

LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. ELEMENTOS DOCTRINALES Y SU APLICABILIDAD EN LA JUSTICIA ECUATORIANA**THE EXCEPTIONALITY OF PREVENTIVE DETENTION. DOCTRINAL ELEMENTS AND THEIR APPLICABILITY IN ECUADORIAN JUSTICE****AUTORES:** Juan Alcívar Sarango Rodríguez¹Germania Vivanco Vargas²**DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA:** juan.asarango@hotmail.com

Fecha de recepción: 21-05-2018

Fecha de aceptación: 13-07-2018

RESUMEN

La salvaguarda de los derechos de las personas constituye uno de los ejes principales del derecho. En este sentido, la correcta implementación de la prisión preventiva constituye un tema de novedad y permanente discusión por parte de los iuspenalistas. Nuestro objetivo será el analizar el carácter de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su tratamiento doctrinal y en la normativa ecuatoriana. Se utiliza un estudio descriptivo, empleando métodos teóricos como el histórico lógico, el exegético, el analítico sintético y del nivel empírico el análisis de documentos. Los resultados se asocian a la constante preocupación de las ciencias jurídicas en el cumplimiento de las disposiciones que no violenten los derechos humanos de las personas procesadas.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva; derechos humanos; excepcionabilidad.**ABSTRACT**

The safeguarding of the rights of the people constitutes one of the main axes of the law. In this sense, the correct implementation of the preventive prison constitutes a subject of novelty and permanent discussion on the part of the iuspenalistas. Our objective will be to analyze the character of the exceptional nature of pretrial detention and its doctrinal treatment and in Ecuadorian law. A descriptive study is used, using theoretical methods such as the logical historical, the exegetical, the synthetic analytical and the empirical level the analysis of documents. The results are associated with the constant concern of the legal sciences in complying with the provisions that do not violate the human rights of the persons prosecuted.

KEYWORDS: Preventive prison; human rights; exceptionality.

¹ Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los tribunales de la República del Ecuador. Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. Profesor Agregado I de la Universidad Metropolitana del Ecuador.

² Licenciada en Ciencias de la Educación, especialidad Historia y Geografía. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República y Doctor en Jurisprudencia. Doctorante en Ciencias Jurídicas en la Universidad Pontificia Católica de Argentina. Profesora agregada II de la Universidad Metropolitana del Ecuador. E-mail: germanyberth_viv2@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva siempre ha generado un intenso debate dentro del ámbito jurídico, académico y social por varios factores e hipótesis nacientes del tema como: ¿se violentan derechos humanos?; ¿es muy corto o muy prolongado el tiempo de duración de la prisión preventiva?; ¿debe aplicársela como la regla o como la excepción?; ¿es necesaria para garantizar la presencia en el proceso del procesado, para evitar el entorpecimiento de la investigación?

A partir de esas y otras interrogantes, se puede tener como respuesta que la realidad socio-cultural-económica de algunos países de la región exigen se aplique la prisión preventiva de manera general y continua dentro de procesos penales, a fin de asegurar la presencia del procesado en el proceso, el cumplimiento de una posible pena y la protección de las víctimas del hecho delictivo; pues no imponer la medida cautelar personal de prisión preventiva resultaría en una traba para la prosecución de un juicio hasta instancias finales, salvo ciertos tipos penales como los que arremeten contra la administración pública (peculado, cohecho), arribando a una sentencia condenatoria, poseedora de una pena, emitida por un Tribunal competente, misma que sería burlada y no cumplida por quién realizó la conducta típica, antijurídica y culpable, quedando así todo el aparataje de justicia usado y gastado, pero sin conseguir la sanción, reparación y posterior rehabilitación del sujeto activo de la infracción.

Son varios los autores que definen el término de *prisión preventiva*. En nuestro trabajo partiremos y nos guiaremos por el concepto emitido por Falconí (2002), quien expresara:

Es una medida de carácter cautelar personal, que se aplica con el fin de garantizar la investigación de la comisión de un delito y el mantener la inmediación del imputado con el proceso, pero debiéndose tener en cuenta que son personas que gozan de la presunción de inocencia. (p.88)

En los últimos años se ha sufrido una serie de cambios de toda índole, entre los cuales se encuentran los realizados al ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde el más significativo es la aprobación mediante referéndum de la (Constitución, 2008), donde determina una estructura estatal de Derechos y Justicia, lo que obviamente implicó una reforma integral a las leyes vigentes a la época. Esta la carta Magna en su Art. 77 numeral 1, textualmente señala: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso”; con esto, queda en evidencia que la figura de la Prisión Preventiva cambia radicalmente, toda vez que, antes su aplicación se tornó en una regla general y, actualmente, debe ser excepcional o de ultima ratio. Debe tenerse presente también, que el numeral 9 del Art. 77 de la (Constitución, 2008) cuando se refiere a la caducidad de la prisión preventiva, es clara al responsabilizar de la misma a los jueces de garantías penales que la dictaron, lo cual nos da una pauta más, para reducir su aplicación en el caso de los delitos de acción penal pública (únicamente en esos casos procede).

