

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

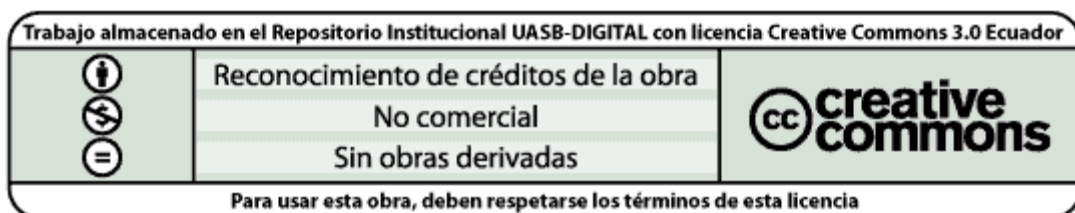
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**La presunción de inocencia y prisión preventiva en el proceso
penal ecuatoriano**

Autor: Juan Guillermo Salazar Almeida

Tutora: Dra. Elsa Guerra

Quito, 2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN

Yo, Juan Guillermo Salazar Almeida, en calidad de autor de la Tesis titulada “La presunción de inocencia y prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal 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 la responsabilidad frente a los 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.

Quito, 11 de Diciembre de 2015

Juan Guillermo Salazar Almeida

Resumen

En la presente investigación, se identifica un problema jurídico constitucional: el conflicto entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano, en virtud que en la práctica procesal, tanto la presunción de inocencia como la prisión preventiva crean nudos críticos, que colocan en entre dicho el valor jurídico del derecho a la libertad personal en el Estado constitucional de derechos y justicia; por tal razón en los objetivos investigativos se estableció la necesidad de dilucidar las causas por las cuales estas instituciones jurídicas producen visibles conflictos, con la finalidad de buscar soluciones que permitan subsanar las limitaciones observadas. Viabilizar el derecho de libertad personal y la concreción de los fines del proceso penal, premisa importante para edificar una justicia a tono con el Neoconstitucionalismo imperante en el actual paradigma estatal cuya tendencia garantista es impulsada por la Comunidad Internacional que motiva la practicidad del principio *pro persona*.

El Capítulo I, contiene un estudio de la presunción de inocencia, sus referentes históricos, definiciones, su importancia en el Estado constitucional de derechos y justicia, así como su impacto en la realidad procesal y la justicia penal.

El Capítulo II, contiene un estudio sobre la prisión preventiva, su evolución histórica, formas de implementación, su carácter de excepcional y medida de última ratio y su apreciación como una pena anticipada.

El Capítulo III, contiene un estudio respecto del conflicto o colisión que presentan los institutos de la presunción de inocencia y la prisión preventiva, y las garantías en juego desde un enfoque legal y constitucional.

Por esta investigación llegamos a la conclusión que el conflicto persistente entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva, radica por problemas normativos y de la praxis, en casos en concreto.

Palabras claves: Presunción de inocencia; prisión preventiva, conflicto, colisión, principios, garantías, antinomia, constitución.

Dedicatoria

A quienes les debo todo y están juntos, Dios y mi amada madre, allá en las alturas, con sagrado respeto y sumisión; a mis hijos Juan, Martín, Guillermo y mi pequeña Syarita, razón para vivir.

Gracias...

Juan Guillermo Salazar Almeida

Agradecimiento

Un agradecimiento especial a todos los maestros de la Universidad Andina Simón Bolívar, por su generosidad para compartir su sabiduría. Leales, brillantes, humildes. A los precursores de ésta insigne Universidad.

Mi gratitud al doctor Jhoel Escudero distinguido maestro y a la doctora Elsa Guerra Rodríguez, jóvenes de mente lúcida, por su valioso aporte en la dirección de este modesto trabajo de investigación.

A los pueblos nobles y dignos de nuestra América Latina, quienes rompiendo el yugo dominante, esclavizador de los invasores y del imperio, nos han dejado como legado la posibilidad de ser libres de cuerpo y de pensamiento.

Juan Guillermo Salazar Almeida

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO PRIMERO	10
1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	10
1.1. La libertad personal como derecho fundamental.....	10
1.2. Breves referentes históricos.....	15
1.3. Principio de presunción de inocencia: conceptualización y configuración constitucional.....	21
1.4. La presunción de inocencia en el derecho internacional de derechos humanos.....	27
1.5. El procesado y el principio de la presunción de inocencia.....	30
CAPÍTULO SEGUNDO.....	33
2. LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	33
2.1. La prisión preventiva breve aproximación a su proceso evolutivo	33
2.2. Características y mecanismos para la implementación	40
2.2.1 Características.....	40
2.2.2. Mecanismos para la implementación.....	42
2.3. La prisión preventiva concebida como una pena anticipada	48
2.4. La prisión preventiva como medida cautelar de última ratio y su carácter excepcional	52
2.4.1. Las medidas alternativas a la prisión preventiva	59
CAPÍTULO TERCERO.....	62
3. CONFLICTO Y CONFRONTACIÓN ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	62
3.1. La prisión preventiva como garantía de derechos constitucionales y fundamentales en el proceso penal	63
3.2. Conflicto de principios, la colisión entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva. Las garantías en juego.....	64

3.3. La restricción del derecho a la libertad y la prisión preventiva, muestra de estadísticas referenciales	74
3.3.1. El Plazo Razonable	79
3.4. Sobre las sanciones externas por vulneración del principio de presunción de inocencia penal alemitir la medida de prisión preventiva ilegítima	81
3.5. Aproximaciones al conflicto en la praxis por colisión de principios entre la presunción y la prisión preventiva	87
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	94

Introducción

Esta investigación parte del porqué del conflicto entre las garantías constitucionales de la presunción de inocencia y la prisión preventiva, por cuanto, desde la promulgación y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se instituyó como paradigma estatal el Estado Constitucional de derechos y justicia, en donde se declaró la plena operatividad del principio universal *pro persona*, dando paso a que el centro de la actividad legislativa se encuentra el ser humano, siendo deber y obligación de la Asamblea Nacional, velar por la plena vigencia y realización material de los derechos humanos, constitucionales y legales de los habitantes del Ecuador, respeto de las garantías constitucionales del debido proceso, contenidas en el art. 76 de la Carta Magna; sin embargo, de manera contradictoria la Constitución de la República y el Código Orgánico Integral Penal, el Estado, el operador administrador de justicia, coloca en entre dicho a la presunción de inocencia, toda vez que su vulneración resulta ser *sine qua non* al proceso penal, pues se concibe a la prisión preventiva como el mecanismo más idóneo para asegurar la comparecencia del investigado a juicio, identificado el conflicto entre el principio de la presunción de inocencia y el de la prisión preventiva; corresponderá establecer cuál es el camino adecuado para su equilibrio en la aplicación y reconocimiento de derechos y garantías, considerando que el Estado ecuatoriano es garantista de derechos humanos

Dentro del capítulo primero se aborda la universalidad de la presunción de inocencia, para ello se parte del análisis de los referentes históricos, seguidamente se define y conceptualiza al principio de presunción de inocencia, su incidencia en el Estado constitucional de derechos y justicia, y de los ordenamientos Jurídicos Internacionales que intervienen en ella. En el capítulo segundo se analiza a la prisión preventiva, más adelante se establecen los mecanismos para la implementación de la medida privativa de la libertad, su carácter de excepcional y de última ratio; además se revela cómo dentro del quehacer jurídico cotidiano la privación de la libertad a través de esta medida cautelar personal, se impone como una pena anticipada, desatendiendo otras medidas alternativas que no afecten la garantía constitucional de aseguramiento del procesado al proceso y la pena; a la vez aseguran un uso adecuado del derecho penal, En la presente investigación titulada: La presunción de inocencia

y prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano, se emplearon los métodos: exegético de interpretación y análisis de importantes cuerpos normativos, nacionales e internacionales. El método analítico en virtud que se han estudiado cada una de las causas del problema planteado, efectuando una desmembración del todo, para analizar cada uno de los institutos jurídicos en conflicto, la presunción de inocencia y la prisión preventiva. El método científico frente a la necesidad de la comprobación de la hipótesis y por la dinámica que presenta el problema investigado, su discusión y comprobación.

Capítulo primero

1. La presunción de inocencia

El presente capítulo contiene un estudio analítico respecto del principio de la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico, catalogado como un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y es en este capítulo donde se podrá apreciar la íntima relación que existe entre este principio y el Estado constitucional de derechos y justicia como se ha definido el Ecuador, garantista de los derechos de las personas, entre ellos el de la libertad personal. Nos referiremos brevemente a sus referentes históricos del principio de presunción de inocencia e incluiremos varias definiciones; además analizaremos su relevancia en el sistema de administración de justicia penal.

1.1. La libertad personal como derecho fundamental

Iniciaremos señalando brevemente el significado de la libertad en términos generales, para luego distinguir aquella que es materia de nuestro interés en el presente trabajo.

Se tiene que libertad es aquella facultad o capacidad de un ser humano para actuar o no actuar, siguiendo su criterio y su voluntad; se dice también que es un estado o condición en que se encuentra una persona. Tiene su procedencia en el latín, *libertas, libertatis*. Se considera un derecho del ser humano y también un valor y es fácil observarla en variados ámbitos como la filosofía, el derecho, la ética, etc. Ser libre es parte de la naturaleza humana, sin embargo se tiene que en ocasiones se ve condicionada por factores externos o ajenos a la voluntad de la persona humana.

Esta capacidad de actuar, de no actuar, según su voluntad, tiene que ver con el significado universal que tiene la libertad, sin embargo ya en el desarrollo social, se han ido generando segmentos y por tal, clasificaciones necesarias para ejercitar mejor este derecho, así tenemos derivaciones como el derecho a la libertad de expresión, libertad de culto, libertad de trabajo, libertad de asociación, libertad de circulación, libertad de conciencia, como podemos observar entre otros los previstos

en el artículo 66 de la Constitución de la República, así como en los artículos 18, 19, 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En esta investigación, nos corresponde analizar y discutir la problemática planteada, respecto de la libertad personal, de cuerpo, de aquella que impide a la persona la libre circulación, el libre tránsito y que tiene como origen un mandato legal y constitucional dentro del sistema de justicia penal. Nuestra perspectiva respecto del derecho humano, la libertad personal, teniendo presente que la privación de la misma resulta ser su antónimo.

La libertad es un derecho que nace con la persona, razón por la cual, su esencia ha sido discutida desde todos los ámbitos del pensamiento y desde todas las tendencias filosóficas; al respecto, bien manifiesta Bronislaw Malinowski:

Los filósofos y pensadores, políticos, teólogos y psicólogos, estudiosos de la historia y de la moral, han usado esta palabra con un alcance de sentidos harto amplio. Esto se debió en gran parte al hecho de que la palabra libertad, por razones muy definidas, tiene una seducción sentimental y un peso retórico que hace muy cómodo su uso en la arenga, en el sermón moral, en la exhortación poética y en el debate metafísico.¹

El derecho a la libertad personal es de elemental trascendencia, de significancia universal, reconocido como derecho fundamental por los Estados que conceptualizan a la libertad como derecho primario y básico de toda persona; así lo manifiestan países como el nuestro, las repúblicas vecinas de Colombia que en su norma suprema declara que todas las personas nacen libres, y prohíbe restringir dicha libertad mediante prisión sino conforme las leyes y el debido proceso². La República de Perú en su Constitución señala que los ciudadanos tienen derecho a la libertad y seguridad personales; no se permite forma alguna de restricción de la libertad, salvo lo previsto en la ley³; incluso países de corte socialista como Cuba en su Carta

¹ Bronislaw Malinowski, *Libertad y Criminalización* (Buenos Aires: Edit. Losada, 1984), 36.

² *Constitución Política de la República de Colombia* [1991], tít. II, “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”, cap. primero, “De los Derechos Fundamentales”, arts. 13, 28 ([Bogotá]: Secretaría del Senado de la República de Colombia, 1991).

³ *Constitución de la República del Perú* [1993], tít. I, “De la Persona y la Sociedad”, cap. primero, “Derechos Fundamentales de la Persona”, art. 2, num. 4 ([Lima]: Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Constitucional, artículo 9 señala que el Estado garantiza la libertad y la libertad plena del hombre⁴.

En la obra clásica *Don Quijote de la Mancha* se extrema:

[...] la libertad, Sancho es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida y, por el contrario el cautiverio es el mayor mal que pueda venir a los hombres. Digo esto, Sancho porque bien has visto el regalo, la abundancia que en este castillo que dejamos hemos tenido; pues en mitad de aquellos banquetes sazonados y de aquellas bebidas de nieve me parecía a mí que estaba metido entre las estrecheces del hambre, porque no lo gozaba con la libertad que lo gozara si fueran míos [...].⁵

El estudioso Segundo Linares, se expresa respecto de la libertad:

La libertad es una palabra tan antigua como la historia del hombre, y que la propia historia de la humanidad puede ser sintetizada como la historia de la lucha eterna del hombre por la libertad: nacido para ser libre, combate sin tregua a través de los siglos para obtener la libertad primero; para conservarla, luego; y, cuando la ha perdido, para recuperarla; iniciando así un nuevo ciclo, en una serie que se repite al infinito en el decurso de los siglos, sin que nunca la conquista sea definitiva, como si la voluntad divina fuera que, por ese medio, la llama de la libertad se mantenga perennemente encendida en el alma humana.⁶

De lo señalado a manera de reflexión debe entenderse a la libertad personal como un derecho humano que debe ser tutelado, protegido por el Estado, su verdadera incidencia se registra en la vida cotidiana de las personas, pudiendo este derecho verse limitado únicamente en la aplicación de la potestad estatal, la ley, en virtud de un proceso.

En Roma la libertad personal significó, desde las primeras épocas, uno de los tres estados o situaciones fundamentales que integraban la capacidad jurídico-política de las personas, siendo entonces la libertad la marca diferenciadora de unos y otros:

⁴ *Constitución de la República de Cuba* [1976], cap. primero “Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado”, art. 9 ([La Habana]: Asamblea Nacional del Poder Popular, 1976).

⁵ Miguel de Cervantes Saavedra, *Don Quijote de la Mancha* (Madrid: Edit. Santillana, 2014).

⁶ Segundo Linares, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Edit. Plus Ultra, 1988), 30.

libres y esclavos. Resumiendo su situación en dos básicas posturas: a los libres todo, a los esclavos nada.⁷

En la Edad Media, la libertad personal prácticamente se negociaba con el Rey o Monarca de turno, a pesar de que las catas forales y los *Bills of Rights* conocidos como Carta de Derechos o Declaración de Derechos, la idea de libertad era endeble y de difícil concreción. Más adelante, el iluminismo del siglo XVIII hizo de la libertad un símbolo, experimentándose avances prácticos por su carácter dialéctico.⁸

En el racionalismo y época contemporánea la libertad evolucionó al ser inserta en la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia (12 de junio de 1776), en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (4 de julio de 1776), en la Constitución de los Estados Unidos (17 de octubre de 1787) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789); esfuerzos normativos que se establecieron como frenos al poder omnímodo del Estado.⁹

La libertad personal representa la conquista más grande de la humanidad, por ello constituye un derecho fundamental de los seres humanos. Es un derecho irrenunciable, blindado de garantías en el ordenamiento jurídico interno como externo.

Jorge Eduardo Carranza Piña, vecino estudioso del derecho penal, constitucional colombiano señala:

Para entender a la libertad como concepto o como categoría del pensamiento, es importante partir del postulado de Protágoras que determina al hombre como “la medida de todas las cosas en cuanto son y en cuanto no son”. Este relativismo de Protágoras se ha convertido a lo largo de la civilización humana en estandarte de grandes principios relativos a la libertad, que dan cuenta de sociedades democráticas.¹⁰

⁷ Véase Carlos García Torres, *Derecho Romano: una revisión sumaria* (Loja: Editorial DYKINSON, 2012).

⁸ Véase Horkheimer y Adorno, *Dialéctica del Iluminismo*. (Buenos Aires: Edit. Portada, 1987).

⁹ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Asamblea Nacional Constituyente francesa (1789).

¹⁰ Jorge Eduardo Carranza Piña, *La libertad y la detención preventiva*, (Bogotá: Edit. Leyer, 2002), 9.

Por ello, hablar de libertad en una sociedad cuyo Estado se ha definido como Constitucional de derechos y justicia, le otorga papel preponderante, en el marco constitucional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Este Tribunal ha señalado que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar “tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.”¹¹

Por ello, en la presente investigación, corresponde analizar y discutir la problemática planteada, respecto de la libertad personal, de cuerpo, de aquella que nos permite la libre circulación, el libre tránsito y que se garantiza por mandato legal y constitucional dentro del sistema de justicia penal. Nuestra perspectiva respecto del derecho humano, la libertad personal, teniendo presente que la privación de la misma resulta ser su antónimo.

Ya hemos hecho breves citas históricas en las épocas, respecto a este derecho y ahora corresponde saber si realmente somos libres o no. Referimos que todos tenemos derecho a ser libre y no se puede restringir esa libertad salvo por razones previstas en la normatividad legal. ¿Qué es ser libre?, cada uno tiene una respuesta.

Se acomoda perfectamente al servicio de esta investigación, el criterio de Isahi Berlin respecto de la libertad. El autor británico distingue dos tipos de libertad; la libertad negativa y la libertad positiva. Señala “1. Libertad negativa: cuanto más ausencia de coacción en la vida privada del individuo, más libre es. Es decir, cada persona es capaz de hacer lo que quiera, siempre que no menoscabe los derechos y la libertad del otro. 2. Libertad positiva: es la capacidad que tiene cada individuo de tener control sobre su propia vida. Es decir, es la capacidad que tiene el yo superior (conciencia y razón) de controlar a su yo. Esta libertad es la que hace hincapié, sobre todo en la ética y la moral.”

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio 2003. Los hechos del presente caso se refieren al señor Juan Humberto Sánchez, quien fue detenido en dos ocasiones por las fuerzas armadas hondureñas por su presunta vinculación con el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional de El Salvador.

De esta apreciación que es científica sobre la libertad, inferimos que nuestra libertad negativa está supeditada a no menoscabar derechos de otros. El Estado que es el más interesado en la libertad positiva, ha normado y reglado las conductas de las personas como protector del bien común que se asocian a la libertad positiva, señalar a los ciudadanos en general y particular, que es lo correcto, que es lo recomendable para las personas, justificar restricciones individuales en favor de la mayoría de la comunidad. Es en esta interrelación, es que la libertad funciona como afirma el autor. ¿Cuándo puede correr riesgo nuestra libertad personal?, cuando infringimos un deber, interferimos en los derechos ajenos, no actuamos con ética, sin embargo se asegura, que aunque parezcan contrapuestas estas dos clases de libertad, sirven al individuo para buscar una convivencia justa; genera la justicia social.

La libertad personal, con límites, no existe por tanto libertad total, depende de nuestra ética y formación para no invadir espacios prohibidos y que se han constituido en derechos de la sociedad; si infringe la persona, se le restringe este derecho, esta garantía constitucional. Este concepto nos ayudará a manejar mejor el análisis entre la presunción de inocencia y la privación de la libertad.

1.2. Breves referentes históricos

En los últimos años bajo la acción reformista del neoconstitucionalismo y el garantismo constitucional plasmado en la Constitución del año 2008 varios ordenamientos jurídicos fundamentalmente de la materia penal han sufrido radicales transformaciones. Cambio de paradigma, en procura de dotar de eficiencia al proceso penal, sin que este proceso reformista haya logrado el propósito que los motivó, esto es, dar amplia viabilidad a una justicia penal virtuosa, regentada por el respeto a las garantías del Debido Proceso y otras de orden universal como la libertad, contenidas en la Constitución y la ley. Autores como Agustín Grijalva Jiménez resaltan el carácter garantista de la Constitución ecuatoriana al señalar que:

La Constitución de 2008 fortalece las garantías constitucionales. Esta consolidación está dada tanto por la ampliación del tipo de garantías como por el desarrollo de las garantías jurisdiccionales incluidas en la Constitución de 1998[...]Las nuevas garantías, según la Constitución de Montecristi, son las de carácter normativo[...]las garantías normativas

(artículo 85) establecen la obligación de los legisladores a regular los derechos fundamentales exclusivamente mediante ley (reserva de ley), y la de no atentar contra el núcleo de tales derechos (artículo 11, numeral 4).¹²

Pese a que en el año 2008 entró en vigencia la Constitución de la República del Ecuador, la vigésima primera en la historia constitucional, la legislación penal en su conjunto se mostraba anacrónica y discordante con la estructura de avanzada de las garantías procesales especificadas en el mandato constitucional, impidiendo la viabilización de importantísimos principios procesales de corte universal, propios del neoconstitucionalismo, como el principio *pro persona* que sustenta y da vida a la presunción de inocencia y al principio *pro libertad*.

La Asamblea Nacional del Ecuador asumió el reto de estructurar una nueva legislación penal, a través de la sistematización de todas y cada una de las disposiciones penales que se encontraban dispersas en el ordenamiento jurídico; adecuar la legislación penal a la nueva estructura garantista del Estado ecuatoriano, de esta manera nació a la vida jurídica el Código Orgánico Integral Penal después de 72 años de vigencia de un Código Penal, que ya era necesario reemplazarlo, cuerpo normativo del que destaca el proceso penal, la presunción de inocencia.

