

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho Penal

**La aplicación de la prisión preventiva y el principio de presunción de  
inocencia**

**Estudio de casos sobre la aplicación indebida de la prisión preventiva en los delitos  
de hurto y robo**

Patricia Sofía Zapatier Córdova

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2020

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	<b>Reconocimiento de créditos de la obra</b> No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia



## **Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis**

Yo, Patricia Sofía Zapatier Córdova, autora de la tesis intitulada “La aplicación de la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia. Estudio de casos sobre la aplicación indebida de la prisión preventiva en los delitos de hurto y robo”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Penal 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 de la obra referida, yo asumiré la responsabilidad frente a terceros y la Universidad.
3. En esta fecha entrego en la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 13 de octubre de 2020.

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

Según las estadísticas oficiales, en el Ecuador el número de personas privadas de la libertad por el mecanismo de la prisión preventiva alcanza al menos el 34% de una población carcelaria que en enero de 2019 se encontraba en un record histórico de 38602 personas. La cifra, por supuesto es muy alarmante, pues con la aplicación de esta medida cautelar, no punitiva, se contraviene el derecho a la presunción de inocencia que se estructura como una garantía fundamental del debido proceso. Esta situación ha generado a que la Defensoría Pública considere que existe una utilización abusiva e indiscriminada de la prisión preventiva, haciéndose eco de las fervientes críticas vertidas desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha recalcado la necesidad imperiosa de que se apliquen los principios de necesidad, utilidad, proporcionalidad, legitimidad y razonabilidad previamente a dictaminarse el encierro cautelar, haciendo prevalecer el derecho a la libertad, así como a la presunción de inocencia del que gozan los procesados. Lo más grave de esta situación es que pese a existir un desarrollo jurisprudencial sumamente amplio y complejo en esta materia, realizado adecuadamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en más de veinte años, su utilización efectiva ha sido muy restringida, lo que ha determinado las altas tasas de prisión de la población ecuatoriana. Por ello, para mejor la utilidad práctica de los estándares internacionales, se ha elaborado esta investigación en la que se sistematizan los aspectos más importantes de la prisión preventiva, desde su configuración en la legislación procesal penal interna, que desentraña su contenido y compatibilidad con aquellos, con la finalidad de racionalizar la utilización de una medida tan lesiva al derecho a la libertad como a la presunción de inocencia de los sujetos procesados.

Palabras clave: Libertad, prisión preventiva, presunción de inocencia, garantías, principios, Corte Interamericana de Derechos humanos



Esta investigación está dedicada a todas las personas que sufren el encierro cautelar arbitrario y buscan la realización de la justicia.

**La autora.**



## **Agradecimientos**

Al Dr. Christian Masapanta Gallegos, quien en su calidad de tutor supo guiarme por el difícil camino del Derecho penal.

**La autora.**



## Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo Primero.....	15
Análisis crítico de la prisión preventiva en el Ecuador.....	15
1.  Introducción.....	15
2.  El principio de presunción de inocencia y su vinculación con la prisión preventiva en la realidad ecuatoriana.....	16
3.  La presunción de inocencia en Ecuador.....	18
3.1.  Concepto y naturaleza jurídica del principio de inocencia.....	20
3.2.  Características del derecho a la presunción de inocencia.....	23
3.3.  La presunción de inocencia en el Derecho Comparado.....	25
4.  La prisión preventiva y su relación con el principio de inocencia.....	30
4.1.  Concepto y naturaleza jurídica de la prisión preventiva.....	34
4.2.  Tratados internacionales sobre la prisión preventiva.....	38
Capítulo Segundo.....	41
La aplicación indebida de la prisión preventiva en la realidad ecuatoriana.....	41
1.  Introducción.....	41
2.  La prisión preventiva en la Constitución de la República.....	42
3.  La Prisión Preventiva en el Código Orgánico Integral Penal .....	47
3.1.  Requisitos de la Prisión Preventiva.....	48
3.2.  Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.....	52
3.3.  Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.....	55
3.4.  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.....	57
3.5.  Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de la libertad superior a un año.....	61
4.  La prisión preventiva de acuerdo a las últimas reformas.....	65
5.  La caducidad y revocatoria de la prisión preventiva.....	67

6. Caso actual sobre la falta de aplicación de criterios de la prisión preventiva. Un problema vigente.....	71
Capítulo Tercero.....	75
Análisis de la jurisprudencia relevante vinculada con la indebida aplicación de la prisión preventiva y la afectación del principio de presunción de inocencia.....	75
1. Introducción.....	75
2. La indebida aplicación de la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte IDH.....	76
3. Caso Tibi vs. Ecuador.....	82
3.1. Antecedentes del caso.....	85
3.2. Análisis de los argumentos centrales expuestos por la Corte IDH.....	87
3.3. Reparación integral.....	91
4. Análisis de la caducidad de la prisión preventiva en la sentencia Suárez Rosero vs Ecuador.....	94
5. El principio de presunción de inocencia en la realidad constitucional ecuatoriana.....	95
5.1. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador en el caso No. 14-15-CN/19.....	96
5.1.1. Antecedentes.....	97
5.1.2. Análisis de la <i>ratio decidendi</i> de la sentencia dictada por la Corte Constitucional ecuatoriana.....	99
5.1.3. Modulación de la norma jurídica.....	103
Conclusiones.....	109
Recomendaciones.....	111
Bibliografía.....	115

## Introducción

La presunción de inocencia y el derecho a la libertad, en los sistemas penales de corte acusatorio, así como de raigambre constitucional, como ocurre en el caso ecuatoriano, constituyen el fundamento del sistema, gracias a los cuales la regla general aplicable en el proceso penal es que el procesado pueda defenderse en libertad. No obstante, aquello, desde la normativa internacional como en la legislación interna, se ha establecido una serie de circunstancias y requisitos, muy específicos, que deben ser satisfechos adecuadamente para que el *ius puniendi* pueda flexibilizar esos derechos, con fines exclusivamente procesales, se habilite la utilización de la prisión preventiva.

En esta investigación se analizan esos derechos fundamentales, con los que se establece las circunstancias específicas en que procede el encierro cautelar tomando en cuenta siempre la compatibilidad de la legislación interna y los estándares internacionales vigentes en esta materia, lo que coadyuva a un adecuado entendimiento para la aplicación del encierro cautelar.

En el Capítulo Primero, se analiza el derecho fundamental a la presunción de inocencia, su concepto, características, además, su configuración desde el Derecho comparado, luego se aborda el análisis de la prisión preventiva en cuanto a su naturaleza y regulación en los instrumentos internacionales.

En el Capítulo Segundo se pasa revista a todos los aspectos esenciales de la prisión preventiva, desde su configuración normativa hasta los requisitos previstos en el Código Orgánico Integral Penal, estableciéndose la forma cómo han de satisfacerse cada uno de ellos evitando que se aplique de forma arbitraria esta medida.

En el Capítulo Tercero se analiza la jurisprudencia relacionada con la prisión preventiva dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y particularmente aquella vertida en el caso Tibi vs. Ecuador, para ello se consigna sus líneas argumentales más importantes en que se detalla las prácticas incompatibles con los derechos a la libertad y la presunción de inocencia. También se analiza una importantísima sentencia vertida por la nueva Corte Constitucional del Ecuador en el caso No. 14-15-CN/19 en que se estudia la selectividad penal.

El Capitulo Cuarto se consignan las Conclusiones y Recomendaciones derivadas de la investigación realizada.

## **Capítulo Primero**

### **Análisis crítico de la prisión preventiva en el Ecuador**

#### **1. Introducción**

Una de las instituciones penales que han merecido críticas durante toda su historia ha sido la prisión preventiva, la cual constituye una medida procesal restrictiva del derecho fundamental a la libertad de las personas sometidas a un enjuiciamiento penal. Los motivos que han generado estas críticas se basan en el hecho de que la restricción de la libertad de movilidad actúa sobre una persona respecto de la cual se presume su inocencia. Por ello es que la doctrina actual del garantismo penal considera que la medida cautelar en cuestión no es sino el rezago histórico de los sistemas de enjuiciamiento de la época medieval, caracterizados por el uso constante de procesos ocultos y reservados, pero sobre todo inhumanos y degradantes de la dignidad del ser humano.

En ese contexto, los sistemas de enjuiciamiento de corte inquisitivo se suponían eran los causantes de las altísimas tasas de encarcelamiento preventivo, por ello a partir de la década de los noventa, América Latina empieza a vivir un proceso de reformas a sus sistemas de enjuiciamientos penales, tendientes a garantizar los elementales derechos de los procesados, pero sobre todo a eliminar la arbitrariedad en el uso de la prisión preventiva.

Las reformas estructurales a los sistemas de enjuiciamiento penal, se cree infundadamente, permitirán reducir el nivel de detenidos preventivamente por efectos de la aplicación del sistema acusatorio, sin embargo, de ello, la práctica procesal demostrará que aún en los sistemas acusatorios el uso irracional y desmedido de la prisión preventiva es una constante que denota el fracaso de los sistemas de administración de justicia penal.

En estas circunstancias, la presunción de inocencia, el derecho a la libertad, la dignidad humana y la seguridad ciudadana entran en una seria y constante contradicción, que se pretende solucionar desde las construcciones jurisprudenciales del sistema internacional de protección de derechos humanos, que dedica ingentes esfuerzos

para racionalizar el uso de la prisión preventiva y hacerla compatible con un Estado democrático, aunque su utilización práctica por los operadores de justicia sea realmente mínima.

## **2. El principio de presunción de inocencia y su vinculación con la prisión preventiva en la realidad ecuatoriana**

La presunción de inocencia y la prisión preventiva son quizás las instituciones más problemáticas del proceso penal ecuatoriano tanto por la utilización abusiva, desmedida, desproporcionada e irracional de la prisión preventiva, como por el irrespeto, serio y grosero, al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Hasta la década de los noventa esta situación era explicada, en parte por la vigencia del sistema de carácter inquisitivo, al cual se le endilgaba las atrocidades de un proceso penal lento, escrito, corrupto y vejatorio de los derechos humanos, aún de aquellos fundamentales como el debido proceso, defensa técnica, presunción de inocencia, entre otros. Por ello se pensó en que el sistema procesal debía ser modificado por uno de carácter acusatorio, pues se suponía que con dicho sistema se iba a eliminar todos aquellos males de los que adolecía el sistema inquisitivo y, para el año dos mil, se adopta en el país el sistema acusatorio como una panacea que se supone iba a resolver los serios problemas de la administración de justicia penal.

Pese a estos grandes procesos de reforma en materia procesal penal, que condujeron a la expedición del nuevo sistema penal ecuatoriano contenido en el Código Orgánico Integral Penal COIP,<sup>1</sup> la prisión cautelar sigue siendo motivo de preocupación y análisis pues, las cifras elevadas de detenciones previas a la condena firme siguen, siendo una triste y cruel realidad. De hecho, actualmente, de una población carcelaria de 38602 personas, existente a enero de 2019 en Ecuador, 13076 personas están bajo prisión preventiva,<sup>2</sup> existiendo, por tanto, un uso excesivo de esta medida cautelar.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

<sup>2</sup> Ecuador Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, “Reporte mensual de personas privadas de libertad”, *Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos*, accedido 28 de marzo de 2019, párr. 74 <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>

<sup>3</sup> Defensoría del Pueblo de Ecuador - Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, *Informe temático sobre la prisión preventiva desde la prevención de la tortura y otros malos tratos en el Ecuador* (Quito, EC: Dirección Nacional Técnica de Gestión Documental Especializada y Multimedia, 2018), 52.

La utilización abusiva de la medida de aseguramiento personal conlleva, evidentemente, a una tensión entre la efectividad del procesamiento penal y los derechos fundamentales del ciudadano a la libertad y a la presunción de inocencia, pero además pone en entredicho el control social ejercitado a través del *ius puniendi*, debido a los graves excesos que ha producido el uso irracional de la prisión preventiva, lo que ha generado que desde el garantismo se refuerce la idea de un proceso penal en el cual el procesado comparezca a defenderse en libertad, en aras de asegurar su dignidad:

El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también sobre todo por necesidades procesales: para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente su defensa; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.<sup>4</sup>

Se trata, por tanto, de que el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, puede restablecer el orden jurídico afectado por la conducta criminal, pero racionalizando y legitimando los poderes de su actuación, sin afectar las libertades individuales reconocidas por vía constitucional, de manera que en su misión de protección de la colectividad no se convierta en objeto del proceso al procesado, sino en un sujeto que goza de derechos que son aquellos reconocidos en un Estado constitucional como el ecuatoriano desde la Constitución de 2008.

Esta nueva estructuración, la de Estado constitucional, constituye un principio valorativo supremo que debe orientar toda la elaboración dogmática del Derecho penal,<sup>5</sup> que agrega más límites a su poder<sup>6</sup> a partir del principio de dignidad humana que sostiene todo el ordenamiento jurídico<sup>7</sup> y, en la vigencia, no sólo formal, sino material, de los derechos fundamentales de los ciudadanos.<sup>8</sup>

En el Estado constitucional se establece, como una de sus finalidades, el respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, sin importar si estas han cometido o no delito alguno, pues la lesividad o desvalor de sus conductas no implica la

---

<sup>4</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, ES: Trotta, 2004), 553.

<sup>5</sup> Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Barcelona, ES: Ariel, 1994), 30.

<sup>6</sup> Juan Lucas Finkelstein Nappi, *Sistema penal, Estado constitucional de derecho, y bien jurídico afectado. Aproximaciones para un cambio de paradigma desde una perspectiva crítica* (Buenos Aires, ARG: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004), 263.

<sup>7</sup> Immanuel Kant, *The doctrine of virtue* (Oxford, UK: Oxford University Press, 2000), 261-263.

<sup>8</sup> Albrecht Weber, "El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84 (2008): 29 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2775807>.

eliminación de todos sus derechos sino, en último caso, una restricción racional y legítima a varios derechos fundamentales como son la libertad, la intimidad, la privacidad, etc.

La afirmación anterior además se explica porque la Constitución de 2008 establece como deberes primordiales del Estado el garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales;<sup>9</sup> pero además considera que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.<sup>10</sup>

En ese contexto, la prisión preventiva y la presunción de inocencia en la realidad ecuatoriana, marcan la necesidad de una actuación urgente, seria y concreta que permita establecer medidas adecuadas para frenar el uso abusivo y arbitrario de la detención cautelar y se propenda, de mejor manera, al respeto al derecho a la presunción de inocencia.

### **3. La presunción de inocencia en Ecuador**

La presunción de inocencia es un derecho fundamental, de raigambre constitucional pues el artículo 76 número 2 establece expresamente que se presume la inocencia de todas las personas y debe ser tratada así mientras no exista resolución firme o sentencia ejecutoriada en la que se declare su responsabilidad. Sistemáticamente, la presunción de inocencia se encuentra ubicada bajo la nomenclatura de los derechos de protección y como parte del debido proceso, en el cual se la incluye como una garantía básica que debe existir en los procedimientos judiciales, particularmente, en los penales, o en los que se requiera aplicar el derecho administrativo sancionador.

Según el bloque de constitucionalidad previsto en la Constitución del Ecuador, que vuelve obligatoria la normativa contenida en aquellos tratados de derechos humanos ratificados por el Ecuador, la regulación jurídica de la presunción de inocencia se encuentra contenida en las normas de varios tratados que la prevén en su contenido, así por ejemplo: el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;<sup>11</sup> el

---

<sup>9</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 3.

<sup>10</sup> *Ibíd.* art. 11.9.

<sup>11</sup> ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, A/RES/217 (III).

artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;<sup>12</sup> el artículo 8 número 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.<sup>13</sup>

A nivel de la legislación infraconstitucional, en el COIP, cuando regula los principios rectores del proceso penal, alude a la inocencia en similares términos a la norma constitucional.<sup>14</sup>

Desde otra perspectiva, la del derecho en movimiento, la jurisprudencia del tribunal de cierre del Ecuador ha referido a la presunción de inocencia como un principio constitucional que solamente puede ser enervado mediante la certeza asumida por el juzgador, “criterio al que ha llegado luego de que el análisis de todos los elementos probatorios introducidos en juicio le ha dado absoluta certidumbre sobre la existencia de cada uno de los elementos del tipo penal y sobre la responsabilidad del acusado en el cometimiento de la infracción.”<sup>15</sup>

También ha referido, que esta presunción inicia con sus efectos desde que se inicia un proceso penal en contra de una persona, no es que se investiga su presunción de inocencia, sino que se investiga su presunción de culpabilidad en el delito que se le atribuye, porque la inocencia de una persona desaparece solamente cuando se ha dictado sentencia condenatoria y ésta se halla ejecutoriada,<sup>16</sup> pero, para ello debe existir ciertas condiciones: un procedimiento que garantice condiciones mínimas de juego justo, condiciones mínimas del juez para ejercer el control sobre la solicitud de la prisión preventiva, que sea en base de hechos, de evidencias y no solamente de ligerezas, suspicacias o represalias; y, que el procesado tenga acceso a los medios de defensa apropiados.<sup>17</sup>

Bajo este principio, que es de vital importancia en la vigencia y estructuración del sistema penal acusatorio, se intenta proteger a las personas del uso arbitrario y autoritario del poder punitivo del Estado, el mismo que ha generado, en el caso ecuatoriano, serias violaciones a los derechos humanos. Para ello basta recordar varios

---

<sup>12</sup> ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, A/RES/2200 (XXI).

<sup>13</sup> OEA *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José), 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>14</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 5.4.

<sup>15</sup> Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 580-2011*, 2 de septiembre de 2013, 17.

<sup>16</sup> Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Caso n.º 098-MB-2012*, 23 de abril de 2012, 7.

<sup>17</sup> *Ibíd.*

casos emblemáticos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, tales como el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador,<sup>18</sup> Caso Acosta Calderón vs. Ecuador,<sup>19</sup> Caso Suárez Rosero vs. Ecuador,<sup>20</sup> Caso Tibi vs. Ecuador,<sup>21</sup> en los cuales se declaró la responsabilidad del Ecuador por el irrespeto de este derecho fundamental.

Así, la presunción de inocencia en Ecuador, es parte integrante de un complejo y dinámico sistema integral de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas cuyo sustrato es la dignidad de la persona y la necesidad de protegerla hasta cuando exista una sentencia firme que declare su culpabilidad o responsabilidad, lo que implica que esta garantía procesal entra en pleno funcionamiento una vez que existe una persecución penal, por la vía del Derecho penal, o por la existencia de un procedimiento administrativo sancionador, pues en los dos casos está en pleno funcionamiento el *ius puniendi*, aunque su diferencia fundamental está en la intensidad de la intervención y de la pena, pues en el primer caso, se puede restringir el derecho a la libertad, y en el segundo caso solo puede establecerse sanciones como la multa, amonestación verbal, amonestación escrita, entre otros, pero jamás se puede coartar la libertad.

### 3.1. Concepto y naturaleza jurídica del principio de inocencia

La presunción de inocencia es una fórmula muy antigua pues se la encuentra regulada en el Digesto, en el cual se establecía que una persona no debía ser condenada bajo meras sospechas debido a que es mucho mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente,<sup>22</sup> y siempre se ha caracterizado por constituir una limitación al uso arbitrario del castigo.

---

<sup>18</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 93, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>19</sup> Corte IDH, “Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, 24 de junio de 2005, párr. 74, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

<sup>20</sup> Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 77, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)

<sup>21</sup> Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 180, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

<sup>22</sup> Miguel Montañés Pardo, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Pamplona, ES: Aranzadi, 1999), 27.

Carminiani, consideraba que este derecho fundamental toma como sustrato la realidad palpable de la sociedad por esa razón consideraba que “lo que sucede con mayor frecuencia es que los hombres se abstengan de delinquir, por ello la ley consagra y defiende la presunción de inocencia para todos los ciudadanos”<sup>23</sup>.

Para García Falconí, la presunción de inocencia, es 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, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un juez o jueza competente no adquiriera 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.<sup>24</sup>

Según Zavala Baquerizo, la presunción de inocencia es una construcción jurídica un tanto arbitraria pues para él, la inocencia es un bien jurídico, que goza de reconocimiento pleno y expreso en las constituciones y en los tratados internacionales, razón por la cual se trata de un verdadero bien jurídico, como derecho subjetivo, que debe ser garantizado por el Estado.<sup>25</sup> El mismo autor establece además que:

El estado de inocencia es de importancia fundamental dentro del Estado de derecho, pues obliga a los poderes públicos y a los particulares acusadores a enervar, mediante prueba actuada en el respectivo proceso, esto es, durante el desarrollo del proceso, el estado de inocencia de una persona acusada, lo que constituye una garantía para el justiciable. De lo expuesto se concluye, entonces, que toda resolución que implique la condena debe ser consecuencia de una actividad probatoria tendiente a desvanecer el estado de inocencia del acusado, es decir, no es legalmente procedente una condena sin pruebas que la sustenten. Pero estas pruebas deben ser legalmente llevadas al proceso por medios legítimos, pues, de lo contrario, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 24, No. 14, CPR (hoy art. 76 número 4), tales pruebas ilegítimas (“obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o de la ley”) carecen de eficacia jurídica, esto es, “no tendrán validez alguna” (hoy agregado: y carecerán de eficacia probatoria), como reza la parte final del antes mencionado artículo constitucional.<sup>26</sup>

Siguiendo una línea garantista y con los elementos anotados de las definiciones anteriores, se puede establecer que la presunción de inocencia constituye, en verdad, un mecanismo de contención del poder punitivo del Estado, que brinda protección a las

---

<sup>23</sup> Giovanni Carminiani, *Elementos del Derecho criminal* (Bogotá, COL: Temis, 1979), 207.

<sup>24</sup> José García Falconí, “Principio procesal de inocencia”, *Revista Judicial*, 17 de abril de 2017, 12.

<sup>25</sup> Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso penal* (Guayaquil, EC: Edino, 2007), 127.

<sup>26</sup> Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Guayaquil, EC: Edino, 2010), 247.

personas perseguidas por el sistema penal o por el Derecho Administrativo sancionador y, que tiene por finalidad permitir que los sujetos a la aplicación de estas ramas del Derecho sean tratadas como inocentes mientras su culpabilidad no haya sido demostrada legalmente mediante sentencia ejecutoriada de última instancia; pero, además de lo anterior, obliga a que los entes encargados de la investigación y sanción de los delitos guíen su actividad no bajo un derrotero acusador del imputado o procesado sino bajo un principio de objetividad que implica tratarlo como inocente pues ellos, los agentes del Estado, son los obligados a demostrar su culpabilidad.

En cuanto a su naturaleza jurídica de la presunción de inocencia es importante destacar que se trata de un derecho humano de carácter fundamental, pues así está reconocida su naturaleza tanto en la Constitución ecuatoriana de 2008, en el artículo 76 número 2, como en los más importantes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, así, por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 número 2 se establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad; en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se prevé en el artículo 11 número 1 establece que: "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad"; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece en el artículo 14 número 2 que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; y, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se dispone en el artículo 6 número 2 que todo individuo acusado de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.

Pero a más de ser un derecho fundamental, la doctrina procesal penal contemporánea configura una doble dimensión de este derecho y lo diseña como: a) una regla de tratamiento; y, b) también como una regla de juicio; es decir, que la presunción de inocencia como el derecho a la libertad, deben ser una regla general que tiene que aplicarse en forma obligatoria en todo proceso judicial penal.

Bajo la primera dimensión, se reconoce imperiosamente la necesidad de que la persona perseguida por el cometimiento de una infracción sea tratada como inocente, lo que implica que las autoridades y las agencias del Estado encargadas de la persecución del delito deben otorgarle ese estatus y realizar sus actividades en la investigación criminal sin los perjuicios de la culpabilidad atribuida sin previo juicio. Desde este

punto de vista funcional u operativo, la verificación de la presunción de inocencia ocurre por la misma actuación investigativa de los funcionarios públicos, quienes son los encargados de llevar adelante la investigación científica del delito, lo hacen desde una óptica de imparcialidad, sin prejuzgar la conducta del procesado y sin guiar su actuar bajo los prejuicios de culpabilidad, lo que garantiza a la postre que el procesado sea tratado también como inocente en la indagatoria e instrucción fiscal.

La segunda dimensión implica que la presunción de inocencia despliega una plexo amplísimo de efectos durante la tramitación del juicio penal, así por ejemplo, sirve para realizar la asignación de las cargas probatorias, por ello es el órgano acusador quien debe demostrar fehacientemente, más allá de la duda razonable, la culpabilidad del acusado y, por ello, es quien debe demostrar con pruebas ajustadas a derecho tanto la existencia de la conducta delictiva como la responsabilidad del procesado.

Además, es una regla que se aplica para la valoración de los medios de prueba que se aportan en el juzgamiento del infractor, pues es conocido que la prueba debe dar certeza al juez sobre la responsabilidad penal del acusado, lo que permite pasar de un estado de inocencia a otro en que se ha construido mediante un proceso penal, la culpabilidad, siempre que de las pruebas aportadas exista la certeza de que el acusado participó en el delito.

### **3.2. Características del derecho a la presunción de inocencia**

La presunción de inocencia posee varias características que son importantísimas y que son útiles para determinar su utilidad tanto dogmática como práctica en el enjuiciamiento penal y son las siguientes:

- Se trata de un derecho fundamental no solo porque está reconocido así por la mayoría de constituciones del mundo, sino que además los principales instrumentos internacionales de protección de derechos humanos reconocen esa calidad. Al ser un derecho humano fundamental, los jueces y fiscales y todo funcionario público que participe en la investigación, juzgamiento y sanción de la conducta penalmente relevante está compelido a su respeto, tutela y aplicación inmediata, pues es deber fundamental del Estado, el respeto de los derechos fundamentales de las personas.
- La presunción de inocencia tiene sus efectos desde el momento mismo en que se da por iniciada la persecución penal, sea por la existencia de una investigación

previa o por el emplazamiento formal de la acusación en la instrucción fiscal, por manera que esta presunción materialmente empieza a irradiar sus efectos cuando el sistema penal se ha puesto en funcionamiento en contra de una determinada persona. Antes de ello, la doctrina procesalista comparte el criterio que no funciona la presunción de inocencia pues el sujeto se encuentra en un estado de plena libertad donde no se lo presume inocente sino que es realmente inocente y libre. Adicionalmente a ello, la presunción de inocencia tiene vigencia en otra área del Derecho como es el Derecho Administrativo Sancionador, en donde, al igual que en el Derecho penal, se utiliza el *ius puniendi* estatal, aunque en menor intensidad pues en el ámbito administrativo sancionador no puede ordenarse medidas tan gravosas como la restricción de la libertad ambulatoria, propia del Derecho penal, bajo la figura de pena intramural o de aseguramiento preventivo cautelar.

- Se trata de una presunción *iuris tantum*, establecida por la norma constitucional del artículo 76 número 2, es decir, gracias a la presunción de inocencia se da por acreditada la condición o estado de inocencia de una persona, dentro del procesamiento penal, pero esta condición puede ser desvirtuada, destruida o modificada por la prueba constitucional, legal, útil, pertinente y conducente aportada, en el juicio penal respectivo, por parte del órgano acusador.

Se trata, por tanto, de la inocencia como una verdad que reviste el carácter de interina, o sea sometida a un plazo de vigencia que durará mientras se haya alcanzado la verdad definitiva y firme que es establecida mediante la sentencia ejecutoriada de última instancia.