Es menester señalar que, la prisión preventiva es una medida cautelar que tiene un carácter excepcional, el mismo que no se adecua a la realidad fáctica del contexto

jurídico ecuatoriano, por cuanto resultaría innegable la existencia de una sobrepoblación carcelaria, sobre quienes recae la prisión preventiva y que lamentablemente aún no cuentan con una sentencia en firme; ésta población carcelaria no es precisamente copada por sentenciados, sino que evidencia un abuso de la aplicación de la prisión preventiva por parte de los jueces que ejercen justicia penal, siendo que a octubre del 2013, en Ecuador existía una población carcelaria de 24.203 privados de libertad, de los cuales, para diciembre del 2012, sobre el 37% pesaba una detención derivada del uso de la prisión preventiva(WPB, 2014).

Partiendo de lo anterior, nuestro objetivo será el analizar el carácter y la efectividad de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su tratamiento doctrinal y en la normativa ecuatoriana. Se utiliza un estudio descriptivo, empleando métodos teóricos como el histórico lógico, el exegético, el analítico sintético y del nivel empírico el análisis de documentos.

DESARROLLO

Apuntes de partida sobre de la prisión preventiva

La realidad de los países es cambiante y dinámica, por tal razón el Derecho, al ser una ciencia social, no puede ser la excepción del dinamismo y desarrollo de los pueblos. La consecuencia directa, quizá, acudiendo a la teoría positivista, se manifiesta en la elaboración de leyes, procedimientos y políticas, encaminados a salvaguardar los derechos de las personas, con más razón cuando se las ha vejado de un bien jurídico penalmente tutelado, traducido en un derecho fundamental.

Cabanellas (2008) en su diccionario de Derecho Usual definiría a la prisión preventiva como:

La que durante la tramitación de una causa penal se dispone por resolución de juez competente, por existir sospecha contra el detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad, para evitar su fuga u ocultación.
(p.420)

En cualquier caso, tras éste plazo (o antes si desaparecen los elementos que motivaron la orden de prisión preventiva), el imputado ha de ser puesto en libertad por parte de la autoridad que dispuso su detención, según la etapa del proceso penal en que se encuentre.

Será de vital importancia tener en cuenta que, cuando se dicta la prisión preventiva, el procesado de un delito debe ingresar a una prisión durante la investigación criminal, medida cautelar que estará vigente mientras no se desvanezcan los indicios que sirvieron de fundamento para su imposición o arribar a una sentencia absolutoria. Esto se hace cuando existe un evidente riesgo de fuga, que puede poner en peligro el cumplimiento de la pena, en el caso de que el juicio finalizase con una sentencia que declare su culpabilidad.

Si bien, normalmente, la prisión preventiva se decreta cuando no existe otro método eficaz para evitar la fuga del acusado; en la actualidad sería la última opción, aunque en la realidad es la primera opción de operadores de justicia, tanto de los fiscales que la

solicitan como de los jueces que la conceden, dejando de lado otras medidas cautelares de menor entidad, como por ejemplo, el arresto domiciliario o una caución económica (fianza).

En principio, la prisión preventiva es antecedente de la prisión misma como pena. Antes de ser pena, la prisión se utilizaba como *sala de espera* de la pena que se iba a imponer de naturaleza casi siempre extintiva, lo que variaba era la forma de ejecución. Así, la prisión preventiva estaba acompañada de trabajos forzados o era reclusión en calabozos insalubres y enloquecedores.

(Von, 1971) sin embargo consideraría que en sus inicios, la prisión fue siempre una situación de alto peligro, un incremento del desamparo, y con ello un estado previo a la extinción física. Cuando la pena de muerte encuentra su fin (excepción de casos más graves) surge un mejor y más eficaz método (la prisión como pena) para intimidar o corregir, o en fin, para segregar al hombre sin tener que matarlo, la prisión preventiva sigue funcionando como siempre para retener al individuo sujeto a un proceso casi siempre inquisitivo para averiguar la *verdad*; por esto estuvo -sobre todo durante la Edad Media-, acompañada de la tortura. Si la tortura era legal y necesaria, sólo se podía aplicar teniendo al sujeto en prisión preventiva.