Se presume la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada; esta garantía que en su antecedente más cercano deviene del Estado de derecho, como principio de inocencia o presunción de inocencia, en el Estado constitucional de derechos y justicia, tomó relevancia respecto de la problemática procesal que representan las medidas cautelares personales de privación de la libertad. Este criterio es armónico con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[...] Construye una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia en firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que la sentencia de condenar, por ende, la aplicación de una pena, solo puede estar fundada en la certeza [...]. La exigencia impide que se trate como culpable a la persona solo sospechosa de haber cometido una conducta delictiva, sin importar el grado de

¹² Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Centro de Estudios y difusión de la Corte Constitucional, 2012), 13.

verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena.¹³

De este modo, los principios de mínima intervención penal, *pro persona* y *pro libertatis* así como la presunción de inocencia y de los de derecho internacional de derechos humanos, se ven debilitados, sin embargo que el mandamiento constitucional en cuanto al principio invocado manda, surta efectos erga omnes, pues obliga a todos los jueces y todo operador de justicia o auxiliar del sistema, a considerar la inocencia del ciudadano; la norma general es la garantía de libertad de los ciudadanos, conforme dispone el artículo 77 de la Constitución; a ello se debe adherir que los administradores de justicia, muchos, formados en el pasado Estado Social de Derecho y el sistema inquisitivo, se siguen considerando a sí mismos como ejecutores de la ley y no como intérpretes de la misma y de la Constitución, lo que influye también para desatender el principio de la presunción de inocencia e imponer sin determinar el estado de necesidad, la medida de prisión preventiva que es de última ratio.

Eduardo Bermúdez Coronel, citando a Julio B. Maier en relación a la presunción de inocencia sostiene que:

[...] el principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste, en cambio en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige el trato de inocente, sin importar para ello, el hecho de que sea, realmente, culpable o inocente por el hecho que se le atribuye [...] el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara.¹⁴

La presunción de inocencia nace a la vida jurídica, dentro de la órbita de garantizar los derechos humanos, la libertad de las personas después de una larga evolución jurídico-social, marcada por conquistas y reivindicaciones, que

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Guillermo José Maqueda vs. la República de Argentina*, caso 11.245, informe 12/96. El 23 de enero de 1989 Guillermo Maqueda, miembro activo del Movimiento Todos por la Patria, intentó participar de una movilización pacífica cerca de un cuartel en la zona de La Tablada. No obstante, dicha movilización no se llevó a cabo puesto que en dicha zona se originó un enfrentamiento armado, resultado de la acción de un grupo de personas que intentaron la toma del cuartel. El 19 de mayo de 1989, Guillermo Maqueda fue detenido y luego condenado a diez años de prisión por los delitos de asociación ilícita calificada, rebelión, usurpación, robo agravado, entre otros. Los representantes del señor Maqueda interpusieron un recurso extraordinario y luego un recurso de queja, ambos de ellos denegados.

¹⁴ Eduardo Bermúdez Coronel, *Debido Proceso*, primera edición, (Quito: ProJusticia, 2001), 42.

literalmente le significaron a la humanidad la respuesta a siglos de sufrimiento, arbitrariedad e indignidad.

Considerando que la presunción de inocencia se trata de una garantía de carácter universal, que se ha evolucionado en toda civilización humana, no se puede fijar su génesis en eventos en concreto o en determinado tiempo y lugar del planeta; por lo que corresponde remitirnos en ciertos sucesos importantes; bien podemos manifestar que los orígenes de la presunción de inocencia se encuentran en los postulados de la Escuela Penal Clásica, donde se estructura el principio de legalidad “*nulla poena sine praevia lege*”, que se traduce como: “ningún delito, ninguna pena sin ley previa”, de ello se colige que, para que una persona sea juzgada y condenada por el cometimiento de un delito, el Estado está en la obligación de tipificar con anterioridad aquella conducta como antijurídica, en virtud del bien jurídico protegido; pero el principio de inocencia no queda ahí, se extiende hasta el estatus jurídico que debe guardar y mantener el investigado durante la tramitación del proceso penal, estableciéndose a favor del mismo, el derecho humano para permanecer en libertad mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, es inocente y se mantiene como tal hasta que el procedimiento penal culmine.

Bajo tal premisa, la comunidad internacional ha elaborado un cúmulo de principios, reglas, valores, derechos y garantías procesales, para que protejan a las partes procesadas, durante la tramitación de un procedimiento penal, adecuado a las legislaciones internas de cada uno de los países aceptantes.

Con anterioridad a que se consolide la presunción de inocencia, se aplicaba el principio contrario: todo hombre se presume culpable hasta que haya sido declarado inocente. Fue así como millares de personas sufrieron aún la pena de muerte porque no pudieron demostrar ser inocentes, en procesos indebidos, sin posibilidad de defensa.

Antes de la Revolución Francesa, la presunción de inocencia no tenía el carácter de derecho fundamental, aunque en algunas sociedades europeas comenzaba a aplicarse el principio “*quilibet praesemittus bonus, doñee probetur contrarium*”,

cuya significancia consiste en “se presume lo bueno mientras no se pruebe lo contrario”.

El 27 de junio de 1776 en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia se expresó que un hombre “no puede ser declarado culpable” sin el consentimiento unánime del jurado. Más adelante en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional, en Francia, el 26 de agosto de 1789, en su artículo 9 se declaró que: “[...] cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley”.¹⁵

Después de Francia, la *Bill of Rights*, de 1791, la Constitución de los Estados Unidos de América, consagra la presunción de inocencia en la quinta enmienda señala que ninguna persona podrá ser privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso Judicial, principios que los viabiliza a través de la sexta enmienda:

En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra; tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor, y contará con asistencia jurídica para su defensa.¹⁶

Posteriormente, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 22 de mayo de 1948, dispone que: “[...] se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable”.¹⁷

Artículo 59.- Nadie puede ser preso, o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso

¹⁵ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Asamblea Nacional Constituyente francesa (1789).

¹⁶ *Constitución de los Estados Unidos de Norte América* [1791], “Carta de los Derechos”, “Sexta enmienda”.

¹⁷ *IX Conferencia Internacional Americana para la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Organización de los Estados Americanos (1948).

cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de doce horas a lo más del arresto de un ciudadano, expedirá el juez una orden firmada, en que se expresen los motivos. El juez que faltare a esta disposición, y el alcaide que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria.

Estas Declaraciones de corte internacional, dado su incidencia mundial llevaron a que las legislaciones internas de la gran mayoría de Estados de la comunidad internacional, incluyeran el derecho de la presunción de inocencia dentro de su legislación interna. Cabe destacar que algunos Estados consideraron necesario incorporar la presunción de inocencia como derecho, otras como garantía y muchas otras como principio; sin embargo, por pertenecer al legado internacional la presunción de inocencia alcanzó mundialmente tal prestigio normativo que se conoce fue incluida dentro de las constituciones de los Estados del mundo; razón por la cual, su caracterización interna como derecho, garantía y/o principio, establece su omnipresencia en todo proceso penal, a favor de la parte más débil de la relación jurídica que viene a ser el procesado, el acusado.

Progresivamente las Constituciones de los siglos XIX y XX recogieron este derecho fundamental, aunque la presunción de inocencia tuvo su matrícula en los Códigos Penales. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Constitución de Italia, de 1947, afirma: “El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme”.¹⁸

En nuestro Ecuador, desde la primera Constitución de 1930, aunque no se refería de manera directa al principio de presunción de inocencia, su contenido normativo protege este estatus de los ciudadanos, cuando en su artículo 59 señalaba que nadie puede ser preso, o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de doce horas a lo más del arresto de un ciudadano, expedirá el juez una orden firmada, en que se expresen los motivos. El juez que faltare a esta disposición, y el alcaide que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria. Se tiene entonces que las personas eran consideradas

¹⁸ *Constitución de la República del Italiana* [2008], tít. I, “De las Relaciones Civiles”, art. 27 ([Alessandria]: 1947).

inocentes, y no podía restringirse su libertad, salvo delito flagrante, en los mismos términos que consta en nuestra actual Carta Magna en su artículo 77.

Actualmente en América Latina la presunción de inocencia es canon fundamental del derecho penal y varios Estados han erigido a esta garantía con rango constitucional. En el Código Procesal Penal del Perú se señala que “toda persona de la comisión de un hecho punible es considerada inocente [...]”¹⁹; igualmente el Código Procesal Penal de Colombia manifiesta que “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”²⁰ ; como se observa en la mayoría de Estados latinoamericanos este principio es de cumplimiento obligatorio en abstracto.

En Ecuador es un principio rector del Derecho Penal, del Estado constitucional de derechos y justicia; así la Constitución de la República y el Código Orgánico Integral Penal estatuyen que en las actuaciones penales prevalece el principio de presunción de inocencia y toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no sea declarado culpable en sentencia ejecutoriada como se analizará a continuación.

El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirán por los siguientes principios: [...] 4. Inocencia.- toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.²¹

De tal forma que ninguna persona podrá ser condenada mientras no exista la real convicción de su responsabilidad penal, y para aquello será indispensable que toda prueba sea completa, caso contrario sería improcedente condenarla.

1.3. Principio de presunción de inocencia: conceptualización y configuración constitucional

¹⁹ Perú, *Código Procesal Penal*, Decreto Legislativo No. 957 (2004), art. 2.

²⁰ Colombia, *Código Procesal Penal*, en Diario Oficial 45.658 (2004), art. 7.

²¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 5, num. 4.

Es importante para el estudio, realizar una breve demarcación o quizá una diferenciación entre lo que es el estado de inocencia y a su vez la presunción de inocencia en el proceso penal. Para lograr aquello tenemos que partir de que la libertad es como dijimos en líneas anteriores una garantía que tiene todo ciudadano, que no puede ser afectada ni por el Estado ni nadie en particular, excepto por causas previamente previstas en el ordenamiento jurídico subordinado al Estado Constitucional de derechos y justicia.

Por ello que concretamente tenemos que el Estado de inocencia es connatural con la persona, es una condición humana que surge desde que este existe, hasta cuando deja de existir, de tal forma que éste estado de inocencia no requiere estar protegida por ninguna presunción y para vivir a plenitud el estado de inocencia, en la sociedad solo se requiere ajustarse y no apartarse del ordenamiento jurídico. Goza de esta condición el ser humano, indiferentemente de que sea sujeto o no de un procesamiento judicial.

La presunción de inocencia penal, en el ordenamiento jurídico tiene que ver a nuestro parecer con el estado jurídico de una persona dentro de un proceso judicial, por ello que el principio determina que el procesado debe ser considerado inocente mientras no se demuestre lo contrario en sentencia ejecutoriada; debe presumirse su inocencia; conlleva necesariamente ser parte o sujeto procesal.

Generalmente se otorga una similitud expresa al estado de inocencia, en relación con la presunción de inocencia, sin embargo comparten es el elemento esencial del garantismo procesal; el Estado de inocencia estatus connatural de la persona humana; nace el individuo irradiado del estado de inocencia, puede ser destruido luego de un proceso legítimo que determine la responsabilidad penal de una persona acusada, habrá pasado de un estado de inocencia, a un estado de culpabilidad; sin embargo la presunción de inocencia se limita a ser una garantía procesal, no así el estado de inocencia que es la garantía máxima de un ciudadano que se materializa en todo momento de su vida, haya o no proceso penal en su contra.

La presunción de inocencia es considerada como un derecho y una garantía a la vez, en el Ecuador tenemos que el artículo 76 de la Constitución señala: [...] Garantías básicas al debido proceso.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad [...].

La presunción de inocencia es un derecho de las personas, partiendo de que derecho representa la potestad de poder tener, exigir lo que la ley, la constitución, las normas en general le han asignado a una persona, por ello que nuestra norma constitucional invocada, asegura ese derecho a sus habitantes, que busca no se vulnere a su vez la garantía de la libertad personal. Es un derecho de defensa y a su vez una garantía frente al poder punitivo del Estado.

Porqué decimos que es un derecho la presunción de inocencia, esto por cuanto porque consiste en una expectativa positiva de que no se lesionen sus garantías primarias como es el estado de inocencia y la prohibición de ser tratado procesalmente como culpable, cuando aquella condición no se ha declarado, frente al inminente riesgo de ver restringido ilegítimamente su derecho a la libertad que a su vez constituye una garantía prevista en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; por tanto irrumpir ilegítimamente en lo prohibido, la sanción por lesión de este derecho como veremos luego en las sentencias de la Corte IDH; por ello que sin embargo de que estas instituciones del derecho universal, sin bien no son análogas, la relación entre derechos y sus garantías, interactúan íntimamente, considero no pueden actuar separadamente, porque son parte de un todo. Así las garantías equivalen a la observación de los derechos contenidos en la normatividad jurídica²². Ferrajoli asevera que existe una tesis de confusión entre derechos y sus garantías.²³ Tiene que haber garantías para

²² Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías. Edt. Trotta, Séptima edición, 2010, Madrid, p. 43

²³ Respecto de los derechos y garantías Ferrajoli señala que “Los argumentos teórico- jurídico con los que habitualmente se replica la tesis de carácter supranacional de los derechos humanos, sean de libertad o sociales, son de cuño realista. Los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos, porque están desprovistos de garantías por la misma razón no se ha visto, según muchos filósofos y politólogos, tampoco serían derechos los derechos sociales, igualmente carentes de las adecuadas garantías jurisdiccionales. Esta tesis, cuya formulación clásica se debe a Hans Kelsen, es la última de las cuatro que al principio me he propuesto confutar. Se concreta en la afirmación de que más allá de su proclamación aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no

que haya derechos y en el caso de la presunción de inocencia, existe la garantía del principio de inocencia por tal existe el derecho para exigir que se cumpla y respete.

Porqué llamamos principio de presunción de inocencia; esto porque como principio constituye una regla, una norma que orienta el debido proceso, que guía protege la garantía de la libertad de una persona; se menciona que un principio plasmado en una norma jurídica, se convierte en una garantía, obligatoria para todos, en este caso viene a constituirse en una garantía del derecho procesal penal.

El principio de presunción de inocencia, analicemos su terminología compuesta:

¿Qué significado tiene el término jurídico presunción?: consiste en un juicio a través del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede; de este modo la presunción es una guía para la valoración de las pruebas, éstas deben demostrar la certidumbre en el hecho que se presume delito.

En cuanto a la significancia del término inocente, Jorge Clariá Olmedo, en su Tratado de Derecho Procesal Penal, señala:

Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. “mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ello se haya abierto causa penal y cualquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período cognoscitivo de éste [...].²⁴

Según el tratadista ecuatoriano José García Falconí, la presunción de inocencia es:

sería un verdadero derecho. Así, hemos llegado a la cuarta cuestión enunciada al principio que es previa a cualquier discurso sobre los derechos, ya sean de derecho interno o de derecho internacional: la de la relación entre los derechos y sus garantías. Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir la internalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra [...]

²⁴ Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, (Córdoba: Edit. Córdoba, 1984), 230.

[...] el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón comportándose de acuerdo a los valores, principio y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un juez competente no adquiera la convicción a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida, respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal y especialmente la prisión preventiva en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales.²⁵

La anterior Constitución Política de la República de 1998, en su artículo 24 numeral 7 disponía que: “[...] Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada” [...]”²⁶, con lo cual esta presunción, constitucionalmente ya fue concebida como una garantía también aplicada al derecho procesal; lo que correlativamente significaba que el impulso de la acción penal y la carga de la prueba se encontraba a cargo del Estado ecuatoriano, la Fiscalía General del Estado según dispone el artículo 195 de la Constitución. Esta garantía fue robustecida en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, en su artículo 76 numeral 2; cuenta también la incorporación de varios principios universales penales tales como: la mínima intervención penal, el *pro persona*, el *pro libertatis*, el *pro debilis*, que en consecuencia exigen al operador de justicia aplicar la norma constitucional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la ley, de modo que más favorezca al ejercicio pleno de los derechos humanos.

El artículo 76 numeral 2 de la Constitución del 2008 señala: “Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.²⁷ “La presunción de inocencia a más de ser una garantía constitucional, es sin duda por derivación en la

²⁵ José Carlos García Falconí, *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva*, (Quito: Ediciones RODIN, 2011), 30-1.

²⁶ Registro Oficial Suplemento No. 1, 11/08/1998, *Constitución Política del Ecuador* [1998], tít. III, “De los Derechos, Garantías y Deberes”, cap. segundo, “De los Derechos Civiles”, art. 24, num. 7 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006), 8.

²⁷ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 76, num. 2 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 27.

aplicación, una garantía procesal, que afianza el principio de inocencia y el de legalidad a fin de que exista un equilibrio entre el *jus puniendi* y el derecho de los coasociados”.²⁸

Cabe entonces destacar que la presunción de inocencia está definida y se funda en el principio del *in dubio pro persona* en virtud del cual, a la persona se le presume inocente mientras por la autoridad competente no se haya demostrado su culpabilidad. De esta garantía se deriva que:

Las personas no son autores de delitos, en consecuencia sólo hay delitos y detenciones por actos, no por sospechas. El acusado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Las personas no tienen la obligación de probar su inocencia de una acusación, salvo en determinados delitos, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba.²⁹

La presunción de inocencia consiste en un juicio, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican el modo normal como el mismo sucede. Es suponer que algo existe y que es indiscutible, aunque no se encuentre probado. La presunción es una guía para la valoración de las pruebas, de tal modo que estas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o del hecho presumible.³⁰

De las definiciones registradas se llega a concluir que la presunción de inocencia goza en nuestro ordenamiento jurídico de la más alta jerarquía normativa constitucional como parte de los derechos y garantías del debido proceso, de observación y viabilización irrestricta; además de ser parte de los principios procesales universales que la comunidad internacional cuida y tutela. Garantía que asegura al procesado un estatus jurídico de excepcionalidad mediante el cual no está obligado a demostrar ni probar su inocencia, porque ésta se presume no sólo de derecho sino por estatus constitucional, correspondiendo por tanto al órgano persecutor de la acción pública, que es la Fiscalía General del Estado, impulsar la acusación en la acción penal pública, y sólo después de un juicio previo se presenta la posibilidad de destruir la garantía de la presunción de inocencia.³¹

²⁸ Lenin Arroyo Beltrán, *Las garantías individuales y el rol de protección constitucional*, (Guayaquil: Edit. Arroyo Ediciones, 1998), 170.

²⁹ Luis Jiménez De Asúa, *Filosofía y Ley Penal*, (Buenos Aires: Edit. Losada, 1964), 17.

³⁰ *Ibíd.*, 31

³¹ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IV, “Participación y Organización del Poder”, cap. cuarto, “Función Judicial y justicia indígena”, art. 195 [Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

1.4. La presunción de inocencia en el derecho internacional de derechos humanos

La presunción de inocencia como expresamos en el punto inmediato anterior, se encuentra normativamente contenida en nuestra Constitución de la República como una de las garantías constitucionales del debido proceso, a saber:

Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: Numeral 2do. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución en firme o sentencia ejecutoriada.³²

Además de su jerarquización constitucional, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad han generado pautas para acoger principios mediante sendos documentos internacionales, constituyéndose en un eje sustancial de la materialización del paradigma garantista en Ecuador.

El artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República manda que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye garantías básicas. En esas garantías básicas tenemos “[...] 2.- Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firma o sentencia ejecutoriada [...]”.³³ El artículo 424 de la Constitución de la República manda, que en virtud de ser “[...] la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; las normas y los actos de poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales [...]”.³⁴ Bajo esta premisa suprema, el artículo 5. 4 del Código Orgánico Integral Penal dispone que “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal,

³² Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 76, ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 27.

³³ *Ibíd.*, art. 76, 27.

³⁴ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IX, “Supremacía de la Constitución”, cap. primero, “Principios”, art. 424 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 125.

mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”³⁵, en los términos que analizaremos en el transcurso de esta investigación.

La presunción de inocencia adquiere el estatus de derecho humano según consta en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que señala 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”.³⁶

Después su consolidación como norma de *jus cogens*³⁷ del Derecho Internacional Público en los pactos internacionales de Derechos Humanos, que por su carácter de imperativo no admiten exclusión ni alteración de su contenido, tenemos a saber:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, en su artículo 14, numeral 2do, manifiesta: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.³⁸
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, en su artículo 8, numeral 2do, manifiesta: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]”.³⁹
- La Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950, en su artículo 6, numeral 2do, manifiesta:

³⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 5.

³⁶ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Asamblea General de las Naciones Unidas (1948).

³⁷ La norma *jus cogens* es una locución latina utilizada para hacer referencia a que las normas imperativas no admiten ser excluidas ni alteradas en su contenido.

³⁸ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Asamblea General de las Naciones Unidas (1976).

³⁹ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Organización de los Estados Americanos, Costa Rica, San José, 22 de noviembre de 1969.

“Toda persona acusada de un delito se presumirá inocente mientras no se haya probado legalmente su culpabilidad”.⁴⁰

Señalemos lo que plantea el Dr. Albán Gómez respecto de esta garantía y su importancia en la normatividad internacional:

Sin embargo tal obstrucción puede alcanzar límites de intolerancia por irrespeto del paradigma estatal constitucional de derechos y justicia, pues, pese a los resguardos constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la presunción de inocencia para nuestro modesto criterio, es vulnerada, sin embargo la fuerza vinculante de los Tratados Internacionales en los términos señalados y lo que expresamente determina la Constitución de la República en su artículo 419.4 Recordemos que este compromiso incluye la aprobación por la Asamblea Nacional, dada la fuerza del Tratado Internacional, en el orden jerárquico de aplicación de las normas, prevalece sobre las normas del derecho interno, excepto de la Constitución.⁴¹

Los Tratados Internacionales con contenido en el área penal, suscritos por el Ecuador también inciden en el derecho nacional interno, tal el caso de Convenciones de las Naciones Unidas contra la corrupción o contra la delincuencia organizada transnacional, establece la obligación del Estado de tipificar conductas delictivas que abordan el universo de los actos criminales de los cuales versan cada convención; sin embargo más allá de la importancia de estas normas internacionales, no se merma en absoluto el derecho a la presunción de inocencia en virtud de tener justamente fundamento en tratados y convenios internacionales, para concluir a continuación citamos el criterio de la CIDH en su informe No. 50:

De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es quizás la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana (Art. 8.2)⁴²

⁴⁰ *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Consejo de Europa (1950).