- Al tratarse de una presunción *iuris tantum* se exige una actividad probatoria suficiente y constitucionalmente válida por parte del órgano acusador, víctima o acusador particular, para enervar dicha presunción, por esa razón el establecimiento de la carga probatoria en el proceso penal radica fundamentalmente en cabeza del órgano acusador, quien es el encargado de demostrar, más allá de toda duda razonable, tanto la existencia de la conducta delictiva como la responsabilidad penal del procesado.
- La presunción de inocencia, además, se caracteriza por ser una regla de valoración probatoria que implica que la prueba debidamente producida ante el juzgador, debe dar certeza de la autoría o participación del procesado en el hecho delictivo, y si no tiene esa certeza de los elementos probatorios el

juzgador debe absolver al procesado porque solo la certeza invalida, anula o destruye la presunción de inocencia. En otras palabras, el juzgador puede pasar de la certeza inicial de la inocencia, a la certeza de la culpabilidad solo luego de que haya estado presente en el desahogo probatorio y haya valorado, con sana crítica, la prueba constitucionalmente habilitada y producida.

- Al ser un derecho fundamental, la presunción de inocencia puede ser restringida por cuanto no se trata de un derecho absoluto. En ese contexto, no es incompatible la idea de la presunción de inocencia y la prisión preventiva, siempre y cuando exista una finalidad eminentemente procesal que habilite la medida restrictiva de la libertad de las personas que tiene vigente la presunción de inocencia. Para ello, el legislador puede establecer, mediante ley orgánica, los casos en los cuales existe una necesidad eminente de restringir la libertad de movilidad a quienes se supone cometieron inacciones penales, para lo cual se toma en cuenta la finalidad del procedimiento penal que es asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.<sup>27</sup>

Las características antes aludidas resumen los aspectos medulares de la presunción de inocencia y son el sustrato necesario e indispensable que se debe tomar en cuenta en el procesamiento penal. Sus particularidades antes consignadas permiten entender que al tratarse de un derecho fundamental esta debe ser aplicada de manera prioritaria salvo aquellos casos en los que se determine la existencia de una finalidad estrictamente procesal para relativizar pues existe un valor superior que debe ser tutelado.

### **3.3. La presunción de inocencia en el Derecho Comparado**

Sabido es que el Derecho penal ecuatoriano se inspira fundamentalmente del Derecho penal español, el cual ha servido de inspiración para muchos otros países de América Latina, por esa razón se estudiará la legislación de este país; y, por la cercanía

---

<sup>27</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 93, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf); Corte IDH, “Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, 24 de junio de 2005, párr. 111, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

territorial y dogmática se analizará la legislación de Colombia para compararla con la realidad ecuatoriana.

El Derecho penal español, igual que el ecuatoriano, no dan una definición de presunción de inocencia en ninguna parte del ordenamiento jurídico, aunque al igual que el sistema ecuatoriano, lo regula desde el ámbito constitucional y procesal.

La Constitución española la enuncia dentro de los derechos fundamentales estableciendo en su artículo 24 que:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.<sup>28</sup>

Además, según el artículo 10 de dicha Constitución, se considera que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, con lo cual el constituyente español permite que la defensa de derechos y libertades del ser humano sea realizada, además, sobre la base a los instrumentos internacionales que existan sobre esa materia.

En esencia, lo antes mencionado es aquello que en estas latitudes se conoce como el bloque de constitucionalidad que, en el caso de España, constituiría aquellos instrumentos internacionales que reconocen, regulan y protegen los derechos humanos a nivel supraestatal, pero al ser parte de la Unión Europea, los niveles legislativos son mucho más complejos.

Sin embargo de lo anterior, un primer instrumento a nivel de este proceso de integración es la denominada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo artículo 48 se establece que “1.- Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada 2.- Se garantiza a todo

---

<sup>28</sup> España, *Constitución*, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, art. 24.

acusado el respeto de los derechos de la defensa”;<sup>29</sup> otro instrumento es el Convenio Europeo de los Derechos Humanos que establece: que “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”<sup>30</sup>

Bajo esta regulación normativa de la presunción de inocencia, se puede colegir que también es regulada como un derecho fundamental del que gozan las personas que están sometidas a persecución penal y que, en tal virtud, se convierte en un mecanismo de contención de las arbitrariedades que pueden deslizarse de la utilización abusiva del *ius puniendi*. Como derecho fundamental es vinculante a todos los poderes públicos, tiene reserva de ley orgánica y goza de una protección reforzada por vía de la jurisdicción constitucional como ocurre en el caso ecuatoriano.

Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, cuando se refiere a la presunción de inocencia lo hace en ciertos momentos, así por ejemplo, bajo la figura de la prejudicialidad, y, en este sentido, establece que si aquella fuera determinante para la culpabilidad o la inocencia del juzgador debe suspender el procedimiento hasta la resolución de la jurisdicción que deba resolver la cuestión prejudicial;<sup>31</sup> también la regula cuando se refiere a la prisión provisional, la cual debe decretarse cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional,<sup>32</sup> siendo esos fines los siguientes: asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; y, evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173 número 2 del Código Penal español.

---

<sup>29</sup> Luis Anguita Villanueva, “La cultura en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, coord. Carlos Ruiz Miguel (Santiago de Compostela, ES: Servizo de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004), 96.

<sup>30</sup> José Cabrera Rodríguez, “El derecho fundamental a la libertad de investigación científica [art. 20.1.b) CE] como principio organizativo. El caso de las Reales Academias”, *Revista de Administración Pública*, n.º193 (2014): 137, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4673520.pdf>>.

<sup>31</sup> España, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Boletín Oficial del Estado, 06 de octubre de 2015, art. 4.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, art. 502.

Los grandes avances de la presunción de inocencia en el ordenamiento español se los ha conseguido gracias a las importantísimas construcciones dogmáticas<sup>33</sup> y jurisprudenciales realizadas por los altos tribunales de justicia constitucional y legal de ese país. En efecto, de forma reiterada la dogmática española refiere a la sentencia 31/1981, de 28 de julio en la que el Tribunal Constitucional español decretó que “una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”.<sup>34</sup>

Si al principio jurídico se lo conoce por ser un mandato que permite la mejor aplicación de los derechos, en el caso español, con la presunción de inocencia, tal como se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico de ese país, deja de ser un mero principio, sino que pasa a constituirse en un verdadero derecho, al cual se lo tiene que respetar y proteger, solo cuando existan fundamentos probados, dentro de un debido proceso, se puede considerar a una persona culpable de una infracción, con las consecuentes sanciones ulteriores.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 establece en su artículo 29 que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. El contexto en el que se realiza esa declaración es en el del debido proceso, el cual, se dispone en el texto constitucional, debe ser aplicado en toda clase de actuaciones administrativas o judiciales.

Al igual que en Ecuador, el bloque de constitucionalidad de la hermana nación, permite que a la regulación constitucional se integren las disposiciones de los instrumentos y tratados internacionales razón por la cual ha de aplicarse las disposiciones antes citadas que regula la presunción de inocencia: el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, el artículo 8 número 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El Código de Procedimiento Penal colombiano, que prevé un sistema de corte acusatorio, vigente desde 2004, plantea, en su artículo 7, que:

---

<sup>33</sup> Miguel Ángel Montañés Pardo, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Pamplona, ES: Aranzadi, 1999); Francisco Pastor Alcoy, *Prueba indiciaria y presunción de inocencia* (Madrid, ES: Civitas, 1995); Ana Ovejero Puente, *Constitución y presunción de inocencia* (Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2006).

<sup>34</sup> España Tribunal Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º 31/1981*, 28 de julio de 1981.

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.<sup>35</sup>

La premisa fundamental en el sistema acusatorio colombiano, parte de la presunción de inocencia del acusado o procesado porque se considera que debe primar su libertad hasta cuando este sea vencido, mediante el proceso respectivo, y se establezca su participación delictiva en el delito imputado.

No obstante, esta ley ritual penal establece las denominadas medidas de aseguramiento<sup>36</sup> y dentro de ellas la detención preventiva en establecimiento de reclusión,<sup>37</sup> la cual se dicta cuando existe la posibilidad de que el acusado obstruya la justicia,<sup>38</sup> cuando exista peligro para la comunidad<sup>39</sup> y cuando haya peligro para la víctima.<sup>40</sup>

Los sistemas procesales español y colombiano son similares al ecuatoriano en varios aspectos: el primero, refiere a la configuración de la presunción de inocencia como derecho fundamental; el segundo, es que se aplica un bloque de constitucionalidad de normas jurídicas de instrumentos internacionales destinados a la protección de derechos humanos, lo que implica la existencia de un estándar mínimo en cuanto a su reconocimiento y protección, desde el cual puede y debe avanzarse; el tercero es que la presunción de inocencia como derecho fundamental es relativo y por lo tanto puede restringírsele, pero siempre en virtud de una ley que sea de carácter orgánica; el cuarto, es que la restricción a la presunción de inocencia opera por una medida cautelar de encarcelamiento preventivo que se aplica cuando está vigente la presunción de inocencia; el quinto, es que el encarcelamiento preventivo se realiza siempre bajo una finalidad procesal que responde a la protección de la víctima, a evitar que la administración de justicia sea burlada, a proteger los elementos probatorios; y, el sexto, es que los sistemas analizados son sistemas acusatorios.

---

<sup>35</sup> Colombia, *Nuevo Código de Procedimiento penal*, Ley 906 de 2004, Decreto 2770, 31 de agosto de 2004.

<sup>36</sup> *Ibíd.* art. 306.

<sup>37</sup> *Ibíd.* art. 307.

<sup>38</sup> *Ibíd.* art. 309.

<sup>39</sup> *Ibíd.* art. 310.

<sup>40</sup> *Ibíd.* art. 311.

#### 4. La prisión preventiva y su relación con el principio de inocencia

Las relaciones entre prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia están caracterizadas por el tipo de Política Criminal que utilice el Estado para afrontar el fenómeno delincencial, ello debido a que en un primer momento la Política Criminal centraba su atención en la forma como debía reaccionar el Estado ante el crecimiento del delito, pero de forma posterior a su cometimiento. Luego, los procesos de globalización y de aumento de la sensación general de inseguridad en las sociedades post industriales, generaron la necesidad de adelantar las barreras de protección del Derecho penal, provocando la modificación de la Política Criminal hasta convertirla en una verdadera Política Criminal de gestión del riesgo.

Este nuevo tipo de Política Criminal, a la cual puede definirse como un sistema articulado y dinámico de instrumentos y estrategias que habilitan una actuación más anticipada de la coerción penal,<sup>41</sup> ha pasado de una posibilidad de actuación posterior al delito, hacia una finalidad preventiva, en la cual se gestiona ya no el delito, como un hecho cierto, sino todo el fenómeno criminal comprendido por un sinnúmero de conductas que resultan subsumidas en un concepto mucho más amplio de infracción penal.<sup>42</sup>

La Política Criminal del riesgo permite la habilitación del poder punitivo estatal aún antes del cometimiento del delito, debido a la crisis del modelo penal normalizador y del welfarismo penal expuesta por Garland,<sup>43</sup> que abrió la puerta de ingreso a una defensa temprana y anticipada de la sociedad, mediante la gestión de los riesgos que permiten controlar y neutralizar a los delincuentes aun antes de la comisión efectiva del delito.<sup>44</sup>

Bajo esta óptica, lo que privilegia la Política Criminal del riesgo es la seguridad y defensa de la sociedad y, solamente después de ese control, se analiza la delincuencia, por ello propende a neutralizar al delincuente, alejándole de la sociedad a la que pertenece, pues el deber de protección de aquella es un valor mucho más apreciado que la dignidad del infractor:

---

<sup>41</sup> Alberto M. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, AR: Ad- Hoc, 1999), 45.

<sup>42</sup> Mireille Delmas-Marty, *Modelos actuales de Política Criminal* (Madrid, ES: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986), 19.

<sup>43</sup> David Garland, *La cultura del control. Castigo y orden social en la modernidad tardía* (Barcelona, ES: Gedisa, 2005), 39.

<sup>44</sup> José Ángel Brandariz García, *El Gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política Criminal contemporánea* (Madrid, ES: Dykinson, 2014), 46.

Sus lógicas de funcionamiento, sus parámetros de legitimación y sus criterios de validación se enmarcan en un lenguaje eficientista, de matriz esencialmente económica, que resulta ajeno a la racionalidad jurídica. Precisamente por ello, en esos modelos de seguridad los derechos se enfrentan a graves escollos para poder operar como límite de los excesos securitarios. Tan es así que la crítica propiamente jurídica, en clave de derechos, a tales modelos parece especialmente inane. En consecuencia, las racionalidades gerenciales y actuariales tienden a conformar paradigmas de seguridad al margen de la libertad y los derechos, lo que hace especialmente urgente una reflexión sobre ellos, a los efectos de pensar formas adecuadas de someterlos a crítica.<sup>45</sup>

La Política Criminal del riesgo, en consecuencia, expande la capacidad punitiva de los Estados por fuera de los límites que su propia estructuración jurídica – política le impone, provocando un distanciamiento cada vez más fuerte de la plena vigencia de los derechos y garantías básicos de un proceso penal democrático. Además, al ser utilizada con fines eminentemente represivos, la Política Criminal del riesgo se estructura y fundamenta en un populismo barato que tiende a establecer soluciones inmediatas a la criminalidad sin que de por medio existan estudio serios y especializados de criminólogos o expertos que permitan comprender en su verdadero contenido y alcances el fenómeno delincencial.

Es por esta razón que la prisión preventiva se utiliza agresivamente como medio de control del delito, eliminando por completo los fines procesales que son, o debería ser, los fundamentadores de la medida cautelar, con la afectación severa de la presunción de inocencia por el uso irracional e inadecuado de la prisión cautelar, por eso Zaffaroni establecía con mucha razón que:

Los presos sin condena, teóricamente, estén amparados por el principio de inocencia y por las garantías del debido proceso, que debe ser rápido, sin afectar por ello el derecho de defensa. Sin embargo, en los hechos, la mayoría de los países de la región exhiben un gran número de presos sin condena que permanecen en prisión por largos períodos de tiempo, y que no obstante la prisión preventiva de que fueron objeto, son posteriormente puestos en libertad por haber sido declarados inocentes.<sup>46</sup>

Los Estados, en el ejercicio de su poder punitivo, solo pueden recurrir a la restricción del derecho a la libertad en tanto en cuanto se pretenda satisfacer una necesidad social caracterizada como apremiante y de forma estrictamente proporcionada a esta necesidad, pues su restricción, aunque esté legalmente prevista y sea debidamente

---

<sup>45</sup>Brandariz, “*El Gobierno de la penalidad*”, 55.

<sup>46</sup>Raúl Eugenio Zaffaroni, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe* (Buenos Aires, ARG: Depalma, 1992), 16.

sustentada y justificada, compromete la dignidad humana al menoscabar la libre determinación de los procesados y colocarlos en un estado grave de impotencia.<sup>47</sup>

La necesidad social es la efectiva vigencia de la tutela judicial efectiva de los derechos, o sea la protección de las condiciones mínimas de supervivencia establecidas por vía constitucional bajo el concepto de la protección de bienes jurídicos protegidos o tutelados, que se realiza mediante un proceso penal eficaz, por eso se prevé, aun desde la normativa existente en los instrumentos internacionales, que la libertad puede ser restringida por fines eminentes procesales como son evitar la fuga del procesado y garantizar el cumplimiento de la pena.

En este contexto, la seguridad ciudadana o seguridad pública, es una necesidad legítima que debe ser satisfecha por el Derecho penal pues su misión es identificar y proteger bienes jurídicos, pero cuando los contornos del concepto de seguridad ciudadana se matiza con el concepto de riesgo o de peligro y se implementan mediante la Política Criminal de mano dura o tolerancia cero, lo único que se consigue es la “manipulación de la inseguridad subjetiva con objetivos exclusivamente político-partidarios”.<sup>48</sup>

La seguridad ciudadana no justifica ni puede justificar la prisionización de la población a pretexto de la prevención general de la pena y de la eliminación de las fuentes de riesgo, trasladando el problema de inseguridad a la cabeza del delincuente; sino que debe tomar en cuenta que las políticas debe aplicarse a un nivel de prevención del delito mediante la atención adecuada a la satisfacción de necesidades como la educación, salud, empleo, educación, tratamiento especializado de adicciones, mecanismos de gestión del conflicto penal, etc.

En definitiva, la seguridad ciudadana no puede establecerse como un súper valor que supere aun el valor de la dignidad, de la libertad y de la presunción de inocencia de los perseguidos por el sistema penal. Adecuadamente entendida la funcionalidad del concepto seguridad ciudadana, este permite un control eficiente del crecimiento del fenómeno delictivo mediante la racionalización de la respuesta punitiva y la contención de los excesos propios del Estado policíaco.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (Washington DC, USA: OEA, 2013), 88.

<sup>48</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos* (Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009), 22.

<sup>49</sup> Carlos Basombrío Iglesias, *¿Qué Hemos Hecho? Reflexiones sobre respuestas y políticas públicas frente al incremento de la violencia delictiva en América Latina* (Santiago, CHI: Cejamericas, 2010), 26 - 27.

Parte de esa racionalización se asienta en el respeto a la presunción de inocencia, pues el momento procesal en el que se aplica la medida restrictiva de la libertad ocurre de forma previa a la condena en firme, es decir cuando el procesado aún tiene vigente tal garantía, razón por la cual, el Derecho penal considera como regla la posibilidad de que el sujeto activo de la infracción enfrente la persecución penal en libertad; y, solo por vía excepcional, puede ser constreñida su libertad mediante la medida cautelar.

En los hechos, la observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional; y que en todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudiesen justificarla. Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva.<sup>50</sup>

La presunción de inocencia no solo obliga a que el procesado sea considerado y tratado como tal por las agencias del Estado, encargadas de la investigación del delito, y el juez que tiene bajo su jurisdicción y competencia la resolución del conflicto penal, pues, en el caso concreto de la aplicación del encarcelamiento preventivo, esta obliga al juzgador a:<sup>51</sup>

- Realizar un verdadero análisis minucioso, técnico y jurídico de todos los hechos y factores que pueden determinar la imposición de la medida cautelar restrictiva del derecho a la libertad;
- El peligro de fuga no puede ser establecido sino única y exclusivamente por vía de presunciones iuris tantum, y por lo tanto admiten prueba en contrario;
- El riesgo de fuga debe ser justificado con varios factores o circunstancias objetivas;

---

<sup>50</sup> *Ibíd.*, 57

<sup>51</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe No. 86/09, caso 12.553 Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso y República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, accedido 28 de marzo de 2019, párr. 52 [https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm#\\_ftn28](https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm#_ftn28)

- Las simple alegaciones del peligro de fuga que no sean debidamente sustentadas no puede ser consideradas como suficientes para decretar la media cautelar personal;
- Las decisiones que resuelvan la imposición de la prisión preventiva deben ser motivadas; y,
- El pronóstico de la pena se realiza en función a la pena mínima establecida para el delito, o a la pena más leve prevista.

Bajo estos parámetros jurídicos que permiten un entendimiento adecuado de la medida cautelar en cuestión, previstos no solo por vía de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH, que se han encargado de regular exhaustivamente la naturaleza, finalidad, y casos en los que no cabe la prisión preventiva, resulta sorprendente el hecho de que la utilización desmesurada de la prisión preventiva siga siendo el tema central del proceso penal.

#### **4.1. Concepto y naturaleza jurídica de la prisión preventiva**

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Comisión IDH, la prisión preventiva es “todo periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y anterior a una sentencia firme. Su fin es la consecución de un buen juicio, esto mediante la probada y justificada como necesaria reclusión del inculpado, de manera que no pueda afectar las investigaciones en torno al delito que se le imputa, o no pueda evadir la aplicación de la justicia.”<sup>52</sup>

Ferrajoli, citando a Carrara, explica que gracias a este autor italiano se pudo legitimar la prisión preventiva, para lo cual fue necesario justificar su uso con ciertos fines procesales:

...la custodia preventiva, considerada únicamente respecto a las necesidades del procedimiento, tiene que ser brevísima, esto es, lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera, admitió que puede ser ordenada, aparte de «para impedir la fuga del reo., también por

---

<sup>52</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (Washington DC, USA: OEA, 2013), 27.

necesidades de «defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno»<sup>53</sup>

Para Maier la prisión preventiva “representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de la libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad”, pero debe sustentarse en razones objetivas que hagan presuponer que el procesado no comparecería a juicio o eludiría la acción de la justicia, o sea, “razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional –definido jurídicamente- frente a la regla de la libertad personal”.<sup>54</sup>

Según Jauchen, el encarcelamiento cautelar debe tener una proximidad a la certeza pues “ya no basta la sospecha que se exige para ordenar la detención, sino que se requiere un escalón más elevado en el grado cognoscitivo del órgano jurisdiccional respecto de la existencia del hecho y de la participación de quien se encuentra imputado. El grado cognoscitivo se eleva, por lo menos, a la existencia de probabilidad sobre la intervención penalmente relevante del imputado”.<sup>55</sup>

Con las concepciones dogmáticas antes expuestas, se intenta, a continuación, una definición mucho más compleja y conglobante de los elementos característicos de esta institución jurídica, para cuyo efecto se considera que la detención preventiva, prisión provisional, o encarcelamiento cautelar, es la más severa medida cautelar existente en el proceso penal gracias a la cual se restringe el derecho a la libertad, en su faceta de movilidad, de forma temporal, para cumplir ciertos fines procesales como son evitar la fuga del procesado y realizar el valor justicia, lo cual convierte a la medida en extremadamente excepcional y de última ratio pues, antes de su aplicación y de forma privilegiada, deben aplicarse las medidas sustitutivas a la prisión preventiva.

En tratándose de la naturaleza de esta medida cautelar, es importante destacar que esta medida gravosa está contenida dentro de lo que se denomina como la tutela cautelar del proceso penal, la cual es definida como un conjunto de medidas que están diseñadas para que el proceso penal, que debe superar distintas fases (investigación previa, instrucción fiscal, etapa evaluatoria y preparatoria a juicio, juicio atributivo de

---

<sup>53</sup>Ferrajoli, “*Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*”, 552.

<sup>54</sup> Eduardo Jauchen, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, ARG: Rubinzal, 2012), 384.

<sup>55</sup> *Ibíd.* 321.

culpabilidad e impugnación) hasta la realización material del derecho objetivo, cumpla con la aplicación del *ius puniendi*, de manera tal que resulte eficaz ante la existencia de una sentencia condenatoria firme, es decir, la tutela cautelar evita los peligros procesales que impiden que la labor jurisdiccional sea burlada por la voluntad del sujeto activo de la infracción.

Por esa razón, la ley establece mecanismos tutelares de esa eficacia procesal, permitiendo la restricción de derechos como la libertad (medidas cautelares personales) o el patrimonio (medidas cautelares patrimoniales). Dentro de las primeras esta la prisión preventiva, cuya naturaleza es, en resume, la de una medida cautelar.

Ahora bien, esta medida gravosa tiene que cumplir con fines propios del proceso penal que la justifiquen, uno de ellos es que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.<sup>56</sup> Coincidente con este criterio, el artículo 534 del COIP prevé que la finalidad de la detención preventiva es garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, lo que en otras palabras es denominado como peligro de fuga.

Según Ferrajoli, el peligro de fuga radica principalmente en el temor que el procesado tiene al encarcelamiento provisional y no a la pena, dando a entender que él podría afrontar el proceso, aunque exista un resultado adverso, sin embargo de ello considera también que en la sociedad actual, altamente informatizada el riesgo o peligro de fuga definitiva resulta, al decir lo menos, casi imposible pues, al eludir la acción de la justicia el sujeto activo de la infracción se ve en un estado permanente de clandestinidad e inseguridad que resulta transformarse en una verdadera pena.<sup>57</sup>

El peligro de fuga sustenta la finalidad del encierro preventivo en un doble contexto relacionado con el proceso: primero, para asegurar la comparecencia del procesado en el proceso, lo que constituye una función cautelar final; y, segundo, para asegurar el cumplimiento de la condena cuando la sentencia adversa alcance firmeza, es decir, una función cautelar instrumental. Estas dos finalidades están expresamente reconocidas en el artículo 534 del COIP, el cual, a diferencia de otros sistemas, como el español, desconoce totalmente la finalidad de proteger la ocultación, alteración o

---

<sup>56</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 93, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf); Corte IDH, “Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, 24 de junio de 2005, párr. 111, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

<sup>57</sup>Ferrajoli, “*Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*”, 555.

destrucción de los medios probatorios obtenidos en el transcurso de la investigación e instrucción fiscal.

Es importante destacar que este riesgo procesal debe ser inferido racionalmente y apoyado en argumentos racionales y no de forma arbitraria,<sup>58</sup> por ello el Juzgador debe realizar una valoración de ciertos factores que pueden incidir notablemente en la adecuada identificación de este riesgo. El tipo de infracción, la gravedad de la pena a ser impuesta, el arraigo familiar, laboral y social, o la aplicación de procedimientos especiales (abreviado, directo, expedito)<sup>59</sup> en los cuales se dictan sentencias condenatorias en un corto plazo, son varios criterios que se aplican para la configuración del peligro de fuga, pero estos factores deben ser analizados en conjunto y de forma meticulosa para no rebasar la finalidad cautelar de la prisión preventiva.

En efecto, la Comisión IDH ha matizado el análisis de los factores antes aludidos y considera que la existencia de ellos, individualmente analizados, no pueden generar la imposición automática de la medida cautelar, porque son causales de justificación no válidas o insuficientes, por esa razón considera que no procede en aquellos casos en que el procesado no tenga arraigo o sea extranjero, tampoco puede considerarse únicamente la gravedad del delito<sup>60</sup> o la pena en expectativa,<sup>61</sup> y menos aún por que el delito haya provocado una alarma social o repercusión social,<sup>62</sup> y tampoco por la peligrosidad del procesado.<sup>63</sup>

Otorgar una medida tan severa como es la prisión preventiva bajo el simple cumplimiento de cualquiera de los factores indicados y sin que se hayan analizado de forma conjunta todos ellos en el caso en concreto, implica romper la finalidad cautelar de la medida de aseguramiento personal para otorgarle una finalidad preventiva o retributiva y, en estas circunstancias, se convierte en una pena anticipada, pero además

---

<sup>58</sup> Corte IDH, “Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, 20 de noviembre de 2009, párr. 176, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf)

<sup>59</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 634.

<sup>60</sup> Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 98, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)

<sup>61</sup> Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párr. 81, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

<sup>62</sup> Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párr. 81, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

<sup>63</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva*”, 57-60.

la detención se vuelve arbitraria, pues a juicio de la Corte IDH “la aplicación de una presunción del riesgo de fuga sin una consideración individualizada de las circunstancias específicas del caso es una forma de detención arbitraria, aun cuando tal presunción estuviera establecida en la ley”.<sup>64</sup>

A más de ello, existe una carga probatoria en cabeza de la Fiscalía sobre la demostración en derecho del peligro de fuga, bajo la cual el órgano persecutor debe “acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones”.<sup>65</sup> Esto implica que si no se demuestra la ocurrencia de las circunstancias antes referidas, el juzgador ha de negar la petición de encarcelamiento preventivo por incumplimiento de la carga probatoria atribuida a la Fiscalía.

#### **4.2. Tratados internacionales sobre la prisión preventiva**

La restricción de la libertad personal bajo la figura de prisión preventiva es reconocida por varios instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo artículo 7 número 5 se dispone que la libertad de una persona pueda ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Así mismo, en el artículo 9 número 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cambio se establece que la libertad puede estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado al proceso, así como para la ejecución del fallo.

De esta forma, aunque los instrumentos en cuestión reconocen de forma expresa el derecho a la libertad de las personas, también consideran, que la privación de la libertad es un motivo suficiente y razonable para coartar esa misma libertad siempre y cuando se halle vinculada estrictamente a los fines del proceso penal, de ahí que en las dos normas jurídicas invocadas se establece como condicionante el hecho de que el procesado comparezca al juicio, dando a entender, adicionalmente, que el proceso debe ser eficaz y que esa eficacia se consigue con la implementación de medidas de aseguramiento que condicionen o garanticen la comparecencia del procesado.

