

**PRISIÓN PREVENTIVA Y CANDADOS LEGALES**  
**El activismo judicial como un mecanismo de transformación**  
**de la justicia penal en Ecuador**

**PREVENTIVE DETENTION AND LEGAL LOCKS**  
**Judicial Activism as a Mechanism to Transform**  
**the Ecuadorian Criminal Law System**

**PRISÃO PREVENTIVA E TRAVAS LEGAIS**  
**O ativismo judicial como um mecanismo de transformação**  
**da justiça penal no Equador**

*Paola Campaña Terán\**

Recibido: 26/V/2022

Aceptado: 21/VI/2022

**Resumen**

La prisión preventiva en el Ecuador ha incorporado candados legales para su revisión y suspensión de efectos, que se encuentran en los artículos 544 y 536, que se hallan en concordancia con el artículo 57 del Código Orgánico Integral Penal; y, con las reformas introducidas a través de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, esta situación se profundizó. El presente artículo pretende presentar la situación de contraposición en que se halla la legislación interna con los estándares de protección internacionales desarrollados respecto de la prisión preventiva y el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, y, a la vez, mostrar cómo, a través del activismo judicial, se puede transformar el sistema penal ecuatoriano.

**Palabras clave:** Estándares Internacionales; prisión preventiva; derecho a la igualdad y no discriminación; activismo judicial; inconstitucionalidad

**Abstract**

In Ecuador, legal locks to the review and suspension of the effects of prevention detention are found in Articles 57, 544 and 536 of the Organic Comprehensive Criminal

Code. Following the amendments made of the Organic Law to Reform the Organic Comprehensive Criminal Code, this situation only worsened. This article focuses on presenting the situation, contrasting Ecuadorian law with international protection standards relating to pre-trial detention and the right to formal and material equality and non-discrimination. It will also strive to show how judicial activism can be used to transform the Ecuadorian criminal law system.

**Key words:** International standards; Prevention detention; Right to equality and non-discrimination; Judicial activism; Unconstitutionality

**Resumo**

A prisão preventiva no Equador, vem incorporando travas legais, para sua revisão e suspensão de efeitos, que se encontram nos artigos 544 y 536 concordantes com o artigo 57 do Código Orgánico Integral Penal; com as reformas introduzidas através da Lei Orgánica Reformadora ao Código Orgánico Integral Penal, esta situação se aprofundou. O presente artigo pretende apresentar a situação de contraposição existente entre a legislação interna, os

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede Ecuador; Máster en Estado de Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos España y Máster en Derecho Penal por la Universidad Andina Simon Bolívar. Es actualmente jueza de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: paola.campana.pc@gmail.com

**Cómo citar este artículo:** Campaña, Paola. 2022. "Prisión preventiva y candados legales". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 54-68.

padrões de proteção internacionais existentes sobre a prisão preventiva, e o direito a igualdade formal, material e não discriminação para assim mostrar, como através do ativismo judiciário o sistema penal equatoriano pode se transformar.

**Palavras chave:** Padrões internacionais; Prisão preventiva; Direito à igualdade e não discriminação; Ativismo judicial; Inconstitucionalidade

## INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es la medida cautelar más gravosa que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Por mandato constitucional debe ser aplicada de forma excepcional al ser considerada de última ratio. Si bien la Constitución de la República del Ecuador (CRE) ha establecido la excepcionalidad de su aplicación, el desarrollo normativo secundario no ha seguido la misma línea, ya que la ley contempla candados que impiden la cristalización del ideal de última razón.

Las reformas introducidas al Código Orgánico Integral Penal (COIP) por la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Suplemento al Registro Oficial número 107 de 24 de diciembre del 2019, que entró en vigencia el 24 de junio del 2020, lejos de acercarnos al ideal constitucional, nos han alejado más de él, al introducir mayores limitaciones para la sustitución de la prisión preventiva en el artículo 536 del COIP, que se relacionan con la condición de reincidencia.

El cuerpo legal indicado también prevé restricciones para la suspensión de los efectos de la prisión preventiva en el artículo 544, en el que se limita la posibilidad de caución y se establecen las causas de su inadmisión, que van dirigidas a la naturaleza del delito y al quantum de la pena.

El juez está obligado a realizar un control de convencionalidad, a la aplicación directa de la Constitución e instrumentos internacionales, y de la jurisprudencia internacional. Sin embargo, es necesario no perder de vista que en el país aún se mantiene vigente la figura del delito de prevaricato, y que el control de constitucionalidad desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), a través de su jurisprudencia, es

concreto e impide que el juez deje de aplicar una norma por considerarla inconstitucional sin que haya una declaración previa. Estos elementos generan conflictos que requieren que los jueces mantengan un papel activo de denuncia de las contradicciones del sistema, a fin de alcanzar su armonía.

