

ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA PERSPECTIVA GARANTISTA
Un estudio sobre sus categorías relevantes en el ordenamiento jurídico
ecuatoriano y Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ANALYSIS OF THE PREVENTIVE DETENTION FROM THE STANDARD MÍNIMUM
RULE APPROACH
A Study on its Relevant Categories in the Ecuadorian Legal System
and the Inter-American Human Rights System

ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA COM UMA PERSPECTIVA DE GARANTIA
Um estudo sobre suas categorias relevantes no ordenamento jurídico
equatoriano e Sistema Interamericano de DH

*Marcella da Fonte Carvalho**

Recibido: 30/V/2022
Aceptado: 22/VII/2022

Resumen

Este artículo tiene como finalidad revisar las categorías analíticas relevantes y los principios generales aplicados a la prisión preventiva en el marco jurídico ecuatoriano, así como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese sentido, el objetivo de esta investigación es orientar al juzgador hacia una aplicación excepcional de esta medida cautelar enmarcada en una perspectiva garantista de derechos en observancia de las particularidades del “test de proporcionalidad” generado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La propuesta planteada en este estudio culmina con algunas conclusiones que optimizan la aplicación de las garantías al imputado, a fin de asegurar la eficacia del proceso judicial, así como el cumplimiento de la obligación estatal de garantía de acceso a la justicia por medio del principio de tutela judicial efectiva.

Palabras clave: Prisión preventiva; Categorías analíticas; Principios aplicados; Orden jurídico ecuatoriano; Sistema interamericano; Perspectiva garantista; Test de proporcionalidad; Principio de tutela judicial efectiva

Abstract

The purpose of this paper is to review the relevant analytical categories and the general principles applied to Preventive Detention in the Ecuadorian legal rule, as well as in the Inter-American Human Rights System. In this sense, the aim of this paper is to guide the judge towards an exceptional application of this precautionary measure framed in an guaranteeing approach of rights in observance of the particularities of the “Proportionality test” ruled by the IACHR. The proposal raised in this paper culminates with some conclusions that optimize the application of the guarantees of the accused criminal, in order to ensure the effectiveness of the judicial process, as well as compliance with the State duty to guarantee access to justice through the principle of effective judicial protection.

Key words: Preventive detention; Analytical categories; Applied principles; Ecuadorian legal rule; Inter-American System; Guarantee approach; Proportionality test; Principle of effective judicial protection

* Es abogada, perita académica de la Corte IDH por Ecuador, docente titular en Derecho Penal en la Universidad de las Américas y docente invitada en la Universidad Andina Simón Bolívar; anteriormente fue docente en las facultades Marista y Mauricio de Nassau en Pernambuco Brasil. Es posgraduada en Derecho Administrativo por la Universidad Federal de Pernambuco, PhD. en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino. Su trabajo de investigación se centra en género y Derecho Penal. Es también articulista en varias revistas jurídicas, coautora de varias obras jurídicas y revisora par de la revista estudios jurídicos Cálamo. Correo electrónico: marcella.dafonte@udla.edu.ec

Cómo citar este artículo: Da Fonte, Marcella. 2022. “Análisis de la prisión preventiva desde la perspectiva garantista”. Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 17: 69-81.

Resumo

Este artigo tem como finalidade analisar as categorias analíticas de relevância e os princípios gerais aplicados a prisão preventiva no ordenamento jurídico equatoriano, assim como, no sistema interamericano de direitos humanos observando as diretrizes do “teste de proporcionalidade” gerado pela Corte IDH. Nesse sentido, o objetivo desta pesquisa é orientar o juiz quanto a aplicação excepcional desta medida de carácter cautelar inserida numa perspectiva de garantia de direitos. A proposta plasmada nesse estudo se finaliza com algumas conclusões que otimizam a aplicação

de garantias ao imputado assegurando a eficácia do processo judicial, assim como, o cumprimento da obrigação estatal de garantia de acesso à justiça por meio do princípio de tutela judicial efetiva.

Palavras chave: Prisão preventiva; Categorias analíticas; Princípios aplicados; Ordenamento jurídico equatoriano; Sistema interamericano; Perspectiva de garantias; Teste de proporcionalidade; Princípio de tutela judicial efetiva

INTRODUCCIÓN

La Constitución ecuatoriana de 2008, en el marco de la concepción garantista dispone, en el art. 77, que la regla de la excepcionalidad de la privación de libertad es el derecho humano a la libertad es fundamental. En este sentido, se puede vislumbrar que en el orden constitucional las premisas valorativas deben estar conectadas con principios rectores de los derechos humanos con repercusión en el derecho penal y procesal.

Esa justificación es la planteada por el garantismo penal como un modelo normativo de derechos sostenido por una teoría jurídica de validez y eficacia, con base en una filosofía política que justifica bienes e intereses tutelados y garantizados por parte del Estado mediante el Derecho Penal (Ferrajoli 2011, 851-4), entre ellos la libertad.

