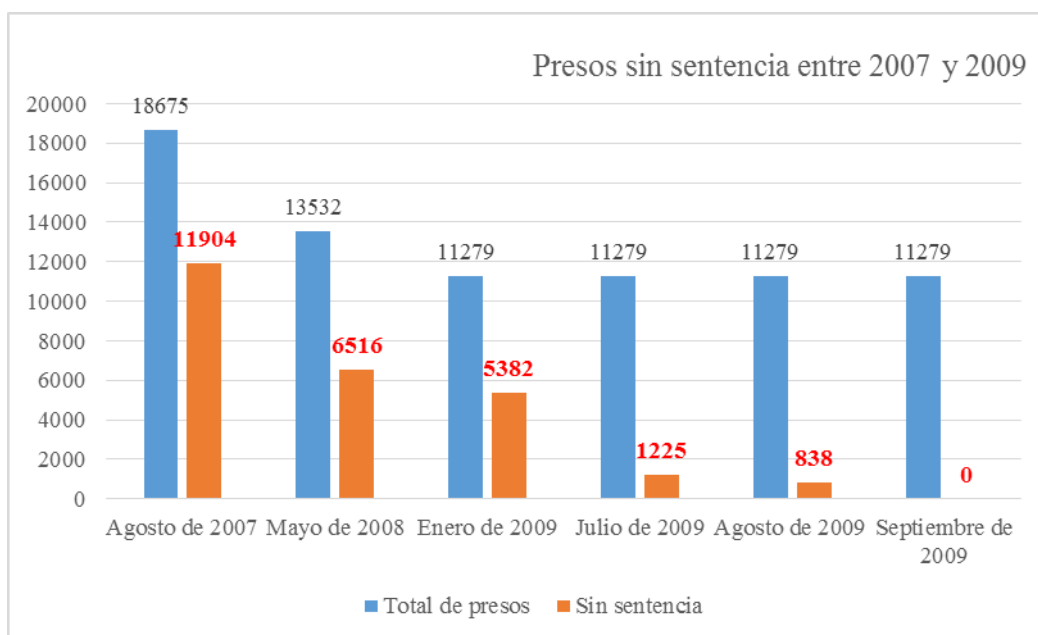


Fuente: Subdirección de Gestión Procesal del Consejo de la Judicatura. Agosto 2015.

Estos datos al ser contrastados con la información presentada por la Defensoría Pública, *a priori* pudieran acreditar validez y veracidad; este organismo señala que desde el año 2007 el número de presos sin sentencia ha ido disminuyendo significativamente, en relación al número total de detenidos, hasta llegar a la cifra de cero detenidos sin sentencia en el año 2009.

Cuadro No. 19

Número de presos sin sentencia en el Ecuador entre 2007 y 2009.



Fuente: Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador. Código ISSN 1390-9606
Defensa y Justicia.

La información contenida en la página oficial de la Defensoría Pública podría adolecer de errores en la determinación de los datos del total de presos pero sin duda tiene lógica con la información relacionada a los eventos de la caducidad de la prisión preventiva. No hay duda que hay un estrecho vínculo directamente proporcional entre el número de detenidos sin sentencia y el número de eventos que se produce la caducidad preventiva. Sin embargo, la escasa información oficial existente mostraría, en primera instancia, que la caducidad de la prisión preventiva

ha dejado de ser una problemática judicial y social en nuestro país y que el número de presos sin sentencia iría en la misma senda.

Sin perjuicio de lo explicado y analizado una situación queda latente; la prisión preventiva sigue siendo la principal herramienta para intentar reducir los índices delincuenciales, disminuir la posibilidad de reincidencia por parte de los presuntos delincuentes detenidos y reducir la sensación de inseguridad ciudadana, de allí que se advierte su aplicación constante en los delitos flagrantes, sin valoración mayor o significativa de la gravedad del mismo ratificándose como una suerte de pena anticipada antes que como una medida excepcional.

En el tiempo actual no se puede inadvertir los resultados de la anteriormente citada Consulta y Referéndum Popular de 2011 porque condicionan la temporalidad de la prisión preventiva, es decir su caducidad. La norma expresa, como se analizó anteriormente, que si por cualquier medio, la persona procesada evade, retarda, evita o impide su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad el decurso del plazo de la medida cautelar se suspende.