Mientras la prisión como pena siguió evolucionando (pozos, fincas enormes de cantera, mazmorras, jaulas, monasterios, torres como la de Londres, la Bastilla), durante la Edad Media la prisión preventiva era importante no en cuanto a la forma sino en cuanto a la necesidad de tener disponible al autor para la investigación, por eso siguió una suerte paralela a la de la pena privativa de la libertad.

Posteriormente, durante la época de transición feudalismo-capitalismo, surge en Europa otro concepto de la prisión como pena; ya no se utiliza sólo para segregar o castigar, sino que pretende la reforma de los reos por medio del trabajo y la disciplina asegurándose su propio mantenimiento surgiendo las *houses of correction* o *bridewells* (siglo XVI) en Inglaterra, y las *rasp-huis* en Holanda como formas de segregación punitiva (siglo XVII) consistentes en poner al preso a raspar rústicamente con una sierra la madera para la elaboración de tintes textiles.

Durante la época colonial la detención jugaba el mismo papel que en la época medieval: era sala de espera hasta que la Santa Inquisición imponía la pena que generalmente era la de muerte, o en su defecto el descuartizamiento, hoguera, estiramiento de miembros, cámara de agua, entre otros.

La prisión preventiva en México según (Zavaleta, 1954):

(...) sigue la misma suerte que la prisión-pena durante la época posterior a la independencia, habiéndose reducido enormemente la pena de muerte en su utilización, y no es sino hasta la Constituyente de 1857 que se separan la prisión preventiva y la *compurgatoria*, debiendo cumplirse en lugares distintos ya que era injusto encerrar juntos a procesados y condenados, porque podían presentarse causas que permitieran la libertad de los primeros. Algunos diputados arguyeron “que tal separación servía para evitar el castigo social. (p.140)

En la legislación ecuatoriana, el (Código de Procedimiento Penal, 1993), ya establece a la prisión preventiva como una medida para evitar la fuga del sindicado o que se estropee el proceso penal, por lo que existe la figura de la detención y de la prisión preventiva. En el primero de los casos la detención no podrá exceder de veinte y cuatro horas, y dentro de este término, de encontrarse que el detenido no ha intervenido en el delito que se investiga, inmediatamente se lo pondrá en libertad. En caso contrario, se iniciará el respectivo proceso penal, y si procede, se dictaba por parte del Juez el respectivo proceso penal, y de igual forma, de ser legal, dictaba el respectivo auto de prisión preventiva.

Vale recalcar que este Código fue expedido en una época meramente inquisitiva de la historia del sistema penal ecuatoriano, en todos los procesos penales optaban los jueces penales por imponer la prisión preventiva a los sindicados, ya que hacían caso omiso a uno de los principios universales más sobresalientes del debido proceso, prácticamente desconocían la presunción de inocencia.

A lo largo de la historia ecuatoriana, la figura de la medida cautelar analizada, sufre una serie de reformas; encontrando la expedición de una nueva (Constitución, 1998), misma que contiene en su Art. 24, literal 8 lo siguiente: *La prisión preventiva no podrá exceder de 6 meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión.*

En enero del año 2003, de manera desmedida y fuera de todo contexto de protección y progresión de derechos, especialmente el derecho a la libertad y a un debido proceso, el Congreso Nacional incorpora al Código Adjetivo Penal, la *Detención en Firme*, medida cautelar de orden personal que se dicta para asegurar la comparecencia del acusado al proceso, que podía ser dictada una vez vencidos los plazos de caducidad de la prisión preventiva, sin tener tiempo de caducidad, es decir, con el retardo judicial que existía (casos penales que duraban años) hubieron personas privadas de su libertad sin sentencia en firme por varios años.

Tuvieron que pasar tres años aproximadamente para solicitar se declare su inconstitucionalidad e incongruencia con varios instrumentos de derechos humanos, suscritos y ratificados por el Ecuador, de tal manera, el Tribunal Constitucional (hoy Corte Constitucional), en el mes de septiembre del 2006, resolvió recobre vigencia la caducidad de la prisión preventiva, establecida en la Carta Magna.