### 1. La prisión preventiva

“La prisión preventiva [...] representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de libertad cautelar, caracterizada en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad. Ella es precisamente por esta razón, la injerencia más grave en la libertad personal y, al mismo tiempo la más evidente contradicción con el principio de inocencia que ampara al imputado (*nulla poena sine iudicio*).” (Maier 2011, 31)

La prisión preventiva es una figura controversial en el derecho penal, ya que implica una privación de libertad sin la existencia de un juicio previo, se ha identificado como una pena anticipada que se ve contrapuesta al principio de presunción de inocencia que constituye la base de un derecho penal garantista, el cual tiene como eje central a la persona, su dignidad y derechos.

El someter a una persona a una privación de libertad previamente a su declaración de culpabilidad constituye una medida de carácter netamente procesal que responde a la necesidad de aseguramiento del procesado, con el propósito de cumplir con la realización del procedimiento y sus fines. Es decir, se impondrá una limitación a la movilidad del procesado, con la intención específica de que se evite la obstrucción de

la investigación, la evasión, y se garantice la inmediatez<sup>1</sup>, para que se pueda concluir con el cometido del proceso penal en garantía a los derechos del imputado y las víctimas.

Si bien las legislaciones y la jurisprudencia internacional han reconocido el carácter procesal de las medidas cautelares privativas de libertad, también se ha desarrollado su carácter de excepcionalidad, que requiere elevados estándares materiales y de motivación para ordenarlas, los cuales deben estar contemplados en la ley procesal para evitar su abuso y aplicación indiscriminada.

## 2. La prisión preventiva en el Ecuador

El artículo 77 numeral 1<sup>2</sup> de la CRE ha marcado la pauta de que la prisión preventiva no debe ser la regla general, que es una medida destinada a fines netamente procesales, que debe cumplir requisitos y formalidades y que no puede prolongarse en el tiempo más allá de los límites establecidos en la ley. Con este estándar, el COIP regula la prisión preventiva mediante los artículos 534 a 541.

El artículo 534<sup>3</sup> contempla cuatro requisitos para que la medida de prisión preventiva sea ordenada: que haya elementos suficientes sobre la existencia del delito y que el procesado podría haber tenido participación

en el delito –la norma ha incluido que la sola existencia de estos elementos no es suficiente–. También un análisis de necesidad de la prisión preventiva que, a su vez, debe incluir la existencia de indicios que permitan establecer que las medidas no privativas de libertad son insuficientes y que, en caso de que se ordene motivar este elemento, que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

El artículo analizado contempla un estándar procesal material medio en la aplicación de la prisión preventiva. En efecto, establece que la presencia de elementos de existencia del delito y participación no son suficientes para ordenar una medida privativa de libertad, y exige un análisis de su necesidad, que debe realizarse caso por caso, y con motivación precisa, de cuáles son los indicios que permiten establecer que otras medidas no cumplirán con los mismos objetivos procesales, pero incorpora a prácticamente todos los delitos contemplados en el COIP, ya que el límite inferior de la pena es de un año.

Adicionalmente, el juez, en el análisis debe tomar en cuenta el comportamiento anterior del procesado, ya que se incorpora la consideración de evaluar el incumplimiento de medidas alternativas otorgadas con anterioridad, incluso en otros procesos. Como se ha indicado, la norma exige que se analicen estos elementos que el artículo 536 del COIP dispone:

- 1 El artículo 77 numeral 1 de la CRE establece como una de las finalidades de la prisión preventiva el garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, y el COIP, en el artículo 534, incorpora la misma finalidad. En el artículo 5 numeral 17 del mismo cuerpo normativo se recoge la inmediatez como un principio procesal que exige la evacuación conjunta de la prueba con la presencia del juez y los sujetos procesales. En él, además, si bien la inmediatez está ligada a la etapa de juicio, que es en la que se practica y evalúa la prueba, en el proceso penal, la etapa intermedia es la que permite que dicha inmediatez se cristalice a través de la imposición de medidas cautelares que la garanticen, ya que nuestro sistema no permite el juzgamiento en ausencia del procesado, salvo en los casos excepcionales contemplados en el artículo 233 de la CRE. Si durante la etapa intermedia no se cumple la finalidad de garantizar la presencia del procesado y este se evade, la etapa de juicio se suspenderá y puede incluso provocarse la prescripción de la acción.
- 2 “Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”.
- 3 Art. 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:
  1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
  2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso, la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
  3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez, obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.
  4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el caso, la o el juzgador, para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

“Art. 536.- Sustitución.- La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.<sup>4</sup>

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.

Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.” (COIP, artículo 536)

El estándar constitucional es alto, y el material para disposición de la medida es medio; mas, para su sustitución es bajo. Como se puede identificar, la norma contemplaba dos candados de orden legal cuando había sido ordenada. El primero, el *quantum* de la pena –delitos cuya pena no supere los cinco años–, ya fue eliminado a través de la sentencia 8-20-CN/21 de 18 de agosto del 2021, a través de su declaratoria de inconstitucionalidad. El segundo es el pasado judicial del procesado, a través de la incorporación de la consideración de reincidencia<sup>5</sup>, y se mantiene en vigencia. Este hecho limitaría el carácter de excepcional y de última ratio de la prisión preventiva.

Al realizar el mismo análisis respecto del criterio establecido para la suspensión de los efectos de la prisión preventiva a través del otorgamiento de caución, se identifica que el COIP incorpora causales de inadmisibilidad de la caución y dispone: “Art. 544.- Inadmisibilidad.–No se admitirá caución: [...] 2. En los delitos cuya pena máxima privativa de libertad sea superior a cinco años” (COIP, artículo 544, numeral 2). De modo que la figura de caución también se encuentra limitada por el quantum de la pena, bajo el mismo criterio que ya fue declarado inconstitucional.

Estos candados nos llevan a un análisis simultáneo sobre la imposibilidad de inaplicación de una norma

considerada por el juez inconstitucional, sin una previa declaración de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) en este sentido.

“La consecuencia directa de la aplicación del criterio interpretativo de la Corte Constitucional a un caso como el que se presenta en la especie es el que el juez o jueza que encuentre que podría vulnerar un precepto constitucional, no tiene la facultad para inaplicarla. (...) En un sistema de control concreto de constitucionalidad como el ecuatoriano, dicho pronunciamiento únicamente puede corresponder a la Corte Constitucional, órgano que ostenta la potestad privativa, para a través de los procesos de control constitucional y por medio de sus sentencias destruir la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas del ordenamiento jurídico.”<sup>6</sup>

Conforme lo establecido por la CCE en la sentencia número 034-13-SCN-CC, en razón del control concreto de constitucionalidad, los jueces de instancia no tienen la facultad de inaplicar una norma por considerar que esta sea inconstitucional o atentatoria a derechos, sino que es necesario que se consulte y suspenda el procedimiento, y una vez que se emita un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la norma, esta podrá ser inaplicada en casos futuros. Esta disposición, a su vez debe analizarse frente a la aplicación obligatoria como precedente jurisprudencial de toda decisión de la CCE, desarrollado en la sentencia N.º 001-16-PJO-CC, que señala lo siguiente:

“todos los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento,

<sup>4</sup> El inciso primero del artículo indicado fue declarado inconstitucional por la sentencia número 8-20-CN/21 de 18 de agosto del 2021, con la cual se eliminó la frase “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”.

<sup>5</sup> El Código Orgánico Integral Penal ha definido la reincidencia en el artículo 57 que dispone: Reincidencia. –Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada–. La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido, en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.

<sup>6</sup> CCE, Sentencia 034-13-SCN-CC, 11.

en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución.” (CCE, Sentencia 001-16-PJO-CC, 6)

Estos elementos, junto con la existencia del tipo penal de prevaricato contenido en el artículo 268<sup>7</sup> del COIP, limitan de forma completa la posibilidad de inaplicación de las normas citadas a los operadores de justicia. Dentro de la sentencia 10-18-CN/19, el juez Ramiro Ávila, en su voto concurrente, incorpora una visión nueva sobre el control de constitucionalidad y la inaplicación de normas consideradas inconstitucionales por parte de los operadores de justicia. En el documento analizado, el juez Ávila plantea la necesidad de desarrollar un sistema mixto de control de constitucionalidad.

“En este voto concurrente explico, en primer lugar, la necesidad del reconocimiento del matrimonio igualitario, y; en segundo lugar, la necesidad de establecer, por considerar que tiene un fundamento constitucional y fortalece un control democrático más efectivo de constitucionalidad, un sistema de control mixto de constitucionalidad.”<sup>8</sup>

Se incorpora en el discurso la necesidad de fortalecimiento del control democrático a través de un control

mixto de constitucionalidad ejercido por los jueces de instancia y la CCE; y el fundamento de su argumento reside en que la Constitución incorpora control concreto y difuso de constitucionalidad a la vez.

Esta argumentación se sustenta en el contenido de los artículos 11 numeral 3<sup>9</sup> que consagran el principio de aplicación directa de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que contemplan derechos más favorables y en atención al artículo 426<sup>10</sup> del mismo cuerpo constitucional, que regula la interpretación en casos de anomia, en los cuales se aplica la norma que más favorezca la plena vigencia de los derechos.

Aunque puedan presentarse en la CCE posiciones más favorables sobre el control difuso de constitucionalidad, en caso de valorarse inconstitucionales disposiciones legales, estas deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico, en favor de la armonización del sistema y debido a que la actuación contra norma expresa se encuentra tipificada en el COIP como un delito, tal como ya se había indicado anteriormente.