A raíz de la reforma procesal latinoamericana, en el año 2001, con las modificaciones al código de procedimiento penal en Ecuador, se incorporan las directrices constitucionales al sistema procesal, que pasa a ser acusatorio, adversarial y oral, con las figuras del procedimiento directo y abreviado. Si bien es cierto

que el nuevo sistema por un lado agiliza los trámites procesales y los cortos plazos sugieren celeridad en la resolución de conflictos, su contracara corresponde a una realidad que muchas veces genera en el Estado segregación social con el rostro de un sistema carcelario como regla (Krauth 2018, 18).

Desde esta lógica, el objetivo de este artículo es trazar un recorrido sobre la prisión preventiva para diagnosticar cómo y en qué casos esta debe tener lugar en un sistema de justicia que anuncia el garantismo como una de sus banderas.

Con la finalidad de desarrollar el objetivo planteado se hace un análisis teórico-legislativo sobre la prisión preventiva en el sistema ecuatoriano, además de un análisis de algunas sentencias de la Corte IDH para identificar la aproximación conceptual, requisitos y principios rectores que sirven como categorías analíticas o parámetros útiles, que profundizan la comprensión y aplicación de esta medida cautelar desde un enfoque garantista en el orden jurídico interno ecuatoriano.

PRISIÓN PREVENTIVA: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Para desarrollar un hilo conductor lógico es necesario buscar una aproximación conceptual y, para lograr tal fin, es imprescindible ubicar la naturaleza

jurídica de la prisión preventiva que corresponde a una tutela o instrumento cautelar realmente útil para garantizar las directrices del proceso y juicio (CEJA

2009, 24-5). En ese sentido, según los adeptos de la teoría unitaria¹, la prisión preventiva tiene por fin garantizar la eficacia de las providencias procesales, y deberá atender a requisitos generales como *fumus boni iuris* (aparición de buen derecho) y el *periculum in mora* (peligro demora procesal) (De Siqueira Cruz 2015, 646).

Para otra corriente distinta, que defiende dentro del proceso penal una teoría general para la prisión preventiva, esta debe atender a otros requisitos como el *fumus commissi delicti* (existencia de indicios de criminalidad) y el *periculum libertatis* (peligro de fuga u ocultación por parte del autor de un delito) (De Siqueira Cruz 2015, 647).

Desde esta discusión es importante acordar que la prisión preventiva brinda al operador de justicia la posibilidad de asegurar, dentro de expectativas razonables, una respuesta judicial efectiva en el marco de un proceso. Por este motivo, los requisitos citados de la teoría unitaria, desde nuestra percepción son incompletos, y no son coherentes con el hilo conductor de un derecho procesal penal dentro de un sistema garantista, toda vez que la libertad es uno de los bienes jurídicos más importantes para las personas y la privación de esta, aunque solo sea de carácter provisorio, afecta este derecho humano fundamental.

Así, es importante recalcar la naturaleza jurídica cautelar o provisional de la prisión preventiva, para plantear una aproximación conceptual a este modelo de privación de libertad. Desde este enfoque de medida cautelar, según Jauchen, la prisión preventiva puede ser entendida como una medida excepcional de coerción personal de la más alta lesividad en todo el sistema procesal (2012, 568).

En sentido similar, Roxin defiende que las directrices del proceso penal del futuro “deben observar algunos criterios como: aplicación de institutos orientados a reparaciones de un efectivo daño social, criterios de *ultima ratio* y salvaguardia de libertades” (Roxin 2007, 1999-200), y también recalca el penoso carácter

del proceso penal, tanto para la víctima como para el victimario.

La CIDH define la prisión preventiva como “el período de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previa a una sentencia firme”². Esta institución jurídica se caracteriza por ser una medida cautelar de carácter personal que no puede ni debe extenderse indefinidamente. La manera en que esta medida privativa de libertad es aplicada dentro de los Estados es una evidencia del eficiente funcionamiento de sus sistemas de justicia, los cuales constituyen pilares fundamentales de la sociedad democrática (Gómez López 2014).

De esta definición se extraen algunos elementos útiles para la comprensión de la prisión preventiva:

1. Naturaleza cautelar – *fumus commissi delicti* (existencia de indicios de criminalidad) y el *periculum libertatis* (peligro de fuga u ocultación por parte del autor de un delito), para que sea decretada;
2. Excepcionalidad – esta medida constituye una excepción de la regla, es decir que, dentro de un proceso penal, la prisión preventiva debe ser decretada como la única alternativa posible para garantizar la adecuada resolución del conflicto.
3. Instrumentalidad – sirve como instrumento para garantizar derechos de las víctimas dentro de un proceso penal.

Podemos sugerir, a modo de aproximación conceptual, que la prisión preventiva debe ser considerada como una especie de prisión procesal de carácter cautelar y excepcional que debe ser decretada como último recurso para garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos de la víctima. Las directrices de aplicabilidad de este modelo de prisión conducen a una efectiva y rápida solución de un conflicto penal instrumentalizado.

Además, el carácter excepcional lleva a la idea de que la prisión preventiva solo puede ser utilizada como

¹ La teoría unitaria corresponde a una teoría general única dentro del proceso como un todo.

² OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/13 30 diciembre 2013. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, párr. 37.