La Constitución de 2008, aprobada en Montecristi en septiembre del mismo año, repite el texto del Art. 24 numeral 8 de la Constitución que la antecedía, agregando y dotándole a la prisión preventiva de un carácter *excepcional*, es decir que solo se la debe aplicar en los casos en que las otras 12 medidas cautelares personales no privativas de libertad que establecían el extinto Código de Procedimiento Penal (vigente a la época de promulgación de la citada Constitución) son insuficientes para garantizar la comparecencia del procesado en el proceso y el cumplimiento de la pena en caso de existir; indicando que se debe priorizar la imposición de esas doce medidas antes que dictar un auto de prisión preventiva, implantándose de esta manera un aspecto importante en la vida jurídica ecuatoriana, obligando a jueces y fiscales garantizar y

permitir ejercer en legal y debida forma el derecho a defenderse en libertad de toda persona inmersa en el contexto de un proceso penal.

Elementos jurídicos de la prisión preventiva

Previo ingresar a detallar los elementos jurídicos que conforman la prisión preventiva, es importante centrarse en sus características más sobresalientes, pero para ello, se debe diferenciar las mismas, tomando como punto de referencia las normas constitucionales, supra constitucionales y las contenidas en el derecho adjetivo penal, pudiendo inferir lo siguiente:

- Es una medida cautelar de carácter personal.
- Se adoptará por dos únicos motivos: para garantizar la comparecencia del procesado al proceso (evitar la obstaculización del juicio o la fuga del mismo); o, para asegurar el cumplimiento de una posible pena.
- Se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria.
- Es de duración determinada, ya que tiene tiempo de caducidad según la complejidad del delito.
- El Fiscal es quién la solicita y deberá hacerlo de manera motivada, demostrando la necesidad de aplicación de dicha medida cautelar.
- Para dictarla debe encontrarse debidamente motivada y fundamentada su procedencia.

Deben converger varios requisitos para ser necesaria su imposición, a saber:

- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, en el caso argentino, puede también dictársela en juicios por delitos de acción privada;
- Indicios claros y precisos de que el imputado es culpable como partícipe del hecho;
- Que se trate de un delito que empañe complejidad;
- Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; e
- Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

Se puede revocar o suspender cuando:

- Se hubiesen desvanecido los indicios que la motivaron;
- Cuando el imputado hubiere recibido sentencia absolutoria;
- Cuando el Juez penal considere conveniente su sustitución;
- Acogimiento del recurso de reposición.
- Cuando exceda los plazos previstos para su caducidad; o,
- Cuando el imputado haya rendido caución.

Existen dos escenarios posibles luego de la aplicación de ésta medida:

- Es imputable a la pena, ya que todo el tiempo que el individuo permanezca privado de la libertad, se le imputa a la pena de la sentencia condenatoria que eventualmente se dicte, salvo se hizo efectiva luego de la condena, aunque no se haya encontrado firme.
- Se puede reclamar indemnizaciones, restitución del derecho que fue vulnerado, en este caso la restricción de la libertad, cuando el procesado o imputado ha sido absuelto.

En este orden (Asencio, 1987) nos alertaría que:

La medida preventiva de libertad es el resultado del conflicto de intereses individual en la libertad-social, en el mantenimiento de la seguridad, en la eficacia de la persecución de los delitos que, en todo caso, y en un Estado democrático debe solucionarse a través de la consecución de la síntesis de ambos, los cuales son igualmente dignos de protección. (p.29)

Sucesivamente consideramos pertinente expresar algunos de los principios básicos que deben presidir esta institución que, siguiendo el criterio de Terán (2009), se podrían relacionarlos anotamos de la siguiente manera:

Jurisdiccionalidad, al disponer que procederá por orden escrita de jueza o juez competente, ya sea en razón de territorio, grado o materia.

Excepcionalidad, en cuanto la prisión preventiva sólo procederá en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la Constitución y la ley.

Proporcionalidad, que en sus acepciones permite distinguir la idoneidad de la medida para conseguir el fin propuesto y su necesidad en sentido estricto, por lo que la prisión sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

Cautelar, asegurar el normal desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena, asegurando la eficacia del proceso sustantivo penal, sin que sea entendida como un castigo.

Recurribilidad, obviamente, la persona que se encuentre afectado por la prisión preventiva, que sostenga dicha privación de libertad no tiene asidero legal suficiente, podrá interponer el respectivo recurso de apelación, teniendo en cuenta que encontrarse encarcelada de manera injusta, desencadenaría en un gravamen irreparable intangiblemente.

Sujeto Activo de la relación jurídico-penal

Indiscutiblemente forma parte de la relación jurídico penal, ya que es aquel que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente. Se clasificaría según (Amuchategui, Villasana, 2002) como la persona física que realiza la conducta típica descrita en la norma penal. También podemos decir que es aquel individuo imputable que ha cumplido con los presupuestos establecidos en la Ley

Penal, y que recibirá la sanción establecida, en caso de destruirse su estado de inocencia y demostrarse su culpabilidad.