### 3. La prisión preventiva: estándares internacionales<sup>11</sup>

La Convención Americana de Derechos Humanos no hace una específica referencia a la prisión preventiva

7 “Art. 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; quienes procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda en la sustanciación de las causas, o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses.”

8 CCE, Sentencia N.º 10-18-CN/19. Voto Concurrente Ramiro Ávila, 1.

9 “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

10 “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución y aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

11 El presente acápite es una adaptación de las consultas de constitucionalidad de las normas números 08-20-CN, 31-21-CN y 49-21-CN, que fueron presentadas a la Corte Constitucional del Ecuador por la abogada Paola Campaña Terán, respecto de los artículos 57, 536, incisos primero y final, y 544 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal. La consulta 8-20-CN ya fue resuelta, declarando la inconstitucionalidad de la norma consultada, y las otras se encuentran en sustanciación a la presente fecha. Estos documentos presentan la situación, y por lo tanto han sido citados de forma textual y parafraseada.

en su texto. Pero, sobre la base de los derechos reconocidos en este instrumento, en el artículo 7 numeral 3<sup>12</sup>, y las garantías básicas del derecho a la defensa establecidas en el artículo 8 numeral 2<sup>13</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado, a través de su jurisprudencia, cinco principios a tomar en cuenta al momento de aplicar la medida de prisión preventiva, que son:

- “1.- La prisión preventiva constituye una medida excepcional.
- 2.- La prisión preventiva debe ser proporcional.
- 3.- La prisión preventiva debe ser necesaria.
- 4.- La prisión preventiva no puede estar determinada por el tipo de delito.
- 5.- La prisión preventiva no puede estar determinada por la gravedad del delito.” (Gómez 2014, 208-9)

La CIDH ha señalado que, en función del principio de presunción de inocencia, la medida de prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla general, ya que constituye la medida más severa que se puede imponer al procesado.

Esta excepcionalidad radica, a su vez, en el carácter procesal mas no punitivo que debe revestir a la medida y, desde su enfoque, se analiza que las restricciones a la libertad deben valorarse en función de la necesidad y buscando que no se convierta en una medida de anticipo de la pena.

“106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual **su aplicación debe tener un carácter excepcional**<sup>14</sup>, en virtud de que se encuentra

limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.”<sup>15</sup>

El segundo principio establecido por la CIDH es el de proporcionalidad, es decir que debe atenderse al tiempo de duración de la medida, ya que no puede establecerse para el presuntamente inocente un gravamen que corresponda o exceda al del condenado, y en ningún caso extenderse de forma desproporcionada en el tiempo.

“122. La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad [...] El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido.”<sup>16</sup>

La prisión preventiva, a criterio de la CIDH, debería mantenerse en constante revisión, para poder optar por medidas alternativas a esta, en caso de que las circunstancias del proceso lo permitan, y para realizar un control de la arbitrariedad e ilegalidad en la adopción de la medida.

“76. El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control

12 “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal [...] 3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.”

13 “Artículo 8. Garantías Judiciales 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos, peritos u otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

14 Énfasis de la autora.

15 CIDH, *Tibi vs. Ecuador*, 2004, párr. 106.

16 CIDH, *Barreto Leiva vs. Venezuela*, 2009, párr. 122.

idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.” (CIDH, *Acosta Calderón vs Ecuador*, 2005, párr. 76)

El tercer principio es el de necesidad. Esta medida debe adoptarse cuando sea estrictamente necesaria para garantizar el desarrollo eficiente de la investigación y la prosecución del proceso, y la valoración estará enfocada en las consideraciones de obstrucción y evasión. Es necesario determinar la presencia de estas condiciones para su aplicación, caso contrario, la medida se torna arbitraria.

“198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia.”<sup>17</sup>

El tipo del delito y su gravedad, en el enfoque de la CIDH, no deben ser tomados como elementos para la aplicación de una prisión preventiva, y menos aún ser incorporadas estas consideraciones en la legislación.

“22. Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito [...] y en la pena (que sería) aplicable, sin considerar **–porque la propia ley elimina la posibilidad de hacerlo**<sup>18</sup>– otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, para el debido amparo, también en

concreto, de los fines que la legitiman, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un (pre)juicio anticipado a la sentencia (a la que se confiere, mucho antes de que se pronuncie, carácter condenatorio) y adelanta manifiestamente la imposición de la pena.”<sup>19</sup>

Como se identifica, los estándares internacionales proscriben la posibilidad de incorporar, en el análisis de la imposición de una medida de prisión preventiva, la gravedad del delito o de la pena, un elemento que ya ha sido reconocido por la CCE en el artículo 536, inciso primero a través de la sentencia 8-CN-20/21. El mismo criterio se encuentra en el artículo 544 numeral 2 de la improcedencia de la caución, sobre el que deberá decidir el precitado organismo a través de la consulta 31-21-CN.