---

<sup>64</sup> Corte IDH, “Sentencia de 26 de junio de 2012 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*, 26 de junio de 2012, párr. 150, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_244\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_244_esp.pdf)

<sup>65</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, 62.

En consecuencia, al ser la libertad un valor superior en el ordenamiento jurídico y siendo el sustrato necesario e inexorable en el que se fundamenta la dignidad humana, esta puede ser limitada bajo la medida cautelar personal de prisión preventiva, la cual se puede otorgar ante el peligro de fuga del procesado, tal como lo ha reconocido expresamente los instrumentos internacionales antes anotados.

Otros instrumentos internacionales se encargan de establecer las condiciones mínimas en las que los detenidos preventivamente deben permanecer en los centros de detención. Así, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela),<sup>66</sup> consideran que debe respetarse su dignidad y por eso no pueden ser sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes,<sup>67</sup> debe ser separados de los condenados,<sup>68</sup> se les debe respetar su presunción de inocencia y gozan de un régimen especial;<sup>69</sup> y, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas<sup>70</sup> también propenden a un trato digno, respetuoso y decoroso,<sup>71</sup> se establece la excepcionalidad de la prisión preventiva y se considera que la medida cautelar del encarcelamiento preventivo solo puede realizarse bajo los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, y se establece como finalidad de la medida el asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia.<sup>72</sup>

Pese a la existencia de esta regulación jurídica, el sistema penal ecuatoriano ha matizado estos aspectos dogmáticos y normativos en una legislación que excede las restricciones para el uso de la prisión preventiva, y ha desbordado su aplicación hasta hacer colapsar el sistema penal acusatorio como se podrá apreciar en el siguiente Capítulo de esta investigación.

---

<sup>66</sup> ONU Asamblea General, *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, 17 de diciembre de 2015, A/RES/70/175 (LXXVI).

<sup>67</sup> *Ibíd.*, Regla 1.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, Regla 11.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, Regla 111.

<sup>70</sup> OEA *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 2008, párr. 4 <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

<sup>71</sup> *Ibíd.*, Principio I.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, Principio III.



## **Capítulo Segundo**

### **La aplicación indebida de la prisión preventiva en la realidad ecuatoriana**

#### **1. Introducción**

En Ecuador, que adoptó el sistema procesal penal de carácter acusatorio desde el año 2000, al igual que sus pares de América Latina, el uso arbitrario y excesivo de la prisión preventiva es una característica constante que ha generado no solo el fracaso del sistema de justicia penal, sino también un serio revés para los derechos fundamentales y para el proceso de reformas regionales tendientes a eliminar los sistemas inquisitivos y el uso indiscriminado de esta medida.

Esto último ha obligado a identificar un proceso de “contrarreformas”, del cual Ecuador forma parte activa, cuyos elementos caracterizadores residen en el incremento de tipos penales, el agravamiento de las penas, y la legislación penal emergente, que permiten legislar conforme a la coyuntura política y mediática que se establezcan en torno al incremento del delito, de manera que el *ius puniendi* se utiliza como un mecanismo de obtención del voto ciudadano, bajo el derrotero del populismo penal.

En ese contexto, la hipertrofia punitiva ecuatoriana provocada por el populismo penal, desarrolló su máxima expresión en el año 2011, gracias a la aplicación de un referéndum y consulta popular, mediante el cual se eliminó el carácter excepcional de la prisión preventiva. Y, luego, con la expedición del COIP, en el año 2014, se completaba un esquema normativo que permitió usar y abusar la prisión preventiva por fuera de su naturaleza cautelar, apartado de los estándares establecidos por la Comisión y la Corte IDH, y en contravía de las previsiones normativas establecidas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Como resultado de esta Política Criminal, altamente punitivista, Ecuador afronta serios problemas derivados de un incremento exagerado de la población carcelaria,<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Ecuador Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, “Reporte mensual de personas privadas de libertad”, *Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos*, accedido 28 de marzo de 2019, párr. 74 <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>

altos índices de personas encarceladas sin que tengan sentencias condenatorias, gravísimos niveles de violencia intracarcelaria que han provocado más de veinte muertes pese a que se decretó el estado de excepción en el sistema penitenciario ecuatoriano.

En definitiva, y conforme a las estadísticas oficiales de la administración pública ecuatoriana no cabe duda alguna de que el Ecuador se utiliza de forma abusiva, exagera e indiscriminada la medida cautelar del encierro preventivo tal como se analizará a continuación.

## **2. La prisión preventiva en la Constitución de la República**

En la última década, la prisión preventiva regulada en el ordenamiento constitucional ecuatoriano atraviesa por dos etapas importantísimas que se distinguen tanto por su concepción jurídica como por su contenido ideológico.

La primera etapa se la ubica desde la expedición de la Constitución del año 2008 hasta la realización del referéndum y consulta popular del 2011. En este periodo la norma constitucional es clara en establecer que la prisión cautelar solo puede aplicarse de forma excepcional para cuyo efecto debe justificarse dos fines eminentemente procesales: asegurar la comparecencia del procesado o para asegurar el cumplimiento de la pena, por esa razón los jueces de garantías penales debían aplicar, de forma imperativa, sanciones y medidas cautelares alternativas.<sup>74</sup>

La filosofía que sustentaba esta estructura normativa respondía a una tendencia reduccionista, basada en el Derecho penal mínimo entendido como un proyecto normativo para cambiar por completo el Derecho penal, que trae como corolario un garantismo en materia penal y que pretende poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado,<sup>75</sup> particularmente desde la legitimación interna de la jurisdicción, por el riguroso respeto de las garantías penales y procesales, pues estas son garantías del derecho de libertad así como garantías de verdad, y de inmunidad con el arbitrio policiaco y del poder judicial.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 77.1; 77.7.

<sup>75</sup> Luigi Ferrajoli, *Garantismo penal* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 55.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, 14.

La grave situación de las cárceles por el constante hacinamiento, que empeora las condiciones de vida de los reclusos, y la utilización de la prisión como único remedio violento para detener el avance del incremento delincencial, provocan que el garantismo tienda a la humanización del Derecho penal, mediante el estricto cumplimiento del principio de intervención mínima. Sobre la base de la limitación al máximo posible de las potestades criminalizantes y sancionatorias “el Derecho penal pasa a identificarse con un garantismo máximo y, por ende, a constituirse en un Derecho penal mínimo”,<sup>77</sup> de manera tal que la reacción social formalizada ante el cometimiento del delito, no puede generar peores problemas que los que se pretenden aplacar o eliminar con la utilización del *ius puniendi*.

La segunda etapa de la prisión preventiva opera a partir de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 669 del día 21 de febrero de 2011, mediante el cual el presidente Rafael Correa dispuso que se convoquen a referéndum y consulta popular a fin de que el soberano se pronuncie afirmativa o negativamente sobre diez preguntas formuladas, cinco de las cuales, establecidas para el referéndum, pretendían modificar ilegalmente<sup>78</sup> la Constitución vigente.

De las cinco preguntas destinadas a modificar la Norma Suprema, dos referían a la prisión preventiva y se relacionaban con la no caducidad de esta medida;<sup>79</sup> y, la eliminación de aquella como una medida excepcional.<sup>80</sup> Los resultados finales

---

<sup>77</sup> José Luis Díez Ripollés, “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal Garantista”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 10, n. ° 15 (1998): 15, [www.cienciaspenalescr.com/Revista\\_No\\_15\\_P.pdf](http://www.cienciaspenalescr.com/Revista_No_15_P.pdf).

<sup>78</sup> Organización de Estados Americanos, “Informe final de la misión de observación electoral de la Organización de Estados Americanos sobre el referéndum constitucional y consulta popular República del Ecuador”, *Organización de Estados Americanos*, 2011, 11-12, [http://www.milhojas.is/wp-content/uploads/2015/fraudelectoral/informe\\_oea\\_ecuador\\_2011.pdf](http://www.milhojas.is/wp-content/uploads/2015/fraudelectoral/informe_oea_ecuador_2011.pdf).

<sup>79</sup> PREGUNTA 1 ¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República, incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando esta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establecen el anexo 1? Anexo 1.-Incorpórese a continuación del primer inciso al numeral 9 del artículo 77, uno que dirá: "La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley."

<sup>80</sup> PREGUNTA 2 ¿Está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la privación de la libertad se apliquen bajo las condiciones y requisitos establecidos en la ley, enmendando la Constitución de acuerdo al anexo 2? Anexo 2.-El artículo 77 numeral 1 dirá: “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

establecieron que del total de sufragantes<sup>81</sup> el 56.49%, en el caso de la pregunta 1, y el 54.17%, en el caso de la pregunta 2, manifestaran su aceptación a las modificaciones propuestas por vía de referéndum.<sup>82</sup>

Pese a la gravedad de las reformas constitucionales planteadas, la Corte Constitucional ecuatoriana al abordar la constitucionalidad de la pregunta 2 referida la modificación de la excepcionalidad de la prisión preventiva, consideró que solo debía replantearse la redacción de las preguntas<sup>83</sup> y “con la finalidad de proteger el derecho de participación y garantizar la plena libertad del elector” la Corte autorizó que el Ejecutivo proceda de conformidad con el artículo 411 número 1 de la Constitución de la República y habilitó el referéndum.

Así, mediante un proceso que recibió innumerables críticas tanto por el mecanismo utilizado para modificar la Constitución como por los problemas ocurridos en el conteo de votos, se eliminó el carácter excepcional de la prisión preventiva, lo cual constituye un retroceso en materia de derechos pues la misma norma constitucional establece que el contenido de los derechos debe desarrollarse de manera progresiva y, cualquier acción u omisión tendiente a menoscabarlos, anularlos o disminuirlos injustificadamente debe ser considerada inconstitucional.<sup>84</sup>

Lo interesante de esta segunda etapa es el contexto social en el que se desarrolla el referéndum y la consulta popular: la ciudadanía ecuatoriana se encontraba viviendo un incremento de los índices de delincuencia y había reclamado mayor seguridad, lo que provocó el denominado “combate contra de la inseguridad”. Ello provocó que las Fuerzas Armadas participen en el control del delito y que la inseguridad ciudadana sea uno de los temas de mayor preocupación de la población y que mayor atención generara para el gobierno de turno.

Sustentando en un debate inútil en donde las líneas argumentales se resumían a la liberación de procesados por la caducidad de la prisión preventiva, la existencia de un

---

formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley." El artículo 77 numeral 11 dirá: "La jueza o 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."

<sup>81</sup> 8'634.376 fueron los electores

<sup>82</sup> Ecuador, *Resultados del referéndum y consulta popular 2011*, Registro Oficial No. 490, Suplemento, 13 de julio de 2011.

<sup>83</sup> Ecuador, *Resolución de la Corte Constitucional y dictamen de constitucionalidad de referéndum*, Registro Oficial No. 391, Suplemento, 23 de febrero de 2011, 23; 67-72.

<sup>84</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.7.

código penal demasiado garantista y la politización de la administración de justicia, la Asamblea Nacional, la Fiscalía General y la Función Ejecutiva consideraban necesario fortalecer a la Función Judicial mediante un paquete de reformas a la Norma Suprema.<sup>85</sup>

Concomitantemente a ello, el 13 de octubre de 2011, el economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, a través del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, remitió al Presidente de la Asamblea Nacional, el proyecto de Código Orgánico Integral Penal,<sup>86</sup> el cual sustituyó por completo el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, que desde el año 2009 venía debatiéndose ampliamente y que fue preparado por grandes penalistas que eran parte de la corriente garantista.<sup>87</sup>

Así, gracias a un proceso electoral muy criticado, el artículo 77 números 1 y 11 de la Constitución, que regulan la prisión preventiva, estableció que la privación de la libertad no debía ser la regla general y debía ser aplicado para satisfacer ciertos fines procesales relacionados con la comparecencia del acusado al proceso, el derecho de la víctima a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; y, además se previó que los jueces de garantías penales deben aplicar las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley.

La eliminación de la excepcionalidad del encierro preventivo no es una cuestión menor si se considera que esto implica la prisionización de la población, el resquebrajamiento del derecho a la libertad, y la flexibilización de la presunción de inocencia. También la eliminación de la excepcionalidad de la medida cautelar en cuestión denota el fracaso del sistema de administración de justicia penal y “constituye un problema estructural inaceptable en una sociedad democrática que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia”.<sup>88</sup>

Desde otra perspectiva, la reforma al artículo 77 números 1 y 11 de la Constitución configura una regresión a los derechos fundamentales que violenta el principio de progresividad de los derechos, que supone, en palabras de la Corte Constitucional, “que el Estado no puede implementar medidas que tengan como finalidad o como efecto, la disminución del nivel de reconocimiento y cumplimiento de

---

<sup>85</sup> Organización de Estados Americanos, “Informe final de la misión de observación electoral”, 12.

<sup>86</sup> Ecuador Presidencia de la República, *Oficio N. ° T-6136-SNJ-11-1297*, 12 de octubre de 2011.

<sup>87</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del Derecho penal* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2009), 9.

<sup>88</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva”, 11.

los derechos contenidos en la Constitución y en los Instrumentos de Derechos Humanos.”<sup>89</sup>

Así también, la mentada reforma comporta una violación a los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en los cuales se reconoce que los derechos han de desarrollarse progresivamente. En efecto, en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, el artículo 2 número 1 establece que los Estados se comprometen a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece en el artículo 26 que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente /a plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

Pese a lo anterior, y para zanjar las incertidumbres que se generan en la aplicación del encierro preventivo por efectos de la eliminación de su carácter excepcional, se debe considerar fundamental la aplicación del control de convencionalidad amparado en la regla de interpretación derivada del principio *pro homine*, y en tal virtud, se ha de aplicar la norma jurídica que más favorezca al ser humano, así el juzgador al momento de aplicar la prisión preventiva deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a) si a una situación le son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; b) si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual dicho Estado sea parte otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, el Estado deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos; c) si a una misma situación son aplicables la Convención y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales,

---

<sup>89</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º 0071-15-IN*, 7 de junio del 2017, 15.

tampoco podrán traerse restricciones existentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ella reconoce.<sup>90</sup>

En virtud de lo anterior, a pesar de haberse eliminado la excepcionalidad de la prisión preventiva en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, gracias al principio *pro homine* el juzgador está habilitado para aplicar el artículo 9 número 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se prevé que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general; la disposición 6.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) en donde se consigna que se debe recurrir a la prisión preventiva como último recurso; y, en el Principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en el que se establece que toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho.

### **3. La Prisión Preventiva en el Código Orgánico Integral Penal**

Sistemáticamente la prisión preventiva en el COIP se encuentra regulada dentro las medidas cautelares del proceso penal y su finalidad es de carácter eminentemente procesal, pues por expresa disposición de los artículos 522 y 534 de la norma en cuestión, esta tiende a garantizar tanto la comparecencia del procesado al proceso penal como el cumplimiento de la pena que se le impusiere en caso de que se llegue a determinar su culpabilidad.

La sistematización adoptada por el legislador responde a la tutela cautelar del proceso penal, lo que permite que en un momento determinado pueda aplicarse el *ius puniendi* evitando la existencia de los riesgos penales que impedirían la realización de la justicia cuando el procesado intenta evadirla. Por esa razón el legislador, congruente con la norma constitucional, prevé que el encarcelamiento preventivo solo pueda dictarse cuando se justifiquen adecuadamente los fines procesales legítimos antes consignados.

Nótese para ello que en el artículo 522 del COIP el legislador considera una escala ascendente de medidas cautelares que van desde una menor afectación a la libertad de los procesados, hasta llegar a la medida más seria, gravosa y restrictiva de

---

<sup>90</sup> Pamela Juliana Aguirre Castro, “El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador”, *Revista IIDH*, no. 64 (2016): 276, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5875614>

libertad. Con ello el legislador estructura no solo un dique de contención de la actuación de los operadores de justicia, sino que impone a aquellos la necesidad de una legitimación en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva pues, tal como está redactada la norma jurídica en cuestión, y congruente con el artículo 77 números 1 y 11 de la Constitución de la República, los mecanismos menos lesivos son los que han de aplicarse preferentemente para conseguir los finalidades procesales antes referidas.

A diferencia del estándar establecido por la Corte IDH, que propugna como fines procesales legítimos para coartar el derecho a la libertad de los procesados tanto la existencia del riesgo de fuga como la obstaculización de las investigaciones,<sup>91</sup> los cuales son extraídos del artículo 7 número 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el COIP hace hincapié en que la tutela cautelar radica exclusivamente en la necesaria vinculación al proceso y el cumplimiento de la pena, lo que en estricto sentido jurídico debería reducirse a una sola finalidad que es la primera de las nombradas, ya que la segunda opera como una consecuencia lógica que se extrae del supuesto en el que una persona sometida a prisión preventiva ulteriormente es merecedora de una condena intramural, de manera que el encierro cautelar derivará en pena intramural, sin solución de continuidad alguna, por efecto de la sentencia condenatoria en la que se declara su culpabilidad, y siempre y cuando se encuentre debidamente ejecutoriada.

### **3.1. Requisitos de la Prisión Preventiva**

La prisión preventiva debe satisfacer varios requisitos de obligatorio cumplimiento que son indispensables para otorgar una medida tan gravosa y lesiva al derecho a la libertad de los procesados. Entre estos requisitos, ampliamente compartidos por la dogmática penal y la jurisprudencia especializada de los altos tribunales de derechos humanos, están el principio de legalidad, el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad.

---

<sup>91</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 93, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf); Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 77, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf); Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 180, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

El principio de legalidad, implica que la privación de la libertad debe ser establecida de conformidad con lo previsto en la ley, y ello se explica porque el derecho a la libertad, a pesar de ser un derecho fundamental, está sometido a ciertas restricciones temporales que son impuestas por las normas jurídicas que tienden a establecer mecanismos legítimos de supresión o limitación temporal de ese derecho fundamental.

En el proceso penal, la restricción del derecho a la libertad opera tanto por la imposición de una condena, al haberse establecido la responsabilidad penal, como por la aplicación de las medidas cautelares o de aseguramiento que tienden a garantizar la eficacia del proceso mediante el cumplimiento de ciertas finalidades que son constitucionalmente previstas.

En virtud del principio de legalidad, la privación de la libertad solo está permitida cuando una ley así lo prevea, pues el artículo 76 número 3 de la Constitución dispone que la ley debe establecer previamente tanto las infracciones penales como las sanciones, las cuales han de ser conocidas con anterioridad por los ciudadanos para que puedan adecuar sus conductas a los patrones socialmente aceptados. De esta manera, las posibilidades de intervención del Estado sobre el derecho a la libertad, deben estar adecuadamente establecidas en la ley que debe consignar, de forma clara y precisa, cuales son los requisitos y las formalidades que deben cumplirse para restringir temporalmente el derecho a la libertad.

Lo anterior implica la existencia de unos límites formales, derivados del principio de legalidad, para coartar el derecho fundamental a la libertad por vía de las medidas de aseguramiento del proceso penal, a saber: el de la reserva de ley, pues la restricción al derecho solo puede realizarse por una ley orgánica que establece los supuestos y los requisitos que han de satisfacerse para otorgar la medida gravosa; el de libertad de configuración legislativa, que refiere a la posibilidad de restringir la libertad solo cuando el legislador lo considere necesario, pero bajo los límites impuestos en los instrumentos internacionales; y, el de reserva judicial, pues solo al juzgador, y no a otra autoridad, le compete restringir la libertad.<sup>92</sup>

A ello deben sumarse el hecho que en el ejercicio de la libertad de configuración legislativa, el legislador no puede utilizar criterios o lenguaje que sean vagos o imprecisos para delimitar las condiciones y requisitos según los cuales ha de dictarse la medida de apresamiento cautelar. Al tratarse de una medida excepcional que afecta

---

<sup>92</sup> Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º C-469/16*, 31 de agosto de 2016, 75.

seriamente la libertad de los sujetos perseguidos por el sistema penal, es necesario que el legislador utilice un lenguaje claro, preciso y riguroso para establecer las hipótesis y el estándar probatorio requeridos para adoptar la medida de aseguramiento, evitando las arbitrariedades que pueda cometer el juzgador al conceder o no dicha medida.

Por el principio de necesidad, que es uno de los sub principios del principio de proporcionalidad, se establece que la prisión preventiva como medida cautelar puede predicarse como constitucionalmente legítima cuando aquella medida es la única que está en capacidad plena de satisfacer los fines procesales previstos en la ley, es decir que ha de considerarse que sólo ella tiene la posibilidad de provocar la obtención de los fines constitucionalmente previstos para asegurar la eficacia material del proceso penal. A esta conclusión se llega solamente después de que se demuestre, en derecho, que las otras medidas cautelares, menos lesivas para el procesado, resultan insuficientes o inválidas para obtener la ansiada finalidad procesal.

Según este principio, la arbitrariedad o capricho del órgano acusador y del juez de garantías, está restringido a la prevalencia del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, que son las grandes prerrogativas de las que gozan las personas que están perseguidos por el sistema penal.

En cuanto al principio de proporcionalidad, es necesario recordar que la doctrina jurídica ha desarrollado una serie de posturas que lo han matizado desde su espectro de acción en el Derecho Constitucional, cuando existen derechos fundamentales en contradicción, hasta su aplicación, en casos concretos, en el ámbito de la prisión preventiva, como así lo advierte Londoño Ayala.<sup>93</sup> Por ello y para obviar una larga digresión, se abordará aquella postura dogmática empleada por Cruz Bolívar,<sup>94</sup> la cual compartimos abiertamente y sin reservas.

En este contexto, que la prisión preventiva se utilice de forma excepcional en el procesamiento penal es un aporte del principio de proporcionalidad, pues el derecho a la libertad es la regla general que sustenta el proceso penal de corte acusatorio y el Estado constitucional. Bajo este principio se denota la necesidad de que exista un “equilibrio

---

<sup>93</sup> César Londoño Ayala, *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal* (Bogotá, COL: Nueva Jurídica, 2012), 59.

<sup>94</sup> Leonardo Fabián Cruz Bolívar, “Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, no. 95 (2012): 75, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/download/3421/3108>.

entre el daño que causa una medida (aquí: privación de libertad) y su ganancia (comparecencia al proceso, facilita la administración de la justicia).”<sup>95</sup>

Al constituir la afectación a la libertad una injerencia del Estado, esta debe estar justificada con un fin legítimo que la sustente de forma tal que no exista una afectación excesiva en el derecho fundamental. En consecuencia de lo anterior, la privación de la libertad por vía de la prisión preventiva, que tiende a garantizar tanto la comparecencia del procesado al proceso penal como el cumplimiento de la pena, es un mecanismo extremo que permite y garantiza la aplicación del *ius puniendi* y el derecho subjetivo de la víctima, evitando que el proceso penal carezca de eficacia material, pero sobre todo tiende a la realización de la justicia, como un bien superior, pues “el legislador ya ha andado buena parte del camino en la ponderación al limitar estrictamente los eventos de imposición de medida de aseguramiento, luego el juez ya tiene el sendero previamente diseñado por el legislador, como pasa a analizarse.”<sup>96</sup>

De esta forma, la proporcionalidad se convierte en un criterio regulativo que evita que se obtengan fines procesales que no sean compatibles con aquellas intervenciones en los derechos fundamentales de los procesados, es decir, que impliquen un sacrificio o una carga exagerada en su libertad si la finalidad obtenida no es superior a aquellos.

Finalmente, en cuanto al principio de razonabilidad es pertinente indicar que la Corte IDH al abordar este tema ha considerado que, de acuerdo con el artículo 7 número 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, existen límites no solo en cuanto al establecimiento de la duración de la prisión preventiva sino también en cuanto a las finalidades que se pretenden obtener mediante la aplicación del encierro cautelar. Para ello la Corte considera que el requisito de la razonabilidad de la medida cautelar se diluye en todos los casos en que la medida privativa de la libertad rebasa los límites del sacrificio que puede imponerse razonablemente a una persona que se presume inocente.<sup>97</sup>

La razonabilidad implica que el juzgador debe realizar un análisis de los valores constitucionalmente amparados que se afectan en el encierro preventivo y la eficacia de la decisión adoptada por el juzgador, de ahí que la medida cautelar lesiva a la libertad

---

<sup>95</sup> Stefan Krauth, *La prisión preventiva en Ecuador* (Quito, EC: Defensoría Pública del Ecuador, 2018), 42.

<sup>96</sup> Leonardo Fabián Cruz Bolívar, “*Fundamentos de la detención preventiva*”, 85.

<sup>97</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe No. 35/96, caso 10.832, Fondo, Luis Lizardo Cabrera, República Dominicana”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1998, párr. 71, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/RD10.832.htm>.

debe sustentarse en motivos lógicos que puedan ser demostrados racionalmente so pena de que se incumpla con la racionalidad sustantiva de la medida.<sup>98</sup>

El COIP, adicionalmente a los requisitos antes establecidos y analizados, establece otras condiciones que son las que, conjuntamente a los referidos requerimientos, deben ser cumplidas en adecuada manera y de forma previa a dictar la medida cautelar del encierro preventivo. Estos requisitos se encuentran previstos en el artículo 534 y se los pasa a analizar a continuación:

### **3.2. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública**

En el procedimiento penal ordinario, la fase de Investigación previa<sup>99</sup> y la etapa de Instrucción Fiscal<sup>100</sup> tienen por objetivo la recolección de elementos de convicción que permiten al órgano acusador sustentar una acusación o evitar su formulación cuando existe deficiencia de aquellos. En el proceso de investigación integral del delito, se recopilan los vestigios de la infracción penal, los cuales tienden a esclarecer tanto la forma de producción del delito como el grado de participación de una persona en la conducta penalmente relevante, por manera que los vestigios que se recolectan, en base a una actuación objetiva de la Fiscalía, son empleados tanto para sustentar una acusación como para aminorar, disminuir o eliminar la responsabilidad penal del procesado.

Estas fuentes de investigación<sup>101</sup> o indicios, se las obtiene de las distintas diligencias investigativas que se realizan tales como las versiones, el reconocimiento del lugar de los hechos, la obtención de muestras o fluidos corporales, los exámenes médicos, las pericias, etc., y tienen por finalidad llevar a aportar elementos que permitan conocer al juzgador tanto de la existencia del tipo penal como de la responsabilidad de la persona acusada, pues dichos indicios, pasa a convertirse en medios de prueba en la etapa de juzgamiento.

---

<sup>98</sup> Alberto Bovino, “Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”, *Foro Revista de Derecho*, no. 8 (2007): 34, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/338>.

<sup>99</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 580.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, art. 590.

<sup>101</sup> Vicente Guzmán Fluja, *Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal* (Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2006), 55.

Una de las características primordiales de las que goza el proceso de recolección de los indicios, consiste en la necesaria e inexorable participación de la defensa técnica del procesado, de manera que el levantamiento de indicios debe serle citado y notificado, pues de otra manera los indicios recolectados, sin que se notifique a la defensa técnica, carecen de validez y eficacia probatoria según lo previsto en el artículo 282 número 3 del Código Orgánico de la Función Judicial que dispone expresamente que la Fiscalía debe:

3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria;

Lo anterior se explica porque los indicios tienen la particularidad de convertirse en fuentes de prueba y medios de prueba y, en ese sentido, se requiere que la defensa técnica del procesado participe proactivamente en su obtención, de manera que no se comprometa ni la validez ni la eficacia probatoria de aquellos, pues la Constitución ecuatoriana tiene regulada la cláusula de exclusión probatoria en el artículo 76 número 4, según la cual se dispone que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución carecen de validez y de eficacia probatoria.