(Cabanellas, 2008) comparte técnicamente el criterio de que debe ser una persona física forzosamente, dices, pues aún en casos de asociaciones para delinquir las penas recaen sobre sus miembros integrantes.

Las medidas cautelares, sean personales o reales, privativas o no de libertad, pesan precisamente sobre este sujeto del delito, sobre el sujeto activo de la infracción, de quien se busca no entorpezca el proceso penal aperturado, no solo con el hecho de comparecer durante todo el juicio, sino también, no siga menoscabando o atemorizando a la víctima o víctimas de la infracción, a través de actos tendientes a que desistan del proceso, venganzas, nuevo cometimiento de delitos, entre otros.

Aunque se les individualice con un grado de participación en el contexto de un proceso penal, no se debe dejar de lado la protección asignada por parte de varias Declaraciones, Convenciones y Pactos, que concordantemente con la carta magna ecuatoriana e instituyen una columna vertebral denominada *Debido Proceso* (Due Process of Law, en el derecho Anglosajón), que garantiza un respeto irrestricto de los derechos de la persona procesada o imputada, impidiendo abusos por parte de quienes ejercen el poder judicial y policial, asegurando un justo juicio para las partes, entre las garantías más sobresalientes tenemos:

Derecho a la defensa. Nadie puede ser privado de ejercer su derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. Por ende, toda persona tiene derecho a un abogado, si no pudiere nombrar un defensor privado, el Estado le garantiza un defensor público;

Principio de inocencia. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

Principio *non bis in idem*. Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por el mismo hecho.

Principio de legalidad: *nullum crimen, nulla pena sine previa lege*. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza.

Principio favorabilidad: En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

Derecho a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

Sujeto Pasivo de la relación jurídico-penal

Al igual que el sujeto activo, el sujeto pasivo se encuentra inmerso en la relación jurídico penal que conlleva un proceso; es aquel portador del bien jurídico tutelado transgredido en la infracción penal. Es aquella persona que sufre las consecuencias de la agresión al bien jurídico y que la Ley Penal lo considera como sujeto pasivo.

(Amuchategui, Villasana, 2002) lo definirían como la persona física o moral sobre la que recae el daño o peligro de un delito. En cada tipo penal se indica si la norma exige calidades especiales para ser sujeto pasivo y, cuando la norma no establece ningún requisito, se entiende que cualquier persona puede serlo.

(Cabanellas, 2008) asegura que aunque se personalice al sujeto pasivo del delito, en ciertas infracciones penadas no hace sino trasladarse a la colectividad, en alguno de sus grados: como la sociedad o el Estado. Un vivo ejemplo resultaría atinado el mencionar la venta de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, donde el peligro social es eminentemente rotundo, incidiendo de manera directa en la salud como bien jurídico a proteger.

Al sujeto pasivo dentro del proceso penal ecuatoriano se lo conoce como *víctima*, específicamente en el (COIP, 2014) en su Art. 12 se plantea: adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos, conocida como el derecho a presentarse como acusador o querellante particular, lo que conlleva el derecho a constituirse en parte del proceso e impulsar el mismo.

Varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Ecuador, prevén los derechos de las víctimas, encontrándose ciertas convenciones que se enfocan especialmente a aquellos crímenes atentatorios a la libertad sexual, señalando entre aquellas la (ONU, 1985), sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, define precisamente a las *víctimas* de manera holística y su vinculación con el poder. Las víctimas deben ser tratadas sin discriminación. Se reconoce el acceso a la justicia y trato justo. Por su parte la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas (Cumbre, 2012), busca reparación integral a favor de las víctimas, acceso a la tutela efectiva, no re victimización, la administración de justicia eficaz, rápida e inmediata. Define las características de las investigaciones de los delitos. Tenemos el derecho a: acceso a la justicia, información, entender y ser entendidos, intervenir directamente en mecanismos de conciliación, acuerdos reparatorios y terminación anticipada de proceso, trato digno, asistencia y acceso a los servicios de apoyo a víctimas, protección, reparación, asociación, verdad, justicia, reparación, recurso humano capacitado, y estructura accesible.

En este orden, les asiste a las víctimas de violencia sexual o aquellas que sufren un agravio dentro del grupo familiar; niñas, niños y adolescente, tanto así que la (Constitución, 2008), establece en su apartado 35 las personas que integran un grupo que merecen atención prioritaria por parte del Estado, quienes obviamente merecen una atención especializada, derecho a una reparación integral pronta y ser destinatarias de medidas de protección que las protejan de intimidaciones o posibles futuras agresiones.