⁴¹ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Tomo II, (Quito: Edit. Ediciones Legales, 2011), 80.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 50 /00, Caso 11.298, Fondo, Reinaldo Figueredo Planchart, Venezuela, 13 de abril de 2000, párr.118, principio 36.

Finalmente, como podemos apreciar, los convenios y tratados internacionales a los que nos hemos referido, sustentan y fortalecen esta garantía universal en favor del ser humano, como observamos, van desde el Pacto Internacional de Naciones Unidas que la conforman casi la totalidad de países del mundo, se refuerza a través de convenios continentales tal el caso del continente americano y europeo, coincidiendo en que todos los seres humanos del mundo nacen libres y si se exalta la libertad de las personas individualmente, los deberes de los estados expresan la dignidad de esa libertad.

1.5. El procesado y el principio de la presunción de inocencia

El artículo 76 de la Constitución de la República⁴³, establece las garantías del debido proceso entre las que consta la presunción de inocencia como una garantía que tiene todo ciudadano al ser procesado penalmente, sin que interese al momento de la iniciación del procesamiento, cuáles pudieran ser los resultados luego de su juzgamiento, en virtud que esta garantía siempre acompaña a la persona, antes y durante un procesamiento judicial.

Por el carácter garantista de los derechos consagrados en la Constitución ecuatoriana, en materia penal la ley es permisiva y favorable; esta característica se aprecia en el Código Orgánico Integral Penal cuando en el artículo 5 numeral 4⁴⁴ prescribe que toda persona mantiene su estatus de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

Robert Alexy señala “[...] Si se toma textualmente el postulado de la constitucionalidad material, este postulado significa que toda intervención en la libertad negativa es una vulneración del artículo 2 párrafo 1 LF cuando viola alguna norma de derecho fundamental[...]”;⁴⁵ por ello que al constituir la presunción de

⁴³ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 76, ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 27.

⁴⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 5.

⁴⁵ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010), 338.

inocencia una garantía constitucional, que protege el derecho fundamental de la libertad, no puede ser vulnerado por las autoridades administrativas o judiciales, en virtud que por su jerarquía suprema constituye una seguridad que se le otorga al procesado a que esta garantía no sea vulnerada por el ejercicio del poder punitivo del Estado mismo que debe ser controlado a fin de que se eviten arbitrariedades que afecten garantías como el debido proceso en favor del procesado.

En el Código Orgánico Integral Penal Título V, Capítulo II, se han asignado ciertas denominaciones para las personas que puedan estar relacionadas con un proceso penal, de acuerdo al grado de conocimiento sobre la noticia de un delito. Así tenemos que devienen denominaciones genéricas que adjetivizan al individuo como sospechoso, investigado, procesado; lo cierto es que cualquiera que fuera su denominación, el principio de presunción de inocencia abarca a toda persona, y con más rigor a aquellas en contra de quien se ha levantado un proceso penal de acción pública. Al respecto Rodrigo Rivera señala:

Esa consagración constitucional de la presunción de inocencia en los Tratados Internacionales y en las Constituciones se ha hecho para establecer una garantía a favor de todos los ciudadanos sometidos a algún procedimiento penal o sancionador, la cual impone desde que comienza la investigación hasta que concluye el juicio mediante sentencia en firme.⁴⁶

Considerándose que procesado es la persona en contra de quien se ha iniciado instrucción fiscal, implica haberse encontrado indicios la existencia de un hecho delictivo, existen elementos de convicción de que pudiera ser el autor o cómplice de un delito, en los términos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal; y, en su condición de procesado, es de mayor riesgo y peligro se dicte en su contra la medida cautelar personal de prisión preventiva.

Los derechos humanos constituyen las garantías mínimas que tenemos los ciudadanos por el solo hecho de ser humanos y por tal tienen relación con su dignidad humana en los términos que dejamos señalados en líneas anteriores, consecuentemente el principio de libertad, es un escudo protector la presunción de

⁴⁶ Rodrigo Rivera Morales, *Constitucionalismo y Proceso Hoy*, (Barquisimeto: Editorial Horizonte, 2008), 100.

inocencia; de tal forma que, al respetar el principio de inocencia, sólo por excepción se podría limitar el derecho de la libertad a través de la medida cautelar de la prisión preventiva como medida de *última ratio*, como bien afirma nuestro apreciado profesor y servidor fiscal Dr. José García Falconí.

[...] las órdenes de prisión preventiva son las que más preocupan, ya que inciden en varios bienes jurídicos sumamente apreciados de las personas, como son: su libertad, su dignidad, el derecho al trabajo y la presunción de inocencia, por lo que, la prisión preventiva constituye una de las medidas cautelares más graves que contempla nuestro Código de Procedimiento Penal.⁴⁷

Significa que para la interacción del principio de presunción de inocencia no importa cuál sea la condición jurídica de la persona procesada, se encuentra amparada por el principio de inocencia. De hecho al admitir la omnipresencia del debido proceso en el sistema procesal penal acusatorio, el Estado y el operador de justicia está en la obligación de observar los principios constitucionales que le conlleven alcanzar un proceso penal público, técnico, legal e idóneo dentro del marco constitucional garantista de derechos.

El procesado no tiene la obligación de construir su inocencia, no puede ser tratado como culpable y debe exigir ser tratado como inocente como aparece en un pronunciamiento de la CIDH, respecto a la presunción de inocencia:

En cuanto a la alegada afectación por parte de la Corte del principio de presunción de inocencia, este Tribunal ha señalado que este principio constituye un fundamento de las garantías judiciales que implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa, y que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Asimismo, la Corte ha establecido que este principio es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. En este sentido, la presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable.⁴⁸

⁴⁷ José Carlos García Falconí, *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva*, (Quito: Ediciones RODIN, 2011), 32.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Fernández Ortega y otros vs Ecuador*, Sentencia 15 de mayo de 2011.

Capítulo segundo

2. La prisión preventiva

En el presente capítulo realizaremos un estudio sobre el instituto de la prisión preventiva, comenzando por registrar breves pasajes de su evolución histórica, así como las formas de implementación en el sistema procesal penal; su carácter de excepcional de medida de última ratio, su apreciación como una pena anticipada y la apreciación surgida para llegar a considerarla como una pena anticipada.

2.1. La prisión preventiva breve aproximación a su proceso evolutivo

Revisando brevemente episodios del pasado histórico respecto de las acciones dirigidas a privar la libertad de las personas, en sus antecedentes como un instrumento de represión, dentro de la gama de libertades a saber, refiriéndonos a la libertad personal de los ciudadanos, debemos tener presente que desde tiempos inmemoriales existe la preocupación del ser humano, por obtener un mínimo de garantías frente a la intromisión del poder; es decir que la humanidad en su dinámica de evolución, siempre consideró necesario limitar la capacidad del poder del Estado, y frenar la arbitrariedad, ya que existe el riesgo de que su ejercicio puede generar violencia y lesionar derechos humanos como la libertad personal. En Ecuador, casos demuestran cómo el poder puede desbordar los límites de la racionalidad y en su lugar toma cuerpo las acciones de temor, de encarcelamiento, terror psicológico, circunstancias que atentan a la esencia del modelo constitucional de éste país.

En los albores de la humanidad, el hombre primitivo no tenía la idea de privar de la libertad a otra persona, recordemos que en esta etapa de evolución del ser humano, lo único que existía era la idea de la venganza, frente a la comisión de un acto que lesione a otro ser humano; por eso, no corresponde imaginar siquiera que el humano primitivo requiriera construir prisiones, no había procesos penales, no existía el instituto de la prisión preventiva.

Más adelante, en un estado de evolución social, la privación de la libertad pasó a constituirse en un medio de represión, de castigo; así afirma Platón: “[...] la pena es la medicina, en contra del autor del delito, el tratamiento su aplicación y la cárcel el hospital”.⁴⁹ Afirmación que se nutre de las referencias contenidas en el libro Génesis ⁵⁰ de la Biblia, donde se manifiesta que las prisiones en el antiguo Egipto eran lugares específicos donde cumplían pena los presos del Faraón. Cabe destacar que estos centros carcelarios eran unas mazmorras subterráneas o construcciones abovedadas en las que no se conocía el respeto a la condición de ser humano; es más solo las personas reconocidas por el imperio o reino eran titulares de derechos.

De acuerdo con el pensamiento de William López Arévalo, se conoce que el más antiguo sistema de prisión destinado al cumplimiento de la pena, era la cárcel construida en 1166 en Claredón, por Enrique II de Inglaterra, donde promulgó sus famosas Constituciones, se establecieron jueces ambulantes y se desocuparon las cárceles de personas privadas de la libertad sin juicio.⁵¹

De la ligera ilustración se generan razones por las cuales se conoce que en esta época, la prisión de las personas era concebida como un medio de internamiento temporal, más no, como el lugar construido para purgar penas impuestas. Así Alfonso X de Castilla dictaminó en las Siete Partidas: “la cárcel debe ser para guardar a los presos no para otro mal”.⁵²

De acuerdo a lo revisado, se tiene que fue en Roma el lugar donde tuvo su origen el instituto de la privación de la libertad con los rasgos característicos que en cierta parte se conservan hasta la actualidad en los códigos procesales y que también se avizora en el actual Código Orgánico Integral Penal. En los primeros tiempos del derecho romano, inicio de la monarquía hasta la república, los aspectos religiosos se aplicaban a los argumentos propios del derecho, de tal suerte que los magistrados romanos podían a su arbitrio o simple parecer, disponer la privación de la libertad de una persona como medio de coerción, sin que se requiera para aquello algún asidero

⁴⁹ Cándido Conde Pumpido, *Derecho Penal*, Madrid: Edit. Constitución y Leyes, 1990, 32.

⁵⁰ *La Santa Biblia*, (Miami: Editorial UNILIT, 2008)

⁵¹ López Arévalo, William. *La prisión preventiva en el Estado Constitucional*. Quito: Edit. Jurídica del Ecuador, 2014, 50.

⁵² *Ibíd.*

legal, en virtud que bastaba contar con justificaciones meramente religiosas. En un inicio, tenemos la *coertio* (empleo de fuerza para que se cumpla lo ordenado en el proceso) que constituía el único medio de persecución de los delitos, por lo que el magistrado romano tenía un poder ilimitado que le hacía fácilmente caer en la arbitrariedad. En virtud de estos excesos, el derecho romano ha ido evolucionando en esta materia, expidiendo disposiciones para restringir el abuso de poder, como son las *Leges Parciae* (*leyes parciales*) dictadas en el siglo VI, cuya finalidad consistía en limitar el abuso y la arbitrariedad de los grupos de poder respecto de la prisión preventiva, o detención como lo conocían en aquel entonces.⁵³

Los avances más significativos al respecto, los encontramos en la República, con la vigencia de la Ley de las XII Tablas, en esta etapa humana generalmente se prescindía del encarcelamiento del procesado o acusado, más bien regía la llamada “*custodia libera*”, es decir se confiaba la custodia o cuidado del acusado a los particulares. Más adelante, con el advenimiento de las *Leges Iulia de vi publica et privata*, emitidas en el año 17 a.C., se conoce que se abolió la custodia libera para ciertas infracciones, pues, se tiene que para ese entonces imperaba ya el sistema acusatorio (Representa los antecedentes de nuestro actual sistema ecuatoriano), que conforme a la Ley de las XII Tablas, se garantizaba la plena igualdad a las partes en conflicto, tanto del acusador como del acusado (igualdad de armas), sin embargo y pese a lo citado, se debe tener presente que la orden de privación de la libertad personal se aplicaba en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, en los casos de delito flagrante o cuando el procesado confesaba el hecho.⁵⁴

Luego, se conoce que en la época de magnificencia romana, el sistema para la privación de la libertad de las personas no había cambiado, no se contemplaba esta medida durante el proceso, pero luego se las adoptó, dependiendo del caso en concreto y conforme algunas maneras o formas: *in carcelum* para las infracciones penales consideradas graves; *milite traditio* que consistía en la entrega del acusado a los militares para que se responsabilicen por su custodia; y, la *custodialibera*, que consistía en que el acusado podía estar libre bajo el cuidado y resguardado por una

⁵³ Véase Carlos García Torres, *Derecho Romano: una revisión sumaria* (Loja: Editorial DYKINSON, 2012)

⁵⁴ *Ibíd.*

persona en particular. La aplicación de estas medidas quedaba a criterio del jugador que las dictaba de acuerdo a la gravedad del hecho punible y además examinada la personalidad del inculpaado. Pero luego, en el decaimiento del Imperio de Roma, el derecho experimentó adelantos en lo que tiene que ver con los mecanismos para prisión de las personas, determinándose desde ese entonces que la prisión no podía constituirse bajo ningún concepto en una pena anticipada, pues, las simples presunciones aun en delitos graves no eran suficientes para reducir a prisión a una persona, con lo que se avizora corrientes de lo que más tarde significaría la presunción de inocencia.⁵⁵ Esta referida evolución, inclusive llevó a la vigencia de instituciones jurídicas para proteger al acusado contra detenciones ilegales como: *Lex Flavia de Plagiarus* y la *Liberalis Causa*, que correspondían a verdaderas acciones judiciales para la recuperación de la libertad, especialmente la *Liberalis Causa*, que permitía que la persona afectada por una detención arbitraria, pueda recuperar de inmediato su libertad; esta *liberalis causa*, guardaba similitud con la actual acción de hábeas corpus prevista en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.⁵⁶

Tenemos que en la edad media, existieron dos sistemas penales para el procesamiento de los acusados o imputados; en uno era la *accusatio* que consistía en el sistema acusatorio dominante hasta completar el siglo XIV, en el que los derechos de las personas acusadas estaban mejor protegidas y respetadas; a este sistema se le denominaba el *remedium ordinarium*. El otro sistema era el denominado *inquisitio* o indagación, mismo que a diferencia del sistema acusatorio antes referido, era considerado como un *remedium extraordinarium*, en virtud que los derechos del acusado eran meras expectativas; y es en esta época que el sistema inquisitivo desplazó, desterró por decir lo menos al sistema acusatorio; consecuentemente y por tanto nosotros consideramos que el derecho sufre una involución, ya que la prisión provisional pasa a ser la regla y no la excepción como sí lo era en el sistema acusatorio, puesto que el inquisitivo consideraba indispensable someter al acusado a prisión. Estas prácticas inquisitivas perduraron hasta finales del siglo XVIII, bajo el

⁵⁵ Véase Carlos García Torres, *Derecho Romano: una revisión sumaria* (Loja: Editorial DYKINSON, 2012).

⁵⁶ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. III, “Garantías Constitucionales”, cap. tercero, “Garantías Jurisdiccionales”, art. 89 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 35.

criterio o mecanismo de la prevención del delito a través de la intimidación, la amenaza, por eso se dice que actualmente parece ser que lo guardado en la historia vuelve a renacer, se pretende atacar el delito por persecución con doble propósito, apresar a los delincuentes, intimidar la delincuencia, atacar a través de la ley penal al contradictor del poder constituido; todo bajo el argumento de la implementación necesaria de un mecanismo de prevención, medidas que por supuesto no constituyen política criminal del Estado.⁵⁷

Recorriendo, los logros alcanzados en las Coronas británica y de Aragón, el derecho consuetudinario imperante de esa época alentaba la tesis de la no prisión o detención arbitraria para los habitantes del reino, encontrando breves referencias sobre este derecho en la Carta Magna de Juan sin tierra del año 1215 y luego en los Fueros de Egea (Aragón) de 1265; pero pronto, cuando se presentó el poder del absolutismo, caracterizado por una legislación represiva, la implementación del proceso inquisitivo, reaparecieron los abusos propios del poder ilimitado e irracional, frente al derecho a la libertad física de la persona. Esto de alguna manera puede explicarse que con el advenimiento la revolución burguesa y la implantación del Estado Liberal, uno de los primeros derechos del hombre ganados al Estado, fue el derecho a no ser detenido arbitrariamente y las garantías que rodean a la detención; principio de *legalidad* y *presunción de inocencia* artículos 7, 8 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁵⁸

En la época moderna se experimenta una sustancial evolución en lo que a las medidas restrictivas de la libertad corresponde. Así tenemos que en Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 7 se estableció que la detención procedía sólo en los casos determinados por la ley, y según las formas por ella prescritas, inclusive se reconocía el derecho a repeler toda detención arbitraria.⁵⁹

Las medidas privativas de libertad, la prisión preventiva, llamada también provisional toma cuerpo sólido en la conocida época contemporánea, finales del siglo

⁵⁷ *Ibíd.*, 25.

⁵⁸ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Asamblea Nacional Constituyente francesa (1789).

⁵⁹ *Ibíd.*

XX y principio del siglo XXI, con el surgimiento del denominado neoconstitucionalismo, cuyo proceso de evolución histórica, comienza después de la Segunda Guerra Mundial, con la promulgación de las denominadas constituciones de posguerra dictadas en Alemania, Italia y Francia. Estas ideas transformadoras se expanden posteriormente hacia América Latina en la década de los años 1990, 2000. En este sentido Miguel Carbonell, menciona que “[...] los derechos fundamentales en América Latina han sufrido un proceso de intensa evolución en los últimos 30 años. Si nos remontamos a la segunda mitad de la década de los 70 del siglo pasado, veremos las grandes diferencias que existen respecto a lo que tenemos hoy en día en materia de derechos [...]”⁶⁰ ; y, como venimos reiterando el derecho a la libertad, es personal y sus garantías es una muestra de este avance.

Luego que hemos abordado ligeramente, en lo externo, algunos pasajes evolutivos respecto de las medidas privativas de la libertad en contra de las personas, consideramos necesario ajustar este punto de investigación al contexto interno de Ecuador, reconociendo por supuesto la influencia externa, de cara al sistema Germano - Romano.

Ya en lo local, el profesor Sergio Páez Olmedo, ex catedrático de la Universidad Central del Ecuador, ha señalado que en los tiempos de la prehistoria, en los territorios que hoy es Ecuador, habitaban grupos humanos organizados que se regían por sus costumbres y las medidas precarias de aseguramiento y juzgamiento lo realizaban a través de actos divinos; en el antiguo Reino de Quito señala el maestro que se respetaba el derecho a la vida, y a la integridad física.⁶¹

En la época colonial, no se tienen apreciables referentes respecto a instituciones jurídicas como la privación de la libertad o medidas destinadas a lo que hoy se conoce como prisión provisional o preventiva, a mi criterio, consecuencia de la destrucción de la cultura indígena por parte de quienes invadieron estos territorios, imposibilitó prevalezca el derecho indígena mismo que aunque no era escrito contaba con sus normas para regular la conducta de las personas en una sociedad organizada

⁶⁰ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales* (Quito: Edit. Cevallos, 2010), 41.

⁶¹ Sergio Olmedo Páez, *Génesis y evolución del Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Edit. UCE, 1984), 25-6.

y reglas costumbristas que aunque incipientemente servían para defender derechos humanos como el de la libertad personal; pero la cultura occidental española desapareció este derecho costumbrista no escrito, cuyos rezagos procuran volver a tomar un espacio en la sociedad al haberse ya establecido en la Constitución de la República de 2008, el reconocimiento de la justicia indígena, aun cuando tiene sus limitaciones en materia de derechos humanos que corresponde su juzgamiento a la justicia ordinaria.

En la época republicana ya se conoce la institución de la prisión preventiva, y se cuenta ya con normatividad constitucional que rige la institución de la prisión personal aunque precaria, frente a la necesidad y el derecho social de afectar el derecho a la libertad, se va acomodando conforme los requerimientos de la comunidad. Federico Trabuco, recuerda que en la Constitución de 1830 en su artículo 59 consagró que “nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente”.⁶²

Señala el autor que en esta Constitución se respeta la libertad. Nos recuerda, que en la Constitución de 1835 en su artículo 93 se dispuso que nadie pueda ser arrestado y sólo por orden del juez, en resolución motivada y por causa delictiva se ordenaba la prisión.⁶³ Y, de esta manera todas las cartas constitucionales han venido normando la posibilidad procesal cierta y limitada de que se pueda ordenar la prisión provisional, hasta que concluya el juicio penal; y, hoy en día la Constitución, de corte garantista de derechos, en función de los lineamientos del neoconstitucionalismo, señala que la prisión preventiva es una medida de última ratio, a falta de otra de carácter alternativa.⁶⁴

De esta forma la institución jurídica de la prisión preventiva como medida de restricción del derecho de libertad personal, se ha ido adecuando conforme los requerimientos del Estado en el ejercicio de su poder punitivo, y las tensiones del

⁶² *Constitución del Estado del Ecuador* [1830], tít. VIII, “De los Derechos Civiles y Garantías”, art. 59, ([Riobamba]: 1830).

⁶³ Federico Trabuco. Biblioteca del H. Congreso Nacional del Ecuador. (Quito: 1975), 65-6.

⁶⁴ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77, ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 28.

reconocimiento y ampliación del contenido de nuevas garantías, principios y derechos para las personas inmersas en un proceso penal. Sin perjuicio de los conflictos que se han generado en su aplicación, asunto que ya lo abordaremos en líneas posteriores. Lo cierto es que de la breve observación a su proceso evolutivo este instituto reconoce que la libertad personal es la regla garantizada por la Constitución, por los organismos internacionales de protección y tutela de los derechos humanos, correspondiendo su aplicación con el carácter de excepcional, la restricción o limitación del derecho de libertad personal.

2.2. Características y mecanismos para la implementación

2.2.1 Características

La prisión preventiva es una medida que dicta el juez que conoce de la instrucción fiscal iniciada en contra de la persona procesada; se la adoptada en audiencia pública o privada según el caso pero siempre oralmente.

Entre las características esenciales de esta medida según nuestra ley penal integral, tenemos:

a) Instrumental.- Es instrumental por cuanto no tiene un fin en sí misma, sino que constituye un accesorio del proceso que reviste el carácter de principal del cual depende y/o a la vez asegura el cumplimiento de la pena, de los fines del proceso, comparecencia del procesado al proceso. Es un instrumento para lograr el desarrollo del proceso penal; no goza de autonomía pues su vigencia depende de la existencia del proceso penal, de tal forma que si el proceso se finiquita, también esta medida.⁶⁵

b) Provisional - revocable.- Esta característica implica que la prisión preventiva puede subsistir en cuanto duren las circunstancias que las motivaron, al punto que, en cualquier momento en que éstas cesan se puede pedir sea revocada.⁶⁶

⁶⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 534.