En cuanto a la distinción entre medios y fuentes de prueba, Carnelutti ya discriminó estas categorías jurídicas, considerando que la fuente de prueba sería el hecho del cual se sirve el Juez para adquirir la verdad, mientras que el medio de prueba consistiría en la actividad del Juez desarrollada en el proceso. Siguiendo a este autor, el medio de prueba es el testigo y la fuente lo declarado por el mismo.<sup>102</sup>

Para Sentís Melendo las fuentes son “los elementos que existen en la realidad” y los medios están constituidos por “la actividad para incorporarlos al proceso”, por ello cree que la fuente es “un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso”, mientras que el medio es “un concepto jurídico y absolutamente procesal”.<sup>103</sup> La fuente de prueba solo alcanza la categoría de medio de prueba cuando es aportada al proceso, de modo que la fuente existe con independencia del nacimiento o no del proceso: “Buscamos las

---

<sup>102</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil* (Buenos Aires, AR: Depalma, 1982), 67.

<sup>103</sup> Santiago Sentís Melendo, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio* (Buenos Aires, AR: Ejea, 1978), 74.

fuentes; y, cuando las tenemos, proponemos los medios para incorporarlas al proceso”.<sup>104</sup>

Luego de esta breve digresión sobre los elementos de convicción, su aptitud probatoria y su conversión en medio de prueba, es importante destacar que ellos deben provocar en el juzgador un alto grado de probabilidad de la existencia de un delito de acción pública, pues respecto de los delitos de ejercicio privado de la acción regulados en el artículo 415 del COIP<sup>105</sup> no opera la prisión preventiva.

Al tratarse de indicios o fuentes de investigación, que en estricto sentido jurídico no son pruebas, el requisito previsto en el artículo 534 número 1 del COIP se refiere a la apariencia de delito, que debe ser sostenida en base a un análisis integral de los elementos del tipo, es decir a la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva, obtenidos gracias a las fuentes de investigación. Luego de este análisis, ellos deben dar una alta probabilidad de la existencia de un delito de acción pública, lo que significa, en cada caso en concreto, que el juzgador considera probable la existencia del delito, y es en base a ese juicio de probabilidad que puede llegar a decretar la prisión preventiva, pero para dicho efecto debe satisfacerse los demás requisitos previstos en la ley.

Según el penalista ecuatoriano Mayorga Andaluz, citando a Carnelutti y Mittermayer, la probabilidad, en estos casos, consiste en un juicio valorativo derivado de los elementos de convicción que permiten, de forma objetiva y racional, establecer varias razones que sustentan y abonan indefectiblemente a la hipótesis de la existencia del hecho delictivo, de tal manera que el juzgador está muy próximo a conseguir certeza del cometimiento del delito:

El juicio de probabilidad que efectúa el juzgador sobre los elementos de convicción aportados al proceso reviste ciertas características importantes que deben ser satisfechas adecuadamente para la imposición de la prisión provisional: la primera de ellas es de que se trate de un hecho delictivo cierto, y no eventual o futuro, ni otro que constituya una falta contravencional; la segunda, es que ese hecho delictivo sea atribuido al sujeto que sufre la persecución penal, lo que implica un grado de autoría; la tercera, consiste en que el delito no sea cometido bajo el amparo de una causal de justificación, pues en estos casos no existiría tipicidad y, consiguientemente, no podría aplicarse la medida restrictiva de la libertad.

Por manera que el juzgador se ve en la necesidad de que su actuación no se limite al simple análisis de los indicios, sino que debe realizar un análisis pormenorizado de la conducta penalmente relevante, del hecho delictivo, de la subsunción del hecho en la norma jurídica; y, finalmente, de la inexistencia de una casusa de excusa o exculpación

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*, 158.

<sup>105</sup> Estos delitos son: calumnia, usurpación, estupro y lesiones que provoquen incapacidad interior a 30 días.

de la infracción, lo que implica que para dictar la prisión preventiva el juez debe verificar que existan suficientes indicios sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del hecho de manera que no se puede otorgar la medida cautelar cuando falte prueba de estas categorías dogmáticas.<sup>106</sup>

La probabilidad del cometimiento del hecho delictivo, se convierte así en uno de los requisitos a ser cumplidos para dictar la medida de apriesonamiento preventivo, y bajo aquel juicio, ha de analizarse que exista una apariencia de delito desde el punto de vista material, lo que implica un análisis pormenorizado y racional de las categorías dogmáticas del delito referidas a tipicidad y antijuridicidad.

La Corte IDH ha sentado una importante jurisprudencia en este sentido pues ha referido que el Estado no debe detener para investigar, sino a la inversa, es decir que el juzgador debe tener el conocimiento suficiente, no basado en conjeturas o intuiciones abstractas, y luego proceder a limitar la libertad del procesado cuando se satisfagan los otros requisitos impuestos por vía legal.<sup>107</sup>

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

El número 2 del artículo 534 del COIP establece que los elementos de convicción recolectados en el proceso de investigación integral y objetiva, deben aportar datos suficientes sobre un grado de autoría del sujeto procesado. La autoría, en palabras del autor argentino Donna, consiste en atribuirle la realización de una conducta delictiva a una persona, de forma general, y, más específicamente, debe ser considerado autor a quien posee el dominio del hecho.<sup>108</sup>

El COIP regula los grados de autoría estableciendo una clasificación bipartita entre autores y cómplices,<sup>109</sup> y consigna, además, una subdivisión en los autores quienes pueden serlo de forma directa, de forma indirecta o bajo el grado de coautoría.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup>Giovani Mayorga Andaluz, “El sistema acusatorio, la prisión preventiva y los estándares de la CIDH”, *Revista Judicial Diario la Hora*, 29 de agosto de 2019, 2.

<sup>107</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 103, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>108</sup> Edgardo Alberto Donna, *La autoría y la participación criminal* (Buenos Aires, AR: RubinzalCulzoni, 2002), 9-13.

<sup>109</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 41.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, art. 42.

La valoración adecuada de los grados de autoría depende tanto del tipo delictivo como de los sujetos que participan en él, pues, en unos casos, la identificación del autor es una tarea sencilla, como en el caso del sujeto A quien dispara y da muerte a B, mientras que en los casos de delitos económicos o de organizaciones criminales, la estructura de la empresa criminal hace que la división del trabajo provoque serias dificultades en cuanto a la identificación y los grados de autoría, así por ejemplo en los casos de blanqueo de capitales.

La tarea de distinguir al autor, es conforme a lo anotado, una cuestión no menos baladí, de ahí que el legislador puso en énfasis en la utilización de dos adjetivos calificativos que caracterizan a los indicios exigidos en el número 2 del artículo 534 del COIP. Se trata de las palabras empleadas en la redacción de este apartado y que califican seriamente a los elementos de convicción como “claros y precisos”, los cuales obligan al juzgador a realizar un juicio de probabilidad mucho más riguroso sobre el grado de autoría y participación del sujeto procesado, y, en este sentido, el cumplimiento del requisito que se analiza, debe arrojar un elevado conocimiento al juzgador, próximo a la certeza, de que el procesado es quien cometió o participó en la conducta criminal.

El juicio de probabilidad, entonces, consistirá en el análisis de los elementos que conforman la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva y, abordará, además, la culpabilidad en cuanto a los componentes de imputabilidad y conocimiento de la antijuridicidad de la conducta,<sup>111</sup> porque debe existir tanto un sujeto, el procesado, que sea libre y que sea imputado por una conducta objetiva, externa y libre.<sup>112</sup> Bajo este nuevo elemento, que refiere al análisis de la categoría dogmática de la culpabilidad, el juez debe estudiar, si en el caso concreto, se puede establecer, respecto del procesado, algún caso de inimputabilidad o de existencia de un error de prohibición directo,<sup>113</sup> de error de prohibición indirecto,<sup>114</sup> error de prohibición al revés, o error de prohibición condicionado por patrones culturales, que pueda eliminar la culpabilidad.

Un juicio de probabilidad de tal envergadura es el exigido no solo por el legislador quien se encargó se adjetivizar seria y notablemente la calidad de los

---

<sup>111</sup> *Ibíd.*, art. 34.

<sup>112</sup> Edgardo Alberto Donna, “*La autoría y la participación criminal*”, 39.

<sup>113</sup> En cualquiera de sus modalidades: Error sobre la existencia de una prohibición, Error sobre la validez de la norma, Error de subsunción.

<sup>114</sup> En cualquiera de sus modalidades: Error sobre la existencia de una causa de justificación, Error sobre los límites de una causa de justificación, Error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación.

elementos de convicción que se requieren para dictar la medida cautelar lesiva, sino también deviene por un estándar impuesto por la Corte IDH que establece “que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso...”.<sup>115</sup>

#### **3.4. 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 tercer número del artículo 534 del COIP establece una carga probatoria para el órgano acusador que consiste en la demostración, en derecho, y de forma objetiva, argumentada, racional y suficiente, de que las medidas cautelares distintas al encierro preventivo, no resultan óptimas para satisfacer los fines procesales de vinculación del procesado con el proceso y de cumplimiento de la condena. Por lo tanto, le corresponde a la Fiscalía establecer, en cada caso en concreto, por qué razones cualquiera de las medidas alternativas especificadas en el artículo 522 del COIP, no son suficientes para conseguir los fines procesales previstos en la norma aludida y, para ello, debe sustentar sus argumentaciones en indicios aportados al proceso que demuestren que existe el riesgo de fuga.

Sobre este aspecto la Comisión IDH ha mencionado, de forma contundente, que efectivamente corresponde al órgano persecutor demostrar, en derecho, los indicios que denotarían el riesgo procesal:

185. En efecto, una vez establecida la relación entre el hecho investigado y el imputado corresponde fijar la existencia del riesgo procesal que se pretende mitigar con la detención durante el juicio –el riesgo de fuga o de frustración de las investigaciones–, el cual debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera invocación o enunciación de las causales de procedencia, sin la consideración y análisis de las circunstancias del caso, no satisface este requisito. Como ha señalado la Corte Europea, los argumentos presentados por el tribunal no deben ser generales o abstractos, sino que deben referirse a los hechos específicos y a las circunstancias personales del imputado que justifiquen su detención.

186. Es decir, la justicia no puede funcionar “en automático”, en atención a patrones, estereotipos o fórmulas preestablecidas en las que sólo se verifiquen ciertas condiciones del acusado, sin que se den razones fundadas que justifiquen la necesidad y

---

<sup>115</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Servellón García Y Otros Vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párr. 90, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf)

proporcionalidad de mantenerlo en custodia durante el juicio. En efecto, corresponde al tribunal y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de los elementos que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva.<sup>116</sup>

La obligatoriedad de esta carga probatoria radica en que el derecho a la libertad de los ciudadanos no puede ser restringido con base a caprichos o prejuicios de los operadores de justicia, de ahí que se requiere establecer, también mediante indicios, que el procesado podría evadir su comparecencia al proceso; y, mientras no se demuestre aquello, ha de primar el derecho fundamental porque la prisión preventiva sólo opera con el carácter de excepcional o de *ultima ratio*. En este contexto, si no se advierte riesgo de fuga lo que debe decretar el juez es una medida menos gravosa como es la prohibición de salida del país, la presentación periódica ante cierta autoridad, el arresto domiciliario; o, la vigilancia electrónica.

Una interpretación sistemática del artículo 522 del COIP, permite entender que la prisión preventiva es el último mecanismo considerado por el legislador para obtener los fines procesales tantas veces aludidos, de ahí que se lo haya establecido al final de lista en la que se consignan las medidas cautelares reafirmando, de esta manera, que el encierro cautelar solo puede operar bajo la idea de ser de *ultima ratio*. La naturaleza excepcional o de *ultima ratio* de la prisión preventiva, además viene respalda por la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone en su artículo 7 número 3 que nadie puede ser sometido a encarcelamiento arbitrario, o en su artículo 7 número 5 en que se reafirma el derecho de la persona a mantenerse en libertad mientras dura el procesamiento penal; y, por los Principios y Buenas Prácticas para las Personas Privadas de Libertad que establece, en el Principio III número 2 establecen la necesidad de aplicar la prisión preventiva bajo un respeto irrestricto a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, solo cuando sea necesario y previo la satisfacción de otros requerimientos establecidos en las legislaciones nacionales.

La carga probatoria y argumentativa, en este supuesto no refiere ya las categorías dogmáticas del delito, como ocurría en los requisitos anteriores, sino que a deferencia de aquellos, bajo este requisito se impone una obligación jurídica al órgano acusador de demostrar, con pluralidad de indicios, que existe un riesgo procesal que se materializaría en la falta de comparecencia del procesado al juicio. El incumplimiento

---

<sup>116</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva”, 76.

de esta carga probatoria deviene indudablemente en la imposibilidad de otorgar la medida cautelar.

Además de lo anterior, la norma en cuestión establece dos obligaciones para el juzgador de garantías penales: la primera, que se refiere a la valoración adecuada que debe realizar el juzgador de los elementos de convicción y de los indicios que se aportan al proceso para requerir la medida cautelar. Este análisis, que es tópico, impide las generalizaciones de los casos, los prejuicios del juzgador, impide además a la recurrencia a aspectos como la conmoción social de la conducta o a la peligrosidad del imputado porque son criterios no propios del derecho procesal sino del Derecho penal material; y, tampoco se puede recurrir a los antecedentes personales del procesado,<sup>117</sup> a no ser aquellos que refieran exclusivamente al incumplimiento de una medida cautelar alternativa en otro procesamiento.<sup>118</sup>

La segunda obligación impuesta al juzgador consiste en que la medida restrictiva de la libertad debe ser debidamente motivada,<sup>119</sup> sobre la necesidad de consecución de un fin legítimo y constitucionalmente previsto que sea congruente con los presupuestos de la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>120</sup> so pena de que el aprisionamiento preventivo se convierta en arbitrario.

Para establecer el contenido mínimo de la motivación que se requiere para decretar el encierro cautelar, con base a lo analizado hasta este momento, se propone la siguiente estructura argumental en conformidad a los estándares internacionales vigentes en materia de derechos humanos y sobre todo para garantizar tanto el derecho a la libertad durante el procesamiento como la presunción de inocencia:

- Finalidad cautelar de la prisión preventiva en el caso concreto, de manera que debe establecerse con claridad el fin que se persigue:
  - comparecencia del procesado al proceso;
  - cumplimiento de la pena.

---

<sup>117</sup> Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párr. 69, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

<sup>118</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 534.

<sup>119</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 93, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>120</sup> Corte IDH, “Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, párr. 115-116, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf)

- Cumplimiento de principios que regulan la prisión preventiva:
  - Principio de legalidad;
  - Principio de necesidad;
  - Principio de proporcionalidad;
  - Principio de excepcionalidad;
  - Principio *pro homine*;
- Cumplimiento de requisitos legales que regulan la prisión preventiva:
  - Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público:
  - Análisis de tipicidad objetiva y subjetiva, así como las causas de atipicidad y el error de tipo.
  - Elementos de convicción claros y precisos sobre autoría y participación del procesado:
  - A más del análisis de tipicidad se requiere análisis del grado de autoría (directa, mediata, coautoría) y complicidad; y, el examen de la culpabilidad en cuanto a imputabilidad y conocimiento de la antijuridicidad en el que se incluye el error de prohibición en sus distintas modalidades.
  - Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para conseguir los fines procesales:
  - Carga probatoria de la fiscalía sobre la existencia de indicios que hagan concluir la probabilidad de fuga del procesado.
  - Motivación.
  - Cumplimiento de estándares internacionales sobre la prisión preventiva, así como los del debido proceso, que a lo largo de dos décadas ha venido construyendo tanto la Comisión como la Corte IDH:

(i) La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; (ii) los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso; (iii) consecuentemente, la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la detención preventiva de una persona; (iv) aun existiendo fines procesales, se requiere que la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal; (v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones; (vi) la detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los

elementos que dieron lugar a su procedencia; (vii) el mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena; y (viii) en el caso de niños, niñas y adolescentes los criterios de procedencia de la detención preventiva deben aplicarse con mayor rigurosidad, procurándose un mayor uso de otras medidas cautelares o el juzgamiento en libertad; y cuando sea procedente deberá aplicarse durante el plazo más breve posible.<sup>121</sup>

(a) el deber del Estado de comunicar previa y detalladamente acerca de la acusación implica informar al acusado no solamente de la causa de la acusación, sino también las razones por las cuales se realiza la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que da a esos hechos. Esta información que debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa; (b) el derecho a la defensa surge desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena; (c) en razón de lo anterior, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración; (d) la defensa jurídica que provea el Estado debe ser ejercida por profesionales del Derecho, adecuadamente calificados y capacitados, cuyo desempeño sea debidamente supervisado; (e) es preciso que la Defensa Pública preserve su independencia (funcional y presupuestaria) respecto de otros órganos del Estado y de los propios jueces y agentes fiscales; y, particularmente, (f) que el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas para que la defensa suministrada sea efectiva, para lo cual es preciso que el defensor actúe de manera diligente. El nombrar un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica.<sup>122</sup>

La complejidad de la argumentación requerida en el esquema propuesto, obedece estrictamente a la necesidad de respetar el derecho a la libertad, la presunción de inocencia, la seguridad ciudadana y, a la dignidad humana, que es el contenido en el que se fundan todos los derechos,<sup>123</sup> y en cuya afectación obviamente tiene un impacto directo el sistema procesal penal de un Estado. Debido al principio de la dignidad humana el procesado no puede convertirse en un objeto del proceso penal, sino que es un sujeto, con una dignidad inherente, al que deben respetarse sus derechos y garantías procesales entre los cuales se encuentra el derecho a la libertad.

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

Este requisito, que es uno de los más criticados, configura una verdadera vulneración al principio de presunción de inocencia pues el legislador ha establecido en

---

<sup>121</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva”, 8.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, 78-79.

<sup>123</sup> Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid, ES: Sistema, 1991), 34.

este apartado un mecanismo de prisionización obligatoria que permite abusar del encierro preventivo.

Nótese para ello que al establecer una prognosis de la pena el legislador considera, de antemano y sin juicio previo atributivo de culpabilidad, que el procesado es culpable o llegará a ser culpable, sin que exista posibilidad alguna de que se lo considere como inocente o se ratifique ulteriormente su estado de inocencia, lo que rompe con la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, y le otorga un fin estrictamente retributivo en función a la afectación o grave puesta en peligro de un bien jurídico protegido que aún no se ha declarado judicialmente.<sup>124</sup>

Este requisito es considerado por la Corte IDH como un causal de justificación del aprisionamiento cautelar que es tachado de insuficiente o inválido por no ser congruente con la finalidad prevista en el artículo 7 número 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece como únicos fines procesales, para que el Estado pueda intervenir en el derecho fundamental a la libertad, tanto la existencia del riesgo de fuga como la obstaculización de las investigaciones,<sup>125</sup> pero no se considera en forma alguna la pena de un delito, porque eso elimina la naturaleza cautelar de la medida.

Adicionalmente, es importante destacar que la prognosis de la pena elimina por completo los criterios de necesidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y excepcionalidad de la prisión preventiva, los cuales son prescindibles en la decisión del juzgador de garantías que solo se limita a mirar el tipo penal y la pena prevista para decretar el encierro preventivo. Con ello además la carga argumental de la Fiscalía se reduce también a la consideración de la pena en abstracto aplicable al caso y, el juzgador, prescinde también de la propuesta de análisis antes referida, pues bajo este requisito la prisión preventiva se otorga siempre y de forma obligatoria en todos los casos en que se cometen delitos con penas superiores a un año de pena intramural.

Según el artículo 537 del COIP, este requisito está sometido a varias excepciones en las cuales el juzgador puede adoptar una resolución en la que se sustituya el encierro preventivo. Los casos se refieren a circunstancias especialísimas en

---

<sup>124</sup> Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 180, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

<sup>125</sup> Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párr. 81, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

donde existe un bien jurídico superior que debe ser protegido, como es el caso de la salud de la mujer embarazada, del *nasciturus* y de la criatura nacida, la dignidad de las personas que hayan cumplido más de 65 años; y, las razones humanitarias para aquellas que padecen enfermedades incurables en etapa terminal, discapacidades severas o enfermedades muy complejas.

Pese a ser circunstancias excepcionales, la técnica legislativa utilizada en la redacción del referido artículo demuestra una enorme deficiencia que compromete el correcto entendimiento de la norma jurídica, ya que si la intencionalidad del legislador es asegurar que la restricción de la libertad, por vía del encierro preventivo, no comprometa otros bienes jurídicos importantes para el derecho, no debía dejarse al arbitrio del juzgador la posibilidad de sustituir el encierro preventivo sino que la norma jurídica debía obligar al juzgador a realizar la tutela efectiva de dichos bienes y en este sentido todas las prisiones preventivas que puedan dictarse en las circunstancias mencionadas deben ser sustituidas. La excepcionalidad de los casos regulados constituye el punto de inflexión que debe obligar al juzgador a aplicar con mayor razón las medidas alternativas al encierro cautelar, tal como ocurría en la legislación procesal previa<sup>126</sup> a la expedición del COIP en cuyo artículo 171 se establecía que sin importar el delito de que se trate, la medida cautelar restrictiva de la libertad debía ser sustituida en las hipótesis antes enunciadas.

El establecimiento de la prognosis de la pena como requisito para dictar la medida restrictiva de la libertad, a juicio de la investigadora, representa una de las claras muestras de selectividad del sistema penal y de una presunción de culpabilidad que se ha estructurado en la norma procesal penal, cuya finalidad tiende a criminalizar a los sectores más desprotegidos de la población, pues la mayor parte de delitos que se cometen en el Ecuador son delitos contra la propiedad privada y pequeño tráfico de sustancias sometidas a fiscalización.

Pese a lo anterior, la norma en cuestión sigue en plena vigencia, sin que ninguna autoridad judicial o institución de protección de derechos humanos se haya preocupado de interponer la acción correspondiente para eliminar el mentado requisito, por contravenir con el mandato expreso previsto en el artículo 7 número 5 de la Convención Americana; y tampoco los jueces de garantías que a diario decretan

---

<sup>126</sup> Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial No. 743, Suplemento, 13 de enero del 2003.

prisiones preventivas, han aplicado el criterio previsto en el 425 de la Constitución que procura la aplicación de la norma de la Convención Americana por sobre la prevista en el COIP.

La CRE, en el artículo 76, número 6, reconoce la debida proporcionalidad entre las infracciones y las penas, si esto se lo aplica a los casos de la prisión preventiva, se tiene una verdadera desproporción en lo relativo a que los casos de infracciones en los cuales tengan una pena mayor de un año, tal como lo establece el art. 534, núm. 4 del COIP, se tiene a uno de los justificativos y argumentos que tiene la Fiscalía General del Estado para que en todos los procesos solicite la medida cautelar más grave, lo cual va en detrimento del derecho a la libertad personal, medida que se solicita por parte de fiscales y se la ordena por parte de jueces, a pesar de varias sentencias en las que se sanciona al Ecuador por parte de la Corte IDH.

Cabe hacer algunas apreciaciones en este contexto, el primero es que, efectivamente, no se puede ordenar en delitos que tengan una pena inferior a un año de privación de la libertad, en vista que estos son considerados de poca gravedad y no representan mayores peligros, de acuerdo con la conducta típica establecida en el COIP, para que se ordene este tipo de medidas cautelares. Esto deja abierta la posibilidad de que la prisión preventiva se dicte en los casos en los que se sanciona con pena superior a un año de prisión, que, prácticamente, son la mayoría de los casos, y que es uno de los argumentos de los fiscales para solicitarla, sin mayor ejercicio mental, puesto que solo necesitan enunciar la norma jurídica en donde se tipificada el delito en el COIP.

En este punto, se puede afirmar que no se presenta, al momento de establecer como uno de los requisitos para solicitar y ordenar la prisión preventiva, esa valoración que debe tener el Derecho penal, valoración que se presenta en varios momentos, como por ejemplo, al momento de elaborar las leyes, donde no se hace un mayor análisis del por qué establecer el año de pena privativa de la libertad como medida para que se aplique la prisión preventiva, lo que ha ocasionado que muchos centros de rehabilitación se encuentren con una crisis por el hacinamiento de personas que tienen dicha medida cautelar personal.

Tampoco se produce esa ejercicio de valor al momento que el juez impone la medida cautelar, cuando se tiene que juzgar las conductas de las personas, pero más que ello, establecer que se cumplan con todos los presupuestos legales o requisitos jurídicos que no siempre se lo cumple, pero que sin embargo, la persona procesada se le impone esta medida considerada como un adelanto de la pena o una pena anticipada sin que se

haya destruido el principio de inocencia, consagrado en la CRE, en el artículo 76, núm. 2, y en el artículo 5, núm. 4 del COIP.

De tal manera que, se ve afectado el principio de proporcionalidad, por cuanto, de la forma como se encuentra enunciado el artículo 534 del COIP, al determinar que se debe aplicar la prisión preventiva para los casos en que los delitos sean sancionados con pena superior a un año, condiciona la conducta de los fiscales para solicitar esta medida en todos los casos; así como de los jueces, para ordenar la misma, en muchos casos, yéndose en contra de que se cumplan o no de los demás requisitos del artículo antes señalado, y el resultado se lo observa en órdenes que no observan, no solo lo que manda el COIP, sino las múltiples sentencias dictadas por parte de la Corte IDH, no solo en contra del Ecuador, sino en contra de otros estados, por el uso y abuso de medidas como la que es objeto del presente análisis.

#### **4.- La prisión preventiva de acuerdo con las últimas reformas**

En el Suplemento del Registro Oficial 107, 24-XII-2019, se introdujeron varias reformas al COIP, las mismas que entraron en vigencia 180 días después de su publicación. Con respecto a la prisión preventiva, tal como lo señala el artículo 522 del citado Código, es una medida cautelar, que el juzgador puede imponer, con el objeto de asegurar la presencia de la persona procesada durante todo el procedimiento, pero esta solo puede ser ordenada cuando se demuestre que las demás medidas son insuficientes para este aseguramiento, toda vez que se prioriza las otras medidas cautelares, como el arresto domiciliario o la presentación periódica ante autoridad competente.

El artículo 534 del COIP, que se refiere a la finalidad y requisitos de la prisión preventiva, con los cambios realizados en la reforma antes referida, señala que esta medida cautelar se la debe ordenar, solo con dos finalidades, como son: el de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso; y, para el cumplimiento de la pena; obviamente, que si la persona es encontrada culpable, se le debe imputar a la pena privativa de libertad todo el tiempo que estuvo privada de su libertad por causa de esta medida cautelar.

El titular de la acción penal es quien debe solicitar al juzgador la imposición de la medida cautelar, pero no debe ser mediante un simple pedio, sino que tiene que realizarla en forma fundamentada, con argumentos válidos y aceptables sin limitarse a

realizar pedidos simples, sin sustento real de sus manifestaciones, de ahí que deben concurrir los requisitos establecidos en la norma penal.

Entre estos requisitos, se encuentran que el fiscal debe dar a conocer al juzgador, la existencia de elementos –varios- de convicción, que deben ser suficientes, que hagan presumir la existencia objetiva de un delito, y que este delito sea de ejercicio público de la acción penal, si esto no se demuestra, no puede dictarse la prisión preventiva.

Asimismo, el fiscal tiene que informarle al juez, la existencia de los elementos de convicción, igualmente, tienen que ser varios, pero además, tienen que ser claros, precisos y justificados, en el sentido de que la persona procesada sea autor o cómplice de la infracción penal que se está investigando. En este punto, se establece que la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva, en vista que se requiere el complemento de todos los requisitos, que en la práctica no se cumplen y lo que se evidencia es la prisión preventiva dictada en forma general.