última ratio, de lo contrario vulneraría el principio de presunción de inocencia o este estatus jurídico reconocido constitucionalmente.

Es importante anotar que, cuando trata de la excepcionalidad de la prisión preventiva, la CIDH, al interpretar el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que esta característica

se justifica de dos formas: cuando el imputado intenta eludir la justicia o cuando hay intento de entorpecer o imponer barreras a la investigación judicial. Una vez precisados los elementos que ayudan a obtener una adecuada comprensión de la prisión preventiva, es importante identificar el desarrollo de sus categorías de análisis consideradas en el sistema interamericano de protección de derechos.

CATEGORÍAS ANALÍTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El Derecho Internacional ha centrado su atención en establecer límites a la aplicación de la prisión preventiva, dadas sus amplias repercusiones en el derecho humano a la libertad personal y su estrecha conexión con las garantías del debido proceso. En dicho contexto, es necesario resaltar dos principios que deben guiar a las autoridades competentes a la hora de dictar una medida de esta naturaleza.

En primer lugar, dado que la prisión preventiva implica la privación de la libertad de una persona que no cuenta con una sentencia condenatoria, su aplicación trae consigo cuestionamientos acerca de la vigencia de la presunción de inocencia. Este principio, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11, numeral 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, numeral 2), y Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, numeral 2), establece que toda persona debe ser tratada como inocente mientras no se determine su responsabilidad en aquello que se le imputa.

Desde la doctrina, se ha sostenido que “la presunción de inocencia no significa que no se le puede aplicar al imputado ningún tipo de medida coercitiva durante el proceso, ya que ello podría imposibilitar el adecuado desarrollo del proceso penal. No obstante, la presunción de inocencia debe influir como una directriz para regular de la prisión preventiva” (Gómez López 2014).

Es importante recalcar que la idea de presunción de inocencia puede converger con un estatus jurídico y no meramente con un principio, toda vez que su

objetivo principal es contrarrestar la idea de punibilidad y concretar postulados del garantismo penal tales como: el neoconstitucionalismo, el principio *pro persona*, el principio de control de convencionalidad, la dignidad humana, el derecho a la seguridad personal, el principio de legalidad, culpabilidad, *pro reo*, entre otros rectores del proceso penal (Aguilar 2015).

En ese sentido, la inocencia presumida sea como estatus jurídico, principio o derecho constitucional de dimensión procesal, produce efectos concretos a la hora de realizar la valoración probatoria en el proceso penal. En efecto, la prueba debe ser practicada en base a ciertos principios como el contradictorio, la inmediación y la publicidad, con la finalidad de optimizar la aplicación de los postulados y exigencias del garantismo penal tales como el debido proceso (Reyes 2012).

En segundo lugar, el principio de excepcionalidad, consagrado tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.3), como en Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas privadas de libertad en las Américas (Principio III, punto 2), impone a los Estados la obligación de asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general y que la prisión preventiva sea dictada solo cuando las circunstancias del caso lo ameriten. De esta forma, se prohíbe el uso arbitrario e indiscriminado de esta medida cautelar dentro de los aparatos de justicia de los Estados. Sobre este punto, la Corte IDH señaló en el Caso Tibi vs Ecuador 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, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.” (Corte IDH 2004, párr. 106)

La conexión entre los principios de inocencia y excepcionalidad puede observarse en el texto del artículo 9 de la Declaración francesa de derechos humanos de 1789, que expresa que “todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable; por ello, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”. En este sentido, se puede afirmar que es la excepcionalidad de la prisión preventiva la que permite que la aplicación de esta medida no constituya per se una violación al principio de presunción de inocencia.

Por otro lado, en la jurisprudencia interamericana se pueden observar algunas reglas acerca de este tipo de medida excepcional:

1. **La prisión preventiva debe ser proporcional:** Según esta regla, una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que esta medida de coerción procesal sea igual o más grave para el imputado que la pena a la que pudiere ser condenado. En ese orden de ideas, no se debe autorizar

la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y aquella debe cesar cuando se ha excedido una duración razonable de la misma (Corte IDH 2009, párr. 122).

2. **La prisión preventiva debe ser necesaria para ser aplicada:** La Corte IDH ha señalado que el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existen indicios suficientes sobre la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para el desarrollo eficiente de las investigaciones (Corte IDH 2005, párr. 198).
3. **La prisión preventiva no puede estar determinada únicamente por las características del delito imputado:** En el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, la Corte IDH señaló que no se puede limitar el derecho a la libertad de las personas solamente por el tipo de delito que se imputa (1997). Así mismo, dicho Tribunal indicó que: “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no constituyen por sí mismos una justificación adecuada para dictar una medida de prisión preventiva” (Corte IDH 2006, párr. 69).

Finalmente, la normativa internacional exige que los Estados reglamenten la prisión preventiva de manera legal, en cumplimiento de los principios y reglas ya detallados (Corte IDH 1997, párr. 77). Tal como se abordará a continuación, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha regulado históricamente su evolución y su contexto.

REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR: REQUISITOS Y ESPECIFICACIONES

Dentro del marco legal vigente entre los años 1983 y 2000, se preveían: “medidas cautelares con el fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, motivos por los cuales, el Juez podía ordenar dichas medidas de carácter preventivo, las cuales eran de dos tipos personal o real” (Código de Procedimiento Penal, Art.

170). En cuanto a las medidas cautelares preventivas de carácter personal se encontraban la detención y la prisión preventiva (Código de Procedimiento Penal, Art. 171). “La detención era dispuesta por la autoridad competente con el objeto de investigar la comisión de un delito, antes de iniciada la respectiva acción penal, la cual no excedería de cuarenta y ocho horas” (Art. 173); “el juez competente podía ordenar la detención

de una persona, sea por conocimiento personal o por informes verbales o escritos de los agentes de la policía nacional o de la policía judicial o de cualquier otra persona, que establezcan la constancia del delito y las correspondientes presunciones de responsabilidad. Para el cumplimiento de la orden de detención se entregaba una boleta a un Agente de la policía nacional o de la policía judicial, misma que contenía los motivos de la detención; el lugar y la fecha en que se la expide; y, la firma del juez competente” (Art. 172).

En caso de que un detenido hubiera intervenido en el delito que se investigaba, se iniciaba el respectivo proceso penal, y si era procedente, se dictaba auto de prisión preventiva. En dicho auto se debían precisar los fundamentos que daban paso a la orden de prisión, tales como que los indicios hicieran presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad, y también los indicios que hicieran presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso (Código de Procedimiento Penal, Art. 177).

“Si el delito objeto del proceso era de aquellos sancionados con una pena que no excedía de un año de prisión y que el acusado no había sufrido condena anterior, el Juez se abstendría de dictar el auto de prisión preventiva, independientemente de la pena que pudiera imponer en la sentencia” (Código de Procedimiento Penal, Art. 179). “Así también no se emitía el auto de prisión preventiva, o se revocaba el que se hubiese dictado, en los procesos que tenían por objeto delitos sancionados con prisión, cuando el sindicado o el procesado hubieran rendido caución a satisfacción del Juez competente, misma que podía consistir en fianza, prenda o hipoteca” (Art. 180). Cabe manifestar que en los casos de reincidencia específica no se admitía dicha caución (Art. 181).

Entre el 13 de enero de 2000 y el 10 de febrero de 2014, estuvo vigente el Código de Procedimiento Penal, el cual, al igual que su antecesor, disponía que las finalidades de las medidas cautelares eran garantizar la inmediatez del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido. Sobre esta base, el juez podría ordenar una o varias medidas

cautelares de carácter personal y/o de carácter real. Además, adicionaba a la normativa anterior que “en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se debían adoptar siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederían en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fuera suficiente para evitar que el procesado eludiera la acción de la justicia, y por último la legislación anterior, prohibía expresamente la disposición de medidas cautelares no previstas en este Código” (Art. 159).

El fiscal del caso debía demostrar la necesidad de la aplicación de la prisión preventiva mediante una solicitud que contenía los datos personales del procesado o, si se ignoraban, los que servirían para identificarlo, una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le imputan y su calificación delictiva; la fundamentación clara y precisa de cada uno de los indicios que presuman la responsabilidad penal del imputado en el cometimiento del delito; así como la cita de las disposiciones legales, aplicables al caso (Código de Procedimiento Penal, Art. 168). El juez de garantías penales rechazaría la solicitud de prisión preventiva que no estaba debidamente motivada (Art. innumerado), pero si el juez de garantías penales lo creía necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, podía ordenar la prisión preventiva, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos:

- “1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.” (Código de Procedimiento Penal, Art. 167)

La medida cautelar de prisión preventiva, desde el inicio de la instrucción fiscal, debía ser resuelta en

audiencia oral, pública y contradictoria; para tal efecto, el juez de garantías penales convocaba a los sujetos procesales en el término de hasta cinco días a audiencia. La parte que pretendía valerse de un elemento de convicción tendría la carga de su presentación en la diligencia, la cual, sin embargo, no podría suspenderse por falta de tal elemento. El juez de garantías penales escuchaba en primer lugar al fiscal, luego concedía la palabra a la contraparte y promovía el debate sobre los puntos litigiosos de los elementos presentados. Asimismo, el operador de justicia “decidía en la misma audiencia exclusivamente sobre lo solicitado, lo debatido y aquello que resultaba directa y procesalmente relacionado, toda convocatoria a audiencia llevaba la prevención que de no asistir el defensor particular del sospechoso o procesado, actuaría en su lugar el defensor público, designado por el juez de garantías penales en la misma providencia que contenía tal convocatoria. Al finalizar la audiencia se redactaba un extracto de la audiencia, la cual contenía la identidad de los participantes, los puntos propuestos y debatidos y lo resuelto por el juez de garantías penales” (Código de Procedimiento Penal, Art. Innumerado).

Además, la prisión preventiva dispuesta por el juez de garantías penales “no podía exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. En ambos casos, el plazo que operaba la caducidad se contaba a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. Si se excediesen esos plazos, la orden de prisión preventiva quedaría sin efecto, bajo la responsabilidad del juez de garantías penales que conociese la causa” (Código de Procedimiento Penal, Art. 169).