⁶⁶ *Ibíd.*, art.535.

c) Sustitutiva.- Porque previa aceptación del Juez de Garantías Penales, pueden ser sustituidas o reemplazadas por la caución o el garante.⁶⁷

d) Discrecional.- El Juez puede aceptar dictar la medida o a su vez rechazarla, atendiendo los mecanismos para su implementación en cuanto a la evaluación de criterios de necesidad, proporcionalidad y los mandatos de la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Ley.⁶⁸

e) Excepcional.- En efecto, la regla general es que toda persona es libre individualmente considerada como hemos venido afirmando. Por tanto, la prisión preventiva son excepcionales, en sentido restringido y literal.

f) Necesaria.- El Código Orgánico Integral Penal establece que el operador de justicia sólo debe adoptar las medidas privativas de la libertad, como la prisión preventiva, cuando considere que es la única manera y no otra de garantizar el cumplimiento de las normas de procedimiento, tales como la intermediación, aseguramiento del cumplimiento de una posible pena, etc.⁶⁹

g) Proporcional.- La medida privativa de la libertad en este caso la prisión preventiva, debe guardar relación con el hecho que es objeto del proceso y con la finalidad que pretende garantizar. El Juez debe observar la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena establecida; además observar si se trata de un caso que genere conmoción social, u otro delito que no genere mayor daño, etc.,⁷⁰ por lo que el legislador ha señalado que en delitos castigados con una pena no mayor a un año de privación de la libertad, no habrá lugar a la prisión preventiva, pero aquello no obsta que se pueda dictar medidas alternativas en infracciones que son castigadas con penas mayores a la de un año como consta en el artículo 534 del COIP.

⁶⁷ *Ibíd.*, art. 536.

⁶⁸ *Ibíd.*, 519.

⁶⁹ *Ibíd.*, 534.3

⁷⁰ *Ibíd.*, 534.4

h) Impugnable.- La medida privativa de la libertad admite la impugnación; puede ser revocada a través de la acción de hábeas corpus o de recurso de apelación ante el Tribunal Superior.⁷¹

i) Judiciales.- La medida privativa de la libertad sólo puede ser dictada por el Juez de Garantías Penales competente, ningún otro funcionario judicial que no sea el competente puede dictar la medida privativa de la libertad en un proceso penal, mediante resolución motivada.⁷²

j) Motivadas.- La medida privativa de la libertad debe ser, no sólo por el mandato constitucional que ordena que toda resolución de los poderes públicos que afecte a las personas debe ser motivada.⁷³ La motivación debe comprender de manera expresa la relación de los presupuestos que permiten la admisibilidad de la medida privativa de la libertad para que tenga eficacia.⁷⁴

2.2.2. Mecanismos para la implementación.

Iniciemos este punto de investigación, registrando el criterio del ex juez Dr. Luis Alberto Fernández Piedra, respecto del instituto procesal de la prisión preventiva en el proceso penal del Ecuador:

La prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal, es la excepción siendo la regla social la libertad, que es garantizada por los tratados, manifestada en la Declaración Universal de Derechos de los derechos Humanos, y la Constitución Política de la República, por ser preventiva no puede prolongarse por mucho tiempo, caso contrario se violaría el precepto de la norma suprema que es la presunción de inocencia, debiéndose probar por parte del Estado durante el proceso, la culpabilidad del imputado. Ya que ninguna persona puede cumplir una pena anticipada sino cuando ha sido declarada judicialmente su responsabilidad penal⁷⁵

⁷¹ *Ibíd*, 653.5

⁷² Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 76, num. 7, literal 1 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 28.

⁷³ *Ibíd*.

⁷⁴ *Ibíd*.

⁷⁵ Luis Alberto Fernández Piedra. *La detención y la prisión preventiva en el Ecuador* (Quito: Edit. FENAJE, 2004), 87.

Doctrinariamente se tiene que para la adopción de una medida privativa de la libertad de una persona deben concurrir *dos* presupuestos:

Primero, la justificación probatoria *fomusboni iuris* (latín), significa que el hecho investigado tenga carácter de delito y la probabilidad de que el procesado tenga responsabilidad penal en el mismo, conforme prevé el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal.

Segundo, la persecución de fines concretos y determinados *periculum en mora*, (latín) consistente en la necesidad de estar encaminada a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, como evitar el entorpecimiento de la acción de la justicia, el peligro en la demora del proceso, el descubrimiento de la verdad, la presencia del procesado al proceso, asegurar el cumplimiento de la pena. etc., según dispone el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal y el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

Desde nuestro punto de vista consideramos que no se puede afirmar que la garantía a la libertad personal sea absoluta, por el contrario se tiene que es limitado y/o restringido por otras garantías en juego, como la que tiene la víctima del delito para que se garantice un juicio justo, se le asegure la adecuada tutela judicial efectiva que incluya su reparación integral, el derecho a la vida e integridad personal, entre otros. No será posible sacrificar derechos garantizados a la víctima, por respetar la garantía de libertad del infractor. Se limita tal garantía de libertad, pero hasta qué punto, bajo qué condiciones, de manera parcial, expresa o excepcional.

Es preciso que la normatividad jurídica que determine los mecanismos para la implementación de la prisión preventiva conste desarrollada en el Código Orgánico Integral Penal. Esta exigencia tiene un fundamento, porque únicamente la sociedad que concibe a la libertad como una garantía fundamental, tiene la potestad de delimitarla, para que se respeten bienes jurídicos tutelados, bajo los principios de la administración de justicia tales como los de legalidad, seguridad jurídica y el sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, en los términos que señala el artículo 169 de la Constitución de la República.

En general, como hemos venido sosteniendo la prisión preventiva como medida cautelar, puede justificarse para que cumpla con su finalidad de asegurar la presencia del procesado al proceso; evitar su fuga y evitar verse truncado el cumplimiento de la condena, esto en términos procesales guardando relación con el mandamiento del artículo 77 numeral 1, de la Constitución de la República.

Claus Roxin señala que “para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual (medidas privativas de la libertad), tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal”.⁷⁶

En el Código Orgánico Integral Penal, constan las medidas privativas de la libertad que forman parte de la actividad coercitiva del proceso penal; es necesario que en este cuerpo legal se regule en detalle los estándares y mecanismos aplicables necesarios para ordenar la medida cautelar de prisión preventiva; estas normas reguladoras deben guardar conformidad con los principios y garantías constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos. De esta actividad coercitiva a la que nos referimos, Jorge Clariá Olmedo señala:

En su conjunto la actividad coercitiva del Estado se integra por una variedad de actos independientes regulados por la ley procesal, que tienden a asegurar la efectiva satisfacción del resultado del proceso en cada una de sus fases fundamentales, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir si no se alcanzan los fines perseguidos.⁷⁷

Las medidas privativas de la libertad son básicamente provisionales y tienden al cumplimiento de un fin eminentemente procesal. Hemos sostenido que la libertad personal es la regla general a observarse durante todo el proceso, implica que la prisión preventiva es un instrumento constitucionalmente válido sólo si se aplica en los supuestos delimitados de modo estricto por su excepcionalidad funcional.

Si bien las medidas alternativas a la prisión preventiva son connaturales al Estado constitucional de derechos y justicia, toda vez que refuerzan la característica

⁷⁶ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal – Parte General, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito* (Madrid: Edit. Nacional, 1999), 145.

⁷⁷ Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal* (Córdoba: Edit. Córdoba, 1984), 89.

primaria y esencial de la privación de la libertad como medida excepcional de *última ratio*; en la realidad concreta se resigna el sistema a seguir confiando en la prisión preventiva como el medio más idóneo para asegurar los fines del proceso. Mientras no se cuente con los recursos necesarios para la implementación de los mecanismos alternativos, la prisión preventiva seguirá siendo utilizada como mecanismo principal para el cumplimiento de la seguridad procesal, otorgándole una función material, punitiva.

Ahora bien, como mecanismo para la implementación de la medida cautelar de prisión preventiva, se debe evaluar cada caso en concreto. Es decir se debe observar si reúnen los supuestos materiales y de necesidad para dictarla; para lo cual los jueces tienen que erradicar los criterios subjetivos y/o de prejuzgamiento; y, para ello deben observarse los mecanismos de evaluación y procedencia, fundamentalmente el criterio de necesidad y la eliminación de riesgos a los que hace referencia el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República.

Coincidiendo con Shönteich para determinar los mecanismos para evaluar e implementar la medida de prisión preventiva y racionalizar su uso, es importante considerar lo siguiente:

Los programas de evaluación de la necesidad de cautela y supervisión de medidas cautelares alternas (pretrial services), realizan dos acciones diferenciadas pero complementarias. Por un lado, efectúan una evaluación de la necesidad de cautela de cada proceso penal específico, a través de un procedimiento estandarizado, que incluye la aplicación de un instrumento metodológico que evalúa el nivel de riesgo que existe para que una persona procesada penalmente no comparezca al juicio u obstruya el procedimiento penal 42. Y por otro lado, realizan un proceso de supervisión de las condiciones que los jueces imponen en las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, con el fin de dar seguimiento al cumplimiento de las mismas y asegurar la comparecencia de la persona en el juicio. De esta manera, los mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares constituyen una herramienta del sistema de justicia penal que busca racionalizar la procedencia de las medidas cautelares en materia penal, así como, permitir el seguimiento a las condiciones impuestas por los jueces en dichas medidas 44. Permiten evaluar de manera objetiva la necesidad de cautela del proceso y también supervisar eficientemente las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.⁷⁸

⁷⁸ Martín Schönteich, *Mecanismos de implementación: Maximizando la libertad y minimizando los riesgos* (México, DF: 2009), 102.

De la cita expuesta se tiene que como mecanismo para la implementación de prisión preventiva, corresponde por parte del juez, realizar una evaluación objetiva, respecto de la necesidad o no de dictarla, acreditar los documentos u otro tipo de información al momento de discutir la procedencia o no de la prisión preventiva. Se recomienda a los jueces, indagar los medios adecuados para justificar la imposición de la medida, y de no haber justificativo, buscar otros elementos que le sirvan al juez, mantener el control sobre el procesado que al final es lo que interesa.

Un caso hipotético: como mecanismo, no es lo mismo evaluar a una persona procesada que carezca de respaldo documental personal; sea un desconocido en el lugar del procesamiento; que no tenga referencias de su persona o familia; estas condiciones amplían la posibilidad de privarle de la libertad. Pero diferente sería si la persona procesada posee referencias personales positivas, se conoce a su familia, es el propietario de la casa donde reside y tiene su negocio y el delito no sea mayor, que no haya riesgo de fuga, corresponderá al juez evitar la medida de prisión preventiva y aplicarle una de carácter alternativa. Aquello no constituiría un trato de privilegio, desigualdad ante la ley, un acto de discriminación; a nuestro criterio respondería es al ejercicio de una evaluación objetiva de los casos en concreto, en virtud de observarse el criterio de necesidad; así mismo el criterio de proporcionalidad.

De lo expuesto deviene la importancia de desarrollar criterios orientadores y unificadores para la aplicación de la prisión preventiva, para lo cual el juez debe tener en cuenta varios parámetros jurídicos legalmente previstos, entre los que podemos señalar:

1. Que existan fundados, graves y suficientes elementos de convicción sobre la existencia de un delito de acción pública, conocido como el juicio de imputación judicial, que denote un alto grado de probabilidad de que el delito ocurrió.

2. Determinar objetivamente si sobre el procesado recaen elementos de convicción de ser autor o cómplice del delito investigado; que pueda estar

involucrado en los hechos; una calificación racionalmente aproximativa, en función de datos claros y precisos.

3. Contar con la certeza que una medida cautelar no privativa de la libertad es insuficiente para asegurar la presencia del acusado en el juicio y el cumplimiento de la pena de ser declarado culpable, el temor de peligro de fuga, la obstaculización de la investigación y la posible conspiración contra los medios probatorios.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena de privación de libertad superior a un año; debiendo por tanto el juez observar un nivel razonable de que cumplido el proceso la pena a imponerse sea superior al tiempo antes señalado.

5. Si no existe la certeza de que se cumplen estos presupuestos, el juez debe acudir a algunas de las medidas que prevé el COIP; cumplir el mandamiento constitucional previsto en el artículo 77 numeral 11. Lo cierto es que la jurisdicción debe utilizar índices específicos que a plenitud justifique la privación de la libertad de las personas, que es una medida de gravedad para el que la sufre.⁷⁹

Consideramos estos son los fundamentales criterios que debe aplicar el juez previo resolver sobre la prisión preventiva, no en abstracto sino en los casos en concreto; sin embargo el Estado Constitucional, no limita la capacidad del juez para aplicar otros criterios tales como el estado psicológico o físico del procesado, así como la proporcionalidad y la razonabilidad. Recordemos que para resolver sobre una medida cautelar privativa de la libertad, no está en discusión la culpabilidad o no del procesado; lo que se discute es si el procesado garantiza su presencia al juicio, si no constituye un peligro para el proceso. Así también tenemos que si bien en un inicio no se tiene los suficientes datos del procesado, quizá se justifique la medida;

⁷⁹ El artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, determina los criterios de valoración judicial para la aplicación de la prisión preventiva, que si bien no son desarrollados suficientemente en el cuerpo legal penal, sirven para otorgar una guía al juzgador para una aplicación racional, proporcional de la medida de prisión preventiva. El *fumus dilicte comissi* consideramos el criterio de mayor relevancia que debe tener el juez para dictar la medida de privación de la libertad. El Juez de Garantías Constitucionales, no debe limitarse a observar sólo los criterios contenidos en ley, sino que ha de avanzar a los presupuestos constitucionales y del bloque de constitucionalidad que otorgan al juez la capacidad de aplicar crear derecho lo que se conoce como derecho vivo; como señalamos existen criterios en doctrina legítimos para su aplicación, fundamentalmente criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

pero esta debe ser revocada si luego, las circunstancias de los hechos y la personalidad del procesado, justifica. Por ello que el juez debe valorar cada caso en concreto.

2.3. La prisión preventiva concebida como una pena anticipada

Hemos venido manifestado que la prisión preventiva se constituye en una limitación a la garantía de la libertad; que responde a ordenamientos jurídicos subordinados a la norma constitucional en su artículo 77 numeral 1, la medida de prisión preventiva conforme el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal; y, que uno de los conflictos que genera y enfrenta la medida es que puede ser concebida o apreciada como una pena anticipada.

Los Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, al igual que nuestra Constitución garantizan y protegen la garantía a la libertad y la seguridad personales; sin embargo esta garantía a gozar de la libertad personal, no puede ser absoluta, ya que se encuentra limitada por otras garantías que a su vez favorecen a otras personas. Bajo esta apreciación, es aceptable que legislaciones como la nuestra no prohíba la aplicación racional de la prisión preventiva, alejada de lo arbitrario, lo cual bien puede constituirse o traducirse en el anticipo de una pena. Esta medida restrictiva de privación de la libertad, aplicada más allá de los parámetros constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos puede ser catalogada como una pena anticipada, que entra en conflicto directo con el principio de presunción de inocencia, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la investigación de la justicia. En este sentido la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurrirá en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido

establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universal reconocido.⁸⁰

Se tiene entonces que la prisión preventiva sólo debe ser de aplicación racional, necesaria y proporcional, emitida con justificación procesal, social y dictada motivadamente, en los términos que hemos venido señalando, por tanto, no empleada como una pena anticipada, misma que vulneraría derechos humanos como la garantía de la libertad de las personas y su integridad personal.

El jurista ecuatoriano, ex Juez Nacional de la Sala Temporal Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador Dr. Edmundo René Bodero, señala:

La prisión preventiva en América latina se ha convertido en el pago anticipado de una pena y constituye la regla frente a la libertad provisional que es la excepción. La prisión preventiva prolongada se acentúa en rigor sobre los que no tienen vínculo con el poder o sobre los analfabetos.⁸¹

De la lectura al artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal podemos observar que el legislador en el numeral 2 prevé la necesidad de *privar la libertad de una persona, para garantizar el cumplimiento de la pena*, disposición que puede afectar el principio protector de la garantía a la libertad personal consagrado en la Constitución, su indebida e irracional aplicación puede desconocer el mandato de instrumentos internacionales y dar lugar a que se tenga la errada concepción de la aplicación de la prisión preventiva como una pena anticipada; en este sentido Daniel Pastor, al referirse a la prisión preventiva, *problemas actuales y soluciones*, citando a Julio Maier, afirma que: “[...] el principio de inocencia es el patrón rector que impone límites al encarcelamiento provisional, ante todo para evitar que la prisión procesal se transforme en una pena anticipada [...]”⁸²

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suarez Rosero vs Ecuador*, Sentencia 12 de noviembre de 1997.

⁸¹ Edmundo René Bodero, *Amparo de la Libertad*, primera edición, (Guayaquil: 1996), 51.

⁸² Daniel, Pastor, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales* (Buenos Aires: Edit. Jurista, 2007), 162

En esta parte brevemente volvamos a referirnos al criterio de proporcionalidad, que opera como una garantía material frente a la medida cautelar de la prisión preventiva, no sería posible que el fin procesal de la medida signifique la vulneración de derechos; la proporcionalidad en el sentido estricto prohíbe el exceso en la aplicación de la medida cautelar que ocasiona la pérdida de la libertad de la persona. V. gr: En delitos menores como el robo sin violencia en contra de las personas, tipificado en el artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, en el que la pena no supera los cinco años de privación de la libertad, la prisión preventiva se considera desproporcional y violatoria del principio de presunción de inocencia, se convierte de hecho en una pena anticipada.

La prisión preventiva está sometida a un límite temporal razonable, tendiente justamente a evitar se convierta esta medida en una pena anticipada. Para regular los límites de la prisión preventiva la Constitución de la República ha determinado lo que se conoce como plazo razonable, así el artículo 77.9 señala:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.⁸³

La concepción de la prisión preventiva como adelanto de pena como fin, colisiona directamente con otras garantías y principios constitucionales, como el debido proceso, juicio previo, y el principio de presunción de inocencia. Para contribuir a evitar que se convierta en una pena anticipada la prisión preventiva debe regirse por estándares tales como la oralidad para su imposición, última ratio, subsidiaridad, fijación de plazo y duración, y particularmente el control ex ante del cumplimiento de requisitos de procedencia.

En cuanto a estos llamados estándares que deben implementarse tienen su importancia, en virtud que al resolverse la medida en audiencia oral, se tiene la

⁸³ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77.9 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014), 30

posibilidad de presentar los argumentos, contradecir los contrarios, se cuenta con la intermediación del juez; en cuanto a que la medida debe ser de última ratio, corresponde al juez, calificar si en verdad no existen, otras medidas que sean menos gravosas y garanticen la debida administración de justicia, fijación de un plazo y duración, tiene que ver con lo citado en líneas anteriores, siguiendo lo dispuesto en el artículo 77 numeral 9 de la Constitución de la República, que dispone considerar la gravedad del delito y la pena fijada para el caso que sea la persona declarada culpable previo dictar prisión preventiva; y, el control ex ante, respecto del cumplimiento de requisitos de procedencia, teniendo mayor oportunidad el procesado cuando el proceso se haya iniciado mediante una investigación previa, que cuente con el tiempo suficiente para demostrar la innecesaria emisión de la medida privativa de libertad.

El desaparecido ecuatoriano maestro del derecho penal y procesal penal Jorge Zabala Baquerizo, respecto de este punto ha sentenciado:

Se han vertido opiniones por parte de ciertos procesalistas que han pretendido ver la existencia de la característica de homogeneidad entre la medida cautelar y la acción ejecutiva de la pena por lo que justifican que la primera sea un anticipo de la segunda, afirmando que la medida cautelar debe proyectarse anticipando los efectos de lo que será en el futuro la ejecución de la sentencia condenatoria por lo que el tiempo que el justiciable pasa en prisión provisional se debe abonar a la pena a que pudiera ser condenado el acusado en el futuro, existiendo de esa manera una similitud entre ambas, esto es, entre la provisional prisión y la pena. Este criterio parte de una base equivocada, pues la prisión provisional, de *lege ferenda* no es un anticipo de pena.⁸⁴

Esta apreciación en síntesis resuelve mucho del punto planteado.

En este capítulo se ha podido analizar la institución de la prisión preventiva como una potestad que tiene el Estado en el ejercicio de su actividad punitiva; y que trae como consecuencia la restricción de otras garantías como la de la libertad personal, como cuando en un caso en concreto así amerite. Corresponde a una Institución procesal muy bien definida, la misma que aplicada con buen criterio contribuye a garantizar la eficacia en la administración de justicia penal. A nuestro criterio corresponde a una institución legitimada en la Constitución de la Republica,

⁸⁴ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, (Quito: Editorial Edino, 2005), 64-5.

y que sirve a la sociedad cuando se la aplica bajo los criterios de la necesidad y proporcionalidad.

2.4. La prisión preventiva como medida cautelar de última ratio y su carácter excepcional

En Ecuador, considerando que ya habíamos adoptado el sistema penal acusatorio a partir del año 2000, consagrando ya una normatividad que se vio aún más fortalecida con el advenimiento del Código Orgánico Integral Penal a partir de agosto del año 2014, cuyo acomodo se orientaba a garantizar la aplicación excepcional de la prisión preventiva.