Un aspecto sumamente importante, es el hecho que el fiscal, debe hacerle conocer al juez, que existen indicios, pero de estos se tiene que desprender que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes, por ende, se necesita que se dicte la prisión preventiva, que tiene la finalidad doble, esto es, de asegurar la presencia del procesado en el proceso y, obviamente, el posible cumplimiento de la pena. Estos indicios deben llevar al convencimiento del juez sobre la insuficiencia de las medidas no privativas de la libertad para esos fines, con hechos reales, prácticos, objetivos, sin presunciones o meras expectativas.

Esta disposición jurídica exige que no solo el fiscal tiene que motivar su petición de medida cautelar privativa de la libertad, sino que además, es el juez, quien también debe motivar su resolución de imponer esta medida, y de argumentar las razones por lo que las otras medidas son insuficientes, es decir, tiene que señalar los hechos que se han presentado; las normas jurídicas y los principios que se tiene que aplicar para cada caso y, además, tiene que realizar la relación de pertinencia de estos dos elementos, haciendo un juicio de valor de sus afirmaciones, de lo contrario, se estaría ante una decisión que puede ser anulada, tal como lo señala el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República.

Por último, se tiene otro requisito que no ha variado con las reformas, y es de justificar que el delito tiene una pena privativa de libertad mayor a un año, ante lo cual se puede señalar que, si se revisa el texto del COIP, la mayor parte de los delitos, tiene

una pena privativa de libertad que supera, considerablemente, el año como pena privativa de libertad. Sería un gran aporte en considerar que este tiempo sea superior, con el objeto de ni permitir que, en delitos de poca gravedad, el procesado sea privado de la libertad, por una parte; y, por otra, que los centros de rehabilitación se llenen con personas con medidas cautelares en lugar de las personas que deben cumplir, verdaderamente, la pena, cuando se haya demostrado su responsabilidad dentro de un debido proceso.

A estos requisitos se suman dos aspectos jurídicos muy importantes, y esto es que el parte policial, que siempre tuvo el carácter de informativo, sea considerado como un indicio para demostrar los elementos de convicción, señalados en los números 1 y 2 del artículo 534 del COIP, y que en la actualidad, ya no puede ser considerado como tal, por lo que es excluido de esta calidad y se tiene que presentar los elementos necesarios sobre la existencia del delito y de la presunta responsabilidad de la persona que vaya o esté siendo procesada.

Pero además, se agrega que el juzgador, antes de resolver sobre la prisión preventiva, tiene que tomar en consideración, si la persona que está siendo procesada ha incumplido o no una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, sin importar que sea en la misma causa o en otra causa diferente, esto se o puede considera como un elemento para demostrar o evidenciar que una medida alternativa a la prisión preventiva es insuficiente para asegurar la presencia del procesado y, menos aún, para el cumplimiento de la pena.

## **5. La caducidad y revocatoria de la prisión preventiva**

La caducidad del apresamiento preventivo fue regulada, por primera vez, en el artículo 24 número 8 de la Constitución Política de 1998.<sup>127</sup> Según la norma constitucional el encierro cautelar solo debía durar un máximo de seis meses, en delitos sancionados con prisión, y un año en delitos sancionados con reclusión, por esa razón cuando se cumplían estos plazos la orden de privación de la libertad quedaba sin efecto, permitiendo que el procesado recobre su libertad de forma inmediata.

No obstante, entre los años 1998 y 2008, la población carcelaria prácticamente se había duplicado, pues de 6650 personas se pasó a 10294, la tasa de presos sin

---

<sup>127</sup> Ecuador, *Constitución Política de 1998*, Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.

sentencia en el Ecuador, en el periodo señalado, fluctuaba entre el 60.5% y el 69.4%,<sup>128</sup> lo que implicaba que más de la mitad de la población penitenciaria de aquel entonces, se encontraba privada de su libertad sin una sentencia condenatoria.

Pese a ponerse en vigencia el proceso penal de corte acusatorio en el año 2000, que en teoría garantizaba procesos más respetuosos de los derechos fundamentales, juicios ágiles y expeditos por la aplicación de un sistema oral de juzgamiento, el uso indiscriminado de la prisión preventiva continuaba siendo un problema que comprometía la eficiencia del Estado en cuanto al cumplimiento de las garantías fundamentales referidas a la tutela judicial efectiva, la celeridad procesal y el plazo razonable.

En este contexto, en el año 2003, de la mano de la derecha punitivista, se aprobó una enmienda a la ley ritual penal consistente en la denominada “detención en firme”,<sup>129</sup> gracias a la cual se extendía, de forma ilimitada, la prisión preventiva bajo la fundamentación de que esa figura jurídica era la única que impedía que peligrosos delincuentes se beneficien de la caducidad del encierro cautelar. La detención en firme se mantuvo vigente hasta el año 2006 cuando el Tribunal Constitucional ecuatoriano declaró su inconstitucionalidad, sin efecto retroactivo alguno.

La Constitución de 2008, antes del referéndum y consulta popular de 2011, preveía en su artículo 77 número 9 que la caducidad de la prisión preventiva no puede exceder de seis meses o un año, dependiendo si el delito es sancionado con prisión o reclusión, tal como lo hacía la Constitución de 1998. Luego del proceso electoral, se agregó un inciso que en su parte medular dispone que el encierro cautelar se mantiene vigente y no caduca en aquellos casos en los cuales el procesado dificulta la continuidad y desarrollo normal del procedimiento penal.

En el año 2014 se promulga el COIP, el mismo que en su artículo 541 contiene diez reglas sobre cómo ha de entenderse la caducidad, entre las cuales se reitera la disposición constitucional de duración de prisión preventiva establecida en seis meses o un año, en tratándose de delitos sancionados con prisión o con reclusión, respectivamente; considera además que todos aquellos actos deliberados de los procesados para detener el desarrollo normal del proceso y obtener la caducidad de la medida cautelar, impiden su caducidad y, de pleno derecho, suspenden los plazos para

---

<sup>128</sup> Estadísticas obtenidas de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social del Ecuador.

<sup>129</sup> Ecuador, Reformas al *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial No. 743, Suplemento, 13 de enero del 2003.

obtenerla; los casos en los cuales el retardo en la administración de justicia implique la caducidad, deben ser remitidos a la oficina de control disciplinarios del Consejo de la Judicatura para que se impongan las sanciones correspondientes. Además, se proscribire totalmente y es sancionado como una infracción grave, el hecho de que el órgano persecutor inicie nuevas investigaciones por los mismos hechos, pero amparado en otra conducta penal, como un mecanismo para evitar la caducidad del aprisionamiento preventivo.

La regla prevista en el número 3 del artículo 541 *ibídem*, que dispone que el plazo de duración máxima de la prisión preventiva se interrumpe por haberse dictado una sentencia condenatoria, aunque no se encuentre ejecutoriada, es abiertamente inconstitucional porque no toma en cuenta la fase recursiva ni los mecanismos de impugnación existente en el procedimiento penal, ante una resolución adversa a los intereses del procesado. En este sentido, si la prisión preventiva caduca ante una vez que se ha interpuesto el recurso de apelación o el de casación, y se evita de esta manera que exista cosa juzgada de la sentencia condenatoria, la norma cuestionada permitiría enervar la presunción de inocencia del procesado pese a no existir una sentencia en firme que declare su culpabilidad.

Adicionalmente a ello, esta norma incumple con los estándares previstos por la Corte IDH que refieren a que la restricción de la libertad debe ser excepcional, y debe estar destinada solamente para cumplir una finalidad procesal legítimamente válida y congruente con las finalidades procesales amparadas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el supuesto previsto en el artículo 541 número 3 del COIP, tomando en consideración que la fase recursiva del procedimiento penal es considerada como un derecho fundamental en atención al artículo 8 de la Convención, el juzgador debe proceder a sustituir la medida de encierro preventiva por otras alternativas y, en tal virtud, permitir que pueda defenderse en libertad. Para ello, basta considerar que el número 9 del artículo de marras establece la posibilidad de decretar medidas alternativas cuando la prisión preventiva ha caducado.

Ahora bien, en cuanto al aspecto referido a la revocatoria de la prisión preventiva, este es también uno de los contenidos de esta institución jurídica que no están adecuadamente comprendido en su verdadero sentido y alcance, por ello para solucionar esta dificultad, es importante recalcar que la prisión preventiva tiene una

finalidad cautelar que es, en el caso ecuatoriano, la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de la pena.

Una vez que se han conseguido las finalidades antes especificadas, el encierro cautelar carece de fundamentación y, por la tanto, la medida cautelar debe ser revisada para su sustitución o supresión, pues restringir la libertad, más allá de los límites impuestos por la ley, provoca que la detención se convierta en arbitraria y lesiva para los derechos fundamentales de las personas procesadas. En efecto, la presunción de inocencia y el carácter excepcional del aprisionamiento cautelar, obligan al Estado a que la medida cautelar restrictiva de la libertad sea revisada constantemente para efectos de establecer si la misma continúa siendo sustentada o si, por el contrario, ya no es necesaria en cuanto su aplicación, debido a que las circunstancias pudieron haber cambiado en beneficio del procesado.

En este sentido la Corte IDH ha sido muy enfática en establecer un estándar bajo el cual se obliga a que las autoridades judiciales, en su misión de tutela y protección de los derechos fundamentales, gocen de una posibilidad oficiosa que les permita revisar si el encierro cautelar continúa siendo pertinente, necesario y proporcional o no, sin que para ello deban esperar a que caduque la medida restrictiva de la libertad, o que se dicte sentencia condenatoria o absolutoria. Por ello el Alto Tribunal considera que, si el juez verifica que las circunstancias iniciales en la que se decretó el encierro cautelar han desaparecido, el juez debe dictar inmediatamente la libertad del procesado sin perjuicio de que la cause continúe con su tramitación y de que se apliquen las medidas alternativas.

130

En Ecuador este sistema de la oficiosidad antes establecido no se aplica en forma alguna, sino que se espera a que la defensa técnica del imputado sea la encargada de pedir la revisión de la medida cautelar de encierro preventivo, si ella lo considera necesario. Parecería ser entonces que los estándares establecidos por la Corte IDH sobre esta medida cautelar no son adecuadamente conocidos razón por la cual, en siguiente Capítulo, se analizarán varios de los pronunciamientos jurisprudenciales que han dado

---

<sup>130</sup> Corte IDH, “Sentencia de 30 de octubre de 2008. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bayarri Vs. Argentina*, 30 de octubre de 2008., párr. 76, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf); Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 107, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

un impulso extraordinario a la racionalización y aplicación excepcional de la medida cautelar del encierro preventivo.

## **6. Caso actual sobre la falta de aplicación de criterios de la prisión preventiva. Un problema vigente**

El derecho a la libertad, que se encuentra consagrado en la CRE, en el capítulo sexto, del Título II, dentro del cual se encuentra el derecho a la libertad personal, que sigue siendo vulnerado por parte de los jueces que aceptan el pedido solicitado por los representantes de la Fiscalía General del Estado, de que impongan a los procesados la medida cautelar de prisión preventiva, lo que denota una violación, no solo al derecho antes señalado sino a un abuso a la prisión preventiva, y para ello, basta con citar un caso, de los considerados emblemáticos por parte de un sector de la justicia, como es el caso Odebrecht, identificado con el número 17721-2017-00222, por el delito de asociación ilícita, en donde fueron procesados varias personas, entre las que se encuentra el exvicepresidente Jorge Glas, así como los representantes de la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima PDVSA, señores Arellano Meléndez Alexis Antonio y Salas Neuman Fredy Edward.

Si se realiza una sinopsis histórica, se tiene que los mencionados señores, fueron llamados a la audiencia de vinculación a la instrucción fiscal, el día 25 de agosto de 2017, mediante una providencia dictada a las 20 horas con 37 minutos, es decir, en una hora que está fuera del horario de oficina, cierto es que en materia penal son hábiles todos los días y horas, pero esto solo se puede presentar en los casos de flagrancia, y el caso antes señalado no lo fue.

Con fecha cuatro de septiembre de 2017, se subió al sistema informático de la Función Judicial SATJE, el acta resumen de la audiencia, llevada a cabo el martes, 29 de agosto de 2017, a las 08h30, en donde la Fiscalía General del Estado, representada por parte del Dr. Carlos Baca Mancheno, solicitó al Dr. Miguel Jurado Fabara, Juez Nacional de Garantías Penales de la Corte Nacional de Justicia, medidas cautelares para los procesados, pero precisamente, para los señores Arellano Meléndez Alexis Antonio y Salas Neuman Fredy Edwar, se les dicte la orden de prisión preventiva.

La Fiscalía General del Estado, para vincular al señor Salas Neuman Fredy Edwar, tiene como elemento fáctico, aportó un informe técnico pericial de audio y video contenido en el dispositivo de almacenamiento, en los que aparece la intervención de

dos interlocutores, supuestamente, Fredy Salas Newman y Alexis Arellano, en donde, aparentemente, hablan sobre actos de corrupción, sin que se haya realizado un cotejamiento de voces. Ese mismo informe tuvo como fundamento para vincular al señor Alexis Arellano, además de una materialización de unos chats, en los cuales jamás fueron confirmados si precisamente fueron de autoría del señor Arellano, si salieron de su correo electrónico, o que la voz que aparece en los dispositivos le pertenezca.

Los señores antes mencionados jamás fueron notificados para que asistan a la Fiscalía General del Estado, para que rindan sus versiones, como tampoco se les avisó que tenían una investigación en su contra. Este acto fue justificado con la notificación a la Defensoría Pública, que de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal (art. 451 y 452), es el organismo competente a quien se les debe dar aviso para que las personas que no comparecen a este tipo de procesos o que no tienen abogado o que no se los puede localizar, asuma la defensa, así también lo señala el artículo 191 CRE, pero este organismo, en el presente caso, no hizo las gestiones suficientes para dar con el paradero de los mencionados procesados, más aún, cuando una sucursal de la empresa venezolana PDVSA sigue instalada en la ciudad de Quito.

Ya en la audiencia, el defensor público, señaló que la Fiscalía General del Estado tiene que determinar la edad de los procesados, previo a solicitar la prisión preventiva, para que sobre esta base, fundamentada en el principio de igualdad, reconocido en varias disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, como en los artículos 29 y 32, sin aportar documentación alguna, sin solicitar información de hojas de vida a la empresa a la que prestaron sus servicios, y sin atacar que no existen elementos varios, unívocos y concordantes, tal como lo establece el número 2 del artículo 534 del COIP, requisito que no se cumplió, tal como se lo acaba de señalar.

Sin tomar en consideración estos argumentos, así como, y la Fiscalía que señaló, que no tiene constancia de la edad de dichos procesados, argumentó que es necesaria la inmediación procesal en forma efectiva, solicitó la prisión preventiva, pedido que fue aceptado por el juez, que lejos de ser un juez garantista, ordenó la medida cautelar más grave entre las que se encuentran establecidas en el COIP.

Qué es lo más grave de esto, que los mencionados señores, Fredy Salas Newman y Alexis Arellano, se encontraban dentro del grupo de atención prioritaria, por ende, no se debió solicitar la prisión preventiva en su contra, sino que perfectamente se pudo solicitar el arresto domiciliario, tal como lo señala, el número 2 del artículo 537 del COIP, y lo que es más beneficioso, solicitar las medidas determinadas en el artículo

522, números 1 y 2 del mismo COIP, y no se lo hizo, a pesar que su edad, con las correspondientes copias de sus cédulas de ciudadanía venezolana se demostraba que pasaban de los 65 años de edad; y aunque no estuvieran comprendidos dentro de esa escala de existencia vital, no se justificaba que se les imponga una medida de extrema ratio, con lo que queda demostrado que esta medida sigue aplicándose como si fuera la regla general y no la excepción, en casos de ultima o extrema ratio.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta es el hecho que la Fiscalía General del Estado, tampoco demostró que las medidas alternativas sean insuficientes para que los prenombrados procesados no comparezcan al proceso o puedan cumplir una pena, que solo se limita a meras afirmaciones y no a hechos concretos, con demostraciones fehacientes, que lleven a la convicción al juez de garantías penales que, efectivamente, existe un riesgo de fuga, de manipulación de evidencias, o que puedan ejercer influencia sobre los investigadores; nada de esto se realizó por parte de la Fiscalía General del Estado, y se le impuso dicha medida cautelar.



## **Capítulo Tercero**

### **Análisis de la jurisprudencia relevante vinculada con la indebida aplicación de la prisión preventiva y la afectación del principio de presunción de inocencia**

#### **1. Introducción**

La Corte IDH ha sido enfática en establecer que la presunción de inocencia es una garantía básica e indispensable para el funcionamiento del sistema penal, que exige que el sujeto acusado del cometimiento de un delito sea tratado y presumido como inocente durante todo el procesamiento, de manera que la culpabilidad implica el agotamiento de una actividad probatoria mínima realizada por el órgano acusador, ajustada a derecho, en la que sin lugar a duda alguna (razonable) se demuestre la existencia del delito y el grado de participación criminal del acusado, declarados en una sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada.

Mientras aquello no ocurra, el procesado es y debe ser tratado como inocente y por esa razón la flexibilización de su derecho a la libertad, al menos teórica y normativamente, está anclada a una serie de requisitos cuyo cumplimiento y satisfacción debe ser realizada de forma escalonada y copulativa. De esta manera, por ejemplo, existiendo la necesidad de utilizar la detención cautelar para satisfacer una finalidad procesal como es la vinculación del procesado al juicio, pero no existiendo indicios que demuestren el peligro de fuga, resulta deónticamente imposible que sea dictada.

Los estándares internacionales fijados por la Corte IDH en los casos *Tibi vs. Ecuador*, *Suárez Rosero Vs. Ecuador* y *Acosta Calderón Vs. Ecuador*, entre otros, consideran a la prisión preventiva como la medida más severa que puede emplear un Estado en contra de quien tiene todavía vigente su presunción de inocencia, por ello, en más de veinte y cinco años de jurisprudencia internacional y vinculante, ha construido todo un sistema de derecho vivo que resalta la necesidad de establecer límites muy precisos y complejos para evitar toda restricción arbitraria del derecho a la libertad del sujeto procesado.

En ese afán de humanizar tanto al Derecho penal, como a los sistemas penales, la preocupación internacional no sólo ha sido destinada a analizar las normas jurídicas del derecho interno que son incompatibles con la Convención América, sino que ha ido más allá, por lo que se ha estudiado meticulosamente los casos concretos de aplicación del aprisionamiento cautelar y las prácticas vejatorias que coadyuvan o derivan de aquella, y en reiteradas ocasiones la Corte IDH, al interpretar el artículo 7 número 3 de la Convención América, consideró que aun cuando exista normativamente la posibilidad de restringir el derecho a la libertad ambulatoria de aquel que es perseguido por el *ius puniendi* estatal, las causas o los métodos empleados pueden resultar incompatibles con los derechos fundamentales, al tratarse de prácticas irrazonables, imprevisible, faltos de proporcionalidad, lo que deriva en una detención arbitraria e ilegítima.<sup>131</sup>

Es decir, los aspectos formales y materiales de la prisión preventiva, han sido abordados de tal manera que aún aquellos pequeños detalles que los operadores de justicia utilizan para prisionizar a la ciudadanía, son observados, pero también debidamente estudiados por la Corte IDH, aunque son poco utilizados por los sistema de justicia penal quien ha procurado prisionizar cada vez a su población, tal como veremos en líneas posteriores.

## **2. La indebida aplicación de la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte IDH**

La prisión preventiva no es problema novedoso en Latinoamérica. De hecho entre los años 1978 a 1992 todos sus países experimentaban la aplicación generalizada e indiscriminada de la prisión preventiva que mantenía a más del cincuenta por ciento de los prisioneros en un encierro cautelar.<sup>132</sup> Los sistemas penales de aquel entonces eran de corte inquisitivo, por eso se optó por sustituirlos por el sistema acusatorio en el que se supone se privilegiaría la libertad, la presunción de inocencia y el debido proceso. Pese al cambio de paradigma, ha sido la misma Comisión IDH la que ha advertido de la

---

<sup>131</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 90, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf); Corte IDH, “Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Servellón García Y Otros Vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párr. 90, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf)

<sup>132</sup> Elías Carranza, “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”, en *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria* (San José, CR: ILANUD - Siglo XXI Editores, 2001), 49.

poca o nula efectividad del sistema acusatorio en materia de racionalización de la prisión preventiva que empeoró con el proceso de contrarreforma que provoca niveles altos de detenidos cautelarmente.

Lo más inquietante de esta historia es que en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría en el sistema inquisitivo, la mayor parte de Estados, como Ecuador, gozan de una nueva estructura y configuración social; el Derecho ha sido mayormente tecnificado, las bases de datos tanto jurisprudenciales como legislativos son mucho mejores, de fácil acceso a los juzgadores, con contenidos mucho más avanzados, en donde se puede observar un plexo amplísimo de derechos reconocidos constitucional y jurisprudencialmente, pero todo lo cual es insuficiente para contrarrestar los errores repetitivos de los sistemas penales empecinados con determinadas personas que son obligadas a ser privadas de la libertad por una orden de prisión preventiva.

En este ámbito, la Corte IDH, ha contribuido a la creación y expansión de estándares internacionales en materias tan sensibles como la prisión preventiva, que debiendo ser aplicados obligatoriamente por los jueces, ellos simplemente se aferran al texto escrito de sus legislaciones nacionales las cuales no son compatibles con dichos estándares, ni con la Convención Americana de Derechos Humanos a la cual se recurre incesantemente.

Esta Corte ha sido muy prolija en crear estos estándares, según los cuales un Estado puede decretar el encarcelamiento preventivo sin que se intervenga en la libertad del ciudadano más allá de lo razonablemente permitido. Para ello ha establecido ciertas reglas que se van a desarrollar a continuación las cuales son extraídas de los distintos fallos de Corte IDH así como de la actuación de la Comisión IDH y que se han sistematizado para una adecuada comprensión, de la siguiente manera:

Estos estándares internacionales, de acuerdo con la Corte IDH, tienen relación con el respeto primigenio de la libertad personal; de tal manera que si esta tiene que ser afectada, se debe determinar la legalidad de la misma. A la persona se le tiene que informar en su lengua materna las razones de su detención; realizado lo cual, tiene que ser llevado ante la autoridad competente de forma inmediata, dentro de un plazo razonable y en caso de no ser cumplido el mismo, ser puesto en libertad.

Al respecto, la Corte IDH ha declarado que la investigación de los hechos delictivos debe ser realizada por la Fiscalía de forma integral, seria y efectiva,<sup>133</sup> está estructurada como un verdadero deber o imposición que debe satisfacer adecuadamente el Estado,<sup>134</sup> y su finalidad es la determinación de la verdad para sancionar a los responsables del delito.<sup>135</sup> Por esa razón la Fiscalía debe investigar para apresar y no apresar para investigar.<sup>136</sup>

El medio o los medios utilizados deben ser los permitidos en la norma jurídica, tanto nacional como internacional, con personal capacitado, con el uso de controles y operativos idóneos. Pero la persona que sea privada de la libertad mediante la prisión preventiva, tiene derecho a impugnar o a recurrir de la misma ante el organismo judicial superior, para que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su detención, si cabe o no la prisión preventiva o ser puesto en libertad. Una vez procesada la persona tiene que ser juzgada en un plazo razonable, o en su defecto, ser puesto en libertad inmediata, todo esto debe ser actuado ante la autoridad competente.

Esto se debe a que la prisión cautelar posee una naturaleza excepcional en virtud del respeto a los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia, que son el fundamento de los sistemas acusatorios. Eliminar la excepcionalidad de la prisión preventiva, implica un retroceso en los derechos de los ciudadanos, así como un nivel de disminución de las libertades previstas en la Convención Americana pues contraviene la presunción de inocencia.<sup>137</sup>

Además, la prisión preventiva está sometida a ciertos principios tales como los de proporcionalidad, necesidad, razonabilidad, jurisdiccionalidad y temporalidad los cuales deben ser satisfechos de forma motivada.<sup>138</sup> El grado de motivación exigida se

---

<sup>133</sup> Corte IDH, “Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, 4 de julio de 2007, párr. 106, [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_165\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf)

<sup>134</sup> Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)”, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 59, [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).

<sup>135</sup> Corte IDH, “Sentencia de 10 de julio de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú.*, 10 de julio de 2007, párr. 82, [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_167\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_167_esp.pdf)

<sup>136</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 101-103, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>137</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva”, 11.

<sup>138</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe No. 35/96, caso 10.832, Fondo, Luis Lizardo Cabrera, República Dominicana”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1998, párr. 71, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/RD10.832.htm>; Corte IDH, “Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, párr. 115-116, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf)

refiere tanto al análisis de la satisfacción de los requisitos impuestos en la ley nacional, como en la jurisprudencia relevante y en los estándares dictados, en esta área, por la Corte IDH; y, así también debe analizarse otros aspectos medulares que giran en torno a la medida como son la defensa técnica, debido proceso, etc.<sup>139</sup>

Los indicios que se requiere para dictar la prisión preventiva, deben permitir que se justifique la existencia del delito, mediante un juicio de probabilidad que permita alcanza un grado de conocimiento en el juzgador cercano a la certeza;<sup>140</sup> así también el juicio de probabilidad sobre los indicios de la autoría o participación del procesado en el delito, que es más exigente y drástico por el grado de contribución en el delito que se atribuye, debe llevar a una alta probabilidad de que el imputado participó en la conducta típica, antijurídica y culpable.<sup>141</sup>

La prisión cautelar requiere, además, la existencia de un riesgo procesal que se conoce como peligro de fuga, que debe ser probado mediante la existencias de varios indicios que demuestre la existencia de ese peligro,<sup>142</sup> pero también mediante aquellos elementos que permitan concluir al juzgador, racionalmente y razonablemente, que las medidas alternativas a la prisión preventiva son ineficientes para conseguir la finalidad procesal prevista para la restricción de la libertad.<sup>143</sup>

El riesgo de fuga debe ser inferido racionalmente y apoyado en argumentos racionales y no de forma arbitraria. Para ello se analizan varios factores como el tipo de infracción, la gravedad de la pena a ser impuesta, el arraigo familiar, laboral y social, o la aplicación de procedimientos especiales (abreviado, directo, expedito), pero todos estos y otros factores deben ser minuciosamente estudiados y valorados, de forma conjunta, y en cada caso en concreto, de manera que no se eliminen las finalidad procesal prevista para esta medida, aspectos que no se encuentran establecidos en el COIP, pero que en muchos casos ocasionan un problema, en vista que los jueces tienen

---

<sup>139</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva”, 8.

<sup>140</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 101-103, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>141</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Servellón García Y Otros Vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párr. 90, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, 62.

<sup>142</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 89-92, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>143</sup> Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 123, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf)

la potestad de aceptarlos o no, lo que hace que en muchos casos análogos se tengan decisiones diferentes<sup>144</sup>. Si se analizaran los factores antes señalados de forma individual, se corre el riesgo de sustentar la prisión preventiva en causales no válidas y sobre todo insuficientes.<sup>145</sup>

El criterio de peligrosidad de la conducta del procesado o la reiteración delictiva,<sup>146</sup> no son conceptos compatibles con la Convención Americana ni tampoco se puedan conjugar como una finalidad procesal que habilite en encierro cautelar, pues estas categorías jurídicas son propias del Derecho penal material.<sup>147</sup>

El riesgo de fuga debe ser sustentado mediante una pluralidad de indicios, y debe ser probado por la Fiscalía, de lo que se deduce la existencia de una carga probatoria que ha de ser satisfecha por el ente acusador. También obliga al juzgador de garantía a realizar un análisis de aquellos y construir una resolución racional y motivada sobre la existencia o no del riesgo de fuga y la necesidad de dictar prisión preventiva.<sup>148</sup> El mero incumplimiento de la medida alternativa no da el derecho de que se imponga la prisión cautelar si antes no se ha dado oportunidad de defensa al procesado.<sup>149</sup>

La prisión preventiva, además, debe ser revisada constantemente, a pedido de parte interesada y aún de forma oficiosa por el juez de garantías, de manera que el juzgador determine si el encierro cautelar sigue siendo pertinente, necesario y proporcional o, en su defecto, si han variado las circunstancias de la detención y, en consecuencia, se debe dejar en libertad al procesado.<sup>150</sup>

---

<sup>144</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal COIP*, Registro Oficial No. 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 634.