El artículo 536 inciso final del COIP mantiene excepciones para la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas no privativas de libertad; la reincidencia, una disposición que contraviene las decisiones de la CIDH, al limitar la posibilidad de que la medida sea revisada para todos los procesados, por establecer un trato diferenciado para aquellas personas que cumplan los presupuestos del artículo 57 del COIP.

En este contexto para imponer una medida de prisión preventiva el juez debe aplicar las consideraciones anteriormente indicadas, a fin de no vulnerar los derechos de las personas procesadas, y que las órdenes de privación de libertad no se tornen arbitrarias. Una correcta motivación implica analizar todos estos requisitos. Cuando se plantean excepciones a la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, el juez se ve en la imposibilidad de realizar un análisis que se ajuste a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos anteriormente expuestos. Nuestro país ya fue sancionado por mantener en su ordenamiento jurídico disposiciones contrarias a la Convención en el caso *Suárez Rosero vs Ecuador*, justamente porque se mantenían excepciones a la liberación de detenidos.

<sup>17</sup> CIDH, *Palamara Iribarne vs Chile*, 2005, párr. 198.

<sup>18</sup> Énfasis de la autora.

<sup>19</sup> CIDH, *López Álvarez vs Honduras*, 2006, párr. 22.

“97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella. Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.”<sup>20</sup>

La excepción que propone la norma produce que, si se ha ordenado la prisión preventiva en una causa a una persona que haya sido sancionada, ya sea por el mismo delito o por otro que atente contra el mismo bien jurídico protegido, esta medida no pueda ser sustituida por otras, aunque se reunieran las condiciones necesarias para hacerlo. La norma incorpora características relativas directamente al autor, por la reincidencia, caso que constituye una excepción contrapuesta a los principios señalados y al deber de no discriminación en función del pasado judicial, reconocido en nuestra Constitución en el artículo 11 numeral 2<sup>21</sup>, en los artículos 1.1<sup>22</sup> y 24<sup>23</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales desarrollados en torno al derecho a la igualdad por este organismo. Adicionalmente priva de manera inmotivada a un sector de la población carcelaria de un derecho, objeción que ya ha sido previamente observada a nuestro país por parte de la CIDH<sup>24</sup>.

La Organización de Naciones Unidas ha adoptado principios que deben aplicarse en estos campos mediante instrumentos como las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estos

instrumentos, si bien no son tratados o convenios internacionales, mantienen consonancia con la jurisprudencia internacional y dan pautas para la adopción de medidas cautelares.

Las Reglas de Tokio desarrollan los principios de aplicación de las medidas no privativas de la libertad, al indicar que deben aplicarse sin discriminación alguna. Las medidas cautelares, deben ser utilizadas de acuerdo al principio de mínima intervención penal, y la prisión preventiva debe ser considerada como el último recurso, de acuerdo a las necesidades específicas del proceso; por tanto, limitar la posibilidad de sustitución a través de normas integradas a la legislación penal impide que se cristalicen estos principios.

Respecto al conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, se pone de relieve la presunción de inocencia y, en correlación con este principio, se desarrolla que solo se procederá al arresto o detención cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia, para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o el procesamiento. Se añade que toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho a que otra autoridad decida lo contrario y recobrar la libertad en espera de juicio. Por este motivo, se recomienda mantener un examen de la necesidad de la detención durante todo el proceso. Estos principios no pueden aplicarse si se mantienen en la legislación interna condiciones excluyentes que impidan tanto la revisión de la medida de prisión preventiva como la suspensión de sus efectos. Es necesario resaltar el carácter cautelar y no punitivo de la medida de prisión preventiva, que no puede responder a la consideración de las características del presunto infractor y que tiene que mantenerse en

20 CIDH, Suarez Rosero vs Ecuador, 1997, párr. 97.

21 “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

22 “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

23 “Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

24 En el caso Suárez Rosero vs. Ecuador.

consonancia con los derechos consagrados en la CRE, caso contrario estaríamos contraviniendo normativa constitucional y convencional e incursionando en un derecho penal de autor.

La dignidad humana exige que el gravamen que se provoque se encuentre justificado en los beneficios que este reporte. Si las necesidades de mantenimiento de una medida tan gravosa como la privación de libertad desaparecen, debe haber la posibilidad de sustituir la medida por otra que provoque un gravamen menor, o suspender sus efectos a través de caución, sin atención a las características personales del privado de libertad, la gravedad del delito o de la pena.