Las medidas privativas de libertad como el caso de la prisión preventiva es excepcional por principio, por ello que la normativa jurídica constitucional así como el COIP la recoge, en armonía con lo dispuesto también en los instrumentos internacionales como se analizará a continuación. Por su característica de excepcionalidad, este principio es regido por el del favor *libertatis* o del *in dubio pro libertate* que significa, que las normas que rigen para la aplicación de la privación de la libertad, deben ser restringidas, a ser utilizadas en casos excepcionales. Aplicar la prisión preventiva como medida excepcional entonces no puede significar su uso como un mecanismo de castigo, como una pena anticipada, en virtud que esta institución es válida si es aplicada solamente en los supuestos delimitados en la normatividad jurídica de modo estricto por su naturaleza de excepcional, lo que equivale decir que el aseguramiento de la función de última ratio de la prisión preventiva es por esencia de carácter procesal, no material ni punitiva.

La Comisión Interamericana de Derecho Humanos en su informe No. 86/09, se ha pronunciado que:

En términos prácticos, el principio de excepcionalidad implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos

finés. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan.⁸⁵

Partimos del conocimiento que la prisión preventiva es una medida cautelar de orden personal que se dicta en un proceso penal de acción pública, dirigida a garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena y que de ser el caso el fiscal debe solicitarla al juez, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal.

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
 2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.
- De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.⁸⁶

Desarrollemos brevemente los requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.- Generalmente un hecho criminoso, delictivo deja huellas señales, vestigios, aquello que denominamos indicios, que llevan a la conclusión de la existencia de un delito, por lo que ha de darse inicio a una investigación y una instrucción fiscal que dé lugar a la existencia de un proceso penal que sea de ejercicio público debido a que para contravenciones o delitos de acción privada, no se prevé la prisión preventiva del procesado. Entonces, se ha de asegurar hayan elementos de convicción sobre la existencia de la infracción penal.

2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.- De la investigación fiscal con la ayuda del cuerpo policial generalmente, se pueden encontrar elementos de convicción que puedan

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe no. 86/09, caso 12.553, fondo, José, Jorge, Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr. 100.

⁸⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 534.

llevar o dirigir presunciones de responsabilidad penal en contra de una persona sobre la que se presente información creíble e idónea de que tenga participación directa o secundaria en la comisión de un delito. Pero, primeramente ha de determinarse la presunta existencia del delito para luego buscar al posible responsable. En el caso que sobre una persona se encuentren elementos de convicción de que pueda tener responsabilidad en el delito que se investiga, se puede decir que se reúne este presupuesto previo a que se dicte una medida cautelar de prisión preventiva.

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena. El artículo 77 de la Constitución de la República dispone que 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. Este presupuesto contenido en el COIP, por el fundamento constitucional ambiguo otorga al juez potestad ilimitada para que dicte la medida cautelar de la prisión preventiva.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. El derecho penal en nuestra legislación integral, basado en el principio de la mínima intervención penal del Estado, ha considerado que no se prive la libertad de una persona procesada por un delito menor; y, se entiende que no se trata de una infracción grave, en virtud del quantum de la pena, que sea inferior a un año de privación de la libertad.

Se señala que de ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad. Se menciona que por regla general la prisión preventiva debe obedecer a su característica de excepcionalidad y que es recomendable optar por medidas alternativas a la privación de la libertad que resulten menor perjudiciales a los intereses de la persona procesada, pero que así también garanticen los fines del proceso en los términos del artículo 77 de la Constitución de la República. Pero puede presentarse el caso de que una persona procesada haya sido antes favorecida por una medida alternativa que la

incumplió por lo que puso en riesgo los fines del proceso penal; estamos frente a un sujeto no confiable para recibir este tipo beneficio dentro del proceso, por ello que deberá analizar la necesidad de dictar la medida coercitiva más dura.

Qué busca literalmente la medida cautelar de la prisión preventiva dentro de un proceso penal de acción pública. Al respecto el artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal señala:

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

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes del proceso penal;
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral;
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción;
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.⁸⁷

Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes del proceso penal.- El artículo 439 del Código Orgánico Integral Penal, reconoce a la víctima como sujeto procesal, indicándose que se considera víctima a las personas naturales, jurídicas y demás sujetos de derechos individuales o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción. Por tal realizado el enjuiciamiento y determinadas las responsabilidades penales, corresponde a los infractores la reparación integral en favor de las víctimas, para lo cual se acude a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el caso de que exista complejidad concreta.

Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.- Decíamos, para que se cumplan los fines del proceso, el artículo 77 de la Constitución manda que una persona pueda ser privada de la libertad para garantizar su comparecencia de tal forma que los delitos se castiguen y no queden en la impunidad, por beneficio de la sociedad.

⁸⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 519.

Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.- Tiene que ver con el proceso mismo de la investigación penal, frente a la posibilidad de que el infractor realice actos tendientes a que se atente contra los elementos de convicción o indicios de la infracción, destruir evidencias, alterarlas, desaparecerlas, atente contra los medios probatorios; por ello el sistema penal procesal, en casos en concreto resuelve privar de la libertad a la persona para mantenerle aislado de estas posibilidades.

Garantizar la reparación integral a las víctimas.- El artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal en su numeral 6 señala que en la sentencia obligatoriamente debe contener la condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción y los mecanismos necesarios para la reparación integral.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 77 numeral 1 dispone:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.⁸⁸

Como vemos, por la naturaleza jurídica de la medida cautelar personal de prisión preventiva, procesalmente busca es el cumplimiento de los fines del proceso penal, y es considerado un instrumento de la actividad coercitiva del proceso, en virtud que siempre depende de la existencia de un proceso penal de acción pública. No se ordena prisión del procesado en los casos de ejercicio privado de la acción y,

⁸⁸ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77, num. 1 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 29.

para el caso de contravenciones, delitos que no exceda una pena de un año de privación de la libertad.⁸⁹

La Constitución de la República no prohíbe la aplicación de la prisión preventiva, pero restringe su uso patológico o arbitrario; y es que el reconocimiento constitucional de la garantía de la libertad personal; brinda a esta garantía fundamental, la implementación de una serie de mecanismos que la protegen, como son: legalidad, excepcionalidad, temporalidad, revocabilidad, instrumentalidad, como señalamos en líneas anteriores. Consecuentemente la prisión preventiva sólo procede en los casos y en la forma prevista por la ley y es considerada como una medida de última ratio; por ello que consideramos que esta norma suprema fue reformada dejando abierta la posibilidad de ser aplicada como general o excepcional, en virtud que la diferencia en el contenido y objetivo es diametral entre aquella resuelta por la Asamblea Constituyente de 2008, para con la reforma del año 2011. Por una parte se señala que no será la privación de la libertad la regla, pero enseguida se dispone que esta se dictará cuando sea necesario garantizar la presencia del procesado al proceso y al cumplimiento de la pena.

En el marco de la legislación transnacional el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 numeral 3, señala que “[...] la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio [...]”.⁹⁰

El catedrático Pastor Daniel, al referirse a las funciones de la prisión preventiva, respecto al carácter excepcionalidad de la medida señala:

En Tanto sea mantenido un Derecho Penal de privación de libertad la prisión preventiva será un instrumento procesal válido si se la aplica solamente en los supuestos delimitados de un modo estricto por su excepcionalidad funcional. Esto significa, sobre todo, que el aseguramiento de la función de última ratio del encarcelamiento preventivo exige que se lo restrinja únicamente a su tarea procesal.⁹¹

⁸⁹ *Ibíd.*, art. 539.

⁹⁰ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Asamblea General de las Naciones Unidas (1976).

⁹¹ Daniel Pastor, *Las Funciones de la Prisión Preventiva. Derecho Procesal Penal*, (Buenos Aires: 2006), 109.

Frente a este axioma, siendo la Constitución la expresión del soberano, debe ser respetada, por lo que la prisión preventiva sólo ha de proceder en los casos en concreto, por excepción y sin vulnerar derechos y garantías adicionales del procesado tales como el trabajo, la atención familiar, el buen nombre de la persona que inevitablemente se ve estigmatizado.

Edgardo Alberto Donna, citando a Bovino, se señala que “[...] El principio fundamental que regula toda la institución de la detención preventiva es el *principio de excepcionalidad* [...]”.⁹²

La prisión preventiva, para ser verdaderamente excepcional, debe ser autorizada únicamente si una serie estricta de requisitos han sido reunidos en el caso. El cumplimiento riguroso de cada uno de estos presupuestos y su subsistencia garantizan la utilización y la supervivencia excepcionales de este instrumento, tornándolo así de uso legítimo en esos supuestos.⁹³

El carácter de excepcionalidad, de medida de última ratio, implica que para dictar la prisión preventiva, proceda en cuanto no exista la posibilidad de que se le imponga al procesado una medida alternativa, porque la medida cautelar lo que persigue es la comparecencia del procesado y el cumplimiento de una posible pena; no es materia de discusión en ese momento si tiene responsabilidad penal o no; lo que interesa es conocer si garantiza o no su comparecencia.

Se reconoce que el objetivo de asegurar que la prisión preventiva sea excepcional y sólo se imponga cuando sea estrictamente necesaria, mediante la aplicación de medidas menos restrictivas relacionadas con la conducta del procesado presunto delincuente. Ello exige que el Estado establezca un contexto más amplio posible de medidas alternativas y garantice que realmente puedan cumplirse.

En síntesis, la prisión preventiva dentro del Estado constitucional de derechos y justicia no puede constituirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y prácticamente automático; su aplicación debe ser

⁹² Edgardo Alberto, Donna, *Derecho Procesal Penal .La injerencia de los derechos fundamentales del imputado* (Buenos Aires: Edit. Rubinzal, 2006), 132.

⁹³ *Ibíd.*, 76.

excepcional, en función de velar por la efectiva garantía de la libertad de las personas, no generar conflictos con los principios constitucionales tal el caso de la presunción de inocencia y la dignidad humana.

2.4.1. Las medidas alternativas a la prisión preventiva

El texto preparado en el año 2001, por el ahora Juez Nacional Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, al referirse a las alternativas penales a la prisión preventiva, tomando también en parte el criterio de Jorge Zabala Baquerizo señala:

Un principio de política criminal y consecuencia de la característica de excepcionalidad de esta medida coercitiva recomienda agotar sus fines adjetivos y subjetivos por medidas coercitivas procesales sustitutivas o alternativas que resulten menos perjudiciales a los intereses del imputado y que a la vez garanticen los fines del proceso penal. “En este sentido las legislaciones modernas suelen establecer medidas de coerción menos gravosas para aquellos casos en que resulte posible neutralizar el peligro procesal sin necesidad de recurrir a la detención”.⁹⁴

La Constitución del Ecuador así como el Código Orgánico Integral Penal, por su contenido han sido motivo de reconocimiento interno y aún fuera del territorio ecuatoriano; concebidos como una legislación de avanzada, que se adecua a la legislación internacional de derechos humanos por su carácter de garantista, y que en materia penal desde el año 2000 adoptó el sistema procesal penal acusatorio oral, modelo gobernado por las garantías del debido proceso, el principio de la presunción de inocencia y que ha establecido en su marco normativo medidas alternativas a la prisión preventiva, eficaces para los fines del proceso penal público.

El artículo 77 numeral 11 de la Constitución de la República dispone que, el juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.⁹⁵

⁹⁴ Eduardo Bermúdez Coronel, *Debido Proceso: Prisión Preventiva y amparo de Libertad en el contexto de los Derechos Humanos* (Quito: Edit. ProJusticia, 2001), 108.

⁹⁵ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77.1 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014, 29.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva según el artículo 522 de nuestro Código Orgánico Integral Penal son:⁹⁶

a) La prohibición de ausentarse del país.- El juzgador por pedido de la o el fiscal, podrá disponer el impedimento de salida del país, que se lo notificará a los organismos y autoridades responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales. Esta medida alternativa prevista en el artículo 522 de Código Orgánico Integral Penal, mediante la cual el Juez con la finalidad que el procesado asista al proceso, no abandone el territorio donde reside.

b) La obligación de presentarse periódicamente ante el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.- El juzgador podrá ordenar al procesado presentarse ante él o ante la autoridad o institución que designe; constituye otra medida alternativa mediante la cual el Juez evita crear dificultades en la vida cotidiana del procesado, siempre y cuando garantice su presencia en el proceso y no entorpezca la intervención.

c) El arresto domiciliario.- El control del arresto domiciliario estará a cargo del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca. La persona procesada, no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica.

d) El dispositivo de vigilancia electrónica.- Es un aparato tecnológico electrónico que puede ser ubicado en el cuerpo humano, cuya finalidad es el control sobre la persona a distancia, en este caso el procesado por delito de acción pública; sin que sea necesaria la supervisión de una persona; constituye una gestión de monitorización como un instrumento versátil, válido y eficaz como una alternativa a la prisión preventiva. No ha desarrollado detalles el Código Penal Integral sobre este dispositivo. Esta medida alternativa tiene su fundamento el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal.

⁹⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 522.

Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva, nos sirven para materializar el respeto a la garantía de la libertad, afianzando los fines del proceso, asegurar la comparecencia del procesado al juicio, el cumplimiento de una pena. Con ello estas medidas alternativas a la prisión preventiva, guardan concordancia en cuanto a privilegiar la libertad de las personas, según también lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹⁷ que a nuestro parecer es el instrumento internacional más afín e importante para con nuestro Ecuador.

⁹⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Organización de los Estados Americanos, Costa Rica, San José, 22 de noviembre de 1969.

Capítulo tercero

3. Conflicto y confrontación entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva

En el presente capítulo se analiza el conflicto y colisión de principios y derechos que se generan entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva por cuestiones de orden normativo y de aplicación material, para ello se estudian mecanismos que servirían para garantizar los derechos constitucionales de las partes procesales, en virtud que la inobservancia del principio de la presunción de inocencia y asimismo, la no implementación de medidas alternativas, anulan estas garantías, provocando una franca confrontación entre estas garantías que tienen su importancia en el ordenamiento legal y constitucional; pueden traer como consecuencia la restricción de derechos y garantías fundamentales de orden constitucional, que afectan al procesado, a la víctima y al mismo Estado.

Los operadores de justicia penal en virtud de la ausencia manifiesta de una clara y objetiva política criminal del Estado, que hoy en día se limita a perseguir presuntos infractores y su encarcelamiento, conlleva se limite otorgar medidas de aseguramiento, alternativas a la prisión preventiva, conforme al principio de la probidad, que dispone a los jueces garantizar la convivencia pacífica de la sociedad.

La característica de instrumentalidad de la privación de la libertad personal a través de la prisión preventiva, nos lleva a ratificar que la misma está al servicio del proceso penal como mecanismo procesal que debe aplicarse excepcionalmente y como medida de *última ratio*, la finalidad de garantizar la comparecencia del procesado a juicio, razón por la cual la privación de la libertad de las personas no vulnera per se garantías constitucionales del derecho a la libertad. Hemos señalado que su existencia en la normatividad constitucional y legal no es ilegítima, al contrario es legítima y necesaria ya que esta posibilidad de la restricción de la libertad se justifica y es en ocasiones imprescindible para que se cumplan los fines del proceso penal y el ejercicio del ius punendi por parte del Estado.

El uso irracional, injustificado, e ilegítimo, lesiona la garantía de libertad de las personas, y otros derechos humanos. En consecuencia, la prisión preventiva es una institución que requiere ser utilizada bajo estrictos criterios que sirvan al proceso penal, cuando sea eminentemente necesaria su aplicación.

3.1. La prisión preventiva como garantía de derechos constitucionales y fundamentales en el proceso penal

La Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la ley establecen que los derechos y garantías constitucionales, como la libertad, se deben tutelar y blindar de tal manera que su limitación sea siempre motivada, excepcional y de *última ratio*, y su aplicación goce de legitimidad, es decir no sea arbitraria.

Por ello la paradoja se presenta cuando se tiene que, frente a la comisión de una infracción penal, la garantía de la libertad bien puede ser restringida por la garantía constitucional que tiene la víctima como sujeto procesal, no obstante, al mismo tiempo la defensa del procesado exige el cumplimiento y respeto al principio de la presunción de inocencia y la tutela que tiene el ciudadano de defenderse con igualdad ante la ley, en igualdad de armas, por ello que la contradicción nace al momento que la persona de la que se presume su inocencia, por disposición judicial debe permanecer privada de su libertad bajo prisión preventiva, por lo que se infiere que las instituciones jurídico- procesales entran en conflicto, realidad que a su vez redundante para preguntarse si existe o no una antinomia constitucional.

Frente a este análisis que consideramos es el mínimo necesario, debe entenderse que existe también una justificación suficiente para privar la libertad de una persona, y que sirva para garantizar derechos constitucionales, y esto podría justificarse por el compromiso que tiene el Estado con la sociedad en la protección de los diferentes bienes jurídicos que pueden ser afectados por la comisión de un delito que se debe perseguir y que por tanto es necesario que el derecho punitivo del Estado tome cuerpo y cumpla su finalidad de manera oportuna y eficaz, debiendo

para ello verse en la imperiosa necesidad de privar a la persona de su libertad ambulatoria, pero como medida o garantía procesal.

Pero si privarle la libertad personal a un ciudadano sirve para garantizar derechos constitucionales de la víctima, y a su vez del proceso penal, estas garantías también pueden tener sus límites, y por ello que se presenta una corriente tendiente a aplicar las reglas de la ponderación; exige el análisis integral del juez para poder dictar una orden de prisión preventiva. No se ha negado la posibilidad que restringir el derecho a la libertad personal, sirva para garantizar también derechos de la sociedad, del Estado; por lo que se ha venido discutiendo a nuestro modesto criterio es el uso indiscriminado, irracional y arbitrario por quienes ejercen el poder público y desde la misma Función Judicial, que desnaturalizan el fin de la prisión preventiva.

La indebida aplicación de la prisión preventiva puede generar conflictos internos que ponen en entredicho la oferta del Estado, entregar a su población un servicio público confiable de administración de justicia penal; si bien la prisión preventiva como medida cautelar de orden personal, tiene su espacio legítimo para garantizar derechos constitucionales de las personas afectadas por un delito y del mismo proceso penal conforme el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República, no debe su aplicación ser desproporcionada.

3.2. Conflicto de principios, la colisión entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva. Las garantías en juego

La presunción de inocencia constituye hoy más que nunca un mandato constitucional de especial trascendencia, exigido por el Estado y de estricta observancia desde los operadores judiciales.

El conflicto permanente que se presenta entre el principio de la presunción de inocencia y el instituto procesal de la prisión preventiva es evidente por lo que se ha analizado la posibilidad de la existencia o no de una antinomia, una situación de incompatibilidad entre las normas constitucionales que rigen estas dos instituciones que forman parte de la normatividad constitucional, legal y del bloque de

constitucionalidad, llegándose a pensar que las normas que las fundamentan se excluyen mutuamente, al reclamar cada una para sí un espacio preponderante en el ámbito jurídico y constitucional respecto del derecho de la libertad personal; de esta manera la aplicación de una norma en conflicto pretende anular la aplicación de la otra. Respecto de esta apreciación en cuanto al conflicto constitucional y del derecho procesal penal, señala Carnelutti:

Este es, verdaderamente el drama del proceso penal, sobre el cual debe basarse toda su problemática [...]; la ley, pues considera al imputado inocente mientras no sea declarado culpable por una decisión definitiva; no obstante lo cual, quien es considerado inocente, en los casos en que se admite la detención preventiva, es puesto en prisión. La humanidad del proceso penal y, por tanto, su pobreza, es denunciada por esta antinomia. Excluir la implicación del castigo en el proceso no es posible. El sufrimiento del inocente, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso Penal.⁹⁸

El Maestro Carnelutti lo denomina a esta realidad citada como un drama, una antinomia que es conocida también como el conflicto de normas o principios normativos, tanto en el sentido formal como en el material, de tal forma que el administrador de justicia, a partir de la selección de la norma nacerá la motivación que deba hacer respecto de la decisión al resolver sobre el pedido de la medida privativa de la libertad.

Riccardo Guastini, al referirse a este conflicto, al que Carnelutti lo define como una antinomia señala que, es aquella situación en la que “[...] dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles [...].”⁹⁹ Por su parte Norberto Bobbio considera que “la antinomia jurídica como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez.”¹⁰⁰

El Tratadista Luis Prieto Sanchís sostiene el criterio que: “la antinomia supone la existencia de una contradicción entre los enunciados deónticos o

⁹⁸ Francesco Carnelutti. *Principios del Proceso Penal*. (Buenos Aires:, 1971), 53.

⁹⁹ Riccardo Guastini, *Estudio sobre Interpretación Jurídica*, (México, DF: Editorial Porrúa, 2000), 68.

¹⁰⁰ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, (Bogotá: Editorial Temis, 1999), 189.

calificaciones normativas establecidas por dos normas pertenecientes al mismo sistema [...]”¹⁰¹

En el presente tema de estudio, la doctrina señala que los conflictos en la aplicación de normas por colusión y las antinomias vienen a ser el resultado de la interpretación, en virtud que sólo tenemos conocimiento de esos conflictos luego de que la interpretación ha operado respecto de la aplicación de la normativa en el caso en concreto, donde se contraponen por un lado las garantías en la Constitución, la ley y los tratados internacionales de derechos humanos que protegen el principio de la presunción de inocencia por otro antónimo, la prisión preventiva como la garantía procesal del Estado en el ejercicio legítimo del *ius puniendi*.

Ahora bien, todo conflicto normativo en su aplicación, consecuencia de una colisión o antinomia, debe resolverse conforme los criterios para la resolución de antinomias fundamentalmente, para lo cual corresponde buscar la posible solución en las antinomias de primer grado, pues no se considera que las normas en colisión y conflicto deban desaparecer, porque a nuestro criterio tienen su razón de existir y poseen legitimidad legal, constitucional y así lo reconocen los instrumentos internacionales de derechos humanos, por tanto corresponde analizar y determinar si se trata de antinomias aparentes o reales.