<sup>145</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Servellón García Y Otros Vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párr. 90, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, 64.

<sup>146</sup> Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párr. 69, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

<sup>147</sup> Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párr. 81, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva”, 57-60.

<sup>148</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 93, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>149</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, 29.

<sup>150</sup> Corte IDH, “Sentencia de 30 de octubre de 2008. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Bayarri Vs. Argentina*, 30 de octubre de 2008., párr. 76, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf); Corte IDH, “Sentencia de 21 de

Esto da como resultado que existen estándares internacionales que no se deben aplicar y estos son: no se debe proceder con arbitrariedades o ilegalidades, en donde se abuse del poder, se la ordene por revanchismo, apasionamientos y por acciones políticas, no se pueden ordenar y permitir que se realicen detenciones colectivas y menos aún, detenciones programadas.

La Corte IDH ha considerado que la política criminal tendiente a dar seguridad ciudadana y orden público deben ser establecidos mediante procedimientos respetuosos de los derechos fundamentales.<sup>151</sup> La presencia en espacios públicos de fuerzas policiales y militares, como un mecanismo del control del delito, es una posibilidad que ejercen los Estados aunque la misma constituye un verdadero y grave factor de riesgo para la libertad de los ciudadanos al producirse detenciones arbitrarias y colectivas sustentadas en meras sospechas.<sup>152</sup>

Las únicas finalidades que son reconocidas por la Corte IDH, como capaces de permitir una intervención en el derecho a la libertad de los ciudadanos que están sometidos a un proceso penal, son asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.<sup>153</sup> Estas finalidades además son las únicas compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se puede agregar que el requisito previsto por la legislación interna para la imposición de la prisión cautelar, referido a un cierto grado de pena o en función a su pronóstico, es un supuesto que elimina la lógica cautelar de esta medida y otorga, en cambio, tintes retributivos propios de la pena,<sup>154</sup> que eliminan por completo el principio de necesidad del encierro cautelar.<sup>155</sup>

Según la Corte y la Convención IDH, si se incumple cualquiera de los estándares antes señalados, la prisión preventiva se torna en ilegítima y arbitraria, y afecta a derechos

noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, párr. 107, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

<sup>151</sup> Corte IDH, "Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párr. 86, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf)

<sup>152</sup> *Ibíd.*, párr. 87.

<sup>153</sup> Corte IDH, "Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, 24 de junio de 2005, párr. 111, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

<sup>154</sup> Corte IDH, "Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 180, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

<sup>155</sup> Corte IDH, "Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, párr. 122, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf)

tales como la libertad, la presunción de inocencia, la integridad, etc., comprometiendo al Estado en cuanto a su responsabilidad de otorgar las condiciones necesarias para que los derechos fundamentales previstos en la Convención sean adecuadamente satisfechos.

### 3. Caso Tibi vs. Ecuador

El caso Tibi representa para el Ecuador, la reiteración y confirmación de que la actuación de sus agentes estatales y su sistema de justicia penal es deficiente y violatoria de los derechos fundamentales previstos en la Convención Americana,<sup>156</sup> pues pocos años atrás, en los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador*<sup>157</sup> y *Benavidez Cevallos vs. Ecuador*,<sup>158</sup> al Estado se lo había condenado ya por detención ilegal y arbitraria, tortura, afectaciones al derecho a la libertad, la violación de las garantías judiciales, al plazo razonable, la presunción de inocencia, la integridad personal y al derecho a la vida.

Pese a ello, en el caso Tibi, Ecuador fue declarado responsable de la violación de los siguientes derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

---

<sup>156</sup> De hecho, en el caso Tibi, la Comisión IDH establece como medidas de satisfacción y garantías de no repetición las siguientes: “a) adoptar las medidas necesarias para que el recurso de “amparo de libertad” sea efectivo, y así sus disposiciones puedan ser implementadas desde el punto vista procesal y sustantivo; b) adoptar las medidas necesarias para que el sistema judicial penal cumpla efectivamente lo ordenado en la legislación ecuatoriana; c) crear un mecanismo interno conforme al cual los peticionarios puedan presentar denuncias relacionadas con las faltas del sistema judicial penal, en cuanto a su funcionamiento oportuno y efectivo, y puedan obtener reparaciones; d) crear mecanismos de queja y monitoreo para supervisar las condiciones de detención, y luego facilitar a los reclusos y a sus familias el acceso a la información sobre los referidos mecanismos; e) ajustar las condiciones y la práctica del sistema carcelario a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia y establecer un mecanismo que permita la revisión y supervisión del cumplimiento de las modificaciones introducidas, dando para ello participación a la sociedad civil y a las organizaciones no gubernamentales; f) facilitar los mecanismos pertinentes para asegurar el acceso a la valoración y el tratamiento médico adecuados de los reclusos, con periodicidad y debido seguimiento. Se debe utilizar un protocolo de actuación médica en el contexto penitenciario, que incluya programas de salud básicos, teniendo en cuenta el perfil epidemiológico; g) dotar de personal y equipamiento médico básico a los centros penitenciarios, con mecanismos que permitan una atención continuada y con mejor capacitación para los médicos, de acuerdo con los estándares internacionales aplicables; h) dotar y capacitar al personal con funciones de custodia acerca del tratamiento que deben recibir los reclusos, de conformidad con los estándares internacionales generalmente aceptados; e i) crear un sistema de investigación y sanción de denuncias de torturas y tratos indebidos que permita establecer una sanción contra quienes incurrir en violaciones.”

<sup>157</sup> Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 77, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)

<sup>158</sup> Corte IDH, “Sentencia de 19 de junio de 1998 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Benavidez Cevallos vs. Ecuador*, 19 de junio de 1998, párr. 77, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_38\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_38_esp.pdf)

- Derecho a la Libertad Personal, previsto en el artículo 7 número 1, 7 número 2, 7 número 3, 7 número 4 y 7 número 5;
- Derechos a la Libertad Personal y a la Protección Judicial, previstos en los artículos 7 número 6 y 25;
- Derecho a la Integridad Personal, de Daniel Tibi, establecido en el artículo 5 número 1, 5 número 2 y 5 número 4;
- Derecho a la Integridad Personal, de Beatrice Baruet, Sarah y Jeanne Camila Vachon, Lisianne Judith Tibi y Valerian Edouard Tibi, reconocido en el artículo 5 número 1;
- Derecho a las Garantías Judiciales, establecido en el artículo 8 número 1, 8 número 2, 8 número 2 letra b, 8 número 2 letra d, 8 número 2 letra e y 8 número 2 letra g;
- Derecho a la Propiedad Privada, consagrado en el artículo 21;
- Inobservó las obligaciones previstas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Con ello se confirmó que Ecuador, durante largo tiempo mantuvo intacto el sistema de justicia penal y realizó nulos esfuerzos por adecuar sus parámetros de actuación a los estándares internacionales, que para entonces se habían establecido en los casos Suárez Rosero; y, Benavidez Cevallos vs. Ecuador. Por esa razón, en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, se establece la necesidad de que los pronunciamientos de la Corte IDH sean adoptados por las legislaciones internas de los países miembros, de manera que exista una “influencia, reconstrucción, orientación, información”, que propenda a que las violaciones a los derechos humanos no se vuelvan repetitivas y que la jurisdicción internacional no se vea saturada de casos similares.

Además, el caso Tibi establece un criterio sumamente importante sobre el Estado y su posición de garante respecto de las personas privadas de la libertad:

14. En el Derecho penal, el garante del bien jurídico está llamado a responder del resultado lesivo que no impide, pudiendo y debiendo hacerlo, bajo la fórmula de la comisión por omisión. En la jurisprudencia de la Corte se ha manejado el concepto de garante con una caracterización que guarda cercanía conceptual con la que acogen los ordenamientos de aquella materia: por una parte, la existencia de una obligación que proviene de determinada fuente; por la otra, la presencia de un resultado lesivo típico, que se pone en la cuenta del obligado.

15. Claro está que el Estado debe proveer ciertas condiciones de vida y desarrollo a todas las personas que se hallan bajo su jurisdicción. Hacerlo así --particularmente, aunque no exclusivamente, en lo que corresponde a la seguridad y la justicia--

constituye, inclusive, una “razón de ser” del Estado, y por lo tanto un punto de referencia para ponderar la justificación y eficacia del poder público. Ahora bien, esa obligación y la responsabilidad consecuente se extreman, adquieren una intensidad mucho más acentuada, son aún más exigibles, con todo lo que ello supone, cuando el sujeto titular de derechos queda a merced del Estado --por ejemplo, en una “institución total”, donde todo se regula y supervisa-- y no puede, por sí mismo, ejercitar sus derechos e impedir el asedio de quienes los vulneran.<sup>159</sup>

Bajo este planteamiento, que ha sido reiterado en varios fallos, el Estado queda obligado no solo a proteger los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, sino que está obligado a otorgar condiciones de vida que sean compatible con las previsiones de la Convención y de los instrumentos que, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, propenden a otorgar a las personas privadas de la libertad un trato digno, a gozar del derecho a la salud, al tratamiento médico, en definitiva a que en el encarcelamiento los detenidos no sufran tratos, crueles, inhumanos o degradantes.

Adicionalmente, los votos concurrentes de los jueces Sergio García Ramírez, Cançado Trindade y Hernán Salgado Pesantes, condenaron drásticamente los actos de tortura sufridos por Daniel Tibi, y exhortaron a Ecuador a investigar, juzgar y sancionar dicho actos como parte del derecho a la reparación integral, para ello consideran, que:

La tortura es una violación particularmente grave de los derechos humanos, por cuanto, en sus distintas formas, tiene por objetivo último anular la propia identidad y personalidad de la víctima, minando su capacidad de resistencia física o mental; trata, así, el victimado como "simple medio" (en general para obtener una confesión), en flagrante violación del principio básico de la dignidad de la persona humana (el cual expresa la concepción kantiana del ser humano como "fin en sí mismo"), degradándole, de forma perversa y cruel, y causándole un daño verdaderamente irreparable.<sup>160</sup>

La tortura se encuentra totalmente prescrita en las legislaciones del mundo y además no puede practicarse ni aún en casos excepcionales como es la guerra, por lo tanto consideran, al igual que lo hace la sentencia, que es obligación del Estado no dejar en impunidad dichos actos y debe en consecuencia sancionarse a todos aquellos que intervinieron en los actos lesivos en contra de Tibi.

---

<sup>159</sup> Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 14-15, voto salvado, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

<sup>160</sup> Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 24, voto salvado, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

La Corte IDH, en Resolución de 3 de marzo de 2011, que analiza el cumplimiento de la sentencia dictada en 2004, consideró que Ecuador había cumplido solo parcialmente con sus obligaciones, razón por la cual se requirió que dé cumplimiento al punto referido a la obligación de juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos del señor Tibi y, a la creación de un comité interinstitucional encargado de definir y ejecutar programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de personas privadas de la libertad, el cual debía ser impartido a los funcionarios de los centros penitenciarios del país, así como a los pertenecientes al Ministerio Público.<sup>161</sup>

Pese a ello, la Dirección de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos perteneciente a la Fiscalía, recién en 2018, es decir catorce años después de que la Corte IDH dictara la sentencia, abrió la indagación previa 17010118064211 denominada como caso Tibi, en la que se investiga, sin mayor apuro, la tortura al ciudadano francés, manteniéndose en consecuencia el incumplimiento de la resolución del Alto organismo de protección de derechos humanos en la región, pues hasta la fecha nadie ha sido juzgado ni condenado por los actos de tortura cometidos. A mediados del año 2018<sup>162</sup> Daniel Tibi regresó al Ecuador para colaborar con la investigación de las torturas recibidas durante su internamiento en la Penitenciaría del Litoral.

### 3.1. Antecedentes del caso

Para mayor veracidad en la reconstrucción de los hechos del caso Tibi, se emplearán los hechos probados y declarados como tal en la sentencia dictada por la Corte IDH, prescindiéndose de aquellos que fueron establecidos en la obra<sup>163</sup> publicada en 2010 por el referido ciudadano. No por ello los hechos relatados por la víctima, en su novela, carecen de veracidad, pero para este trabajo de investigación se prefiere la reconstrucción objetiva e imparcial realizada por el juzgador, la cual alcanzó el grado de verdad procesal:

---

<sup>161</sup> Corte IDH, “Supervisión de cumplimiento de sentencia”, *Corte IDH*, accedido el 29 de marzo de 2019, párr. 11, <http://corteidhblog.blogspot.com/2011/03/corte-idh-analiza-el-cumplimiento-de-su.html>

<sup>162</sup> Gonzalo Merlo, Francés Daniel Tibi vuelve a Ecuador para colaborar con la justicia, como parte de sentencia de Corte IDH, *El Universo*, 17 de julio de 2018, 5.

<sup>163</sup> Daniel Tibi, *900 jour, 9000 nuits dans l'enfer d'une prison équatorienne* (Paris, FR: Jacob-Duvernet, 2011).

Daniel Tibi, un ciudadano de nacionalidad francesa radicado con su familia en Quito, Ecuador, tenía por ocupación la venta de alhajas y arte ecuatoriano. El 27 de septiembre de 1995 fue detenido en el operativo antinarcóticos denominado “Camarón”, porque en base a una declaración extraprocesal de un cosindicado, se lo consideraba como proveedor de cocaína. Para la detención del señor Tibi, los agentes del Estado no contaban con orden judicial ni le comunicaron los cargos que se habían levantado en su contra, tampoco se notificó al consulado de su país sobre su detención y no se le permitió comunicarse con su esposa para que sepa su situación y ubicación. Recién el día 28 de septiembre de 1995, un juez de lo penal de Guayaquil dictó la orden de detención, se receptó su versión de los hechos antes un agente fiscal pero sin la presencia del juzgador ni de su abogado defensor.

El 4 de octubre de 1995, se dictó la orden de prisión preventiva en contra de Tibi, y se inició el proceso penal con un auto cabeza del proceso en el que se imputaba el cometimiento del delito de narcotráfico, sin haberle notificado en legal manera. A pesar de que se le había designado defensor de oficio en el auto cabeza de proceso, este nunca tuvo contacto con el detenido, quedando en indefensión por más de un mes.

De la cárcel denominada como Cuartel Modelo, en el que se hallaba detenido Tibi, el 5 de octubre de 1995 fue trasladado a la Penitenciaría del Litoral y ahí fue recluido en el pabellón “la cuarentena”, por cuarenta y cinco días. Luego se lo ubicó en el pabellón de “atenuado bajo”. Mientras estaba detenido, sufrió toda clase de torturas por parte de agentes del Estado para que se declare culpable del delito que se le imputaba.

El 21 de marzo de 1996 Tibi rindió su versión de los hechos negando rotundamente ser narcotraficante y, recién entre los días 3 o 5 de septiembre de 1997 el juez segundo de lo penal del Guayas dictó sobreseimiento en su favor. Luego de la consulta obligatoria del sobreseimiento, el 14 de enero de 1998 la Corte Superior de Justicia de Guayaquil ratificó el sobreseimiento provisional del proceso y del sindicado y el 21 de enero de 1998 Tibi recuperó su tan ansiada libertad.

La prisión preventiva de Tibi había durado desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998, es decir, pasó encarcelado veintisiete meses, tres semanas y tres días, y, pese a que se presentaron dos recursos de amparo para que obtuviera su libertad, los mismos fueron negados.

### **3.2. Análisis de los argumentos centrales expuestos por la Corte IDH**

La resolución de la Corte IDH gira en torno a varios argumentos centrales en los que se describe meticulosamente la gravísima situación por la que atravesó el señor Tibi, y la deshonrosa actuación de los operadores de justicia que conocieron su caso y que, hasta el día de hoy, siguen sin ser sancionados por las violaciones de derechos humanos que provocaron con su actuar.

El primero de ellos se decanta en el derecho a la libertad física de los individuos que constituye el sustrato mínimo indispensable cuyo respeto es una obligación irrenunciable de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para ello se manifestó que el derecho a la libertad está amparado y protegido por el artículo 7 de la Convención y que sólo puede ser restringido por las causas y las condiciones legalmente establecidas por vía constitucional o legal y adoptando los mecanismos expresamente previstos en las legislaciones.

Para proteger este derecho, el artículo 7 en referencia, estructura un sistema de mecanismos que pretenden eliminar las detenciones arbitrarias y, en este contexto, se establece la necesidad de que el Estado informe las razones de la detención o de los cargos formulados, impone así mismo la obligación de que el detenido sea llevado ante una autoridad jurisdiccional para que lo escuche y sea juzgada en un plazo razonable, sin perjuicio de que se dicten medidas cautelares que aseguren la comparecencia del procesado al proceso penal, de manera que lo que se privilegia es el derecho a la libertad aun cuando exista un proceso penal en curso, lo que redundaría en la excepcionalidad del arresto cautelar.

En este sentido, la Corte IDH realiza un examen de la legislación nacional empleando para ello la Constitución ecuatoriana de 1984 y de la ley ritual penal de 1983, normas jurídicas en las cuales se establecían las circunstancias y los mecanismos que debieron aplicarse para restringir la libertad del señor Tibi. Para entonces, la legislación ecuatoriana garantizaba, igual que la Convención, el derecho a la libertad física de los ciudadanos, pero establecía que la privación de la libertad debía sustentarse, de forma previa, en una orden escrita del juez competente a excepción del delito flagrante y, además, se establecían unos fines procesales según los cuales podía dictarse la prisión preventiva, que referían a la vinculación del procesado con el proceso penal, la reparación a la víctima y las costas procesales, fines estos que no fueron

satisfechos en forma alguna y que, por tanto, comprometía la legalidad y legitimidad del encierro sufrido por Tibi.

Los elementos antes señalados refieren al principio de jurisdiccionalidad de la prisión preventiva, según el cual la privación de la libertad solo compete a las autoridades judiciales encargadas de conocer y resolver sobre el cometimiento de un delito, relacionado con el principio de tutela cautelar del proceso en el cual aparece la prisión preventiva como una medida cautelar, la más severa, sujeta al cumplimiento de una o varias finalidades procesales que están legalmente reconocidas.

Con base a lo anterior, cuando se analiza la detención del señor Tibi, la Corte IDH verifica que a pesar de existir una regulación constitucional y legal en Ecuador, bajo la cual se podía restringir la libertad de los individuos en ciertas circunstancias y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos,<sup>164</sup> concluye estableciendo que ninguno de los procedimientos y circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico interno se cumplieron, pues en la detención del señor Tibi, ni siquiera existió orden correspondiente y la prisión preventiva otorgada sin ningún sustento probatorio que demuestre la existencia del delito ni de su grado de participación, solo se empleó como una forma torpe de legalizar la detención arbitraria.

Así mismo, la Corte IDH destaca que la aplicación del encierro cautelar de Tibi desatendió los requisitos legales, para ello se establece que la detención fue requerida por la Interpol, la cual no desempeña ninguna función jurisdiccional. Además, fue dictada sin la existencia de indicios que demuestren que un delito se había cometido y que en ese delito había la participación del procesado.

Para empeorar la situación legal del señor Tibi, y agravar la violación de su derecho a la libertad, la Corte IDH destaca que aún los procedimientos más elementales empleados por los agentes ecuatorianos para detenerlo, fueron totalmente desatendidos, pues la captura dispuesta con base en la versión extraprocesal de otro sujeto que fue imputado en la causa, la ausencia de orden escrita, el hecho de no permitirle la comunicación con un familiar para que sepa su situación, la falta de notificación al consulado francés, la ausencia física del detenido en la audiencia en que se imputó cargos y se dictó el auto cabeza de proceso y la designación de un defensor técnico de oficio que no mantuvo ninguna comunicación con el procesado, demuestran el

---

<sup>164</sup> Orden escrita de autoridad competente, notificación de cargos, entre otros.

incumplimiento de los requisitos previstos en la legislación nacional y en el artículo 7 de la Convención.

El segundo argumento importante empleado por la Corte CIDH es el referido a la protección judicial previsto en el artículo 7 número 6 de la Convención en relación con el artículo 25 de la misma. Bajo este argumento se analiza que los recursos de amparo planteados por Tibi, los cuales tenía por objeto contrarrestar la arbitrariedad en la detención realizada, desde el punto de vista normativo, fueron ineficaces e inútiles para contener los abusos producidos por los agentes antinarcóticos. De hecho, la Corte considera que el primer recurso de amparo planteado tuvo una duración excesiva de 21 días y el segundo amparo, planteado luego de que a Tibi se lo declaró sobreeséido de los cargos, jamás fue resuelto en consulta, provocándose obviamente una afectación a la garantía de protección judicial efectiva exigida convencionalmente.

Sobre este aspecto es importante destacar que la Corte IDH consideró la necesidad de que los recursos para impugnar una privación arbitraria de la libertad, deben estar no solamente previstos en la legislación sino también debe ser efectivos de manera que se pueda materializar la protección judicial antes referida y el sujeto detenido de forma arbitraria no quede en indefensión.

El tercer argumento importante de la Corte IDH es el que tiene relación con la integridad personal previsto en el artículo 5 de la Convención. Sobre este aspecto la Corte considera la existencia de una relación de causalidad inexorable entre la detención arbitraria y la situación agravada de vulnerabilidad que afronta el sujeto así detenido, quien sufre una tortura psicológica. En este sentido, considera como actos de violencia provocados de forma intencional, todos aquellos actos realizados por los agentes estatales que tuvieron la finalidad de “disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito”, lo que provocó en Tibi pánico y temor por su vida.

La integridad personal es analizada además desde la posición de garante que ostentaba el Estado ecuatoriano y las condiciones de vida del señor Tibi al interior de la cárcel. Para ello se resalta que el encierro sufrido en condiciones de hacinamiento, de insalubridad, sin ventilación, sin alimentación, sin atención médica ni tratamiento, etc., comprometió el trato digno que estaba obligado a prestar el Estado. Bajo la relación de sujeción especial que se crea entre el detenido, legal o arbitrariamente, y el Estado, se genera una relación jurídica que implica una serie de obligaciones para este: alimentación adecuada, salud, protección judicial, respeto a los derechos fundamentales

y trato digno, son algunas de estas obligaciones que deben ser cumplidas irremediablemente por el Estado; y, en virtud de las obligaciones internacionales impuestas por los instrumentos mencionados, debía procurar que las condiciones de encierro no afecten los derechos de las personas privadas de la libertad.

El concepto de integridad personal, además, considera la Corte IDH, debe predicarse aun respecto de la esposa del señor Tibi y de sus hijos, pues la detención arbitraria e ilegal, la falta del debido proceso y la tortura a la que fue sometido provocaron angustia, impotencia, inseguridad y temor en ellos, aunque también se provocó la ruptura de su familia y la no satisfacción de sus planes personales y familiares. Se trata del establecimiento de las víctimas indirectas de las violaciones producidas por el Estado.

El cuarto argumento refiere a la violación del plazo razonable previsto en el artículo 8 número 1 de la Convención y bajo el mismo se analiza si el procesamiento adelantado en contra de Tibi se realizó de forma diligente tomando en consideración la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el procesado y la conducta demostrada en la tramitación de la causa por parte de los jueces. Luego de un proceso de más de 8 años, desde cuando Tibi fue detenido hasta la fecha en la que se dictó la sentencia de la Corte IDH, el Ecuador no había demostrado que el caso en que se detuvo injustamente a Tibi haya sido resuelto, pese a que su legislación ritual penal establecía que el sobreseimiento provisional del proceso no puede suspender la tramitación del caso más allá de cinco años y que el sobreseimiento provisional del sindicado no puede extenderse más allá de tres años desde la fecha de expedición.

El quinto argumento es el de la presunción de inocencia, regulada en el artículo 8 número 2 de la Convención, el cual se irrespetó porque los agentes del Estado ecuatoriano realizaron la detención del señor Tibi basados única y exclusivamente en una versión rendida por otro co-acusado, pese a que el artículo 108 de la ley ritual penal de entonces lo prohibía expresamente. De ello resulta que la actuación estatal realizada se sustentaba en una presunción de culpabilidad y no de inocencia como exige la Convención y, se le otorgó un trato aun peor que el de aquellas personas que son declaradas culpables.

Los dos últimos argumentos se refieren a la destrucción del núcleo familiar provocado por la detención arbitraria e ilegal y la violación del derecho a la propiedad del señor Tibi, los cuales están reconocidos en los artículos 17 y 21, respectivamente, de la Convención. En cuanto al primero se establece que Tibi fue trasladado sin razón

alguna desde su domicilio ubicado en Quito hasta la ciudad de Guayaquil vulnerando su derecho a permanecer recluido en el lugar de su domicilio, lo que provocó dificultad para el traslado de sus familiares, así como grandes costos que debían asumirse para la movilización, y finalmente, la destrucción de su núcleo familiar. En cuanto al segundo derecho, la Corte IDH consideró que los bienes incautados al momento de la detención de Tibi no le fueron devueltos a pesar de que fue sobreseído de los cargos y que se dispuso la devolución de sus pertenencias por la autoridad competente.

Pese a que la legislación civil ecuatoriana, en aquel entonces al igual que hoy, establece que el poseedor es considerado como dueño mientras otra persona no justificarla serlo, a Tibi no se le devolvió sus pertenencias y se provocó una privación arbitraria e ilegal de sus bienes.

Sobre la base de estos argumentos centrales que destacan la terrible conducta de la actuación de los operadores de justicia del sistema penal ecuatoriano, la Corte IDH sustentó varios precedentes que a día de hoy son parte de los estándares más importantes en materia de presunción de inocencia, prisión preventiva y derecho a la libertad.

### **3.3. Reparación integral**

Según el artículo 63 número 1 de la Convención Americana, la reparación deviene como producto de los actos violatorios a los derechos previstos en la Convención, y su finalidad es garantizar el goce efectivo de los derechos lesionados, así como a la corrección de las consecuencias derivadas de la situación ilegal y garantizar el pago de una justa indemnización.

Uno de los criterios establecidos en el artículo 63 antes invocado, para la reparación de los daños provocados, es el de la restitución *in integrum*, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, pero al ser materialmente imposible reparar el daño causado por violación de los derechos previstos en la Convención, esta regla no es la única que puede extraerse del artículo en cuestión, puesto que ella puede ser imposible de ser aplicada o, pudiendo aplicarse puede no ser insuficiente ni tampoco adecuada para realizar la reparación.<sup>165</sup> Ello ha obligado a que la Corte IDH en

---

<sup>165</sup> Corte IDH, “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas)”, *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, 10 de septiembre de 1993, párr. 49, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf)

innumerables casos haya considerado que la denominada indemnización compensatoria es la que debe aplicarse para satisfacer los requerimientos del artículo 63 de la Convención, pues aquella es realizada en “términos suficientemente amplios” y garantiza además la reparación del daño “en la medida de lo posible”.<sup>166</sup>

Así, la fórmula de la indemnización compensatoria se convierte en una de las formas sustitutivas de la reparación<sup>167</sup> y tiene como contenido la reparación de perjuicios materiales (daño emergente, lucro cesante, perjuicio en el patrimonio familiar afectado) e inmateriales (daños psicológicos, daños morales, afectación al proyecto de vida). Pero esta fórmula no está completa sin la adopción de medidas necesarias que tiendan a evitar las repeticiones de los actos lesivos en contra de los derechos humanos. Se trata de las medidas de satisfacción y garantía de no repetición que constituyen un mecanismo tendiente a evitar que existan nuevas violaciones a los derechos humanos. Es decir, se trata de nuevas formas de reparación que se proyectan a toda la sociedad y que permiten concientizar en la necesidad de evitar los actos lesivos a los derechos humanos, así como la construcción de una sociedad que conoce sus derechos y se preocupa de su vigencia. Estas medidas, junto a la indemnización pecuniaria, se engloban en un concepto primigenio y amplio de reparación integral que es el empleado por la Corte IDH.