La simple lectura de la disposición constitucional muestra lo ambigua e indeterminada que resulta y sobretodo el riesgo que implica para el procesado. Supongamos por ejemplo una enfermedad que le impida acudir a rendir una versión, o que la escasez de recursos le impidan tener una defensa profesional técnica oportuna, por sí solas esas circunstancias serían causales atribuibles a su responsabilidad para provocar la caducidad.

Además implicaría que el procesado desde la privación de su libertad deba solventar sus propias limitaciones, las de su entorno y eventualmente de los involucrados en el proceso penal para evitar la apreciación que por su responsabilidad ha existido demora procesal. De lo expuesto, vuelve a ser el detenido el sujeto con menos poder y vulnerabilidad en su relación con el aparataje estatal que busca determinar su responsabilidad y sanción.

El debate de la caducidad de la prisión preventiva, en nuestros días, parece tener puntos importantes de consenso y aplicación, tanto que los números muestran cifras bastante aceptables en torno de su aplicación, apenas 396 entre el 2010 y agosto del 2015, sin embargo la controversia no termina, nuevos riesgos amenazan el

escenario jurídico ecuatoriano, particularmente en el uso desmedido de la prisión preventiva, que no es un tema recientemente denunciado pero que debe ser responsablemente tratado y con la determinación de objetivos y plazos razonables.

El compromiso intergeneracional que asumimos debe orientarse a garantizar una mayor simetría de la distribución y aplicación de la seguridad jurídica, porque el Estado tiene a los ciudadanos como el objeto central de la actividad estatal y de su instrumentalización para garantizar la vigencia de los derechos de las personas no solo en el Ecuador sino en todo el mundo. Este ideal tan largamente anhelado no encuentra concreción pese a los aparentes esfuerzos integrales para conseguirlo.

Resuena la idea de Ferrajoli que aspira a convertirse en un ideal que debemos aspirar todas las personas: derechos y garantías; la ley del más débil!!! La Constitución Ecuatoriana determina su calidad de protectora de las garantías y derechos en ella proclamados. Garantías y protección se entienden como sinónimos, pero más allá de esta ecuación el verdadero desafío es el desarrollo de controles del poder público y privado del estado en beneficio los derechos fundamentales de las personas para construir una sociedad más justa, equitativa y segura, un orgulloso legado de las generaciones que nos antecedieron y de nosotros hacia las generaciones futuras.

Conclusiones

El análisis de la doctrina, de la normativa nacional e internacional de Derechos Humanos y de la información estadística planteada en el presente trabajo referida a la caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador y su relación entre el derecho a la libertad y la seguridad ciudadana permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. La prisión preventiva debe ser aplicada como una herramienta excepcional del sistema procesal penal.

La prisión preventiva ha tenido un particular desarrollo histórico y doctrinario que inicialmente perseguía la custodia del presunto infractor de un delito y no su sanción penal, menos aún si no contaba con los elementos suficientes que demostraran la participación y responsabilidad del justiciable.

Además ha sido reconocida como la medida más fuerte que puede imponerse a una persona y por tanto debe ser profundamente analizada previa su resolución, exigiendo de los jueces que conceden esta medida cautelar la plena convicción no solo de la existencia de un delito grave sino también de la participación de quien va a imputar.

La creciente demanda ciudadana por combatir la inseguridad, sumada a políticas criminales, entre otras la de cero tolerancia, han hecho de la prisión preventiva la medida cautelar más utilizada, la que ha servido no solo para impedir que los infractores continúen con su accionar delictivo sino para excluirlos socialmente, resultado secundario perverso de su aplicación

La medida privativa de libertad debe ser aplicada de manera excepcional y restrictiva, comprendiendo que defender la aplicación de la prisión preventiva como último recurso no significa legitimar la impunidad sino estructurar un sistema penal que responda de manera ágil y oportuna a los delitos que realmente atentan contra la

seguridad ciudadana y además y sobre todo respeten la dignidad humana del detenido.