Para resolver antinomias existen a saber los criterios: a) el de jerarquía que está vinculado con la estructura llamada pirámide del ordenamiento jurídico, pero que en el presente caso del conflicto de las instituciones señaladas, ambas tienen jerarquía constitucional, por lo que no se le puede excluir a una. b) El criterio cronológico que tiene que ver con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico, que tampoco ayuda en este caso en concreto. c) El criterio de la especialidad que sirven para solucionar el conflicto entre dos normas, la una general y la otra especial; sin embargo tampoco se puede aplicar por cuanto las dos normas tienen igual carácter. d) El criterio de la competencia que tiene por objeto resolver los conflictos conforme la competencia asignada al organismo. En este caso en cuestión

¹⁰¹ Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría de Derecho*, (Madrid: Editorial Trotta, 2005), 132.

corresponde al mismo juez aplicar las normas en conflicto por lo que no es pertinente la aplicación de este criterio de competencia.

Tenemos entonces que si se trata de una antinomia entre las normas que rigen la presunción de inocencia y el instituto de la prisión preventiva, la solución estaría en la aplicación de la norma de pertinencia, observando los casos en concreto; frente a la posibilidad de que se trate de una antinomia parcial o incluso quizá sea meramente aparente o no exista, esto es que la situación de incompatibilidad entre normas no sea verdadera; por lo que se presenta la posibilidad de encontrarnos frente a una antinomia irresoluble que no puede ser resueltas por la aplicación de los criterios antes expuestos, considerando que tanto las normas previstas en los artículos 76 numeral 2 y 77 numeral 1, son válidas, son legítimas, por lo que no puede excluirse ni una ni la otra, debiéndose conservar las dos.

En el caso que motiva la investigación, no podría resolverse antinomias de primer grado bajo los criterios expuestos hasta aquí; así tenemos entonces que los conflictos normativos deben resolverse en línea de ponderar los principios y la aplicación de criterios de interpretación que más favorezca a la defensa de los derechos humanos, pero no en abstracto sino en cada caso en concreto. Puede darse entonces el juez, incline su criterio de aplicar la norma que proclama el principio de la presunción de inocencia en favor del procesado, entonces deja de lado el criterio de aplicación de la norma que rige el instituto de la prisión preventiva como garantía y potestad del Estado; o puede ser a la inversa, que el juez en un caso en concreto se incline por el criterio de aplicar la prisión preventiva como medida de aseguramiento en contra del procesado y abstraerse en considerar el principio de la presunción de inocencia; lo cierto es que ambas instituciones a través de sus normas, defienden intereses contrapuestos, pero que constan en la ley, en la Constitución y los instrumentos internacionales como ya hemos visto. Ahora bien, de conformidad con las diferentes criterios de resolución de antinomias, tanto de las de primer grado, así como las de segundo grado, es posible que el juzgador no cuente con los suficientes criterios de resolución mediante el escogimiento de la norma que va a aplicar en virtud que existen antinomias para cuya resolución el juez no puede acudir a los criterios comúnmente conocidos, por lo que se menciona que cuando existe insuficiencia de criterios reglados para la resolución de antinomias debe acudirse a

las no regladas que resuelvan el conflicto, y parece ser que ese es el camino para resolver el conflicto planteado, la colisión de garantías, frente a la posibilidad de la existencia de una antinomia entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva.

Para fundamentar lo señalado en líneas anteriores, citamos:

Cuando existe una insuficiencia de criterios se abre ante el juez un vasto campo de posibilidades no regladas para resolver el conflicto. Así, por ejemplo, se ha propuesto recurrir a los principios generales que rigen el sector del ordenamiento de que se trate; se aplicará entonces la norma que realice el principio o los principios en mayor medida; también pueden tenerse en cuenta los intereses titulados por las normas en conflicto; tras un ejercicio de ponderación se aplicará entonces la norma que maximice la tutela de los intereses en juego [...] puede hacerse desaparecer la antinomia por vía de interpretación.¹⁰²

Hemos identificado la existencia de un conflicto, que consideramos radica en una colisión de normas y garantías, quizá podríamos estar frente a una antinomia de orden constitucional entre el principio de la presunción de inocencia y la institución procesal de la privación de la libertad como una garantía y una potestad estatal al ejercer su poder punitivo a través del sistema de administración de justicia penal, considerando que estas dos importantes instituciones de jerarquía constitucional tienen fundamento en la doctrina y la legislación internacional. Por un lado el principio de presunción de inocencia que le garantiza la libertad personal; pero que conoce del riesgo de que esta garantía se vea restringida por el ejercicio del *ius puniendi* y que en su momento necesario debe hacerse efectivo; la privación de la libertad que en el proceso penal de acción pública, es una medida cautelar de excepción, de aplicación restringida, es decir, de *última ratio*, pero que igual frente a un estado de necesidad bien puede no aplicarse y así verifica la práctica y el debate jurídico, que redundaba en que la una norma, en el caso de la que prevé la presunción de inocencia, garantía de la libertad, colisionaba con la norma que a su vez garantiza la potestad pública del Estado de restringir la libertad, provocando un conflicto que obligatoriamente conlleva acudir a aplicar otras reglas y la regla más cercana y eficaz

¹⁰² Luis Prieto Sanchís, *La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias. Lecciones de teoría del derecho. Lección 11*, (Madrid: Edit. Trotta. 2005), 283.

se la encuentra en la ponderación, a través de operadores de justicia calificados, con ética y lealtad procesal.

La confrontación entre la presunción de inocencia contenida el artículo 5.4 del Código Orgánico Integral Penal y artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República y la institución de la prisión preventiva, con asidero en los artículos 534 del Código Orgánico Integral Penal y 77 numeral 1 de la Constitución, son las normas que generan polémica, generan conflicto por la confrontación de los derechos y garantías que son parte del ordenamiento jurídico y constitucional; así tenemos:

Artículo 76.2. CRE.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **2.** Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada [...].¹⁰³

Artículo 5.4. COIP.- Principios Procesales. El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: **4.** Inocencia: toda persona mantiene sus estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.¹⁰⁴

Artículo 77. CRE.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: **1.** La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas...]¹⁰⁵

Artículo 534 COIP.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: **1.** Elementos de convicción suficientes sobre la

¹⁰³ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 76 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 29.

¹⁰⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 5, num. 4.

¹⁰⁵ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 30.

existencia de un delito de ejercicio público de la acción. **2.** Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. **3.** Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena. **4.** Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.¹⁰⁶

Dispone la Constitución en su artículo 77 numeral 11 que: “[...] La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley [...]”¹⁰⁷

Abordado el conflicto entre estos bienes protegidos por disposiciones constitucionales; unas razones que abogan en favor la garantía de la libertad personal, derecho humano otorgado en esencia; y, otras que abogan por la necesidad de garantizar la justicia penal, a la víctima como sujeto procesal, el saneamiento social, claman por la restricción de la libertad de la persona infractora. Por ello, para mejor obrar es que se ha recomendado la aplicación de las reglas de la ponderación de principios y garantías como una forma de resolver este tipo de conflictos y contradicciones que son concurrentes en la práctica. “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

La ponderación se entiende pertenece al campo de la argumentación jurídica y como en todo acto humano tiene sus partidarios y tiene sus detractores. Los partidarios se asocian con el constitucionalismo o neoconstitucionalismo, que a nuestro criterio es pertinente al actual estado constitucional de derechos y garantías como es el Ecuador. A esta forma de solucionar conflictos jurídicos en casos en concreto también se lo conoce como proporcionalidad, balanceo, porque en todo caso

¹⁰⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 534.

¹⁰⁷ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 30.

de acuerdo a las reglas previstas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 3 numeral 3 se refiere a la ponderación como aquel mecanismo adecuado para establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto que conduce a alcanzar una decisión adecuada; también la aplicación de la interpretación sistemática que señala, que las normas jurídicas deben ser interpretadas a través del contexto general, del texto normativo para alcanzar la coexistencia, correspondencia y armonía de dichas normas que pudieran entrar en conflicto. La ponderación se fundamenta en otorgar un peso abstracto a los principios, y para el efecto suele realizarse el test para determinar la idoneidad, la necesidad, así también el test de la proporcionalidad, de cuyo resultado se podrá obtener mayor peso y alcanzar la decisión más adecuada, más justa, por ello que decíamos en líneas anteriores que luego del análisis de caso en concreto aplicando el test en la ponderación puede ser que se resuelva disponer privar a una persona de la libertad; o, a su vez se resuelva no hacerlo; todo dependerá de las garantías en juego, en el marco del derecho a que tienen las partes, pero no se lo hará de manera abstracta sino en cada caso en concreto, con las motivaciones suficientes y observando su idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

Nosotros, creemos generalmente, que sin descuidar los derechos de la víctima, ni restar importancia a los principios de reserva de ley en el ejercicio del poder punitivo del Estado, nos inclinaríamos por que se priorice el respeto al principio de la presunción de inocencia y la garantía de la libertad, porque de los debates universales, las resoluciones de Cortes de Derechos Humanos como la Europea o la Interamericana, han otorgado manifiesta importancia a la presunción de inocencia, como el gran pilar que sostiene el sistema acusatorio y la democracia, de tal forma que representa una garantía que ha logrado conquistar el ser humano. La prisión preventiva como medida, no representa una garantía que se conquista; nadie puede luchar por que se le garantice ir a la cárcel; esa posibilidad es connatural con el ejercicio del poder y atribuciones del Estado; no así la presunción de inocencia, que como señalábamos en los referentes históricos, ha sido conquistada luego de eventos de muerte, dolor, penas crueles e injustas, en virtud de aquello, no se concibe que pueda haber una corriente mayoritaria en la que se privilegie la prisión preventiva como medio coercitivo, sobre las grandes virtudes de la presunción de

inocencia, que representa una verdadera joya alcanzada por la humanidad para la protección de sus personas, de sus familias, de la sociedad.

Las reglas de la ponderación, consideramos que si bien no son la solución al conflicto, que se presenta entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio procesal de la prisión preventiva, puede ayudar a los operadores de justicia; pero está lejos de constituirse en una solución definitiva del conflicto entre estos dos principios, que obedecen a varios factores estructurales del Estado, la misma cultura jurídica. Es elemental examinar qué interesa más a la sociedad, qué derecho se adecua más a los intereses de la sociedad, acreditar su idoneidad, su necesidad, ha de resolver el juez en los casos en concreto lo menos nocivo para los sujetos procesales, para el proceso y para la sociedad; atendiendo los postulados de la teoría del garantismo de los derechos humanos, del neoconstitucionalismo al que se ha arribado en el texto de la Constitución.

En el informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos, se cuenta como primera recomendación a los Estados partes del sistema, señalando:

El Estado debe adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando que esta medida sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad; evitando así su uso arbitrario, innecesario y desproporcionado. Estos principios deberán guiar siempre la actuación de las autoridades judiciales, con independencia del modelo de sistema penal adoptado por el Estado.¹⁰⁸

En este contexto se tiene que la presunción de inocencia y la prisión preventiva como garantías del Estado en su ejercicio punitivo y el derecho procesal penal para perseguir y sancionar las infracciones penales de acción pública, ha venido generando conflictos por los intereses que cada uno de estos institutos defiende; hay una confrontación permanente que de no implementarse mecanismos que sirvan para equilibrar esta tensión normativa, permitirá que garantías y derechos

¹⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 30 de diciembre de 2013.

humanos se deterioren. Es correcto perseguir y castigar los delitos, no permitir la impunidad, peor garantizarla. Corresponde también proteger nuestro estatus de inocencia, la libertad que es la generalidad en la conducta humana, porque el delito significa la excepción.

Es elemental para la comprensión del problema en estudio se tenga en cuenta que el actual paradigma del Estado constitucional de derechos, representa el modelo garantista de los derechos humanos del ciudadano, en el que ya no tiene asidero el derecho penal máximo, todo lo contrario como señala Ferrajoli en su obra derechos y garantías, que ante el paradigma garantista entra en crisis es el esquema tradicional positivista, en virtud que toma cuerpo el derecho penal mínimo que exige la mínima intervención penal del Estado, en los términos que señala el artículo 195 de la Constitución de la República. Por ello que según Ferrajoli el fin en el proceso penal, la claridad y la simplicidad de las leyes es el principal factor de limitación del arbitrio punitivo. De esta forma se explica que en el actual sistema de justicia penal, y del modelo de Estado garantista, es a partir del principio de la mínima intervención penal que busca frenar el uso arbitrario y patológico de la medida cautelar de la prisión preventiva; en virtud que es en el derecho penal máximo que se justifica las medidas de violencia punitiva como afirma el Autor; por ello que el principio de la mínima intervención penal del Estado, es el sustento para no utilizar medidas penales extremas como la prisión preventiva como garantía procesal y menos con un fin punitivo como desafortunadamente sucede; este es el fundamento jurídico-filosófico, que sostiene la corriente que alienta la excepcionalidad de esta medida preventiva.

La nueva configuración programática del sistema penal, en virtud que nuestro sistema constitucional guarda coherencia con el sistema garantista ideado por Ferrajoli, a fin de que el sistema de administración de justicia penal no se presente caótico e inoperable, fundamentalmente en el uso innecesario y desproporcionado de la prisión preventiva, que genera conflictos por colisión entre la presunción de inocencia y la privación de la libertad personal. Es importante que frente a esta nueva forma de positivismo, las normas consideradas válidas como en efecto se ha señalado aquellas que generan una colisión, guarden coherencia con los postulados de nuestra Constitución. No es posible, no encaja la violencia penal en un sistema de derecho penal mínimo, quizá sea necesario la refundación garantista de la jurisdicción penal

como afirma el Maestro. No existe espacio para el derecho penal máximo, en el que aflora el principio de presunción de culpabilidad en los términos que Manzini afirma que es un contrasentido irracional, pues no cabe pretender la inocencia de una persona que se encuentre procesada por haber indicios en su contra.¹⁰⁹

La presunción de inocencia y la prisión preventiva siempre han sido motivo de amplios debates. La necesidad de uno en perjuicio de otro, han enfrentado estas dos instituciones jurídicas y ciertamente han generado conflictos procesales, sin embargo persisten las garantías de los ciudadanos y la lucha para el reconocimiento y respeto al derecho fundamental, garantía constitucional como es la libertad, por ello que el principio de la mínima intervención penal, sustenta la tesis de frenar el uso descontrolado de la prisión preventiva como medida cautelar.

3.3. La restricción del derecho a la libertad y la prisión preventiva, muestra de estadísticas referenciales

Al abordar el problema de la restricción de garantías constitucionales en el proceso penal, entre ellos el de la libertad personal debemos partir de la presunción de que la decisión del juez es constitucional, legal y legítima, que ha obrado en función del respeto a las normas del debido proceso.

Tengamos presente que el proceso penal en sí, no está diseñado o construido para trastocar o anular ninguna garantía constitucional de las partes procesales, más bien su esencia apunta a la concreción práctica de las referidas garantías constitucionales; tanto para el procesado como al Estado.

Decíamos que todo ciudadano es titular de esa garantía de presunción de inocencia, la misma que perdura hasta que no haya sido declarado culpable en sentencia en firme. Pero también decíamos que el estado de presunción de inocencia no impedía que una persona, pueda ser restringida la garantía de la libertad personal, mediante una orden de prisión preventiva, que devenga legítima, justa, proporcional.

¹⁰⁹ Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, (México: Editorial Reforma) 253.

La norma general, constitucional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, nos reiteran que la garantía de la libertad no puede ni debe ser sacrificada dentro del proceso penal, en virtud estos magnos cuerpos normativos garantizan que exclusivamente la restricción (libertad) opera cuando procesalmente no exista otra medida cautelar que eficazmente garantice la comparecencia del encausado a juicio.

Dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, el principio *pro libertatis* constituye una garantía a la real concreción del interés superior de la persona, según la Constitución de la República, al grado de formar parte de los valores, principios, derechos y garantías del debido proceso. Pero este principio que rige para la tutela de la libertad no puede ser absoluto, de hecho frente a la institución de la privación de la libertad, lo restringe.

La prisión preventiva es un acto procesal de carácter preventivo, provisional y cautelar proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal que limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso cuando, al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarlo con la finalidad de asegurar la realización del derecho violentado por el delito.¹¹⁰

Privar la libertad de una persona frente a la comisión de un delito, para el aseguramiento de los fines del proceso previstos en el artículo 77 numeral 1; esta restricción de la garantía de la libertad no puede constituirse en un castigo, así como tampoco se concibe su aplicación en casos de delitos leves. El propósito de la restricción de esta garantía es asegurar el cumplimiento de los objetivos procesales, cuando sea estrictamente necesario, entonces deviene la “vulneración del derecho a la presunción de inocencia, de la garantía a la libertad personal, se restringe esa condición legal y constitucional, para permitir ceder espacio a la potestad que tiene el Estado para ejercer su poder punitivo, la garantía de la víctima a un proceso seguro, ágil. De tal forma que dentro de los parámetros de la racionalidad, de la objetividad, de la proporcionalidad y la necesidad, cabe la restricción de la garantía de libertad. Aquí cabría aplicar el mandato de las reglas mínimas de las Naciones Unidas Sobre Medidas no Privativas de la Libertad, Reglas de Tokio “en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso”.

¹¹⁰ Jorge Zabala Baquerizo, *El Proceso Penal*, 3ª Ed., (Quito: Edit. Edino, 1990), 205.

El problema de la restricción de garantías constitucionales como el de la libertad personal está ligado también a más de aquellas de naturaleza procesal a la protección de la sociedad quien lleva el control de las actuaciones de los jueces.

Cuando se produjo el cambio de modelo de la justicia en materia penal, con el advenimiento del Código Procesal Penal Acusatorio en el año 2000 y su implementación en el año 2001, se presentó un ambiente positivo en virtud que se alcanzarían algunos logros tales como la celeridad, la eficiencia, la eficacia en el proceso penal, mediante un sistema oral que garantizaba la interacción de los principios de la inmediación, contradicción de pruebas y argumentos, transparencia, publicidad, auditoría, a tal punto que se pensaba que el tiempo que se tomaría el sistema judicial en resolver un caso promedio, no iba a superar el espacio de un año siendo escéptico, por lo que se tenía la confianza en que la medida de prisión preventiva, lograría ser una medida excepcional que imponía permanecer a los procesados a la espera de una sentencia condenatoria o absolutoria; según la Carta Suprema de 1998, en el artículo 24 numeral 8, por seis meses para que caduque la medida en delitos de prisión y un año para que caduque la medida en los delitos de reclusión, considerando que el sistema inquisitivo regido en el Código de Procedimiento Penal de 1983, a ese año seguía vigente.

Pese al cambio producido, esto es del sistema inquisitivo -al acusatorio, el problema de la prisión preventiva se ha mantenido como un mal endémico, por el abuso de esta medida cautelar, generando controversia y colisión con la garantía de la presunción de inocencia y violaciones de los derechos fundamentales. El catedrático universitario, ex funcionario fiscal relevante, el Dr. Diego Zalamea León en su reporte del estado de la prisión preventiva en el Ecuador, destacó:

De manera lamentable una de las características del período de impulso de la reforma fue el instaurar un debate centrado en el aspecto discursivo, en general no existió un proceso de producción estadística de la realidad ni una proyección de las metas esperadas, en este sentido se perdieron una serie de referentes cálidos para evaluar sus consecuencias y otorgar criterios claros a los actores para direccionar prácticas.¹¹¹

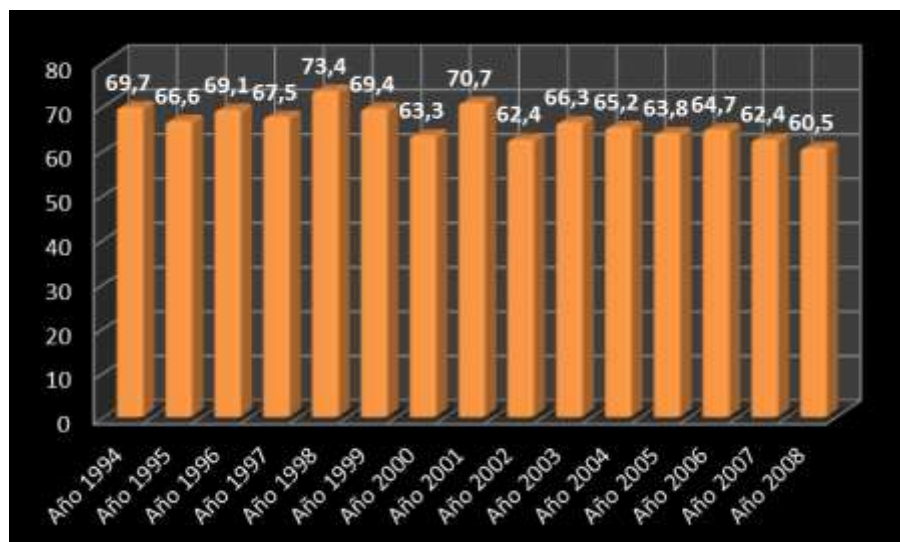
¹¹¹ Diego Zalamea León, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*, (Santiago: CEJA, 2009), 268.

Como se colige, la prisión preventiva ha generado al Estado permanentes problemas de orden procesal, que ha puesto en entredicho el funcionamiento del sistema procesal penal. En virtud que si bien el sistema escrito era criticado por la mora en la tramitación de las causas, el advenimiento del sistema oral no ha logrado superar al menos parcialmente la problemática, por lo que el conflicto entre la garantía de la libertad personal, sustentado en el principio de la presunción de inocencia y la medida procesal estatal de la prisión preventiva no ha cesado, confirmándose que constituye un mal endémico no superado, ni aun con el advenimiento del Estado constitucional de derechos y justicia y el Código Orgánico Integral Penal, por diversas razones que han sido registradas en este trabajo.

A fin de ilustrar lo aseverado se procederá enseguida a fijar un cuadro estadístico que es de mucha importancia en virtud que refleja la realidad respecto de la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar, luego de haber adoptado el sistema procesal penal acusatorio, que en su concepción y características es el mismo que actualmente rige en Ecuador y que se encuentra plasmado en el COIP.