Así, “cuando se excedían los plazos dispuestos por las normas constitucionales y del Código del Procedimiento Penal y se producía la caducidad de la prisión preventiva, concediéndose, como consecuencia de ello la libertad de quien se hallase efectivamente privado de ella, el juez de garantías penales o Tribunal de Garantías Penales competente, remita obligatoriamente e inmediatamente el expediente completo de cada caso al Consejo Nacional de la Judicatura, órgano que llevaba un registro individualizado de estos hechos. Pero no se consideraba, excedido el plazo de caducidad de

prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, hubiese evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva” (Código de Procedimiento Penal, Art. 169).

La prisión preventiva podría ser revocada o suspendida en los siguientes casos:

- “1. Cuando se hubieren desvanecido los indicios que la motivaron;
2. Cuando el procesado o acusado hubiere sido sobreseído;
3. Cuando el juez considere conveniente su sustitución por otra medida preventiva alternativa; y,
4. Cuando su duración produzca la caducidad de la prisión preventiva.” (Código de Procedimiento Penal, Art. 170)

El 10 de febrero de 2014 entró en vigencia el Código Integral Penal (COIP), el cual dispuso, entre otras medidas cautelares, la prisión preventiva, con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena. La o el fiscal podría solicitar a la o al juzgador, de manera fundamentada, que ordenase la prisión preventiva, la cual sería adoptada en audiencia oral, pública y contradictoria de manera motivada (COIP, Art. 549), siempre que concurrieran 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 y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprendería que las medidas cautelares no privativas de la libertad eran insuficientes y que sería necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trataba de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.” (COIP, Art. 534)

Además, es importante destacar que la prisión preventiva podría ser sustituida por medidas cautelares tales

como: prohibición de ausentarse del país, obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conocía el proceso o ante la autoridad o institución que designaba, arresto domiciliario, dispositivo de vigilancia electrónica, y detención ((COIP, Art. 522). No cabía dicha sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años y, si el procesado incumplía con la medida sustitutiva, la o el juzgador la dejaría sin efecto y en el mismo acto ordenaría la prisión preventiva (COIP, Art. 536). Así mismo no sería procedente ordenar la prisión preventiva cuando se tratase de delitos de acción privada, contravenciones o delitos sancionados con penas privativas de libertad que no excediesen de un año (COIP, Art. 539).

Así, la existencia de las medidas cautelares dentro de los procesos penales parte de la existencia de indicios de verosimilitud de las pretensiones de criminalidad de la parte que la solicita (*fumus commissi delicti*), y del hecho de que el dictado de la medida cautelar esté justificado a través del riesgo procesal de la efectividad del proceso que coincide con la idea de razonabilidad del plazo. La existencia de indicios claros de la comisión del delito imputado y la necesidad de la prisión preventiva para asegurar la comparecencia del imputado en el proceso han sido requisitos permanentes en la regulación de esta medida cautelar dentro de los

Códigos de Procedimiento Penal de 1983³, 2000⁴ y el Código Orgánico Integral Penal⁵.

En la reforma penal de diciembre de 2019, en el art. 522, capítulo segundo, referente a las medidas cautelares, se contempla la prisión preventiva como última modalidad de estas. Asimismo, su finalidad y requisitos, carácter excepcional, reglas referentes a la revocatoria, sustitución, suspensión, improcedencia y caducidad fueran contempladas en la última reforma al COIP (Arts. 534-41). Del análisis histórico de la legislación ecuatoriana se puede desprender que la prisión preventiva ha tenido siempre un carácter *excepcional*, ya que, para dictar este tipo de medida privativa de la libertad, la normativa jurídica ecuatoriana ha establecido de manera constante requisitos rigurosos. Se debe remarcar que, en el año 2014, se emitió el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el cual se introdujeron algunas reformas relativas a la prisión preventiva que sustancialmente fortalecían su carácter de medida cautelar excepcional; sin embargo, la praxis jurídica mostró otra realidad, que empezó a desnudarse de forma intensa a raíz de la pandemia ocasionada por el Covid-19⁶.

Destacados los requisitos y especificaciones sobre el instituto de la prisión preventiva en Ecuador, es importante delinear los principios generales aplicados a esta modalidad de prisión cautelar.

3 Código de Procedimiento Penal de 1983. "Art. 170.- A fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el Juez podrá ordenar medidas cautelares (preventivas) de carácter personal o de carácter real." Art. 177.- El Juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: 1.- Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y, 2.- Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso. En el auto se precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión".

4 Código de Procedimiento Penal de 2000. "Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio".

5 Código Orgánico Integral Penal. "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 al juzgador, de manera 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 y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador, para resolver sobre la prisión preventiva, deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad."