La indemnización compensatoria tiende a reparar no el daño sino las consecuencias del daño sufrido por la violación de derechos establecidos en la Convención, está estrechamente vinculada a los hechos declarados como violatorios y constituyen una apreciación prudente y razonada de los daños.<sup>168</sup> Además, ella depende de las particulares circunstancias de cada caso y se sustentan en los principios de equidad.<sup>169</sup>

A partir de esta premisa se considera que los daños materiales se establecen en función a la merma o pérdida de los ingresos económicos sufridos por la víctima, el señor Tibi, y los gastos empleados en la atención del hecho lesivo, y que aquellos deben

---

<sup>166</sup> Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 231, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

<sup>167</sup> Corte IDH, “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas)”, *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, 10 de septiembre de 1993, párr. 50, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf)

<sup>168</sup> Corte IDH, “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas)”, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 21 de julio de 1989, párr. 48, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf)

<sup>169</sup> *Ibíd.*, párr. 27.

ser valorados y fijados tanto por la existencia de una justificación probatoria como por la jurisprudencia existente sobre ese aspecto.<sup>170</sup> En este sentido, la Corte IDH considera que los daños materiales se originan en: a) la pérdida de ingresos del señor Tibi, como víctima directa, y b) el daño emergente, consiente en los gastos realizados por los familiares de la víctima para visitarlo, así como los pagos derivados de su condición médica (psicoterapias, dentadura, alimentación especial) y, el costo de sus bienes incautados.

En cuanto al daño inmaterial, el cual no puede tener un equivalente monetario preciso, la Corte IDH estima que este tipo de daño solo puede ser reparado por dos vías:

a) Mediante el pago de una cantidad determinada de dinero o mediante la entrega de bienes o servicios que sean apreciables en dinero, y deben ser establecidos según un “razonable arbitrio judicial construido en términos de equidad.”. En este aspecto, la construcción del razonamiento judicial se basa en la existencia de una víctima directa, que sufrió la detención arbitraria, de los actos de tortura y de las condiciones inhumanas en la que vivió durante su encierro; en la afectación a las víctimas indirectas quien también sufrieron dolor y angustia ante la situación del señor Tibi; y, en los gastos que se realizaren a futuro por tratamientos psicológicos y médicos.

b) Mediante el establecimiento de varias obligaciones para los Estados responsables que obligan a que se publicite su responsabilidad, así como a la realización de acciones que impidan el cometimiento de nuevos casos de violación a los derechos fundamentales. En este caso el Estado fue condenado a realizar publicaciones en la prensa de Ecuador y en Francia de los hechos probados del caso y de los puntos resolutive del mismo constantes en la sentencia, así como a reconocer públicamente su responsabilidad mediante declaraciones escritas emitidas por las más altas autoridades del Estado. Finalmente se dispuso que el personal del Ministerio Público, la Policía, los funcionarios de la penitenciaria reciban capacitación sobre derechos humanos de las personas sometidas a privación de la libertad. Con esta medida se pretendía, tal como se advirtió antes, que se impida la repetición de acciones tan lesivas para los derechos humanos.

---

<sup>170</sup> Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párr. 234, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

#### **4. Análisis de la caducidad de la prisión preventiva en la sentencia Suárez Rosero vs Ecuador**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada el 12 de noviembre de 1997, en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, realiza un análisis de las vulneraciones a varios derechos de las cuales fue víctima el señor Iván Suárez Rosero, quien, en el procedimiento ante dicha Corte, se presentó la prueba del perito Ernesto Albán Gómez, quien les explicó a los jueces sobre los requisitos legales para que proceda la detención, debe existir orden de juez competente, pero existían excepciones, tales como la detención con fines investigativos y en los casos de delitos flagrantes, si no se encuadraba en estos casos, la detención se la calificaba como ilegal y es un delito.

Pero el caso que interesa en el presente caso, es lo relacionado con la prisión preventiva, siendo un caso excepcional los casos de delitos por tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lo cual fue considerado en este tiempo, como un trato discriminatorio. Esto se agrava cuando el señor Suárez Rosero estuvo privado de la libertad en un lugar que no estuvo destinado para ese objeto, que fue un cuartel de Policía. A estas vulneraciones se suma a que, siendo su supuesto grado de participación de encubridor, el señor Suárez Rosero, no podía ser privado de la libertad, por expresa prohibición de la norma del Código Penal, vigente al tiempo en que sucedieron los hechos.

Cabe señalar que, el señor Rafael Iván Suárez Rosero, fue privado de la libertad el 23 de junio de 1992 por agentes de la Policía Nacional del Ecuador; la declaración presumarial se llevó a cabo el 23 de junio de 1992; la boleta de encarcelamiento se la emitió un mes después, esto fue el 22 de julio de 1992; y la orden judicial que autorizó la detención preventiva, de 12 de agosto de 1992; como se puede observar, se vulneraron tiempos, en los cuales se debía emitir la orden, las boletas de encarcelamiento y la toma del testimonio del sumariado, además, permaneció incomunicado por varios días.

El 10 de julio de 1995, es decir, más de un año más tarde, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, ordenó la libertad del señor Suárez Rosero, por cuando no se cumplían los requisitos para que se haya ordenado la prisión preventiva en su contra, pero a pedido del Ministro Fiscal de Pichincha, envió el expediente a la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia, quien el 16 de abril de 1996 dispuso la

libertad del señor Suárez Rosero, orden que se hizo efectiva el 29 de abril del mismo año.

Como se pudo observar, en el señor Suárez Rosero, estuvo privado ilegalmente de la libertad por cerca de dos años, en donde no se tomó en cuenta derechos básicos como la vista de un abogado, de sus familiares, ser puesto a órdenes de autoridad competente en forma inmediata, ser investigado en el menor tiempo posible, esto era dentro de las próximas 48 horas contadas desde que se produzca la detención.

Ante estas injusticias, la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, estableció que ninguna persona puede estar privada de su libertad sin tener sentencia en seis meses en los casos de delitos sancionados con pena de prisión; o de un año, en los casos en los que los delitos sean sancionados con pena de reclusión, sin importar que esta sea menor: ordinaria o extraordinaria; o reclusión mayor: ordinaria o extraordinaria; o, en los casos de reclusión especial.

La CRE, en el artículo 77, núm. 9, que se encuentra reformado por el Anexo No. 1 de la Pregunta No. 1 de la Consulta Popular, efectuada el 7 de mayo de 2011, R.O. 490-S, 13-VII-2011). - que sostiene que 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. Aspectos jurídicos constitucionales que se tienen que respetar y observar.

## **5. El principio de presunción de inocencia en la realidad constitucional ecuatoriana**

La presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido expresamente en el artículo 76 número 2 de la Constitución de la República, y además está diseñado estructuralmente como un dique de contención del poder punitivo del Estado. Se pretende con esta norma jurídica y regla del debido proceso, desde el punto de vista deontológico, que el ciudadano perseguido por el sistema penal sea tratado como inocente mientras no exista una sentencia condenatoria, que esté debidamente ejecutoriada, en la cual se declare su culpabilidad.

Pese a estas previsiones constitucionales, la realidad en el Ecuador ha determinado que este derecho sea flexibilizado por la aplicación material de un principio de culpabilidad que lesiona efectivamente su vigencia y contrapone

abiertamente su regulación. De hecho, ha sido la misma Corte Constitucional quien advierte de la utilización del principio de culpabilidad que va rompiendo los esquemas del sistema acusatorio y que es utilizado abiertamente por los agentes de la fuerza pública. Ello se deriva en parte de la construcción de tipos penales que revierten la carga de la prueba a la que está obligada la Fiscalía, pero también de un actuar arbitrario de los miembros de las fuerzas del orden, lo que va a determinar la existencia de una cultura inquisitiva muy enraizada en la sociedad ecuatoriana.<sup>171</sup>

Estas afirmaciones pueden verificarse por la existencia de una población carcelaria de 38602 personas existente en Ecuador, a enero de 2019, de las cuales existen al menos 13076 personas que están sometidas a prisión preventiva,<sup>172</sup> lo que implica que al menos el 33.87% del total de detenidos cumplen esta medida. Por esta razón, la Defensoría del Pueblo del Ecuador ha considerado que existe un uso excesivo de esta medida cautelar.<sup>173</sup> En poco menos de diez años la población carcelaria del Ecuador prácticamente se ha triplicado, lo que urge a la reflexión de la presunción de inocencia desde un punto de vista pragmático, es decir, desde el punto de vista de su aplicación práctica por parte de los operadores de justicia del sistema penal.

### **5.1. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador en el caso No. 14-15-CN/19**

La nueva Corte Constitucional en el la sentencia dictada en el caso No. 14-15-CN/19, de 14 de mayo de 2019, ha hecho hincapié en la verdadera configuración de la presunción de inocencia en los sistemas acusatorios.

Se trata de una contribución jurisprudencial que ayuda a los operadores de justicia a obtener un adecuado entendimiento no solo de este derecho fundamental del debido proceso y su aplicación práctica en el establecimiento e imposición de la medida cautelar de encierro preventivo, sino que también dicha sentencia contribuye a

---

<sup>171</sup> Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de 14 de mayo de 2019”, *Caso No. 14-15-CN/19*, 14 de mayo de 2019, párr. 27, [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/014-15-SCN-CC/REL\\_SENTENCIA\\_014-15-SCN-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/014-15-SCN-CC/REL_SENTENCIA_014-15-SCN-CC.pdf)

<sup>172</sup> Ecuador Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, “Reporte mensual de personas privadas de libertad”, *Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos*, accedido 28 de marzo de 2019, párr. 74 <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>

<sup>173</sup> Defensoría del Pueblo de Ecuador - Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, *Informe temático sobre la prisión preventiva desde la prevención de la tortura y otros malos tratos en el Ecuador* (Quito, EC: Dirección Nacional Técnica de Gestión Documental Especializada y Multimedia, 2018), 52.

comprender la selectividad del proceso penal y los perjuicios que derivan de este defecto estructural del *ius puniendi* que provoca una gravísima afectación a las garantías básicas e insoslayables que debe caracterizar a un procedimiento penal de corte acusatorio y propio de un Estado constitucional y democrático.

En esta sentencia, se reafirma la necesidad de la protección y efectiva vigencia de los derechos de la parte más débil de la relación procesado – proceso penal, tal como se analizará a continuación, y constituye también una verdadera guía de actuación a ser aplicada por los juzgadores de garantías penales quienes por mandato constitucional deben aplicar los derechos humanos de forma progresiva.

### 5.1.1. Antecedentes

El caso se trata de una consulta de norma, bajo el cargo de objeción de inconstitucionalidad, al amparo de lo establecido en el artículo 428 de la Constitución de la República y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual tenía por finalidad obtener un pronunciamiento, del máximo intérprete de la Norma Suprema, sobre la constitucionalidad de una frase del inciso primero del artículo 202 del COIP que regula el delito de receptación.

La consulta fue realizada por la Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente Penal de la Provincia de Santa Elena, quien en el procedimiento directo No. 24281201500261, mediante providencia de 20 de mayo de 2015, decide suspender por cuarenta y cinco días la tramitación de la causa con la finalidad de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la compatibilidad constitucional de la frase "o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia" constante en el inciso primero del artículo 202 del COIP,<sup>174</sup> que regula el delito de receptación, y la presunción de inocencia regulada en el artículo 76 número 2 de la Constitución, pues cuando estaba vigente el Código Penal anterior, la Corte Constitucional de aquel entonces, había declarado que el artículo 569 de dicha norma, que regulaba el delito de receptación, había sido declarado inconstitucional.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, el 10 de julio de 2015, aceptó a trámite la consulta planteada, a la cual se asignó el N.º 0014-15-CN, y luego de una

---

<sup>174</sup>Artículo 202.- Receptación.- La persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, de bienes muebles, cosas o semovientes conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.”

larga espera de casi cuatro años, en la que inclusive el Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (CPCCS-T) cesó en funciones a los jueces de la Corte Constitucional,<sup>175</sup> se eligieron a los nuevos juzgadores, los cuales fueron posesionados el 5 de febrero de 2019. Finalmente, el 3 de abril de 2019, el renombrado constitucionalista y docente Ramiro Ávila Santamaría avocó conocimiento la acción de consulta, en calidad de juez ponente, y dictó sentencia el 14 de mayo de 2019, declarando inconstitucional la frase antes transcrita así como el segundo inciso del artículo invocado.

El procedimiento directo No. 24281201500261, que dio origen a la consulta de constitucionalidad, inició como producto de la detención en flagrancia de los señores Raúl Javier Álvarez García y Luis Virgilio Zambrano Cedeño, ocurrida el 23 de marzo de 2013, “porque se encontraban en actitud sospechosa y tenían objetos cuya procedencia no pudieron justificar”. Un día después, la aprehensión fue declarada legal en la audiencia de calificación de flagrancia, y se dictó prisión preventiva bajo el supuesto cometimiento del delito de receptación, convocándose a audiencia de juicio en procedimiento directo, la cual se realizó el día 17 de abril del año 2015. En esa fecha la juzgadora decidió suspender el procedimiento para efectuar la consulta de constitucionalidad.

Vencido el plazo de suspensión del proceso, el 9 de julio de 2015, se dispuso la reinstalación de la audiencia de procedimiento directo y el 20 de julio de 2015 donde se declaró la culpabilidad de los acusados, en calidad de autores directos, del delito de receptación, imponiéndoles la pena de 6 meses de encierro intramural, la cual, a petición de la defensa técnica del condenado Zambrano Cedeño, fue suspendida exclusivamente respecto de este último condenado, imponiéndole una serie de condiciones que debía ser satisfechas para no ingresar a la cárcel.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> Por irregularidades en sus designaciones, por incumplimiento del principio de independencia y del plazo razonable para resolver los casos sometidos a su conocimiento, violación a los procesos de contratación de bienes y servicios, falta de transparencia y percepción ciudadana negativa.

<sup>176</sup> Las obligaciones para suspender condicionalmente la pena intramural fueron: “12.1.- Informar a esta Judicatura respecto de cualquier cambio de domicilio; 12.2.- La prohibición de ausentarse del país, sin previa autorización de esta judicatura; 12.3.- Deberá justificar el primer día hábil de cada mes, tener o ejercer un trabajo, profesión u oficio o estar asistiendo a un programa educativo; 12.4.- Deberá realizar de lunes a viernes, por tres horas diarias, hasta cumplir 180 horas trabajo comunitario, consistente en limpieza de áreas verdes, playas o cualquier otro que designe en este sentido el señor Jefe de la Policía Judicial, a quien se designa para verifique el cumplimiento de esta condición, labor comunitaria que deberá realizar una vez ejecutoriada esta sentencia; 12.5.- Deberá presentarse ante esta Judicatura el primer día hábil de cada mes y no deberá tener instrucción fiscal por nuevo delito por los próximos seis meses; y, 12.6.- Finalmente, se dispone que proceda con el pago de la multa impuesta una vez ejecutoriada la presente sentencia.”

### 5.1.2. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia dictada por la Corte Constitucional ecuatoriana

Previamente a analizar la *ratio decidendi* utilizada por la Corte Constitucional es importante definir que debe entenderse por aquella. La doctrina distingue al menos dos acepciones a esta categoría jurídica, dependiendo si la norma jurídica en que se basa la decisión judicial es preexistente o se la crea al momento mismo de la resolución. En ese contexto, la primera acepción se refiere a *la ratio decidendi* como un argumento o razón que se emplea para sustentar de forma racional y razonada la decisión judicial, de forma tal que se crea una relación lógica y funcional entre la premisa preexistente en una norma jurídica y la resolución o fallo dictado. La segunda acepción, en cambio, se relaciona con la creación de una norma jurídica que no existe en el sistema normativo, pero que en el proceso argumental de la decisión racional el juzgador construye y se vuelve aplicable a los casos ulteriores en razón del precedente existente a partir de esa creación y que es reconocido como obligatorio.<sup>177</sup>

En el caso bajo análisis, se emplea solo la primera acepción porque el juez para sustentar sus argumentos utiliza las normas jurídicas preexistentes y no crea norma jurídica alguna en su razonamiento, ni utiliza normas derivadas de precedentes catalogados como obligatorios. En estricto sentido jurídico la segunda acepción no es predicable al tratarse de una sentencia estimativa parcial, pues solo se eliminan frases o incisos del precepto legal impugnado que son incompatibles con la Norma Suprema y se mantiene el resto intacto.

La construcción argumental se sustenta fundamentalmente en un garantismo penal, de raigambre constitucional, que se impregna en cada una de las razones que emplea el juez ponente para resolver el caso en concreto, de ahí que no resulta novedoso encontrar frases que van reafirmado esta noción más racional de Derecho penal, como son: “protección reforzada de la que goza el procesado”,<sup>178</sup> “liberar la peor expresión del poder estatal coercitivo”,<sup>179</sup> “la actitud sospechosa es una presunción de

---

<sup>177</sup>Fabio Enrique Pulido Ortiz, “Poderes normativos de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Iure et Praxis* no. 3 (2018): 312, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00309.pdf> 309-334

<sup>178</sup> Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia de 14 de mayo de 2019”, *Caso No. 14-15-CN/19*, 14 de mayo de 2019, párr. 27, [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/014-15-SCN-CC/REL\\_SENTENCIA\\_014-15-SCN-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/014-15-SCN-CC/REL_SENTENCIA_014-15-SCN-CC.pdf)

<sup>179</sup> *Ibid.*, párr. 30.

culpabilidad basada en estereotipos”,<sup>180</sup> y “funcionamiento selectivo del sistema penal”.<sup>181</sup>

Partiendo de esta premisa argumental, la primera razón escogida para sustentar la resolución judicial tiene que ver con la presunción de inocencia que es propia de un sistema penal de corte acusatorio, y que, como se advirtió en el Capítulo Primero, su contenido se explica como un derecho fundamental del procesado pero también, en el ámbito procesal penal, como un derecho que propende a establecer lineamientos para que los operadores de justicia traten al perseguido como inocente mientras su culpabilidad no sea declarada mediante sentencia debidamente ejecutoriada, y, que además requiere de una mínima actividad probatoria, para vencer dicha presunción, que debe ser satisfecha por el órgano acusador.

La estructura procesal de la presunción de inocencia, dice el juez ponente, no puede ser modificada por la legislatura, porque esto implica una deconstrucción del sistema de diques de contención del poder punitivo del Estado, en perjuicio del ciudadano perseguido penalmente, y por eso mismo se contraviene con la Constitución y la Convención Americana que establecen la presunción de inocencia y, con ella, la carga probatoria para el órgano acusador.

Ahora bien, desde el punto de vista del tipo penal de receptación previsto en el artículo 202 del COIP, la norma requiere un conocimiento específico de la antijuridicidad (elemento subjetivo del tipo), que va de la mano con el artículo 34 *ibídem*, pues se exige, bajo la categoría dogmática de la culpabilidad, que el autor de la infracción conozca la antijuridicidad de la conducta, sin cuyo conocimiento es imposible condenarla. Basta para ello recordar la amplia taxonomía de los errores de prohibición en que puede incurrir un sujeto que procede a actuar bajo desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta penal.

Hay que notar además que el juzgador adecuadamente distingue entre el conocimiento de la antijuridicidad tanto en el tipo subjetivo como en la categoría dogmática de la culpabilidad, sin embargo, de ello es importante destacar, conforme lo afirma Muñoz Conde, que el dolo no se afecta por el desconocimiento de la

---

<sup>180</sup> *Ibíd.*, párr. 44.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, párr. 45.

antijuridicidad dando a entender que dolo y conocimiento de la antijuridicidad en la teoría distinta.<sup>182</sup>

En consecuencia, el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad para la categoría dogmática de la culpabilidad implica conocer, a nivel profano, que las normas jurídicas que regulan la convivencia social prohíben el comportamiento que el sujeto activo de la infracción realiza. El conocimiento o conciencia de la antijuridicidad por tanto radica en que el sujeto activo de la infracción sabe que lo que está haciendo no está permitido por el Derecho, sino que resulta ser una conducta prohibida. Ese conocimiento, además, se refiere a un conocimiento general, no jurídico, pues se habla del conocimiento propio a nivel del profano o. En otras palabras, al conocimiento que puede tener quien es lego en el área jurídico penal. Por ende, el conocimiento requerido solo debe ser en verdad una posibilidad de conocimiento, no necesita ser actual o actualizable,<sup>183</sup> ni tampoco potencial, de ahí que se establece por parte de la doctrina que el conocimiento requerido de la ilicitud es en menor intensidad que el requerido para el dolo.<sup>184</sup>

En este contexto, se establece además que la frase del inciso primero del artículo 202 del COIP ("o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia") implica una presunción de culpabilidad, pues se supone que quien incurre en cualquiera de los verbos rectores del tipo penal previsto en el artículo en cuestión (ocultar, custodiar, guardar, transportar, vender o transferir), conoce de antemano que dichos bienes provienen de una conducta delictual.

A juicio de la investigadora, y esto es lo que no dijo el juez ponente, lo correcto, no es partir de esa presunción, sino de otra que está prevista en la legislación civil vigente y es la que refiere a que se debe presumir como dueño al poseedor del bien mueble,<sup>185</sup> pues con su aplicación se respeta la presunción de inocencia y garantiza el trato de inocente al procesado. Además, impone una regla de conducta para los miembros de la fuerza pública y de los operadores de justicia quienes deben presumir, salvo prueba en contrario, que el poseedor es dueño del bien mueble. Bajo esta presunción, aún el segundo inciso del artículo 202 del COIP pierde su razón de ser, pues

---

<sup>182</sup> Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal* (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2003), 25

<sup>183</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alaglia, Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte General* (Buenos Aires, AR: Ediar, 2002), 553.

<sup>184</sup> Francisco Muñoz Conde, *El error en el Derecho penal* (Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 1989), 33.

<sup>185</sup> Ecuador, *Codificación 2005-010 del Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 715.

se mantiene la presunción de propiedad por el hecho de la posesión y por no ser enervada por el derecho de otra persona.

El segundo argumento en que se sustenta la decisión parte del análisis de uno de los defectos más lesivos del sistema penal que se relaciona directamente con la selectividad penal. Esto quiere decir que los sistemas penales operan seleccionando a determinadas personas que se ajustan a ciertos estereotipos penales o prejuicios, como su vestimenta, raza, religión, lugar de residencia o apariencia, las mismas que son catalogadas como sospechosas, y, consecuentemente, son más vulnerables a la selección abiertamente arbitraria y discrecional realizada por las agencias del Estado.<sup>186</sup>

Gracias a este defecto estructural del sistema penal, las cárceles están llenas de una población que se caracteriza por no tener las necesidades básicas satisfechas, por no tener recursos económicos indispensables, y por ser la población más marginada de una sociedad que tiende a excluirlos. También gracias a la selectividad penal la intensidad del poder punitivo es mucho mayor, pues es el grupo social más criminalizado y segregado, y a quienes con mayor prolijidad se aplican medidas restrictivas de la libertad y penas más fuertes ya que son utilizados como chivos expiatorios.<sup>187</sup>

Respecto de los marginados, como bien lo señala el juez ponente, los agentes del Estado predicán la “actitud sospechosa”, la cual por cierto es contraria a la presunción de inocencia pues se parte del principio de culpabilidad, pero no se predica lo mismo respecto de los acaudalados a quienes sus condiciones económicas y cercanía al poder político los vuelve virtualmente invulnerables.

Los dos argumentos antes estudiados denotaron ampliamente la disconformidad del tipo penal previsto en el artículo 202 del COIP con la regulación constitucional y convencional de la presunción de inocencia y sirvieron tanto para llamar duramente la atención al legislador, por no respetar el principio de que la Constitución es norma jurídica vinculante para todos los poderes del Estado, y por ende debía respetarse el contenido de este derecho fundamental,<sup>188</sup> así como para modular la efectos de la misma tal como se verá a continuación.

---

<sup>186</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho penal* (Buenos Aires, AR: Ediar, 2009), 23.

<sup>187</sup> Valeria VeghWei, “Por una criminología crítica verde del sur. Un análisis sobre selectividad penal, pueblos indígenas y daños ambientales en Argentina”, *Revista Crítica Penal y Poder* no. 16 (2019), 55, <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/28573/29166> 53-74

<sup>188</sup> Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005), 91.

### 5.1.3. Modulaci3n de la norma jur3dica

Seg3n lo previsto en el art3culo 428 de la Constituci3n, en el pa3s existe un sistema de control concentrado de constitucionalidad, pues la consulta de la constitucionalidad de una norma jur3dica, aplicable al caso concreto, debe ser resuelta por la Corte Constitucional. Al resolver la consulta planteada, los jueces constitucionales pueden dictar varios tipos de sentencias, entre las cuales vale resaltar las denominadas sentencias manipulativas o normativas, en las que para evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de toda la norma jur3dica, la resoluci3n del caso consiste en una operaci3n mucho m3s elaborada y compleja que solo estimar o desestimar el cargo de inconstitucionalidad,<sup>189</sup> pues implican una actuaci3n autoritaria o institucional con serios efectos en el 3mbito normativo al crear, modificar o derogar la norma jur3dica.<sup>190</sup>

Una de las grandes cr3ticas que ha caracterizado a las sentencias manipulativas, por su producci3n normativa,<sup>191</sup> se decanta en la invasi3n de la potestades de creaci3n, reforma o extinci3n de la ley<sup>192</sup> atribuidas a la Asamblea Legislativa, abundantemente elaborada sobre la base de la ilegitimidad democr3tica de los juzgadores constitucionales que act3an como un legislador positivo (ya no como legislador negativo), y se ha consolidado en la idea de un peligroso gobierno judicial<sup>193</sup> no previsto en la Norma Suprema.

Sin embargo, se resalta el hecho de que una teor3a democr3tica de la Constituci3n, considera a aquella como la voluntad misma del soberano, en la cual se encuentran los mandatos bajo los que debe regirse un Estado. En este contexto, el legislador es un simple representante del soberano y por eso cuando se declara que una norma es inconstitucional y se modifica o establece otra en su reemplazo, no se est3 contradiciendo al legislador sino que se est3 imponiendo la voluntad de ese soberano.

---

<sup>189</sup> Alfonso Celotto, *El Derecho Juzga a la Pol3tica: La Corte Constitucional de Italia* (Buenos Aires, AR: Ediar, 2005), 21.

<sup>190</sup> Robert Alexy y Perfecto Andr3s Ib3ñez, *Jueces y ponderaci3n argumentativa* (M3xico DF: Universidad Nacional Aut3noma de M3xico, 2006), 12.

<sup>191</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho D3ctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid, ES: Trotta, 1999), 46.

<sup>192</sup> Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law* (New York, USA: The Foundation Press, 1988); John H. Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, (USA: Harvard University Press, 1980).

<sup>193</sup> Rub3n S3nchez Gil, "Presunci3n de constitucionalidad", en *La ciencia del derecho procesal constitucional Estudios en homenaje a H3ctor Fix-Zamudio*, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zald3var Lelo de Larrea, (M3xico DF: Marcial Pons, 2008), 370.

Adicionalmente a ello es importante establecer que el poder constituyente otorgó plena confianza a la Corte Constitucional para que sea la guardiana de la vigencia plena de la Constitución y, en esa virtud, no puede dejar que se produzcan vacíos normativos que puedan generar mayor cantidad de situaciones inconstitucionales, sino que debe evitarlas mediante decisiones adecuadas que produzcan efectos en la realidad social, las cuales también tienden a limar las tensiones provocadas con el órgano creador de la ley.