“69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [...]. **Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva**<sup>25</sup>. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.”<sup>26</sup>

#### 4. La igualdad y no discriminación<sup>27</sup>

En el acápite anterior hice referencia a que la consideración personal del autor, en cuanto a la reincidencia constituye, a criterio de la autora, una medida legislativa de orden discriminatorio –que se extiende a un sector de la población– e impide el cumplimiento de los principios relativos a la prisión preventiva que han sido desarrollados por la CIDH.

En el presente acápite se analizarán los criterios respecto del principio de igualdad y no discriminación que se consideran relevantes para apoyar la posición esgrimida.

La CIDH ha establecido de forma reiterada que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye un reconocimiento de la unidad de la naturaleza del género humano, y este sentido se encuentra ligado a su dignidad de persona, la misma que no debe verse limitada por consideraciones de inferioridad o superioridad respecto de sus congéneres.

“55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual **es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad**<sup>28</sup>. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”<sup>29</sup>

La CIDH ha desarrollado que el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación constituye un principio básico y general de la protección de los derechos humanos, razón por la cual es contrario a la Convención cualquier tratamiento discriminatorio. Es decir que sin importar cuáles sean las consideraciones, las normas que consagran tratamientos de esta naturaleza son contrarios a las obligaciones internacionales, en este caso, adquiridas por el Estado ecuatoriano. Por tal causa, el trato diferenciado frente a conceptos como reincidencia o peligrosidad no deberían incorporarse como limitantes de derechos.

<sup>25</sup> Énfasis de la autora.

<sup>26</sup> CIDH, *López Álvarez vs Honduras*, 2006, párr. 69.

<sup>27</sup> El presente acápite es una adaptación de la consulta de constitucionalidad de la norma número 49-21-CN, que fue presentada a la Corte Constitucional del Ecuador por la Ab. Paola Campaña Terán, respecto de los artículos 57, 536 inciso final del Código Orgánico Integral Penal; que se encuentra en sustanciación a la presente fecha. El documento correspondiente presenta la situación, y por lo tanto ha sido citado de forma textual y parafraseada.

<sup>28</sup> Énfasis de la autora.

<sup>29</sup> CIDH, OC-4/84, 1984, p. 12.

“268. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, **cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma**<sup>30</sup>. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.”<sup>31</sup>

El derecho a la igualdad y no discriminación corresponde al *jus cogens*, y la CIDH ha establecido que, si bien no se prohíbe todo trato diferenciado, existe una necesidad de identificar cuáles son las razones del mismo, que no puede ser arbitrario ni en detrimento de los derechos humanos.

“184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, **el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens***<sup>32</sup>. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.”<sup>33</sup>

Esta diferenciación solo podría estar legitimada en función del cumplimiento de un fin convencional legítimo, ya que implica una limitación a un derecho.

En el inciso final del artículo 536 se limita el derecho a no recibir un trato discriminatorio en función del pasado judicial. Pese a que la norma pueda presentarse como neutral, la incorporación en la normativa penal del artículo 57 que identifica qué debe entenderse por reincidencia y su aplicación en concordancia con la norma anteriormente indicada, no encuentran un fin constitucional legítimo y únicamente limitan derechos a un grupo de personas que cumplen con estas características, sin que pueda identificarse primero la finalidad convencionalmente válida y la proporcionalidad del medio empleado con la obtención del fin.

“219. En este sentido, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.”<sup>34</sup>

La norma crea una discriminación de *jure*, que se enfoca en el análisis de una condición particular de imputado por un delito, que limita un derecho y genera un trato desigual respecto de otros justiciables que, aunque comparten su situación, no comparten sus características de registro de ofensas previas, y que hace que sea de hecho tratado de forma diferente, por exigencia de la Ley. La CIDH, ante estos presupuestos, incluso invierte la carga de la prueba en perjuicio del Estado. Como consecuencia, le correspondería al país demostrar que las limitaciones impuestas no ocasionan un efecto discriminatorio, que persigue un fin convencionalmente válido y que la afectación realizada a los derechos tiene una justificación en cuanto a su proporción en relación con el fin propuesto.

“286. El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que **los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos**

30 Énfasis de la autora.

31 CIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, 2010, párr. 268.

32 Énfasis de la autora.

33 CIDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, 2005, párr. 184.

34 CIDH, Caso Espinoza González Vs. Perú, 2014, párr. 219.

**discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.** [...] Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una **inversión de la carga de la prueba**<sup>35</sup><sup>36</sup>.

## 5. El activismo judicial como mecanismo de transformación de la justicia penal en el Ecuador

El modelo garantista que se ha planteado nuestro país exige que se intervenga en los siguientes aspectos: la teoría del derecho, la teoría política, la teoría de la interpretación y la aplicación de la ley; y en la metateoría del derecho.