Gráfico 1

Porcentaje de presos sin sentencia en relación al total de internos por año en el Ecuador



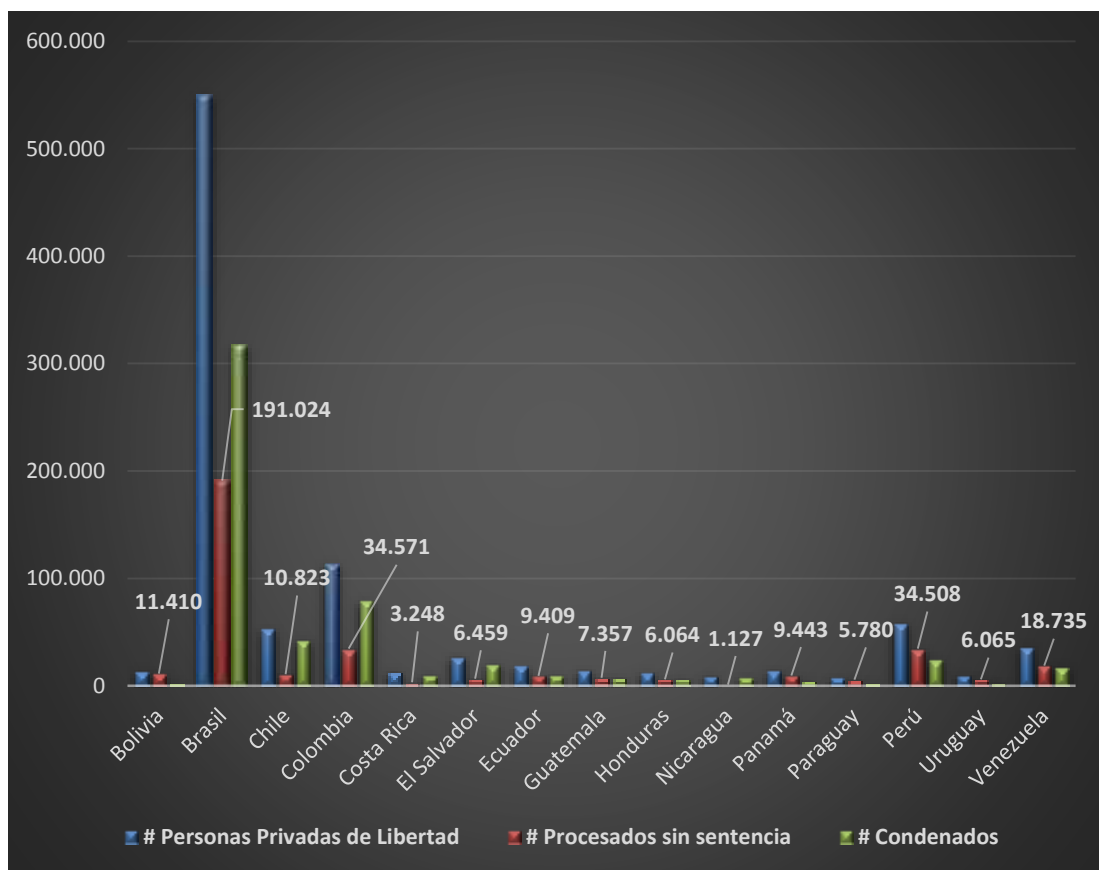
Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social
Elaborado: Centro de Estudios de Justicia de las Américas

Adicionalmente, cabe destacar que desde el Código de Procedimiento Penal de 1983, regido por el sistema inquisitivo no se ha presentado variación en la actualidad conforme consta en la parte pertinente del reporte de estado de la prisión preventiva en Ecuador que presenta el catedrático Diego Zalamea León.¹¹²

Para contrastar la información del catedrático Zalamea, consideramos pertinente presentar el último reporte que se conoce, contenido en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, documento de la Organización de los Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado el 30 de diciembre del 2013.¹¹³

Gráfico 2

Informe CIDH sobre el uso de la Prisión Preventiva en América al 30 de diciembre de 2013



Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos
Elaborado: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

¹¹² Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Prisión Preventiva Reforma Procesal Penal en América Latina*, (Santiago: CEJA, 2009), 267-340.

¹¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 30 de diciembre de 2013.

Como se puede apreciar de las estadísticas registradas en el trabajo publicado por el Centro de Estudios de las Américas, en el que participa el Dr. Zalamea León, se registra, que el porcentaje de presos sin sentencia en el año 2000 en que se produjo el cambio del sistema procesal escrito al sistema oral acusatorio, es del 60.3% manteniéndose una similitud comportamiento hasta el 2008, en que el porcentaje de presos sin sentencia es del 60.5%. Los presos sin sentencia corresponden a procesados que sufren prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal.

Remitiéndonos al informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicado en el año 2013, se tiene que el número de personas privadas de la libertades de 19.177, de los cuales son 9.409 personas que no tienen sentencia, es decir sufren el embate de la medida de prisión preventiva, esto en virtud que por delitos de acción privada, no se dicta la medida cautelar; constituye un indicativo que si bien ha disminuido el porcentaje alrededor del 50% de los privados de libertad, no aparece que la realidad haya cambiado, lo que hace deducir que la medida cautelar de la prisión preventiva ha sido utilizada por el Estado como una función material del derecho penal, una función punitiva, logrando su finalidad meramente procesal.

3.3.1. El Plazo Razonable

Uno de los mayores problemas que ha experimentado el sistema de justicia penal es la ausencia en el sistema normativo procesal en cuanto al plazo razonable como una garantía del debido proceso en esta materia.

El artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consideramos es el instrumento internacional más cercano a nuestro medio, señala que [...] toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un plazo razonable [...] ¹¹⁴

El plazo razonable tiene que ver con el derecho de los justiciables a acceder a la tutela judicial efectiva en los términos del artículo 75 de la Constitución de la República, a través de procedimientos rigurosamente reglados que otorguen

¹¹⁴ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Organización de los Estados Americanos, Costa Rica, San José, 22 de noviembre de 1969.

seguridad jurídica y materialicen el principio de que el sistema judicial es el medio para la realización de la justicia, conforme los artículos 82 y 169 de la Constitución. El plazo razonable entonces es una garantía del debido proceso tendiente a alcanzar la justicia respetando la dignidad humana. Derecho a la defensa, igualdad de armas (procesado-Fiscalía), celeridad, presunción de inocencia.

La institución del plazo razonable, tiene la finalidad de no permitir que los procesados permanezcan largos períodos de tiempo soportando un proceso y más dañino si son sometidos en prisión preventiva.

Se ha desarrollado varios criterios para verificar materialmente el plazo razonable, entre ellos tenemos la complejidad del asunto, puede diferir un caso de otro; el número de procesados (Ej.: 30S); así mismo se presentan conductas que presentan los sujetos del proceso que afectan el principio de lealtad procesal, obstruyen, retardan el desarrollo y conclusión del proceso. Limitaciones del sistema judicial, como falta de judicaturas, recursos humanos, o a su vez existencia de operadores de justicia ineficientes, pese a los actuales esfuerzos del Consejo de la Judicatura.

En cuanto a la prisión preventiva, conforme se ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha demostrado que se ha afectado el plazo razonable en los procesos penales, a que como ya hemos referido en este estudio, la medida ha sido utilizada con fines punitivos y no cautelares como es su naturaleza. A esta realidad responde que en cuanto a prisión preventiva se haya determinado un plazo razonable partiendo de los criterios generales, a establecer en norma la determinación legal del plazo razonable y ahí nos encontramos con lo previsto en el artículo 77 numeral 9 de la Constitución de la República que señala como tiempo máximo de prisión preventiva, seis meses en delitos castigados hasta cinco años de privación de libertad y un año para aquellos delitos que superan el tiempo de cinco años.

Constituye sentencia hito la dictada por la Corte IDH, en el caso ecuatoriano Suarez Rosero VS Ecuador, que citamos como ejemplo en líneas posteriores. En esta sentencia consta la obligación del Estado de no restringir la libertad de las personas

más allá de lo necesario en virtud que su desproporcionalidad temporal constituye un anticipo de pena como también ya señalamos en líneas anteriores.

Hemos de concluir entonces que el plazo razonable consiste en el derecho de todo ciudadano de acudir al servicio de administración de justicia y obtener respuesta en un tiempo oportuno, con diligencia, prontitud y con un resultado eficaz. No hacerlo, genera personas procesadas durante largos períodos de tiempo y además personas privadas de la libertad; afecta la dignidad humana.

3.4. Sobre las sanciones externas por vulneración del principio de presunción de inocencia penal alemitir la medida de prisión preventiva ilegítima

No garantizar la aplicación del principio de la presunción de inocencia, al dictar la medida de prisión preventiva de una persona procesada, sin la debida motivación y justificación, constituye una franca vulneración del principio de presunción de inocencia, equivaldría negar derechos reconocidos en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual el Ecuador es signatario.

El Ecuador al ser parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, reafirmó su propósito de consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos de las personas. Este propósito le conlleva a la obligación de respetar los derechos humanos conforme así consta del artículo 1 de la Convención, que enumera los deberes de los estados protegidos, disponiendo que los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar las garantías y libertades reconocidas en ella, garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

En este sentido tiene Ecuador el deber de adoptar las disposiciones del derecho interno, mediante medidas legislativas que fueran necesarias para hacer efectivo los derechos y libertades contenidas en el Convenio. Por ello que es indispensable que la normatividad constitucional y aquellas que desarrollan sus principios deben ampliarse y describirse de manera que su aplicación sea literal e inteligible que no permita la interpretación extensiva o subjetiva, por problemas de

oscuridad o ambigüedad en su contenido; sin embargo que en el mismo artículo 1 de la Convención ya se dispone que las garantías previstas en los instrumentos internacionales son de directa e inmediata aplicación sin que pueda exigir condiciones extrañas o alegar la falta de norma para justificar la violación o desconocimiento de los derechos.¹¹⁵

Cuando un Estado soberano adquiere obligaciones en un organismo de tal importancia, al acoger y ser parte de tratados internacionales de derechos humanos, tiene el deber de cumplir a cabalidad el pacto suscrito, con carácter imperativo, inclusive bajo amenaza de sanción al Estado que inobserve con los compromisos adquiridos en el convenio o tratado internacional de derechos humanos.

El artículo 11, numeral 9 de la Constitución de la República señala:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.¹¹⁶

La presunción de inocencia como una institución fundamentalmente del derecho penal, penal procesal y constitucional, ha venido adecuándose a la normatividad jurídica del Estado y de varios Tratados Internacionales vigentes en el

¹¹⁵ Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Registro Oficial No 801 de 6 de agosto de 1984. art. 1, 2.

¹¹⁶ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 11.9 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 5.

país, que acogen y garantizan este principio, tal el caso de la Declaración de los Derechos Humanos en su artículo 11.1; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.2; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2; el Convenio de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 6.2. Existe la tendencia universal, a garantizar que a toda persona se le reconozca y se le presuma su inocencia, como norma rectora del derecho penal del Estado constitucional de derechos y justicia como se ha identificado el Ecuador en su artículo 1 de la Constitución de la República.

El Ecuador puede verse abocado a recibir sanciones de parte de los organismos internacionales de derechos humanos, por el no cumplimiento de sus compromisos, de hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya ha emitido sentencias en las que ha sancionado a Ecuador por afectar derechos humanos, incumplir su compromiso conforme aparece de los fallos que hemos incorporado a esta investigación. Esto como una parte de las consecuencias que pueden ocasionar determinados conflictos a nivel externo.

Afirma Luigi Ferrajoli al referirse a los postulados del Estado garantista:

El segundo postulado es el principio de plenitud deóntica, en virtud del cual, donde quiera que existan derechos o intereses establecidos por normas primarias, deberán introducirse, como sus garantías primarias, los poderes-deberes correspondientes, es decir, la prohibición de lesionarlos y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos, a cargo de funciones e instituciones de garantías primarias, a su vez separadas de cualquier otro poder.¹¹⁷

Este postulado tiene que ver con la obligación que tienen los otros poderes del Estado, de tutelar y satisfacer los derechos establecidos en la Constitución a cuya normatividad ha llamado primaria, misma que en función de constitucionalismo rígido, no puede ser cambiado o modificado ni por el poder legislativo ni por otra autoridad pública, de tal forma que este derecho a la presunción de inocencia, es imposible que cualquiera otro poder o función estatal pueda vulnerarlo en virtud que por el contrario como señala el autor el deber es tutelarlos, satisfacerlos.

¹¹⁷ Luigi Ferrajoli, *El Constitucionalismo garantista como modelo teórico y como modelo político*, (Madrid: Edit. Trotta, 2014), 58.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido sentencias que reconocen responsabilidad objetiva del Estado y como forma de reparación a las víctimas condenan a Ecuador por afectación a los derechos humanos, el desconocimiento del principio de la presunción de inocencia y emitir la medida de prisión preventiva ilegítima, arbitraria como medida privativa de la libertad, que consideramos importante registrarlas:

CASO ACOSTA CALDERON -VS -ECUADOR

Resumen del Caso:

El señor Acosta Calderón, fue arrestado en 1989 en el Ecuador por la policía militar de aduana bajo sospecha de tráfico de drogas. El parte policial rendido ese día indica que en una maleta incautada a la presunta víctima se halló una sustancia que la policía presumió era “pasta de cocaína”. El 15 de noviembre de 1989 el Juez de lo Penal de Lago Agrio dictó un auto cabeza en contra del señor Acosta Calderón, por haber sido éste detenido “en posesión aproximadamente 2 libras y media de pasta de cocaína” y porque “los hechos relatados constituían delitos punibles y perseguibles, por lo que sindicó al señor Acosta Calderón, con orden de prisión preventiva por reunidos los presupuestos del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal”. El Juez ordenó que la presunta droga incautada fuera pesada para su respectivo reconocimiento y destrucción. El mismo día en el Hospital de Lago Agrio realizó un pesaje, más no un análisis, No se indicó si dicho pesaje correspondía a la supuesta pasta incautada al señor Acosta Calderón. En el año 1991 el señor Acosta Calderón presentó un escrito al Juez de lo Penal de Lago Agrio, mediante el cual indicó que no se había encontrado evidencia alguna de drogas para sustentar su detención. El 13 de agosto de 1993 el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas informó al Juez Penal que en la Jefatura Zonal del CONSEP en el Nororiente no se encontraba la droga incautada al señor Acosta Calderón. En el año 1996 el Tribunal Penal de Napo concedió la orden de libertad.

Derechos violados:

La Corte declara por unanimidad:

1. el Estado violó en perjuicio del señor Rigoberto Acosta Calderón, el Derecho a la Libertad Personal consagrado en el artículo 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.
2. el Estado violó en perjuicio del señor Rigoberto Acosta Calderón, el Derecho a la Libertad Personal consagrado en el artículo 7.6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.
3. el Estado violó en perjuicio del señor Rigoberto Acosta Calderón, el Derecho a la Libertad Personal consagrado en el artículo 8.1, 8.2, 8.2b, 8.2d, y 8.2e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.
4. el Estado incumplió, al momento en que ocurrieron los hechos, con la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 7.5 de la misma.
5. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.¹¹⁸

CASO SUAREZ ROSERO –VS- ECUADOR

Resumen del Caso:

El señor Suárez Rosero fue arrestado el 23 de junio de 1992 por agentes de la Policía Nacional del Ecuador, en virtud de una orden policial emitida a raíz de una denuncia hecha por residentes del sector de Zámbriza, en Quito, quienes manifestaron que los ocupantes de un vehículo “Trooper” se encontraban incinerando lo que, en apariencia, era droga. El señor Suárez Rosero fue detenido sin orden emitida por autoridad competente y sin haber sido sorprendido en flagrante delito. Desde el 23 de junio, hasta el 28 de julio de 1992, el señor Suárez Rosero estuvo incomunicado. No se permitió al señor Suárez Rosero recibir visitas de su familia o comunicarse con un abogado. El 27 de noviembre de 1992, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito ordenó el inicio de la fase de instrucción del proceso. En esta resolución, se acusó al señor Suárez Rosero de transportar drogas con el fin de destruirlas y ocultar esta evidencia. El 10 de junio de 1994 el Presidente de la Corte

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*, Sentencia de 24 de junio de 2015. San José - Costa Rica.

Suprema de Justicia denegó el recurso de hábeas corpus interpuesto por el señor Suárez Rosero.

Derechos violados

La Corte por unanimidad declaró:

1. que el Ecuador violó, en perjuicio del señor Suárez Rosero, el artículo 7 de la Convención sobre Derechos Humanos en concordancia con artículo 1.1 de la misma.
2. que el Ecuador violó el artículo 8 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma.
3. que el Ecuador violó el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma.
4. que el Ecuador violó, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en concordancia con el artículo 1.1 de las misma.
5. que el último Párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos.
6. que el Ecuador debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia y eventualmente sancionarlos.
7. que el Ecuador está obligado a pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hubieran incurrido en las gestiones relacionadas con el proceso.
8. que el Ecuador debe abrir la etapa de reparaciones, a cuyo efecto comisiona a su Presidente para que oportunamente adopte las medidas que fuesen necesarias.¹¹⁹

De los resúmenes de las sentencias de la Corte Interamericana que han sido registradas, aparece que Ecuador ha violado derechos humanos, fundamentalmente el derecho a la libertad personal según prescribe el artículo 7 en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, que equivale decir hubo una indebida, ilegítima medida cautelar de prisión preventiva en contra de los dos ciudadanos procesados. No se respetó el artículo 76 numeral 2 de la

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suarez Rosero vs Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. San José - Costa Rica.

Constitución de la República de Ecuador, que tiene relación con la garantía de la presunción de inocencia.

3.5. Aproximaciones al conflicto en la praxis por colisión de principios entre la presunción y la prisión preventiva

Del estudio que hemos realizado, llegamos a la conclusión anticipada que la regla debe ser el respeto a la garantía constitucional a la libertad personal, consecuentemente, esa es la corriente por tal consideramos que debe prevalecer es el derecho a la presunción de inocencia; pero en función también de respetar los intereses del Estado, el bienestar de la comunidad, la garantía de la víctima frente a un delito consumado, sería también legítimo que deba prevalecer el poder punitivo del Estado, garantizar a la víctima y los fines del proceso; en virtud que examinada la estructura del sistema procesal en justicia penal, no se ha cuestionado la existencia y necesidad tanto de la presunción de inocencia como una garantía del procesado y el instituto de la prisión preventiva como medida cautelar de orden personal, porque son ilegítimas, y por tal consideramos, no pueden ser expulsadas del mundo jurídico ninguna de las dos instituciones de rango constitucional, que además forman parte del bloque de constitucionalidad, respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los términos que ya explicamos en esta investigación.

Del contenido de los artículos 76 numeral 2 y 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, se derivan normas sustantivas y procesales, que dependen en su permanencia del mandato supremo, en función del principio de la supremacía constitucional prevista en el artículo 424 ibídem, en la que se dispone que las normas inferiores deben guardar conformidad con las de la Constitución so pena de ser ineficaces, sin ningún valor.

Si toda norma es legítima, su validez por mandato constitucional, para el caso de que no guarden conformidad, sean estas contradictorias respecto de los intereses que normativamente persiguen, deberían ser expulsadas del ordenamiento jurídico nacional; sin embargo en el caso de las instituciones en estudio, estas tienen igual nivel jerárquico constitucional, creadas por el legislador con fines específicos

debidamente justificados; sin embargo estas normas que en la praxis entran en conflicto, pues por principios se presentan contrarias, defienden lo antónimo; por lo que consideramos la necesidad de implementar mecanismos que permitan su pacífica coexistencia, se garantice su interacción en el marco del ordenamiento jurídico, como vamos a ver más adelante cuando ampliemos esta investigación.

Si bien la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, al igual que el Código Orgánico Integral Penal, sostienen como base para la idoneidad del proceso penal, la libertad del procesado; en la praxis judicial la prisión preventiva, resulta ser la regla general, sustentada de hecho, no de derecho, en el principio de presunción de la culpabilidad, que es el antónimo del principio de presunción de inocencia. Se rompe el principio de la presunción de inocencia, se desconoce la norma de la Constitución y los Tratados Internacionales de derechos Humanos.

La Administración de Justicia Penal, despierta mayor interés social debido a que los bienes jurídicos en juego en este caso la libertad personal, marca un antes y un después en la vida de la persona procesada, al punto de pretenderse establecer constitucionalmente su intemporalidad, conforme así aparece en el contenido del artículo 77 numeral 9 de la Constitución en la que se advierte que los jueces serán sancionados si permiten la caducidad de la prisión preventiva; Asimismo se menciona que la orden de prisión preventiva se mantendrá vigente si la persona procesada ha evadido o retardado su juzgamiento, sin embargo que constitucionalmente se ha fijado una temporalidad so pena de caducar, pero ésta temporalidad molesta al mismo Estado, porque si bien se dispone la caducidad de la prisión preventiva transcurrido el tiempo de 6 meses o 1 año, mediante reforma o agregado a la Constitución de Montecristi, se señala como indicamos, que la orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva por las razones ya señaladas.¹²⁰ Se aprecia una doble moral estatal, en virtud que por una parte se pregona el respeto de los derechos humanos entre ellos el de la libertad de las personas, pero se legisla buscando a todo

¹²⁰ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77.9 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 30.

rigor se mantenga ciudadanos privados de libertad, sin importar su persona, su familia, la misma sociedad; y, los jueces están adiestrados para ser “buenos” impartidores de justicia penal, encarcelando personas; y, de no hacerlo corren el riesgo aún de perder su puesto y quizá también su libertad; nótese que el hecho de dejar caducar una prisión preventiva, el Estado lo toma como permitir huir al procesado, por eso que dispone que los operadores de justicia, aún los auxiliares del sistema, deben ser sancionados por falta gravísima, lo que en el Código Orgánico de la Función Judicial equivale a destitución segura y posible enjuiciamiento penal. Así de grave es a nuestro parecer la realidad de la doble moral del Estado.