Sin embargo, en nuestro país entre los años 1994 y 2000 hubo una tendencia a la baja de la aplicación de prisión preventiva y es justamente entre los años 2001 al 2008, luego de la vigencia de una nueva norma procesal penal, contrario a lo que se preveía debía suceder, se produce una alza marcada de aplicación de la medida, llegando a uno de sus pico más altos en el año 2008. Estos datos marcaron una realidad de nuestro país, la prisión preventiva seguía siendo la principal disposición legal utilizada como una respuesta oportuna frente al delito, de allí su caracterización doctrinaria de ser más una pena anticipada que una medida cautelar.

Por otro lado, entre el 2012 y 2015, la aplicación de la medida cautelar la prisión preventiva se aplicó en 60.774 delitos flagrantes de los 104.514 eventos conocidos por las Unidades de Flagrancia de la Fiscalía. Esto parece significar la presencia de un nuevo concepto: flagrancia = prisión preventiva, con el que se explicaría que de los casos denunciados el 58,14 fueron delitos flagrantes que provocaron la detención del victimario, en tanto que el 41.86% se dividen entre libertades concedidas con apertura de procesos judiciales, por no existir flagrancia o por no constituir delito.

El ideal de su aplicación sería apartarla de la asociación que tiene con la alarma social que causa el delito cometido y aplicarla en mérito absoluto, de su esencia cautelar y excepcional; y, de los hechos desde los que se origina la posibilidad de su imposición guiada por los principios constitucionales y normativa internacional existente en relación a la medida cautelar.

Entonces, la medida cautelar de prisión preventiva tiene que ser replanteada considerando los alcances que se buscan, no solo desde el ámbito judicial sino desde la esencia misma de la medida, que ha estado a merced de los aciertos y desaciertos procesales penales que sin duda han existido han tenido como norte el mejoramiento, celeridad, inmediatez, transparencia, eficacia del modelo de justicia penal y superar ciertos abusos endémicos como la aplicación confusa y a veces oscura de la prisión preventiva, el hermetismo jurisdiccional, el excesivo ritualismo y formalismo que

atentaban a los derechos de los justiciables, para que su aplicación esté acorde con los principios constitucionales y demás normativa internacional.

2. La caducidad de la prisión preventiva es una garantía constitucional irreductible fundamental y obligatoria ante la temporalidad excesiva de la prisión preventiva.

La determinación de la temporalidad en que queda sin efecto la medida de la prisión preventiva en la Constitución ecuatoriana convierta a esta disposición en una garantía constitucional conocida doctrinariamente como caducidad de la prisión preventiva.

La calidad de garantía constitucional que tiene la caducidad de la prisión preventiva no solo está fundamentada por su registro en el texto de la Carta Magna sino porque su cometido principal es prevenir, cesar o enmendar la vulneración de derechos. Pero no es suficiente su reconocimiento como garantía para que sea efectiva sino que la función judicial, mejor dicho, las instituciones y funcionarios que lo conforman, y los ciudadanos estamos llamados a buscar la manera de hacer eficaz la garantía y esta pueda avalar suficientemente el ejercicio del derecho.

No se trata de ninguna manera de defender la caducidad de la prisión para alcanzar la libertad del justiciable no sentenciado, tampoco se trata de legitimar la impunidad; se trata solamente de defender el ejercicio del derecho que tiene un ciudadano que en la condición de privado de libertad está en situación de debilidad frente al aparato estatal con todo el poder investigativo y legal pretendiendo demostrar su responsabilidad en un delito cometido.

A las garantías constitucionales no se las puede ni debe desconocer, tampoco se puede renunciar a ellas. Exigir la observancia de la garantía constitucional de la caducidad de la prisión no debe entenderse para alcanzar injustificada o indebidamente la libertad del justiciable no sentenciado, tampoco para legitimar la impunidad; se trata solamente de defender la posibilidad que defensa de sus derechos que le otorga la misma Constitución y ley.