En Ecuador existe el Sistema Nacional de Protección y Asistencia de Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso (Programa, 2002), el cual comprende el conjunto de acciones realizadas por el Ministerio Público, en coordinación con organismos gubernamentales y no gubernamentales para otorgar protección integral y asistencia social a las víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal, lo mismo que a sus familiares.

Carácter excepcional de la prisión preventiva

Durante años, incluso décadas, el carácter excepcional de la prisión preventiva ha sido y es, un tema que se ha mantenido en repetidas discusiones por parte de juristas en Latinoamérica y en el mundo entero, unos a favor de su aplicación como regla y otros por el contrario, que dicha aplicación sea normada y autorizada solo de manera excepcional; pero, a nivel de la doctrina procesal penal y en el desarrollo de la reforma al Proceso Penal que ha vivido América Latina, se planteó siempre con fuerza la idea del *Estado de Libertad, como regla* y la excepcionalidad de imposición de la privación de libertad durante el proceso, lo que llevó finalmente a que varias legislaciones, como las que son objeto de estudio, recogieran estos principios y los transformen en derechos ciudadanos que conforman el bloque del debido proceso y conspira en que no se restrinja la libertad personal.

Precisamente, en la última década del siglo XX América Latina inició un movimiento de reforma procesal penal antiinquisitiva, a partir del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (Código, 1998). Se planteó la necesidad del sistema mixto, conocido también como acusatorio formal en el caso de España, o inquisitivo reformado, según las técnicas alemanas, siempre con predominio de rasgos acusatorios y a tono con los instrumentos internacionales de derechos humanos, los acuerdos de paz y la superación de los regímenes dictatoriales.

La prisión preventiva estuvo en el centro de las expectativas de dicho Código Modelo, conforme a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad. Sin embargo, en un primer momento, la nueva legislación se distanció de aquella propuesta en la regulación de la prisión preventiva, dado que generalmente se contemplaba la causal de peligro de reiteración delictiva, a esto se une a que algunos países, entre ellos Ecuador, mediante leyes especiales persistieron en las prohibiciones excarcelatorias, por ejemplo, en las relativas a la sanción del tráfico de estupefacientes y de drogas. Predominaron las causales de peligro de fuga y de obstaculización, las cuales siguieron las pautas de los códigos inquisitivos derogados ante los nuevos criterios sobre la prisión preventiva, es decir, la existencia de presos sin condena es el fenómeno resultante.

La actual (Constitución, 2008) se dirige a corregir esos aspectos inquisitivos en el numeral 1 de su Art. 77, donde manifiesta que *la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley (...)* y continúa indicando que (...) *la jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva*, numeral 11 indica que la jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a

la privación de libertad contempladas en la ley (...), adoptando y proclamando el derecho a la libertad como propio y fundamental de la dignidad humana, transformando su aplicación cotidiana y robótica, a una aplicación razonada y motivada, constituyéndose en un logro importantísimo, considerando que dentro de los principios constitucionales rige *que su aplicación (CRE) será directa e inmediata*, sin necesidad de ley previa.

El derogado (Código de Procedimiento Penal, 1993), en su articulado 167 establecía: Cuando la jueza o 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 (...), cuestión que exigía de determinados requisitos, entre ellos, indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.

Cueva (2008), señalaría las diferencias entre esos indicios y la presunción, al plantear que:

Generalmente se confunde al indicio con la presunción y, en la práctica, se los trata en forma indiferenciada; vamos a aclarar este asunto estableciendo su diferencia. Las presunciones no son indicios; se basan en indicios. Los indicios son los soportes de las presunciones, son los elementos básicos para su formulación. Las presunciones no se prueban, se infieren. Los indicios se prueban. Los indicios son anteriores; las presunciones, posteriores. Las presunciones son el resultado de la inferencia que se obtiene en base a los indicios. (p.284)

El (COIP, 2014) en este sentido, simplifica las modalidades de las medidas cautelares personales y, a su vez, expresa concretamente el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva. Aquí no aparecen los términos *Cuando la jueza o juez de garantías penales lo crea necesario*, sino una orden restrictiva al advertir con respecto a la libertad que la medida cautelar no privativa *se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad*.