“a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.” (Ferrajoli 2006, 20)

En el plano de la teoría de la interpretación y la aplicación de la ley, el modelo propone que se redefina el papel del juez, quien no puede mantenerse como la boca de la ley, sino pasar a revisar las formas y condiciones

de sujeción a la ley, a fin de identificar y denunciar las contradicciones y lagunas del sistema.

“Ésta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas, y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.” (Ferrajoli 2006, 26)

El juez, como garantista, ya no debe sujeción pura a la letra de la ley. La interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, quien tiene la responsabilidad de elegir los significados válidos que esta presenta, es decir, los compatibles con las normas constitucionales y con los derechos fundamentales. Dicha interpretación debe ser conforme a la Constitución, en la que se pueden identificar contrastes del sistema frente a los cuáles hay el deber de cuestionar la validez constitucional. Todo lo dicho implica una crítica de las leyes inválidas, a través de la denuncia de su inconstitucionalidad. El rol del juez es garantizar los derechos fundamentales y en este rol encuentra su legitimación la jurisdicción, incluso y con mayor frecuencia, si esta defensa debe hacerse en contra de la mayoría (Ferrajoli 2006, 26).

Una vez reconocido este papel de los juzgadores, es necesario identificar si la crítica activa puede efectivamente generar modificaciones en el sistema que vayan más allá de la eliminación de la norma inconstitucional, y para lograrlo tomaremos la sentencia 8-20-CN/21 emitida por la CCE, que declara la inconstitucionalidad del artículo 536 inciso primero del COIP y, en consecuencia, elimina la frase “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”.

La sentencia declaró la inconstitucionalidad de la norma consultada que impedía la revisión de la medida de prisión preventiva; y, en esas circunstancias,

35 Énfasis de la autora.

36 CIDH. Caso Artavia Murillo y otros -Fecundación in vitro- Vs. Costa Rica, 2012, párr. 286.

la norma consultada fue expulsada del ordenamiento jurídico. Pero la sentencia, además, analiza la prisión preventiva como institución, y en el voto de mayoría se tocan los siguientes tres puntos principales. A) se refuerza el carácter procesal e instrumental de la prisión preventiva como medida cautelar y, por lo tanto, su naturaleza mutable en atención a las circunstancias procesales., B) se remarca la excepcionalidad y última ratio de la medida y, en función de estos elementos, se analizan los fines constitucionalmente válidos de ella, que deben responder a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad. C) la Corte señala que la prisión preventiva debe mantener la justificación constitucional durante toda su vigencia y, de esa manera, identifica que la posibilidad de revisión no deber contener excepciones normativas que la limiten.

En el voto concurrente del juez Ramiro Ávila se introducen a la vez los siguientes tres puntos importantes. A) Se liga la consulta y su temática al garantismo penal, al uso racional, excepcional y mínimo del poder punitivo del estado. B) Se analiza el sistema carcelario, su crisis, y la posibilidad de que la sentencia incida de forma positiva en los problemas de hacinamiento. C) Finalmente, aborda temas procesales como la exigencia de arraigos sin respaldo normativo, la igualdad de armas y se ponen en evidencia otros

candados normativos contenidos en el mismo artículo consultado.

En resumen, podemos identificar que la sentencia que produjo la consulta no solo realizó un análisis de la frase eliminada, sino que recalco varios temas. Adicionalmente, provocó efectos que se irradiaron al sistema: hubo un pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia a través de la Resolución 14-2021<sup>37</sup>, en la que se hace énfasis en la obligación de justificación de la necesidad de la medida por parte de la Fiscalía General del Estado y el estándar de motivación.

La Fiscalía General del Estado también realizó un pronunciamiento, quizás más informal, a través de sus mecanismos de comunicación organizacional, en los que instaba a los fiscales a racionalizar los pedidos de prisión preventiva. Sin lugar a dudas, la sentencia provocó varias reacciones entre los operadores jurídicos, y fue ampliamente difundida y comentada. En torno a ella se motivan intervenciones de los procesados y decisiones de los juzgadores que no se limitan únicamente a la adopción o revisión de la prisión preventiva, sino que, incluso, acciones jurisdiccionales de *habeas corpus* han concedido libertades al no mantenerse la justificación constitucional de la prisión preventiva.

## CONCLUSIONES

Las excepciones encaminadas a limitar tanto la revisión de la medida de prisión preventiva como la supresión de sus efectos contravienen el carácter de última ratio de la medida consagrado en la CRE y los principios establecidos por la CIDH en su jurisprudencia.

El que se haya establecido que la privación de libertad no debe ser la regla general en nuestra Constitución obliga al país a adaptar su legislación a los principios que rigen la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad y garantizar los derechos de los procesados.