Se observa con claridad que en el país la necesidad de exigir jurídicamente la caducidad de la prisión preventiva se ha reducido significativamente en términos cuantitativos. Este trabajo, inicialmente determinó que el promedio de los días que duraba la prisión preventiva, desde la detención hasta la fecha del juicio, fue de 381 días a nivel nacional, entre los años 2000 y 2006 cuando la Carta Magna señalaba un tiempo extremo de seis meses o un año, de acuerdo al delito que se investigaba; este dato puede construir una idea de cuál era el trato judicial a los privados de libertad y cuál era la exigencia de demandar la caducidad de la prisión preventiva considerando que en el período indicado el número de presos preventivos en el país, según los datos obtenidos, superaban las 47.000 personas.

Sin embargo, aparentemente los órganos judiciales del país ha logrado administrar debidamente la temporalidad de la prisión preventiva al punto que la demanda de caducidad de la prisión es un tema sin mayor debate. Así se establece que entre 2007 y 2009 se produjeron 4749 eventos en que operó la caducidad de la prisión preventiva de una población de presos preventivos que fácilmente podía superar los 25.000 de acuerdo a los datos presentados en este trabajo pero entre 2010 y 2015 los casos de caducidad solo llegaron a 396, un número insignificante en consideración que entre el 2012 y 2015 hubo un total de 60.774 presos preventivos, significando una reducción aproximada del 90%.

La caducidad de la prisión preventiva es una garantía que no se puede ni debe renunciar, cuando se vulnera un derecho constitucional o se renuncia a él se afectan otros derechos. En el caso presente por ejemplo; y entre otros; su quebrantamiento afecta por ejemplo y entre otros, al debido proceso erigido como un derecho instrumental al derecho de tutela jurídica efectiva.

Afecta al derecho a la libertad, valor supremo de la persona humana, que naturalmente es un derecho diferente inatacable e indisponible, que presentan un límite a los poderes públicos y a la política, tanto como a los poderes privados; su carácter supra estatal lo desvincula necesariamente de los intereses y opiniones individuales para que su disfrute sea generalizado y brille su proclamada condición universalista; y, menoscaba la presunción de inocencia, presupuesto básico de todas las demás garantías de los procesos judiciales que lejos de distraer el proceso penal lo racionaliza y encausa, por lo que no puede ceder el principio individual de

inocencia al juicio colectivo de culpabilidad, tanto más que esa potestad es exclusiva de los jueces competentes obligados a desarrollar actividades probatorias de la culpabilidad del justiciable; y, mientras aquello no suceda el sujeto debe conservar su condición de inocente.

Entonces, las garantías configuran una relación constitucional, que en un extremo tiene al Estado y en el otro a los ciudadanos titulares de las garantías. Sin embargo, la relación obliga únicamente a quienes impone restricciones, es decir a los poderes del Estado; los ciudadanos por el contrario no necesitan dar ni hacer nada para disfrutar plenamente de dichas garantías en beneficio del ejercicio de sus derechos.

3. La aplicación de la prisión preventiva y su caducidad está ligada a la exigencia ciudadana de seguridad.

Un factor que ha marcado la gobernabilidad de los estados contemporáneos es la seguridad, y ha sido a partir de ella que se han construido políticas públicas, reformas normativas y hasta sistemas políticos.

La comprensión del concepto emerge sencillamente del sentido común, casi es suficiente exigirla para saber a qué se hace referencia. Construir la seguridad es diferente a conceptualizarla. Se hace imprescindible identificar las causas que impiden la seguridad; los actores involucrados en las causas y soluciones; los medios y recursos existentes; y, las estrategias políticas y sociales oportunas son los factores críticos de la seguridad.

No identificar estos factores impide gestionar los conflictos sociales que amenazan la seguridad y consecuentemente se potencializan los riesgos sobre los derechos de las personas pues puede incluso dar cabida a lo que se denomina populismo punitivo, es decir la presión popular que, infundadamente, cree encontrar en el aumento de penas, en la creación de nuevos tipos penales o en la reducción de la edad para la imputabilidad, la solución a los problemas de seguridad.

Es posible que se suscite una presión tan alta por la generación de seguridad que se minimice, inobserve y menosprecie los derechos de quienes serían los

causantes de la inseguridad, es decir de los delincuentes. Paralelamente se alienta la identificación de determinados grupos sociales que se criminalizan rápidamente (pobres, indigentes, vendedores ambulantes, negros, menores que están obligados a trabajar en la calle) construyendo estructuras sociales excluyentes que se naturalizan aceleradamente; y, que tienen una capacidad insólita su apoderase de las competencias jurisdiccionales y decidir en un momento determinado, cuáles deben ser o no los patrones que deben ser aceptados y protegidos socialmente.