6 La crisis sanitaria nos mostró que uno de los mayores nudos críticos relativos al hacinamiento tiene relación directa con el abuso del uso de la prisión preventiva por los operadores de justicia, que incrementa considerablemente los índices de personas privadas de libertad en todas las cárceles del país. Un estudio realizado por la Defensoría Pública de Ecuador indica que, en el 92% de los casos donde se decretó la prisión preventiva, no había fundamentación para la resolución (Krauth 2018). También, otro estudio presentado a la Asamblea Nacional reveló que el 37,15% de las personas privadas de libertad no tienen una sentencia condenatoria que respalde su detención (Asamblea General del Ecuador, Sesión 695-Comisión General, 01-03-2021. <https://www.youtube.com/watch?v=LSKPhpg8CRo>).

PRINCIPIOS GENERALES APLICADOS A LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA PERSPECTIVA GARANTISTA DE DERECHOS

Antes de puntualizar los principios generales aplicados a la prisión preventiva, es necesario definir el concepto de principio para determinar su alcance.

Para Alexy, los principios son normas que orientan al aplicador, pero su carácter es de ponderación y no de exclusión, como criterio que debe ser utilizado por las reglas (Alexy 2002, 83). En ese sentido, entendemos que los principios son herramientas que sirven como garantías establecidas por la Constitución y los tratados y convenios internacionales, y tienen la finalidad de proteger los derechos subjetivos de los individuos por medio de mecanismos de ponderación y no de exclusión. Es decir que, en un caso concreto en que se vulnera un derecho o varios derechos, estas violaciones pueden ser reparadas con el uso de uno o varios principios que legitiman la regla, en ese caso, legislativa y judicial (Ávila 2013, 54-5).

Desde el concepto utilizado por Alexy, es importante recalcar el alcance de los principios como herramientas de aplicación o mandatos de optimización útiles para ponderar y precisar derechos humanos fundamentales. Así, podemos destacar algunos principios que deben servir de norte al operador de justicia, cuando este tenga que pronunciarse sobre la aplicación la de la prisión preventiva en los casos concretos.

Entre ellos destacamos los principios de inocencia, motivación y tutela judicial efectiva, que deben ser considerados por el operador de justicia en el momento de la decisión acerca de la prisión preventiva; sin embargo, no constituyen requisitos, sino más bien categorías analíticas útiles para la valoración de la pertinencia o no de aplicar esta medida cautelar.

El principio de inocencia, además de contemplado por los tratados internacionales, está previsto tanto en la Constitución de la República cuanto en el Código Orgánico Integral Penal, razón por la cual es considerado como un verdadero derecho humano fundamental de los individuos. Desde esta óptica, tal principio puede ser definido como un axioma jurídico que

establece la idea de no culpabilidad de las personas (Jara 1999, 41-5). Constituye una verdadera garantía atribuida a los individuos que fue establecida como una forma de equilibrio frente a los abusos y excesos del *ius puniendi*.

Existe una discusión sobre si el principio de inocencia constituye un obstáculo para la aplicación de la prisión preventiva. Entendemos que no, toda vez que, como se indicó en líneas anteriores, esta medida cautelar debe caracterizarse por la excepcionalidad y razonabilidad del plazo, así como por un análisis estricto de los requisitos legales que la autoricen.

Otro punto relevante que se debe abordar en esta discusión es si la inocencia es un principio, una garantía o un estatus jurídico; aunque, por principio y según la postura de Alexy, es un mandato de optimización. Por otro lado, en la medida en que es una garantía, podemos categorizarla como una herramienta de operatividad que asegura el derecho a la libertad; y, en cuanto estatus jurídico, la presunción de inocencia podría ser considerada como un estado que torna viable la calidad de inocente de un individuo.

Finalmente, entendemos que catalogar la inocencia como principio, garantía o estatus jurídico del procesado no es esencial para fomentar el debate jurídico, toda vez que, desde sus distinciones ontológicas y conceptuales, estas categorías pueden ser comprendidas de forma conjunta, y que no necesariamente son excluyentes (Márquez 2021).

Otro principio es el de motivación, que es utilizado como uno de los pilares de la argumentación jurídica, toda vez que constituye una de las exigencias lógicas del Estado constitucional, pues se caracteriza como un verdadero límite a los excesos y arbitrariedades vislumbrados en las decisiones judiciales.

Según Atienza, “la motivación consiste en explicar o mostrar las causas –los motivos– de la decisión o, aportar razones que permitan considerar una decisión

como correcta o aceptable” (1994, 84). En esa línea de pensamiento, se entiende la motivación como el hilo argumentativo desarrollado en los pronunciamientos de las autoridades judiciales y como una de las expresiones que conducen a la seguridad jurídica. Así, todo acto de contenido decisorio debe ser debidamente motivado, toda vez que refleja las causas o lineamientos de las decisiones.

Además, la motivación o justificación de las decisiones judiciales es una de las exigencias de un Estado democrático, dentro del marco garantista de derechos, que asegura la satisfacción de los principios de contradictorio y amplia defensa, y que así permiten propiciar un panorama democrático como contexto de la administración de justicia (Ferrer 2001).

Un acto decisorio debidamente motivado asegura al usuario del sistema de justicia una respuesta adecuada a su pretensión jurídica, además de cumplir con las exigencias del contradictorio y de amplia defensa, y que así se garantice de forma debida el acceso judicial a los ciudadanos.