El artículo 77 numeral 9 de la Constitución dispone que: Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce del proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en la causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión [...] 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.¹²¹

En el documento denominado Revista Justicia y Derechos No. 7 de noviembre del 2010, del Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, consta una publicación que consideramos pertinente registrarla, en la que no se considera que ninguna otra institución puede interferir en la administración de justicia. En el caso planteado, se demuestra la injerencia en la administración de justicia que se lo hace públicamente, sin considerar que existe expresa prohibición Constitucional. Este Ministerio es creado por Decreto Ejecutivo, y sus funciones contrarían la Constitución, lo que no es permitido por más buenas intenciones que hayan motivado su creación. Dice la publicación:

Inacción permite la liberación de presuntos delincuentes José Serrano, ministro de Justicia, insistió en la urgencia de esta auditoría, para sancionar de manera enérgica la inacción de los operadores judiciales, cuya desidia en el despacho de los procesos provocó, de enero del 2007 a julio del 2010, la caducidad de la prisión preventiva de 4005 casos, lo que Universidad de TALCA auditará al sector judicial facilitó la liberación de igual número de personas, acusadas de delitos de diversa índole. De los jueces que permitieron la caducidad de las prisiones, el 95 por ciento

¹²¹ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 30.

pertenece a tribunales del Guayas, mientras que el porcentaje restante se divide entre Pichincha, El Oro, Tungurahua, Manabí, Napo y Azuay. Paradójicamente, es Guayas la provincia que muestra los mayores índices delincuenciales e inseguridad en todo el país. Ante ese escenario, José Serrano mostró su indignación, al señalar que solo en el 2009 se represaron 199 000 expedientes en materia penal repartidos en 159 juzgados. “Por esta razón, la Asamblea Nacional dio al Ministerio de Justicia la autorización para una auditoría a jueces y fiscales”, dijo el Ministro.¹²²

Es evidente la conducta estatal a través de la Función Ejecutiva que dispone sancionar a diferentes servidores operadores de justicia, que osen en dejar caducar una medida de prisión preventiva, sea de 6 meses o 1 año, de acuerdo al tipo de delito. La amenaza de sanción por falta gravísima tiene como consecuencia la destitución del cargo conforme dispone el Código Orgánico de la Función Judicial. Lo cierto es que evidencia ser política de Estado y fundamentalmente de Gobierno, de un grupo del poder monopólico; que se identifica con una corriente de maximalismo penal, realidad que contradice la parte declarativa de derechos en la Constitución de 2008.

En cuanto a la motivación, necesidad y criterio de proporcionalidad para dictar la medida de prisión preventiva, el apreciado catedrático universitario, escritor jurídico y actual Asesor de la Fiscalía General del Estado, Dr. José García Falconí, realizó una importante investigación respecto de la aplicación indebida, innecesaria, injustificada, desproporcionada y particularmente inmotivada, de la medida cautelar de la prisión preventiva, como consecuencia además de la incapacidad profesional demostrada por jueces y fiscales intervinientes. Señala el autor que la muestra pertenece a 15 casos ocurridos en la ciudad de Quito, en la Fiscalía Provincial de Pichincha, área de Asesoría Jurídica. Se registra que el 100% de los procesados recogidos en la muestra eran ciudadanos que oscilaban entre los 22 y 45 años de edad, es decir personas jóvenes de sexo masculino, seguramente padres de familia; y en la parte pertinente del análisis de la motivación guía la solicitud de medida de prisión preventiva por parte del Fiscal, así como la del Juez para concederle, registra el autor:

¹²² (www.minjusticia.gob.ec. 2010)

PETICIÓN FISCAL.- [...] Por encontrarse reunidos los requisitos del artículo, solicito la prisión preventiva en contra de XXXX [...]

RESOLUCIÓN DE JUEZ.- [...] Acogiendo el pedido del señor Fiscal y por considerar fundamentado y apegado a la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo, se dispone la prisión preventiva de XXXX, para lo cual gírese las respectivas boletas de encarcelamiento [...]¹²³

La medida cautelar de la prisión preventiva, se la acepta o deniega *mediante auto motivado*; ¿podremos afirmar en el ejemplo expuesto se garantiza la seguridad jurídica y se consideró el principio de la presunción de inocencia?; así también, ¿se motivó sobre la proporcionalidad¹²⁴, la necesidad, pertinencia, para que se imponga la medida de prisión preventiva, o a su vez se examinó la opción de fijar medidas alternativas a la prisión preventiva, visto su carácter de excepcional? Seguramente no.

¹²³ José García Falconí, *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva* (Quito: Edit. Rodín, 2011), 104.

¹²⁴ El artículo 76 numeral 7, literal l de la Constitución de la República, señala que toda resolución de la autoridad pública debe ser motivada, mediante la aplicación de normas y principios adecuados al caso en concreto, y para el caso de faltar esta motivación las resoluciones son nulas. Señala el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez “ se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento de motivar las resoluciones; la libertad personal es una garantía constitucional y privarla corresponde a restringir uno de los derechos humanos fundamentales de tal forma que motivar por el fiscal el pedido de prisión preventiva así mismo motivarla por el juez para concederla, debe responder a criterios de manifiesta trascendencia como el criterio de la proporcionalidad para la aplicación de la medida. El juez al motivar el criterio de la proporcionalidad en la aplicación de la medida privativa provisional de la libertad debe considerar que este criterio, el de la proporcionalidad es a nuestro criterio el límite más racional a la posibilidad de la libertad al procesado. Julio Maier, al referirse a la proporcionalidad señala “ *racional el intento de impedir que, aún en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un valor mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena*”. Se trata de impedir que la situación personal y familiar del ciudadano considerado aún inocente sea peor que la de la persona ya condenada, resultando la medida más gravosa que la propia pena. Por ello que el principio de proporcionalidad es a su vez una especie de consecuencia del principio de inocencia en los términos que ya referimos en líneas anteriores, que garantiza a los procesados recibir un trato de aún inocente y no otro peor que si ya hubiera sido condenado, siendo ésta una de las fundamentales razones para que la prisión preventiva encuentre sus límites normativos fundamentalmente en los instrumentos internacionales de derechos humanos y claro está en la normatividad nacional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la exigencia de que los jueces en materia penal asuman su responsabilidad de “examinar a fondo” la situación del acusado y aplicar motivadamente el principio de la proporcionalidad, pues reconoce que este principio implica la imposibilidad como regla de aplicar la privación de la libertad en los términos que en nuestra Constitución consta del su artículo 77. En la motivación para emitir una medida privativa de la libertad, el juez debe considerar necesariamente la aplicación efectiva del principio de la proporcionalidad, analizando las posibilidades procesales y en cada caso en concreto. Por ello que el juez debe expresar su motivación, que ha aplicado el criterio de proporcionalidad de la medida cautelar, para según corresponda, aceptar o negar el pedido.

En la misma investigación el funcionario fiscal, señala que de los 15 casos analizados, sólo 1 cumplía con la motivación; y, en cuanto al cumplimiento de los requisitos constitucionales sólo en 2 casos se verificó este requerimiento.¹²⁵ Además, todas las 15 órdenes de prisión preventiva analizadas, fueron posteriormente revocadas y solo 1 por oferta de caución; es por ello que el autor afirma haberse probado la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, ignorando los mandamientos constitucionales, el uso arbitrario y desproporcional de la prisión preventiva¹²⁶. Constituye entonces evidencia documentada, que el principio de presunción de inocencia no se ha materializado y resulta que a la postre el Estado es quien patrocina y alienta la aplicación del principio de la presunción de culpabilidad como garantía estatal, evidenciándose en consecuencia la inexistencia de una administración de justicia oportuna y eficaz guiada por el respeto de las garantías de los derechos humanos y el debido proceso constitucional, con las excepciones del caso, toda regla tiene su excepción.

El Estado ecuatoriano más allá de concentrar sus esfuerzos solo en perseguir, encarcelar, castigar, excluir ciudadanos, debe adecuar las instituciones públicas relacionadas con el sistema de administración de justicia penal a los principios que soportan su condición de Estado Constitucional, entre ellos el diseño de una política criminal acorde con su realidad, que al menos en administración de justicia penal, tiene sus reparos. Bastaría con un Estado Democrático que garantice el respeto de los derechos de los sujetos del proceso y la comunidad, porque de manera alguna se pretende tampoco desconocer el principio del in dubio pro víctima. Para que haya ese equilibrio buscado debe implementarse y reforzarse las medidas alternativas a la prisión preventiva que aseguren también los fines del proceso penal, recordando para esto la disposición del artículo 169 de la Constitución de la República que consagra que el sistema procesal es el medio para la realización de la justicia; por tal la prisión preventiva como instituto y garantía procesal ejerce gran influencia en la necesidad de que será necesario y por excepción, irrumpir en el principio de la presunción de inocencia para alcanzar los objetivos del sistema procesal que es la realización de la justicia; consecuentemente impedir la vulneración de la garantía de la libertad de la

¹²⁵ *Ibíd.* 106

¹²⁶ Registro Oficial Suplemento No. 449, 20/10/2008, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 1 ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 1.

persona, del derecho a la presunción de inocencia y las garantías de la víctima, de la sociedad y del Estado.

Tenemos la firme convicción que el derecho a la libertad de las personas sustentado en el principio de la presunción de inocencia, es el que debe prevalecer y para la aplicación de la medida de prisión preventiva deben prevalecer criterios de necesidad, proporcionalidad, objetividad, en delitos graves, violentos y a la vez flagrantes, en virtud que en estas circunstancias, juegan un papel preponderante la evidencias. La apreciación será más objetiva y guardará más conformidad con los fines del proceso, no con los fines materiales o punitivos del Estado.

Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones

El derecho universal a la presunción de inocencia representa la expresión máxima de la libertad personal, en relación con el instituto de la prisión preventiva como medida cautelar personal así como el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

La administración de justicia penal ecuatoriana se sustenta en un Estado constitucional de derechos y justicia, por tal le es connatural la tutela y el respeto de las garantías y derechos, la presunción de inocencia que le asegure un tratamiento de persona libre e inocente mientras se tramita la acción judicial penal.

El Ecuador es signatario de varios tratados internacionales de defensa de los derechos humanos, relevancia tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en cuya normativa consta el compromiso de respetar el derecho a la presunción de inocencia, correspondiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, controlar y juzgar el incumplimiento por los Estados partes.

El sistema acusatorio adoptado por el Ecuador a partir del año 2001 y la declaratoria de Estado constitucional de derechos y justicia en el año 2008 brindan la posibilidad para la consecución de mayores niveles de equidad en la administración de justicia penal y una mejor configuración de la Función Judicial en el área penal frente al cambio de paradigma en sus estructuras que ha experimentado este país.

El Código Orgánico Integral Penal, desafortunadamente en el proceso de implementación, no ha logrado adaptarse y/o adecuarse al nuevo paradigma constitucional; se esperaba que el principio *pro persona* y consecuentemente el *principio pro libertady* la presunción de inocencia, se viabilicen a plenitud; sin embargo este cuerpo legal permite y deja la puerta abierta a más de un conflicto entre la garantía de presunción de inocencia y la prisión preventiva, por los intereses contrapuestos que estas instituciones representan.

Toda persona humana tiene derecho a que se garantice su libertad personal y nadie puede ser privado de ella, sino en virtud de un procedimiento judicial que respete la dignidad humana, las garantías del debido proceso constitucional. Falta materializar esta garantía.

En franco desacato a la normatividad constitucional, internacional y del mismo Código Orgánico Integral Penal, en buena parte, jueces de garantías penales presentan abusos en la aplicación de la institución de la prisión preventiva, sin considerar sus consecuencias personales, familiares y sociales. Restringir la libertad personal es por excepción una facultad del juez, no un deber.

Existen injerencias de poderes fácticos y de otros órganos del poder público, tales como Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado, medios de información, que con aparente legitimidad, intervienen en la gestión de los jueces. Generalmente lo hacen por delegados y nunca por escrito.

El conflicto y colisión entre el principio constitucional de la presunción de inocencia y la institución de la prisión preventiva es inevitable y por ello se requieren jueces y fiscales capacitados para garantizar una apropiada y atinada aplicación de la privación de la libertad de personas procesadas.

Por cuanto que literalmente, en principio no existe antinomia en las normas constitucionales que generan colisión y conflicto “presunción de inocencia y prisión preventiva”, estas instituciones jurídicas son idóneas, legítimas y aún necesarias; encontrándose es que el origen de la conflictividad en buena parte radica en la conducta de operadores de justicia, por su falta de compromiso con el sistema.

Mientras el sistema procesal y de administración de justicia penal, determine como medida cautelar la prisión preventiva, este instituto será legítimo sólo con el carácter de excepcional y ultima ratio; y su función sea procesal, no punitiva.

La materialización del paradigma constitucional ecuatoriano en justicia penal depende en gran medida erradicar el uso patológico de la prisión preventiva que por su característica afecta otros derechos humanos.

Recomendaciones

Que el Estado cumpla con su deber de garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos como es la garantía a la libertad de las personas sustentado en el principio universal de la presunción de inocencia. Es por ello necesario adoptar las medidas urgentes para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, su uso como una herramienta para el control social o delictivo, o como una pena anticipada.

El Estado debe asumir como política pública en materia de justicia penal, el respeto a las garantías constitucionales, para hacer efectiva la justicia formal y material, respetando el derecho a la libertad de las personas, de tal forma que las tensiones que se presentan entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva como dos polos opuestos sean motivo de ponderación por los jueces penales virtud de los intereses enfrentados, bajo un estricto proceso argumentativo.

El Estado del Ecuador requiere urgente el diseño científico de una política criminal, a fin de que el derecho a la presunción de inocencia no sea anulado para dar paso a que la prisión preventiva se convierta en un instrumento del adjetivado derecho penal del enemigo para el *ius puniendi*, que utiliza el encarcelamiento provisional, la prisión preventiva con fines materiales, punitivos; desconociendo el verdadero rol de la medida cautelar que tiene una función de garantía procesal y no constituye herramienta para prevenir ni perseguir el delito como desafortunadamente ocurre en la actualidad mediante el asocio de un creciente estado policiaco-judicial, alejado de los mandatos del Estado constitucional como se ha definido el Ecuador en el artículo 1 de la Constitución.

Consolidar el principio de la independencia interna y externa de la Función Judicial a fin de que el Consejo de la Judicatura realice el control necesario para impedir la injerencia de parte de estamentos del poder público en la administración de justicia, de tal forma que los jueces ejerzan sus funciones de manera libre y sin presión de ningún orden.

Es necesario se realicen periódicamente auditorías para valorar la conducta y desempeño de los jueces de garantías penales, para que a través de un cuerpo calificado, se analicen sus actuaciones, se identifique los daños causados por el uso patológico de la medida de prisión preventiva; luego reciban una capacitación intensiva sobre la significancia del derecho penal en el Estado constitucional garantista; esto, previo a una segunda verificación y evaluación, procediéndose luego a separar de los cargos a aquéllos que apuestan por el sistema inquisitivo. Probablemente se concluirá que muchos de ellos sirven para ser jueces pero en otro sistema, que no es el acusatorio.

El Consejo de la Judicatura debe realizar eventos permanentes de capacitación a los operadores y auxiliares de justicia para la mejor comprensión del cambio de paradigma en la administración de justicia, en la que la garantía de la libertad personal representa un pilar donde se sustenta la democracia. Así como debe ajustar el proceso de reclutamiento para la designación de nuevos jueces afines al Estado constitucional de derechos y justicia.

Que la Fiscalía General del Estado capacite a las y los fiscales, a fin de que en su mayoría logren despertar al nuevo sistema de justicia penal; la presunción de inocencia como garantía del debido proceso.

Se debe implementar una adecuación a la normativa mediante reforma del artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República, devolviendo el texto de aquel primigenio de 2008, que en forma directa señalaba que la prisión preventiva es excepcional y así debe cumplirse. En la actualidad esta norma alienta lo contrario; de igual manera la norma del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal. En virtud que frente al conflicto y colisión entre disposiciones de jerarquía constitucional, debe ceder aquella que afecta el derecho a la libertad.

Se sugiere desarrollar mecanismos técnicos y proveer los recursos necesarios para materializar las medidas alternativas a la privación de la libertad; garantizar la aplicación de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, ajustándose a los estándares internacionales, fundamentalmente la del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Albán Gómez, Ernesto. Manual de derecho penal ecuatoriano. Quito – Ecuador: Edit. Ediciones Legales. 2005.

Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid – España: 2ª Ed. Edt. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Arroyo Beltrán, Lenín. Las garantías individuales y el rol de protección constitucional. Guayaquil – Ecuador: Edit. Arroyo Ediciones. 1998.

Bermúdez Coronel, Eduardo. Debido Proceso: Prisión Preventiva y amparo de Libertad en el contexto de los Derechos Humanos. Quito – Ecuador: Edit. ProJusticia, 2001.

Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá – Colombia: Editorial Temis. 1999

Bodero, Edmundo René. Amparo De la Libertad. Guayaquil – Ecuador: Primera Edición, 1996.

Boueiri Bassil, Sonia. ¿Qué es un Criminólogo?, Mérida – Venezuela: Edit. Consejo de Publicaciones UA. 2013.

Camargo, Pedro Pablo. Manual de derechos humanos. Bogotá – Colombia: Edit. Leyer. 1995.

Cancino Moreno, Antonio José. Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. Bogotá – Colombia: Edit. ISBN. 2003.

Carranza Piña, Jorge Eduardo. La libertad y la detención preventiva. Bogotá – Colombia: Edit. Leyer. 2002

- Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales. Quito – Ecuador: Edit. Cevallos, 2010.
- Claría Olmedo, Jorge. Derecho Procesal Penal. Córdoba – España: Edit. Córdoba. 1984.
- Conde Pumpidio, Cándido. Derecho Penal. Madrid – España: Edit. Constitución y Leyes. 1990.
- Entrena Vásquez, Luz. Derechos y Libertades. Quito – Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2005.
- Faúndez Ledesma, Héctor. El derecho a un juicio justo. Caracas – Venezuela: Edit. Universidad Central de Venezuela, 1992.
- Fernández Piedra, Luis Alberto. La detención y la prisión preventiva en el Ecuador. Quito – Ecuador: Edit. FENAJE, 2004, 87.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón.- teoría del garantismo. Madrid – España: Edit. Trotta. 1997.
- Ferrajoli, Luigi. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid – España: Edit. Trotta, 2014.
- Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. Madrid- España: Edit. Trotta. 2010
- García Falconí, José Carlos. El derecho constitucional a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionales y legales para dictar la medida cautelar de la prisión preventiva. Quito – Ecuador: Edit. Rodín, 2011.
- García Morillo, Joaquín. El Derecho a la Libertad Personal. Valencia – España: Edit. Tirant. 1995

- Gozaíni, Oswaldo. *El debido Proceso*. Buenos Aires – Argentina: Edit. Rubinzal-Culzoni. 2004.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito – Ecuador: Edit. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2012
- Guastini, Riccardo. *Estudio sobre interpretación jurídica*. México, Editorial Porrúa. 2000.
- Jiménez De Asúa, Luis. *Filosofía y ley penal*. Buenos Aires – Argentina: Edit. Losada. 1964.
- Linares, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires – Argentina: Edit. Plus Ultra. 1988.
- López Arévalo, William. *La prisión preventiva en el Estados Constitucional*. Quito – Ecuador: Edit. Jurídica del Ecuador. 2014.
- Malinowki, Bronislaw. *Libertad y Criminalización*. Buenos Aires – Argentina: Edit. Losada. 1984.
- Manzini, Vincenzo. *Tratado de la Prejudicialidad*. Buenos Aires – Argentina: Edit. Torinese. 1974.
- Martínez Carnello, Jesús. *La Presunción de Inocencia en Materia Penal ¿Principio, Garantía o Derecho Procesal?* México Df – México: Edit. Porrúa. 2013.
- Mateos Peña, Jaime. *Antecedentes de la prisión como pena privativa de la libertad en Europa hasta el siglo XVI*. Madrid – España: Edit. Nacional. 1967.
- Núñez, Ricardo. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires – Argentina: Edit. Bibliográfica. 1995.

- Peces Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Madrid – España: Edit. Universidad Carlos III. 1995.
- Prieto Sanchís, Luis. Apuntes de Teoría de derecho. Madrid- España: Edit. Trota. 2005.
- Ortiz, David. Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo. Lima – Perú: Edit. Ara. 2009.
- Ovejero Puente, Ana María. Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia. Valencia – España. Edit: Tirant lo Blanch. 2006.
- Rivera Morales, Rodrigo. *Constitucionalismo y Proceso Hoy*. Barquisimeto-Venezuela: Impreso Editorial Horizonte, 2008.
- Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal.- Parte General, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid – España: Edit. Nacional. 1994.
- Rubianes, Carlos. Derecho Procesal Penal Actual. Buenos Aires – Argentina: Edit. Depalma. 1983.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo. Ciencia Política y Constitucional. México – México: Edit. Porrúa. 2012.
- Pastor, Daniel. La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales. Buenos Aires, Argentina: Edit. Jurista, 2007.
- Pastor, Daniel. Las Funciones de la Prisión Preventiva. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: 2006.
- Salim, Zaidan. Sistematización Temática de la Jurisprudencia de la Corte IDH. Quito – Ecuador: Edit. CEP. 2013.

Zavala Baquerizo, Jorge [+]. Tratado de Derecho Procesal Penal. Quito – Ecuador:
Edit. Edino. 2005.

Zabala Baquerizo, Jorge [+]. El Proceso Penal. Tercera Edición. Quito- Ecuador:
EDINO. 1990

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial,
Suplemento No. 180, 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Asamblea
Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f.

Declaraciones Convenciones y Protocolos sobre Derecho Humanitario.
Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.