En nuestro país la utilización de la prisión preventiva históricamente ha estado ligada a las demandas de seguridad ciudadana la misma que se mide en base a siete delitos más frecuentes y que son: robo de personas, robo de accesorios de vehículos, robo de domicilios, robo de vehículos, robo en locales comerciales, robo de motocicletas y muertes violentas (homicidios y asesinatos).

Los delitos indicados no son los únicos ni los principales pero han sido considerados como indicadores de seguridad, lo que no significa que los delitos asociados por ejemplo a las drogas y armas no tengan importancia en el tema de seguridad. En efecto, en el Ecuador, los delitos de robo, drogas y armas son los que conllevan el mayor número de detenidos en delito flagrante y de aquellos, en un porcentaje aproximado del 75%, se aplica la prisión preventiva.

En apoyo de lo señalado, la Fiscalía General determina que el mayor porcentaje de detenciones en flagrancia a nivel nacional, entre julio de 2012 y julio 2014, se dan por tres delitos principales: robo (26,6%); consumo, tráfico, fabricación de drogas (17,9%); y, tenencia y transportación ilegal de armas y explosivos (8,9%). Estos tres delitos significan más del 50% de los tipos penales sobre los que se dicta medida de prisión preventiva aún cuando esta medida es de *ultima ratio* conforme lo señala generalmente la doctrina y las leyes penales.

Es posible que esta circunstancia se provoque por una presión tan alta de generación de seguridad que se minimice, inobserve y menosprecie los derechos de quienes serían los causantes de la inseguridad, es decir de los presuntos delincuentes.

Los discursos políticos suelen tornarse realidades y en principio estos son permeables a las exigencias sociales como la de seguridad que he citado. Generalmente los discursos son precedentes a reformas judiciales rígidas que lejos de

obtener los resultados propuestos por las políticas criminales estatales alcanzan como resultado cárceles saturadas, hacinamientos inhumanos y altísimos costos secundarios económicos y sociales.

En palabras finales, el debate entre seguridad, políticas sociales derechos estará siempre vigente, constituyéndose posibilidad simultánea de resguardo y riesgo a los derechos y garantías de las personas. Esto exige una ciudadana activa, conocedora, participativa, proactiva, empoderada y vigilante permanente de la eficacia y libre ejercicio de sus derechos en búsqueda satisfacer la demanda intergeneracional de seguridad y de bienestar y bien común.

Bibliografía

Textos académicos

Andrade, Santiago; Grijalva, Agustín; Storini, Claudia, edit. “La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones”. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009.

Ávila, Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y justicia”. En Ávila Santamaría, Ramiro Fernando, ed.; Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado. 19-38. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ávila Ramiro, “La (In) Justicia penal en la democracia constitucional de derechos”, Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2013.

Bazdresch Luis, “Garantías constitucionales, curso introductorio”, México: Editorial Trillas, 2002.

Beccaria Cesare, “De los delitos y las penas”, Madrid: Editorial Committee, 2015

Bermúdez Coronel, Eduardo. “La Prisión Preventiva, excepción de la presunción de inocencia”, Cuenca, Impresora Rocafuerte, 2001.

Bodero Edmundo René, “El Amparo de la Libertad” Quito s.n 1996

Bovino, Alberto. “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”. En Abregú, Martín, y Courtis, Christian, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

Carrara Francesco, “Programa de derecho criminal”, Bogotá: Temis, 1957.

Corigliano Mario, “Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Consulta 15 de agosto de 2015.

De Pina Rafael, “Diccionario de Derecho”, México: Editorial Porrúa, 2001.

Edwards Carlos E, “Garantías constitucionales en materia penal”, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996.