Los términos de *forma prioritaria* es una forma de refrendar el principio de excepcionalidad para limitar el uso de la prisión preventiva y dar paso a aquella clase de medidas menos lesivas, conforme incluso con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1976) en su artículo 9.3:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (p.2)

El Fiscal a cargo de la investigación, en caso de incumplimiento, solicitará al Juez de Garantías Penales en la audiencia de Revocatoria de Medidas Cautelares, cambiar la

(s) medida (s) por la de prisión preventiva. Si el imputado no justifica su falta a las medidas impuestas no podrá otorgársele de nuevo una medida cautelar alternativa y permanecerá en prisión preventiva hasta que se dicte una sentencia, quedando establecido el incumplimiento de las medidas en el art 542 del (COIP, 2014).

Sobre el tema de la excepcionalidad de esta medida, se destacan los planteamientos realizados por Domínguez (1996) y Monagas (2007), al documentar:

La prisión preventiva, por ser una restricción de libertad que se aplica a un sujeto que goza del estado jurídico de inocente, tiene carácter excepcional y solo es procedente a efectos de garantizar la realización de los fines del proceso: la investigación de la verdad real y la aplicación de la ley sustantiva. Es decir que su constitucionalidad está condicionada a que la misma constituya una medida de carácter cautelar diferenciándose en ello de las penas privativas de libertad. (p.4)

El derecho a la libertad es absoluto y solo por la vía excepcional se permite su privación. Tal excepcionalidad es cónsona a la concepción de la libertad como derecho que corresponde a todo ciudadano, del cual no puede ser privado sino en determinadas situaciones permitidas por la Constitución de la República. (p.49)

Sintetizando, en la colisión de intereses entre la libertad del procesado versus la necesidad de ligar al procesado a la investigación, al juicio y de ser el caso al cumplimiento de una posible pena, a fin de posibilitar la administración de justicia, únicamente puede prevalecer cuando así lo exijan los intereses del proceso, objetivamente señalados y debidamente fundamentados. En fin, la prisión preventiva, por afectar un importante bien jurídico del individuo como es la libertad, necesariamente debe estar regulada y su afectación sólo debe darse por excepción, cuando para los intereses del proceso sea absolutamente necesario recurrir a ella, dado que se la utiliza en una etapa procesal en que el procesado cuenta a su favor con una presunción de inocencia, garantizado en ambos ordenamientos jurídicos como lo hemos visto antes.

Bovino (2006), señalaba sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva, a partir de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que:

(...) estará prohibido imponer a una persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción; sentido en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha decidido que el 'objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencia.(p.446)

El principio de excepcionalidad de la privación de la libertad, entonces, exige agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas de los derechos del procesado. Solo se justifica la prisión preventiva si resulta imposible neutralizar el peligro procesal y, en ningún momento, cabe la

posibilidad de trasgredir la presunción de inocencia, garantía constitucional cardinal del proceso penal, que se erige en criterio normativo para la propia valoración del juez de garantías penales, impide cualquier presunción de culpabilidad, prohíbe la carga al procesado de probar su inocencia y evita una prolongación excesiva de la prisión preventiva; porque se vulnera la presunción de inocencia si se mantiene vigente la prisión preventiva cuando los plazos establecidos por el Art. 541 del (COIP, 2014) son trasgredidos.

La Doctrina Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre el plazo razonable, lo cual puede relacionarse con la prisión preventiva, al respecto especifica en la Sentencia (1997):

Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales. Con fundamento en las consideraciones precedentes, al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de 50 meses. En opinión de la Corte, este período excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. (p.5)

La Fiscalía General del Estado corre a cargo de la actividad procesal del interesado, significa que le corresponde la investigación del hecho, y por supuesto, debe someterse a los plazos establecidos en la (Constitución, 2008) y en el (COIP, 2014). En relación a la conducta de la autoridad judicial, los jueces de garantías penales deben aplicar los artículos destinados para cumplir con el principio de celeridad. Por consiguiente, está regulado el plazo razonable en los procesos, incluye la prisión preventiva.

La tramitación del proceso penal debe ser en ese plazo razonable, porque de durar excesivamente, el imputado vería lesionado su derecho a ser juzgado con celeridad, además, todas las garantías procesales y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución serían violados. En consecuencia, el Estado no actuaría bajo los principios de legitimidad.