Para imponer prisión preventiva, el juez debe aplicar los principios analizados a fin de no vulnerar los derechos de las personas procesadas y de que las órdenes de privación de libertad no se tornen arbitrarias. Cuando se plantean excepciones a la revisión y suspensión de los efectos de la prisión preventiva, el juez se ve en la imposibilidad de realizar un análisis que se ajuste a los estándares internacionales de protección anteriormente expuestos.

El juez está en la obligación, en un sistema garantista penal como el que plantea nuestra Constitución, de adoptar un papel de garante de los derechos

<sup>37</sup> La resolución 14-2021 estableció que “La prisión preventiva debe justificarse correctamente y de conformidad con la ley. Se ordenará solo si se ha demostrado que la persona investigada podría fugarse, caso contrario, se deben dictar otras medidas menos severas para garantizar su presencia al juicio”.

fundamentales. Por tal motivo no pueden asumirse posiciones de sujeción irrestricta a la ley, sino que deben denunciarse las normas invalidas por inconstitucionales, para que estas sean expulsadas del ordenamiento jurídico y se logre la armonización del sistema.

El camino para esta denuncia en nuestro país es la consulta de constitucionalidad de la norma; ya que, pese a posiciones más liberales que reconocen la existencia de un sistema mixto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador ha reconocido y desarrollado un control concreto de constitucionalidad.

Se evidencia que el activismo judicial puede convertir a los derechos consagrados en la constitución en un cuerpo vivo a través de la activación de las garantías. Así, en el caso analizado, los efectos trascendieron a la simple declaratoria de inconstitucionalidad de la norma consultada y se irradiaron a través de la adopción de resoluciones, pronunciamientos institucionales, discusiones académicas y foros; pero, más importante aún, en la cultura de la comunidad jurídica que

incorporó los temas de fondo que trató la sentencia 8-20-CN/21, y su voto concurrente, al debate jurídico cotidiano.

Del análisis realizado se concluye que los candados legales analizados son inconstitucionales, por esta razón se han realizado las consultas de constitucionalidad a la CCE, que son una fuente del presente estudio. El activismo judicial en la denuncia de las incongruencias del sistema constituye un mecanismo para efectivizar la garantía de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Adicionalmente, la proyección que ha tenido la consulta ya resuelta permite identificar que el ejercicio de las garantías contempladas en nuestra constitución logra generar cambios importantes en los operadores jurídicos.

Como se indicó al inicio, el presente estudio incorporó tres consultas de constitucionalidad, dos de las cuales aún se encuentran en tramitación en la Corte Constitucional del Ecuador; y habrá que analizar el impacto de estas decisiones una vez que sean adoptadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ferrajoli, Luigi. 2006. “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Editado por Luigi Ferrajoli, 15-35. Madrid: Trotta.
- Gómez Pérez, Mara. 2014. “La Jurisprudencia Interamericana sobre Prisión Preventiva”, En *Criterios y Jurisprudencia Interamericana de derechos humanos, influencia y repercusión en la justicia penal*. Editado por Sergio García, Olga Islas y Mercedes Peláez, 206-220. México D.F: Universidad Autónoma de México.
- Maier B.J., Julio. 2011. *Derecho Procesal Penal. Parte General. Actos Procesales. Tomo III*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mir Puig, Santiago. 2014. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Nolasco Valenzuela, José Antonio. 2012. *El Juez Penal. Principios, Deberes y Estándares Probatorios en la Decisión Judicial*. Lima: Ara Editores.
- Normativa y jurisprudencia**
- Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
- Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Consulta de constitucionalidad de norma número 8-20-CN. Corte Constitucional del Ecuador.
- Consulta de constitucionalidad de norma número 31-21-CN. Corte Constitucional del Ecuador.
- Consulta de constitucionalidad de norma número 49-21-CN. Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.º OC/4 84, 19 de enero de 1984.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 034-13-SCN-CC, 30 de mayo del 2013.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 001-16-PJO-CC, 22 de marzo de 2016.
- \_\_\_\_\_, Sentencia N.º 10-18-CN/19 Voto Concurrente Ramiro Ávila Santamaría, 12 de junio del 2019.
- \_\_\_\_\_, Sentencia número 8-20-CN/21, 18 de agosto del 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Tibi vs. Ecuador, 7 de septiembre del 2004.
- \_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, 17 de noviembre del 2009.
- \_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Acosta Calderón vs Ecuador, 24 de junio del 2005.
- \_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Palamara Iribarne vs Chile, 22 de noviembre del 2005.
- \_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso López Álvarez vs Honduras, 1 de febrero del 2006.
- \_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12 de noviembre del 1997.

\_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Comunidad indígena Xakmok Kaser vs. Paraguay, 24 de agosto del 2010.

\_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Yatama vs. Nicaragua, 23 de junio del 2005.

\_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Espinoza González vs. Perú, 20 de noviembre del 2014.

\_\_\_\_\_, Sentencia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, 28 de noviembre del 2012.

Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokyo), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.