Por fin, la motivación constituye un acto jurídico esencial e imprescindible para conocer las premisas del razonamiento de la autoridad judicial respecto a la justificación sobre la decisión de prisión preventiva en cada caso concreto. La garantía de motivación conduce a otro principio, que es la seguridad jurídica. Este consiste en la certeza que tienen las personas sobre la aplicación real y efectiva de la legislación. Este principio es contemplado por el art. 82 de la Constitución de Ecuador, y debe servir de norte a la decisión del operador de justicia sobre la pertinencia de la prisión preventiva en un caso concreto.

Otro principio igualmente importante, cuando se discute sobre la prisión preventiva, es el de tutela judicial efectiva, previsto en el art. 75 del texto constitucional ecuatoriano. Este principio debe ser observado como el más importante entre los mencionados, ya que consiste en una adecuada presteza judicial, consistente en seguir los debidos cauces procesales, y que corresponde a una variedad de derechos que deben hacerse presentes dentro de un proceso, como garantía de

aplicabilidad de mecanismos judiciales idóneos y garantía del debido proceso (lapso garantizado para precautelarse un juicio) (da Fonte 2017).

La tutela judicial efectiva posee un contenido y alcance bastante complejos y llenos de criterios que sirven de brújula al operador de justicia en su proceder diario, tales como: el acceso efectivo al sistema de justicia y tribunales, la obtención de resoluciones judiciales argumentadas, motivadas, razonables, de rápida ejecución y amparadas por reglas de derecho procesal vigentes. El plazo razonable, como una de los requisitos de la tutela judicial efectiva, debe ser observado tomando en cuenta los siguientes puntos, según determinó la Corte IDH en el Caso Caranza Alarcón: 1. Grado de complejidad del caso; 2. Impulso procesal por parte de la persona interesada; 3. Acciones u omisiones practicadas por la autoridad judicial; 4. Afectación generada a la persona imputada (2020, 23).

De importancia similar, el principio de motivación mencionado en líneas anteriores es una de las exigencias de la tutela judicial efectiva dentro de un estado de derecho, pues contribuye a asegurar a los usuarios del sistema de justicia un mecanismo de control sobre la actuación de sus operadores.

Adicionalmente, los derechos de las víctimas frente a los imputados también son componentes del principio de tutela judicial efectiva en un proceso penal. En ese sentido, algunos de los fines de la justicia, además de la estricta observancia a los derechos del procesado, consisten en visibilizar y valorar los derechos de las víctimas en los casos penales. Entre ellos están el respecto a la no revictimización, la reparación integral de sus derechos vulnerados y su proyecto de vida, así como el conocimiento de la verdad sobre los hechos del caso.

En esa línea de pensamiento, una de las banderas del garantismo penal es el respeto a los principios constitucionales e internacionales que, por un lado, respaldan la libertad del imputado y, por el otro, tratan de corregir las vulneraciones a los derechos de las víctimas. Así, se debe contrapesar entre aquellos derechos que entran en contradicción en los casos concretos, en

base a las categorías de análisis del test de proporcionalidad generados por la Corte IDH: el fin legítimo de la prisión preventiva, su necesidad, la proporcionalidad de esta medida y, por fin, el criterio temporal, con el objetivo de atender a uno de los principios contemplados por ese garantismo que es la tutela judicial efectiva. Por fin, como la prisión preventiva se trata de

una medida necesaria de carácter excepcional y de estricta necesidad o subsidiariedad, y, por ende, el principio de tutela judicial efectiva va a depender del caso concreto y observado, el criterio de ponderación de principios constitucionales evocado por Pérez Royo puede ser considerado por sobre otros principios jurídicos (2012, 280-1).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como resultado de este artículo, podemos inferir las siguientes conclusiones sobre la prisión preventiva, en el contexto nacional e interamericano de protección de derechos, enmarcado en preceptos garantistas:

- La prisión preventiva es una figura jurídica que debe ser rigurosamente regulada en las legislaciones internas de los Estados, en cumplimiento de las limitaciones establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para su aplicación.
- La discusión acerca de si la inocencia es un estatus jurídico, un principio o una garantía no es esencial para fomentar un debate jurídico, toda vez que, desde sus distinciones ontológicas y conceptuales, estas categorías pueden ser comprendidas de forma unitaria, y no necesariamente excluyente, de modo que conduce a una mera distinción de criterios: rigor dogmático vs. laxitud pragmática.
- Uno de los principales objetivos de esta medida excepcional es permitir que los procesos jurisdiccionales puedan aportar a la verdad procesal y la verdad material sobre la aplicación de la imputación a la persona que efectivamente haya practicado una conducta delictiva (Cafferata Nores, 2005, 49), como verdadera garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, que es una de las características que materializa el acceso a la justicia.
- En el momento de decretar la medida cautelar de la prisión preventiva, el juzgador deberá proceder desde un análisis casuístico. También tomar en cuenta los **requisitos y principios** que otorgan la excepcionalidad de la medida, además de las peculiaridades del caso concreto, a fin de aplicar las particularidades del “test de proporcionalidad” generadas por la Corte IDH, con la finalidad de contrapesar derechos humanos del procesado y de la víctima, y para fundamentar su decisión en el marco garantista.
- En el momento de decretar la medida cautelar de la prisión preventiva, el juzgador deberá proceder desde un análisis holístico y, adicionalmente, tomar en cuenta los requisitos y principios que otorgan la excepcionalidad de la medida, además de las peculiaridades del caso concreto, así como estándares oriundos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, para fundamentar su decisión en el marco garantista.
- Es importante considerar que algunos principios aplicados a la prisión preventiva, tales como inocencia, motivación, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, deben primar sobre otros principios jurídicos, con base en una ponderación realizada por el juzgador, de acuerdo al caso concreto.
- Dado que se trata de una medida cautelar y no de un adelantamiento de la pena, la aplicación de la prisión preventiva no debe contravenir la presunción de inocencia ni el principio de excepcionalidad; más bien, en los casos autorizados debe constituir una garantía de cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva y de sus componentes.
- El aseguramiento de la eficacia del proceso judicial, así como el cumplimiento de la obligación estatal de garantía de acceso a la justicia por medio del principio de tutela judicial efectiva, son fines legítimos que ayudan al juzgador en el dictamen de este tipo de medida excepcional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar López, Miguel Ángel. 2015. Presunción de inocencia: Derecho humano en el sistema penal acusatorio. México: Instituto de la Judicatura Federal.
- Atienza, Manuel. 1994. "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez". *Jueces para la democracia*, N.º 22: 82-86. Acceso: mayo 2021. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552536>
- Ávila Santamaría, Ramiro Fernando. 2013. La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal. Quito: Ediciones Legales, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.
- Cafferata Nores, José I. 2011. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. 2.ª ed. Buenos Aires: Del Puerto.
- CEJA. Ver: Centro de estudios de justicia de las Américas. 2009. Prisión preventiva y reforma procesal en América Latina. Editado por Cristián Riego y Mauricio Duce. Santiago: CEJA.
- Da Fonte, Marcella. 2017. "Interpretación penal creativa. Activismo judicial y garantía de acceso para mujeres víctimas de violencia de género". *Revista Cálamo*, N.º 08, diciembre.
- Díz, Fernando Martín. 2014. "Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N.º 23.
- De Siqueira Cruz, Tatiana P. 2015. "Um breve estudo sobre a natureza jurídica das prisões cautelares (?) no processo penal brasileiro". *Revista eletrônica de Direito Processual*, Vol. 16 (jul/dec), N.º 16. Acceso: mayo 2021. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18031/14322>.
- Devis Echandía, Hernando. 1997. Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Ferrer B. Jordi. 2001. "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales". *Revista Isonomía*, N.º 34.
- Jara, M. 1999. "Principio de Inocencia. El Estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal". *Revista de Derecho*, N.º Especial.
- Jauchen, Eduardo. 2012. Tratado de derecho procesal penal. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Krauth Stefan. 2018. La prisión preventiva en Ecuador. Quito: Defensoría pública de Ecuador. <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>.
- Ferrajoli, Luigi. 2011. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- CIDH. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas". <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/69073>
- _____ 2008. "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas privadas de libertad en las Américas". <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.
- Gómez López, Mara. 2014. La Jurisprudencia Interamericana sobre prisión preventiva. México: UNAM. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3817-criterios-y-jurisprudencia-interamericana-de-derechos-humanos-influencia-y-repercusion-en-la-justicia-penal>

- Márquez, Agustín T. 2021. "Estado jurídico de inocencia en el proceso penal. Rigorismo dogmático vs. Laxitud pragmática". *Revista pensamiento penal (Argentina)*. Enero de 2021. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49678-estado-juridico-inocencia-proceso-penal-rigorismo-dogmatico-vs-laxitud-pragmatica>
- Pérez Royo, Javier. 2012. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Reyes, Sebastián. 2012. "Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno". *Revista derecho (Valdivia)*, vol. 25, N.º 2: 229-247. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200010>
- Rojas Gómez, Enrique. 2002. *La Teoría del Proceso*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roxin, Claus. 2007. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. 1a ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Normativa y jurisprudencia**
- Código de Procedimiento Penal. Ecuador. Registro Oficial 511, de 10 de junio de 1983.
- Código de Procedimiento Penal. Ecuador. Registro Oficial Suplemento 360, de 13 de enero de 2000.
- Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, Registro Oficial 180, 10 de febrero del 2014.
- Corte IDH. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo y Sentencia. 12 de noviembre de 1997.
- _____. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 7 de septiembre de 2004.
- _____. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 22 de noviembre de 2005.
- _____. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 1 de febrero de 2006.
- _____. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 21 de noviembre de 2007.
- _____. Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 17 de noviembre de 2009.
- _____. Caranza Alarcón vs. Ecuador. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 3 de febrero de 2020.
- _____. Opinión Consultiva OC-8/87: El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 30 de enero de 1987.
- ONU. Ver: Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- _____. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor en 1976.
- OEA. Ver: Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", de 22 de noviembre de 1969.