La función de intervención en la norma jurídica inconstitucional de la que gozan los jueces de la Corte Constitucional, tampoco es automática ni obligatoria, pues ella debe respetar aspectos esenciales como la democracia representativa, que es la base del Estado constitucional, y en consecuencia se considera a la Asamblea Legislativa como la representante del soberano, pues la soberanía radica en el pueblo que elige a sus representantes<sup>194</sup> y ellos son quienes crean la ley luego del debate constitucionalmente previsto. La presunción de constitucionalidad de la ley,<sup>195</sup> el principio del *in dubio pro legislatore*, la interpretación conforme, el principio de la inconstitucionalidad como *ultima ratio*, son varios de los principios<sup>196</sup> que han de satisfacerse previamente para la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, pues lo que se pretende no es que la Corte Constitucional mantenga disputas con el ente legislativo.

Con esta pequeña introducción corresponde analizar la modulación de la sentencia dictada por la Corte Constitucional. Para ello se debe resaltar el hecho que se declaró inconstitucional, en el artículo 202 del COIP, la frase “o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia” y el inciso segundo que disponía “Si por omisión del deber de diligencia no se ha asegurado de que las o los otorgantes de dichos documentos o contratos son personas cuyos datos de identificación o ubicación es posible establecer, será sancionada con pena privativa de libertad dos a seis meses.”, lo que implica que la sentencia del caso N.º 0014-15-CN, sea una sentencia manipulativa estimativa parcial, pues se limita a expulsar del ordenamiento jurídico vigente solo aquellas palabras, frases o incisos que no son compatibles con la Constitución y dejan la parte de la norma jurídica que sí lo es, procurando de esta

---

<sup>194</sup> Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002), 240.

<sup>195</sup> Sánchez, “Presunción de constitucionalidad”, 371.

<sup>196</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional*, Registro Oficial No. 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 76.

manera que se mantenga la construcción realizada por el legislador<sup>197</sup> en el ejercicio de su libertad de configuración legislativa.

La doctrina, con Zagrebelsky<sup>198</sup> a la cabeza, pone una alerta a este tipo de sentencias porque considera que es indispensable que se distinga entre una sentencia manipulativa reductora, gracias a la cual se declara la no conformidad constitucional de una o más normas del precepto jurídico, dejando intacto su texto; y la sentencia estimativa parcial, categoría jurídica bajo la cual se designan a aquellas sentencias en las que el juez constitucional decide que es necesaria la eliminación de una palabra, frase o inciso del precepto jurídico puesto en contradicho.<sup>199</sup>

La distinción planteada por Zagrebelsky se basa en la necesidad de diferenciar distintos conceptos útiles en la teoría de la interpretación judicial (norma, precepto, disposiciones jurídicas, enunciado de ley), pues estos constituyen las variables de las sentencias atípicas en donde se puede realizar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, o la declaración de inconstitucionalidad de una interpretación de esa norma:

[Es importante] la hoy divulgada diferencia entre `disposiciones´ y `normas´. Según esta propuesta, un determinado precepto (constitucional, legal, o sublegal), cuenta con un enunciado escrito (la disposición) que puede incluir una o varias normas, esto último si es posible de ser interpretado de diverso modo. La sentencia `interpretativa´, va a escoger del manojito interpretativo (`normas´) que ofrece el precepto-disposición infraconstitucional, a la `norma´ (producto interpretativo) compatible con la Constitución, descartando a las restantes `normas´ inconstitucionales. Con ello, y consumado un operativo de rescate, evitará declarar inconstitucional al precepto-disposición.<sup>200</sup>

La discusión por tanto, en cuestiones interpretativas, radica en lo que debe entenderse por texto y el significado del texto que es la norma<sup>201</sup> y sobre todo, cuales son aquellos casos en que el texto de la ley, no siendo alterado por la jurisdicción constitucional, cambia de significado dejando de lado otras normas abstractas deducidas

---

<sup>197</sup> Celotto, “El Derecho Juzga a la Política”, 63.

<sup>198</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La justicia constitucional* (Bologna, ITA: Il Mulino, 1988), 157.

<sup>199</sup> Francisco Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional – Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas* (Valladolid, ES: Lex Nova, 2001), 63.

<sup>200</sup> Néstor Pedro Sagués, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”, en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, edit. Dunia Martínez Molina (Quito, EC: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional de Justicia, 2011), 68.

<sup>201</sup> Riccardo Guastini, “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”, en *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, edit. Isabel Lifante Vidal (Lima, PER: Palestra Editores, 2010), 158.

las cuales tienen apariencia de inconstitucionalidad,<sup>202</sup> lo que en resumidas cuentas significa dar un salto desde la posible anulación de textos a la posible anulación de significados, aunque lamentablemente ese “salto” no ha sido debidamente estudiado por la doctrina.

La sentencia manipulativa reductora, entonces aparece solo cuando se declara la inconstitucionalidad de un significado del texto (norma);<sup>203</sup> y la sentencia estimativa parcial, opera cuando se elimina una parte del texto por su inconformidad constitucional, de ahí que la distinción sea cualitativa, en el primer caso, y cuantitativa en el segundo.

Otra cuestión interesante en la sentencia bajo análisis es la declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad aplicada al inciso segundo del artículo 202 del COIP, el cual originalmente no fue objetado en cuanto a su constitucionalidad, sin embargo de aquello, el juez decretó la misma. A *prima facie* parecería ser que se trata de la afectación al viejo vocablo romano de que *neeatjudex ultra vel extra petitapartium*, o sea de que se rompa con el principio de congruencia que debe existir entre la petición de consulta por inconstitucionalidad, formulada en base a un principio dispositivo y calificada por la existencia de una duda razonable y motivada, y la decisión del juzgador, que debe ajustarse a los límites de su actuar preestablecidos en la consulta formulada.

Sin embargo de ello, como su nombre lo indica, la declaratoria de inconstitucionalidad por conexión o atracción permite que el juez constitucional, cuando tenga ante sí preceptos legales totalmente interrelacionados o dependientes de los que motivaron la consulta de constitucionalidad propuesta, y aun cuando se trate de otros preceptos de la misma ley, decreto, o cualquier acto normativo que tenga como antecedente el texto normativo objetado, puede extender su control de constitucionalidad a estos tanto por un principio de economía procesal como por uno de celeridad y eficiencia del actuar judicial.<sup>204</sup>

También ocurre la inconstitucionalidad por conexión cuando el fundamento jurídico bajo el cual se pretende declarar la incompatibilidad, es similar al de otros preceptos legales, lo que implica que la interdependencia, correlación, conexidad e

---

<sup>202</sup> Rodrigo Escobar Gil, *Modulación de las Sentencias de Control Constitucional* (Quito, EC: Tribunal Constitucional, 2007), 242.

<sup>203</sup> Díaz, “*Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*”, 63.

<sup>204</sup> Leo Brust, *La sentencia constitucional en Brasil* (Río de Janeiro, BR: Lúmen Júris, 2012), 304.

incapacidad de vida autónoma de dos preceptos jurídicos sea el requisito único para la aplicación de la inconstitucionalidad por atracción.<sup>205</sup>

La sentencia, en definitiva, marca una pauta muy importante en el actuar judicial, cuando el juzgador se ve abocado a conocer y resolver aspectos interrelacionados con la presunción de inocencia, y requiere mayor cuidado al legislador al momento de crear normas jurídicas que regulen los derechos fundamentales.

---

<sup>205</sup> *Ibíd.*, 308-311



## Conclusiones

1. En un sistema penal acusatorio, la presunción de inocencia es una garantía fundamental que impide que el procesado sea tratado como culpable antes de que exista una sentencia firme en la que se declare su culpabilidad. Se establece como un derecho que forma parte del debido proceso y obliga a que los operadores de justicia traten al procesado como un ciudadano inocente, evitando que los prejuicios, valoraciones anticipadas o estereotipos desequilibren las reglas de un juicio penal justo. Bajo esta institución jurídica se tutela los derechos a la libertad, al debido proceso, al *onus probandi*, etc., de manera que su titular se vea protegido ante los usos exagerados o abusivos del *ius puniendi* estatal.

La presunción de inocencia, tal como lo ha reconocido en innumerables ocasiones la Corte IDH, genera la obligación de que el órgano acusador pruebe, en adecuada manera, la culpabilidad del procesado, por esa razón se obliga a la demostración, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la participación del procesado en la conducta penalmente relevante, pero mientras eso ocurre el perseguido penalmente debe ser tratado como inocente.

2. La prisión preventiva es mecanismo legal ampliamente reconocido por la legislación nacional y los instrumentos de protección de derechos humanos, en virtud de la cual se restringe el derecho fundamental a la libertad de los procesados solo cuando existen ciertas finalidades propias del proceso penal (el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia) que ameritan razonablemente ser satisfechas, de manera que su naturaleza es cautelar o tutelar pero nunca retributiva, pues se parte del principio esencial de que en los sistemas acusatorios se respeta la presunción de inocencia que obliga a considerar al derecho a la libertad, como la regla general, y la restricción de aquella como una excepción.

Al ser excepcional la privación cautelar de la libertad, los estándares legales e internacionales aplicables a esta medida lesiva son muy exigentes de manera tal que su utilización está reservada sólo como el último recurso del que dispone el Estado para garantizar la vinculación del procesado al juicio y la verificación

material del derecho sustantivo de la víctima. Para ello se deben satisfacer varios requisitos que se refieren a la necesidad, la proporcionalidad, la racionalidad y la utilidad de la medida, así como a otros que hacen alusión a elementos de convicción que demuestren, con un alto grado de probabilidad casi cercano a la certeza, tanto la existencia del delito, como la autoría y participación del imputado. A estos requisitos, además debe sumarse una demostración probatoria del riesgo de fuga y de la ineficacia de las medidas alternativas que reemplazan al encierro cautelar.

3. En el Ecuador, el artículo 534 del COIP, que regula la aplicación de la prisión preventiva adolece de un grave error al establecer en el número 4 que el encierro preventivo debe concederse cuando exista una infracción que merezca pena intramural superior a un año. Bajo este presupuesto, la prisión preventiva pierde su finalidad estrictamente procesal y se convierte en una pena anticipada pues la norma es en verdad un mecanismo para prisionizar a la población ya que parte de una presunción de culpabilidad bajo la cual el procesado merecería obligatoriamente una pena, con lo cual el trato de inocente pierde eficacia y vigencia.

Además, la Corte IDH ha advertido ya que este requisito es insuficiente e inválido y contraria el artículo 7 número 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consigna como únicos fines procesales, para que el Estado pueda limitar el derecho fundamental a la libertad, tanto la existencia del riesgo de fuga como la obstaculización de las investigaciones. A ello debe sumarse el hecho que el número 4 del artículo 534 elimina los principios de criterios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad de la prisión preventiva, los cuales son prescindibles en la decisión del juzgador de garantías que bajo esta norma solo se limita a mirar el tipo penal y la pena prevista para decretar el encierro preventivo.

4. El uso abusivo de la prisión preventiva, que se produce cuando aquella se dicta sin la satisfacción adecuada de los requisitos antes aludidos, genera serias violaciones a los derechos humanos debido a la arbitrariedad que la caracteriza, así como a las condiciones en las que se desarrolla el encarcelamiento. En los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *Benavidez Cevallos vs. Ecuador* y *Tibi vs.*

Ecuador, la Corte IDH ha sido enfática y reiterativa en establecer efectivamente que la detención se vuelve arbitraria cuando la prisión preventiva carece de un fundamento racional y razonable debido al incumplimiento de requisitos legales como a los mecanismos empleados por los agentes estatales para realizar la detención. En este contexto, se insiste en un uso adecuado de la medida cautelar en cuestión y se conmina a la adopción de los estándares internacionales que, por más de veinte años, ha venido construyendo el alto tribunal de derechos humanos.

5. La nueva Corte Constitucional del Ecuador, en un ejercicio argumentativo adecuado y congruente con el garantismo penal, en la sentencia radicada en el caso No. 14-15-CN/19, reafirma la necesidad de aplicar adecuadamente la presunción de inocencia y presta especial atención a la selectividad penal que se practica en Ecuador. Con esta decisión se establece, además, que los juzgadores, los miembros de la policía y la Fiscalía adecuen sus conductas a la efectiva vigencia de la presunción de inocencia y que su actuación, en base a sospechas, debe ser eliminada pues ese accionar rompe con el control efectivo del *ius puniendi* arbitrario que no es propio de los sistemas acusatorios. El paradigma que se implementa con esta decisión, es el mismo que la Constitución describe en su artículo 195: el de un Derecho penal mínimo y respetuoso de las garantías del procesado a quien considera la parte más débil en la persecución penal.

### **Recomendaciones**

1. Dado que los efectos del encierro cautelar son muy nocivos en la persona y en la familia del sujeto que es perseguido por el sistema penal, los juzgadores están obligados a aplicar el artículo 9 número 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la disposición 6 número 1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio); y, el Principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estas normas jurídicas establecen la excepcionalidad de la prisión preventiva y, por lo tanto, las mismas son las que deben guiar su actuar en los casos en los que deban aplicarla.

Estas normas se aplican en virtud del principio *pro homine*, gracias al cual los juzgadores están autorizados a aplicar la norma jurídica, nacional o internacional, que más beneficie o proteja la efectiva vigencia de los derechos humanos. Solo de esta forma se puede dejar de aplicar el artículo 77 números 1 y 11 de la Constitución, que ya no consideran a la prisión preventiva como excepcional, y el artículo 534 número 4 del COIP que establece el encierro preventivo en función de la pena abstracta.

2. Así mismo, tomando en consideración la posición garantista que ha adoptado la nueva Corte Constitucional como producto de la sentencia radicada en el caso No. 14-15-CN/19, los jueces de garantías penales deberían consultar urgentemente la conformidad constitucional y convencional de dichos artículos, tomando como insumo para su argumentación los estándares internacionales establecidos en las innumerables sentencias dictadas sobre esta materia por la Corte IDH, los cuales han sido sintetizados y analizados en esta investigación. Ello constituiría un paso importante para que la prisión preventiva sea aplicada de conformidad con los requerimientos y finalidades establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, con el efecto inmediato de reducir el hacinamiento y sobrepoblación carcelaria. Constituiría además un retroceso del proceso de contrarreformas identificado por la Comisión IDH que resulto lesivo para los sistemas acusatorios, que como en el caso ecuatoriano, propendió a eliminar la racionalidad y razonabilidad en el uso del encierro cautelar.
3. A pesar de que la Comisión IDH ha venido insistiendo mucho en esto, particularmente en los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *Benavidez Cevallos vs. Ecuador* y *Tibi vs. Ecuador*, se debe materializar las recomendaciones realizadas por dicho organismo, las cuales tienden a la adopción de los estándares internacionales existentes en esta materia, pero también a la modificación de las estructuras que facilitan la violación de los derechos humanos. En este sentido, debería capacitarse a los operadores de justicia sobre los derechos de las personas privadas de la libertad, deben crearse mecanismos que permitan revisar periódicamente las prisiones preventivas, y deben investigarse y sancionarse a los responsables de las violaciones a los derechos humanos.

4. La elaboración urgente de un manual sobre los estándares de la prisión preventiva dictados por la Comisión IDH y la Corte IDH resulta el insumo necesario para que los operadores de justicia del área penal dediquen sus esfuerzos a aplicar dichos estándares y resolver las peticiones de prisión preventiva de conformidad con aquellos. En ese sentido, jueces, fiscales y defensores públicos debería conocer dichos estándares y aplicarlos a cada caso en concreto, no solo por su obligación de aplicar el principio *pro homine*, sino también porque son ellos los obligados a realizar una aplicación de las normas de tratados internacionales que establecen mayores derechos a los procesados y mayores restricciones al *ius puniendi* de los Estados parte de la Convención Americana.
  
5. La humanización del Derecho penal es una medida urgente que se recomienda desde los más altos organismos de protección de derechos humanos y que tiende a evitar la cosificación de los procesados. Para ello ha de comprenderse adecuadamente la finalidad procesal del encierro preventivo y la eliminación del carácter punitivo de la medida cautelar dejando de lado aquellas normas que han sido objetadas por la Comisión y la Corte IDH, como el número 4 del artículo 534 del COIP.

Bajo este paradigma, las valoraciones respecto de la peligrosidad del procesado, la lesividad de la conducta o la pena abstractamente considerada, rebasan perjudicialmente el derecho a la presunción de inocencia y a la libertad y provocan muchos más problemas que los que se intenta contener. Se establece, en consecuencia, la necesidad de que el Derecho penal actúe bajo los límites previstos normativamente, que además son racionalizados por una adecuada interpretación de la norma legal en función de bienes jurídicos superiores como la dignidad, libertad, y presunción de inocencia, que tienden a racionalizar el monopolio de la violencia estatal y su aplicación irracional y desmesurada.



## Bibliografía

- Aguirre Castro, Pamela Juliana. “El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador”. En *Revista IIDH*, no. 64 (2016): 276. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5875614>.
- Alexy, Robert y Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces y ponderación argumentativa*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Anguita Villanueva, Luis. “La cultura en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. En *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, coord. Carlos Ruiz Miguel. Santiago de Compostela, ES: Servizo de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004.
- Aragón, Manuel. *Constitución, democracia y control*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Atienza, Manuel y Luigi Ferrajoli. *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de Derecho*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Basombrío Iglesias, Carlos. *¿Qué Hemos Hecho? Reflexiones sobre respuestas y políticas públicas frente al incremento de la violencia delincriminal en América Latina*. Santiago, CHI: Cejamericas, 2010.
- Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, AR: Ad- Hoc, 1999.
- Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid, ES: Sistema, 1991.
- Bovino, Alberto. “Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”. En *Foro Revista de Derecho*, no. 8 (2007): 34. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/338>.
- Brandariz García, José Ángel. *El Gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Brust, Leo. *La sentencia constitucional en Brasil*. Río de Janeiro, BR: Lúmen Júris, 2012.
- Cabrera Rodríguez, José. “El derecho fundamental a la libertad de investigación científica [art. 20.1.b) CE] como principio organizativo. El caso de las Reales

- Academias”. En *Revista de Administración Pública*, nº 193 (2014): 137.  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4673520.pdf>.
- Carminiani, Giovanni. *Elementos del Derecho criminal*. Bogotá, COL: Temis, 1979.
- Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires, AR: Depalma, 1982.
- Carranza, Elías. “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”. En *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*. San José, CR: ILANUD - Siglo XXI Editores, 2001.
- Celotto, Alfonso. *El Derecho Juzga a la Política: La Corte Constitucional de Italia*. Buenos Aires, AR: Ediar, 2005.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe No. 35/96, caso 10.832, Fondo, Luis Lizardo Cabrera, República Dominicana”. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 1998.  
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/RD10.832.htm>.
- . “Informe No. 86/09, caso 12.553 Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso y República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009”. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Accedido 28 de marzo de 2019.  
[https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm#\\_ftn28](https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm#_ftn28).
- . *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington DC, USA: OEA, 2013.
- . *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- Cruz Bolívar, Leonardo Fabián. “Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano”. En *Revista Derecho Penal y Criminología*, no. 95 (2012): 75.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/download/3421/3108>.
- Delmas-Marty, Mireille. *Modelos actuales de política criminal*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador - Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Informe temático sobre la prisión preventiva desde la prevención de la tortura y otros malos tratos en el Ecuador*. Quito, EC: Dirección Nacional Técnica de Gestión Documental Especializada y Multimedia, 2018.

- Díaz Revorio, Francisco. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional – Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid, ES: Lex Nova, 2001.
- Díez Ripollés, José Luis. “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal Garantista”. En *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 10, n. ° 15 (1998): 15. [www.cienciaspenalescr.com/Revista\\_No\\_15\\_P.pdf](http://www.cienciaspenalescr.com/Revista_No_15_P.pdf).
- Donna, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. Buenos Aires, AR: Rubinzal Culzoni, 2002.
- Ecuador Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. “Reporte mensual de personas privadas de libertad”. *Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos*. Accedido 28 de marzo de 2019, párr. 74 <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>
- Ecuador Presidencia de la República, *Oficio N. ° T-6136-SNJ-11-1297*, 12 de octubre de 2011.
- Ely, John H. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. USA: Harvard University Press, 1980.
- Escobar Gil, Rodrigo. *Modulación de las Sentencias de Control Constitucional*. Quito, EC: Tribunal Constitucional, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, ES: Trotta, 2004.
- . *Garantismo penal*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Finkelstein Nappi, Juan Lucas. *Sistema penal, Estado constitucional de derecho, y bien jurídico afectado. Aproximaciones para un cambio de paradigma desde una perspectiva crítica*. Buenos Aires, AR: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004.
- García Falconí, José. “Principio procesal de inocencia”. *Revista Judicial*. 17 de abril de 2017.
- Garland, David. *La cultura del control del crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. En *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, edit. Isabel Lifante Vidal. Lima, PER: Palestra Editores, 2010.

- Guzmán Fluja, Vicente. *Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2006.
- Jauchen, Eduardo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, ARG: Rubinzal, 2012.
- Kant, Immanuel. *The doctrine of virtue*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2000.
- Krauth, Stefan. *La prisión preventiva en Ecuador*. Quito, EC: Defensoría Pública del Ecuador, 2018.
- Londoño Ayala, César. *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal*. Bogotá, COL: Nueva Jurídica, 2012.
- Mayorga Andaluz, Giovani. “El sistema acusatorio, la prisión preventiva y los estándares de la CIDH”. *Revista Judicial*. 29 de agosto de 2019.
- Merlo, Gonzalo. “Francés Daniel Tibi vuelve a Ecuador para colaborar con la justicia, como parte de sentencia de Corte IDH”. *El Universo*, 17 de julio de 2018.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador. *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del Derecho penal*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2009.
- Mir Puig, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, ES: Ariel, 1994.
- Montañés Pardo, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pamplona, ES: Aranzadi, 1999.
- Muñoz Conde, Francisco. *El error en el Derecho penal*. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 1989.
- \_\_\_\_\_. *El error en Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2003
- Organización de Estados Americanos. “Informe final de la misión de observación electoral de la Organización de Estados Americanos sobre el referéndum constitucional y consulta popular República del Ecuador”. *Organización de Estados Americanos*. 2011. [http://www.milhojas.is/wp-content/uploads/2015/fraudelectoral/informe\\_oea\\_ecuador\\_2011.pdf](http://www.milhojas.is/wp-content/uploads/2015/fraudelectoral/informe_oea_ecuador_2011.pdf).
- Ovejero Puente, Ana. *Constitución y presunción de inocencia*. Valencia, ES: Tirant lo Blanch, 2006.
- Pastor Alcoy, Francisco. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*. Madrid, ES: Civitas, 1995.
- Pedro Sagués, Néstor. “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”. En *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, edit.

- Dunia Martínez Molina, Quito, EC: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional de Justicia, 2011.
- Pulido Ortiz, Fabio Enrique, “Poderes normativos de la Corte Constitucional colombiana”. En *Revista Iure et Praxis* no. 3 (2018): 312. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00309.pdf>.
- Sánchez Gil, Rubén. “Presunción de constitucionalidad”. En *La ciencia del derecho procesal constitucional Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. México DF: Marcial Pons, 2008.
- Sentís Melendo, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, AR: Ejea, 1978.
- Tibi, Daniel. *900 jour, 9000 noits dans l'enfer d'une prison équatorienne*. Paris, FR: Jacob-Duvernet, 2011.
- Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. New York, USA: The Foundation Press, 1988.
- VeghWei, Valeria. “Por una criminología crítica verde del sur. Un análisis sobre selectividad penal, pueblos indígenas y daños ambientales en Argentina”. En *Revista Crítica Penal y Poder* no. 16 (2019). <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/28573/29166>.
- Weber, Albrecht. “El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84 (2008). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2775807>.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio. *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*. Buenos Aires, ARG: Depalma, 1992.
- , Alejandro Alaglia, Alejandro Slokar. *Derecho penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- . *Estructura Básica del Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Madrid, ES: Trotta, 1999.
- . *La justicia constitucional*. Bolonia, ITA: Il Mulino, 1988.
- Zavala Baquerizo, Jorge. *El debido proceso penal*. Guayaquil, EC: Edino, 2007.
- . *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil, EC: Edino, 2010.

## Documentos internacionales

ONU Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. A/RES/217 (III).

ONU Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. A/RES/2200 (XXI).

ONU Asamblea General. *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. 17 de diciembre de 2015. A/RES/70/175 (LXXVI).

OEA *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1969. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

OEA *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. 2008. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

## Legislación

Colombia. *Nuevo Código de Procedimiento penal*, Ley 906 de 2004. Decreto 2770. 31 de agosto de 2004.

Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Constitución Política de 1998*. Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.

Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial No. 743, Suplemento, 13 de enero del 2003.

Ecuador. *Reformas al Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial No. 743, Suplemento. 13 de enero del 2003.

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional*. Registro Oficial No. 52, Suplemento. 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Codificación 2005-010 del Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento. 24 de junio de 2005.

Ecuador. *Resultados del referéndum y consulta popular 2011*. Registro Oficial No. 490, Suplemento. 13 de julio de 2011.

Ecuador. *Resolución de la Corte Constitucional y dictamen de constitucionalidad de referéndum*. Registro Oficial No. 391, Suplemento. 23 de febrero de 2011.

España. *Constitución*. Boletín Oficial del Estado. 29 de diciembre de 1978.

España. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Boletín Oficial del Estado. 06 de octubre de 2015.

## Sentencias

Colombia. Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Caso n.ºC-469/16*. 31 de agosto de 2016.

Corte IDH. “Sentencia de 30 de octubre de 2008. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. 30 de octubre de 2008.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf).

Corte IDH. “Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. 4 de julio de 2007.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_165\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf).

Corte IDH. “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Tibi vs. Ecuador*. 7 de septiembre de 2004.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf).

Corte IDH. “Sentencia de 19 de junio de 1998 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Benavidez Cevallos vs. Ecuador*. 19 de junio de 1998.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_38\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_38_esp.pdf).

Corte IDH. “Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. 24 de junio de 2005.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf).

Corte IDH. “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. 12 de noviembre de 1997.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf).

Corte IDH. “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. 21 de noviembre de 2007.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf).

- Corte IDH. “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. 1 de febrero de 2006. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf).
- Corte IDH. “Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Servellón García Y Otros Vs. Honduras*. 21 de septiembre de 2006. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_152\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf).
- Corte IDH. “Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas)”. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. 21 de julio de 1989. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf).
- Corte IDH. “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. 31 de agosto de 2004. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf).
- Corte IDH. “Sentencia de 10 de julio de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. 10 de julio de 2007. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_167\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_167_esp.pdf).
- Corte IDH. “Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas)”. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. 10 de septiembre de 1993. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf).
- Corte IDH. “Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. 17 de noviembre de 2009. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf).
- Corte IDH. “Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. 20 de noviembre de 2009. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf).
- Corte IDH. “Sentencia de 26 de junio de 2012 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*. 26 de junio de 2012. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_244\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_244_esp.pdf).
- Corte IDH. “Supervisión de cumplimiento de sentencia”. *Corte IDH*. Accedido el 29 de marzo de 2019. <http://corteidhblog.blogspot.com/2011/03/corte-idh-analiza-el-cumplimiento-de-su.html>.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Caso n.º 0071-15-IN*. 7 de junio del 2017.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Caso no. 14-15-CN/19*. 14 de mayo de 2019.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *Caso n.º 580-2011*. 2 de septiembre de 2013.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *Caso n.º 098-MB-2012*. 23 de abril de 2012.

España. Tribunal Constitucional. “Sentencia”. En *Caso n.º 31/1981*. 28 de julio de 1981.