- Falcone Roberto, “La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos, en revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Buenos Aires: Editorial Lexis Nexi 2004.
- Fenoll Jordi N., “Fundamentos de derecho procesal penal”, Buenos Aires: Euros editores S.R.L, 2012.
- Ferrajoli, Luigi. “Derechos y garantías, la ley del más débil”, Madrid, Editorial Trota S.A., 2009.
- Ferrajoli Luigi, “Derecho y razón, teoría del garantismo penal”, Madrid: Editorial Trota, 1995.
- Fleming Abel, López Pablo, Garantías del imputado, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- Fuentes Claudio, “Sistemas judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Nro. 14.
- García Morillo Joaquín, “El Derecho a la libertad personal”, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1995.
- García Ramiro, Pérez-Cruz Agustín, Guevara Alba, “El proceso penal, derechos y garantías en el proceso penal”, Lima: ARA Editores, E.I.R.L., 2014.
- Gómez Lara, Cipriano. “Debido proceso como derecho humano”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F., 2006.
- La Rosa, Mariano, “Exención de prisión preventiva y excarcelación”, Buenos Aires. Editorial Astrea, 2007.
- Lasso Juan, “Análisis del principio del doble conforme y su aplicación en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano”, Tesis de pregrado, Universidad de las Américas, sede Ecuador, 2014.
- Londoño César A., “Medidas de aseguramiento. Análisis constitucional”, Bogotá: Ediciones Nueva jurídica, 2009.

- Machicado Jorge, “Carta Magna de Juan sin tierra”, Centro de estudios de derecho, 2008.
- Moroni Lucas, “Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 2010”, Montevideo, Mastergraf srl, 2010.
- Pavarinni Massimo, “Castigar al enemigo, criminalidad, exclusión y seguridad”, Quito: Flacso, 2009.
- Picó Joan, “Las garantías constitucionales del proceso”, Barcelona, COCHS, Industria Gráfica, 2002.
- Prieto Sanchís Luis, “Garantismo y derecho penal”, Madrid, Iustel Portal Derecho S.A., 2011.
- Prieto Sanchís Luis, “La limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades”, Madrid: iustel editorial, 2003.
- Riego Cristian, Binder Alberto Martín, Sistemas judiciales, una perspectiva integral sobre la administración de justicia, Santiago: Alfabetas Artes Gráficas, 2009.
- Riego Cristián, Duce Mauricio, “Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina”, Santiago, Alfabetas Artes Gráficas, 2009.
- Rodríguez Alfonso, Orlando. “La presunción de inocencia, principios universales”, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2010.
- Roxin Claus, “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000
- Torres Chaves, Efraín, “Breves comentarios al Código de Procedimiento Penal”, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, Solarte, 2003.
- Vaca A Ricardo, “Derecho Procesal Penal ecuatoriano”, Quito: Ediciones legales EDLE SA, 2014.
- Zavala Baquerizo, Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Quito. Edino. 2002.
- Zabaleta Arturo, “La prisión preventiva y la libertad provisoria”, Buenos Aires: Editorial Arayú, 1954.

Normativa

Código de Procedimiento Penal, 2000.

Código Orgánico Integral Penal, 2014.

Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1987.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789.

Declaración Universal de Derechos Humanos 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Reglas Mínimas de Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio, 1990.

Jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, 24 de abril de 1997.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, 27 de febrero de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe No. 86/09, Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso VS República Oriental Del Uruguay”, 6 de agosto de 2009.

Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, Tercer Informe Periódico del Ecuador sobre la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 18 de agosto del 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”. Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, No. 4, 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Godínez Cruz Vs. Honduras”. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, 1989

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Acosta Calderón VS Ecuador, reparaciones y costas”, 24 de junio de 2005. “Caso Tibi VS Ecuador”, 7 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador” 21 de noviembre de 2007.

Chile; Ley nº 20.253 que Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías, [2008], (Santiago, 14 de marzo de 2008.

Colombia; Ley 23/2006, de 7 de julio [2006], art. 63, 64 y 384, Bogotá, 28 de julio de 2006.

Ecuador; Ley Reformatoria al Código De Procedimiento Penal y al Código Penal [2009], art. Innumerado 1, en Registro Oficial Suplemento, No. 555, Quito, 24 de marzo de 2009.

Resolución No 002-2005-TC, Providencia del 17 de octubre del 2006.