A nuestra opinión (Carnelutti, 2002), emite una definición de plazo razonable acorde con el sentido antes señalado:

La fórmula justicia rápida debe tomarse con beneficio de inventario pues el problema de la justicia rápida plantea un problema análogo a la cuadratura del círculo. La justicia si es segura no es rápida y si es rápida no es segura, (...) hay que tener el valor de decir del proceso que quién va despacio va bien y va lejos - dar un paso después del otro- y se ocupa, no tanto para castigar cuanto para saber si se debe castigar. (p.202)

El plazo razonable es un imperativo correspondiente a la dignidad del hombre, a su derecho de inocencia mientras la sentencia establezca su situación frente a la ley penal. Este plazo está incluido en la garantía de la defensa dado el derecho del imputado a

obtener, después de tramitado el juicio legalmente, un pronunciamiento que ponga término lo más rápido posible la restricción de la libertad.

La excesiva duración del proceso penal es un problema unido a la prisión preventiva, compete su tratamiento o interpretación del alcance, significado y consecuencias del derecho del imputado a ser juzgado aceleradamente tanto a la dogmática penal como a la política criminal, el derecho procesal penal y la teoría constitucional, específicamente, lo relacionado con el principio del Estado Constitucional de Derecho.

CONCLUSIONES

En la actualidad en el sistema de justicia ecuatoriano no es suficiente el reconocimiento de las garantías constitucionales del proceso penal en torno a la prisión provisional, para que sean efectivas, debiéndose el órgano jurisdiccional y los ciudadanos a buscar el modo de avalar suficientemente el ejercicio del derecho. No defendemos la erradicación de la prisión preventiva como medida cautelar personal para alcanzar la libertad del imputado no sentenciado, ni de legitimar la impunidad; se trata de rechazar cualquier presunción de culpabilidad y defender los derechos que tiene ese ciudadano privado de libertad.

Es en el entorno de respeto a los derechos humanos, donde las pruebas lícitamente obtenidas y practicadas para aplicar la prisión provisional y la sentencia condenatoria deberán constituir una máxima en el cumplimiento de las garantías procesales regidas por la presunción de inocencia del ser humano, consagrado en las Constitución del Ecuador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amuchategui, I; Villasana, I. (2002). *Diccionario Jurídico Temático de derecho Penal*. Volumen 1. Oxford University Press. México DF, p. 154.
- Bovino, A. (2006). *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*. Editorial Astreal. Buenos Aires, p. 446.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VI. Editorial Heliasta. Buenos Aires, p. 420.
- Carnelutti, F. (2002). *Cómo se hace un Proceso*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Editorial Legis. Bogotá, p. 202.
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. (1998). Editorial Hamurabi, Argentina. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocesalpenal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Cueva, L. (2008). *Valoración Jurídica de la Prueba Penal*. Tomo I. Ediciones Cueva Carrión. Quito, p. 284.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2012). *Carta iberoamericana de los derechos de las víctimas*. Argentina. Disponible en: https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/documentos/victimas_y_testigos/Carta-Iberoamerica-de-Derechos-de-las-Victimas.pdf.
- Domínguez, D. (1996). *Prisión Preventiva*. Revista Juris editorial. Rosario, p. 4.
- García Falconí, J. (2002). *La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras Medidas Cautelares*. Ediciones Rodin, 2002. Quito, p. 88.
- Monagas, O. (2007). *Privación Judicial Privativa de Libertad*. Jornadas Derecho Procesal Penal. Editorial Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, p. 49.

LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

- ONU. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.
- ONU. (1985). Resolución 40/34. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>.
- República del Ecuador. (1993). Código de Procedimiento Penal. (1993). Ley 134. Registro Oficial 511. Estado: Derogado. Disponible en: <http://181.211.115.37/biblioteca/juri/LEGISLACION/CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTO%20PENAL.pdf>.
- República del Ecuador. (1998). Constitución del Ecuador. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998. Registro Oficial 437. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>.
- República del Ecuador. (2002). Programa de protección a testigos y víctimas. Decreto Ejecutivo 3112, Registro Oficial 671. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo38.pdf.
- República del Ecuador. (2008). Constitución del Ecuador. Quito: Asamblea Constituyente. Disponible en: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- República del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero del 2014. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf.
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997). Sentencia de fondo). Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/pais.ctm?id-País=10>.
- Terán, M. (2009). *La Prisión Preventiva*. Asamblea Nacional constituyente. Quito. Disponible en: http://enj.org/portal/biblioteca/penal/la_prueba_proceso_penal/7.pdf.
- Von Henting, H. (1971). *La Pena*. Editorial Espasa-Calpe. Madrid, p. 23.
- World Prison Brief. (2014). Población en prisión preventiva / preventiva: tendencia en Ecuador. Disponible en: <http://www.prisonstudies.org/country/ecuador>.
- Zavaleta, A. (1954), *La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria*. Editorial Depalma S.A.C.I. Buenos Aires, p. 140.

