



# **UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK**

## **FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Trabajo de fin de carrera titulado:

### **“PRISIÓN PREVENTIVA UN PROBLEMA SIN SOLUCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL Y CONSTITUCIONAL”**

Realizado por:

**PEDRO JOSÉ BERMEO ARCOS**

Como requisito para la obtención del título de

**ABOGADO**

**QUITO, FEBRERO DE 2013**

## **DECLARACIÓN JURAMENTADA**

Yo, Pedro José Bermeo Arcos, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

Pedro José Bermeo Arcos  
C.C. 1713513875

## DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

Realizado por el alumno:

PEDRO JOSÉ BERMEO ARCOS

como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

ha sido dirigido por el profesor

DR. NICOLÁS SALAS PARRA

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....  
Director

Los profesores informantes

después de revisar el trabajo escrito presentado,

lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

.....  
Dr. Gabriel Galán

.....  
Dr. David Rivas

Quito, de febrero de 2013

A mis padres, que son la fuente de inspiración diaria, gracias por enseñarme la virtud de la honestidad, el valor de la responsabilidad, la bondad de sonreír, la libertad de soñar, de creer y defender, de perseguir y conseguir, de ver en la preparación continua la oportunidad de crecimiento personal y de servicio a los demás. Espero con esfuerzo retribuir las infinitas muestras de su amor y confianza hacia mí.

## AGRADECIMIENTOS

A mis hermanos, ejemplos de superación, esfuerzo, capacidad y sencillez, gracias por levantarme cada vez que la derrota se vislumbraba en mi caminar. Siempre han sido y serán mi ejemplo a seguir.

Al Dr. Nicolás Salas Parra por sus extraordinarias enseñanzas en esta área del Derecho y por su especial dedicación para con este trabajo, su participación ha sido indispensable para lograr la convicción de las ideas aquí expuestas.

A mis amigos, gracias por su lealtad y franqueza, por su cariño indescriptible y su incondicional presencia ante cualquier momento y circunstancia, gracias por tantas sonrisas brindadas. Es ineludible agradecer su paciencia a la hora de confrontar ideas y defender posturas, las minúsculas diferencias solo fortalecen más los lazos de la sinceridad, sin duda a su lado es más fácil superar cada obstáculo.

A María Alexandra, tu ternura es la mejor respuesta a todo, gracias por las alegrías compartidas, por tu apoyo ilimitado, por tu confianza absoluta en mí y por seguir alentándome para alcanzar cada sueño.

*“La libertad Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los  
cielos, con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre;  
por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida; y por el  
contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”*

**(Miguel de Cervantes Saavedra)**

## RESUMEN

En estos tiempos de reformas sociales, económicas, culturales, pero también legales, que han tenido como objeto transformar esa realidad histórica y excluyente con las grandes mayorías sociales, haciendo de un Estado ineficiente y ausente en un Estado democrático, participativo, plural, garantista, eficaz; proceso sin duda complejo en el cual era necesario implementar cambios profundos en nuestra legislación que permitieran concretar los ideales de aquel nuevo Estado; no obstante en ese transcurso de cambios todavía podemos ver que algunas leyes y figuras jurídicas se contraponen con el espíritu mismo que inspiró esta transformación, por esta razón es preciso analizar y debatir la vigencia de instituciones legales heredadas que ponen en peligro aquel Estado democrático que se constituye como protector de los derechos y la justicia; bajo ese contexto he creído pertinente realizar una investigación sobre la prisión preventiva, aquella medida cautelar que priva de la libertad a un sujeto imputado como autor o cómplice de un delito de acción pública sancionado con pena mayor a 1 año y del cual se sospecha que puede provocar actos que perjudiquen la realización del proceso penal.

Dicha medida a lo largo de la historia ha sido causante de diversas arbitrariedades por parte del Estado, puesto que de por sí constituye una contradicción someter a prisión a una persona que no ha sido declarada culpable del delito que se le imputa, es decir, al procesado se le quita un derecho sin que de por medio exista un juicio y una sentencia condenatoria, único documento que habilita la pérdida de derechos. A esto hay que sumarle el tiempo excesivo de duración de esta medida, la falta de motivación para poder establecerla, la poca

utilización de las demás medidas no privativas de libertad, todo este conjunto de circunstancias hacen hoy en día que la prisión preventiva constituya el problema central del derecho procesal penal con relación al derecho constitucional.

¿Se puede justificar la privación de libertad solamente para garantizar fines procesales? El proceso penal tiene que regirse por las disposiciones determinadas en la Constitución de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos, estos instrumentos ciertamente reconocen a la prisión preventiva como medida cautelar, pero a su vez establecen principios que regulan su imposición. El debido proceso, la presunción de inocencia, la proporcionalidad, la excepcionalidad de la privación de libertad, el principio de jurisdiccionalidad, la mínima intervención penal, son algunas de las normas que limitan el uso de esta medida cautelar, sin embargo la prisión procesal en nuestro sistema constituye la regla general del proceso, ante lo cual se genera una oposición de conceptos y un quebrantamiento a las disposiciones de mayor jerarquía.

En este trabajo he querido establecer una discusión normativa, fáctica y dogmática, con el fin de determinar si la prisión preventiva aún se puede justificar bajo el amparo de un Estado de Derechos y Justicia que se encuentra respaldado en una Constitución de la República garantista y de vanguardia, o si simplemente esta institución ha caducado y su reconocimiento vulnera los ideales alcanzados por las reformas legales implementadas.

## ABSTRACT

In these times of social, economic, cultural, but also legal reforms, what is being sought is to transform this historical reality and mostly everything that has adversely affected to the majority of society, turning the State that was always inefficient and undemocratic, in State participatory, plural, effective and the most important is that protects the constitutional rights. Undoubtedly is a complex process in which is necessary to implement deep changes in our legislation that allowed to realize the ideals of this new state; however in that course of changes we can still see that some laws and legal figures are contrasted with the same spirit that inspired this transformation, therefore it is necessary to analyze and discuss the effectiveness of legal institutions threatening inherited that establishing democratic state as protector of rights and justice, in this context, i think it is appropriate to conduct an investigation of custody, injunction denied freedom to a man accused as a perpetrator or accomplice of a public offense punishable by more than a year and which is suspected to cause acts that harm the conduct of criminal proceedings..

This measure throughout history has been causing various arbitrariness by the State, submitting to prison a person who has not been impute of the crime which he is charged, it means, that the defendant is taken away a right without a trial and a guilty judgment only document that enables the loss of rights. To this must be added the excessive time duration of this measure, the lack of motivation to set it, the low use of other non-custodial measures, therefore, the preventive detention is the central problem of criminal procedure in relation to the constitutional law.

Can you justify the deprivation of freedom only to guarantee procedural purposes? The criminal prosecution has to work according to certain provisions in the Constitution and in international human rights treaties, these instruments recognize the prison as a preventive measure, but turn down principles governing its imposition. On Due Process, the presumption of innocence, proportionality, the uniqueness of the deprivation of liberty, the principle of jurisdictionality, criminal minimal intervention, are some of the rules that limit the use of this injunction, however procedural prison our system is the principle of the process, which is generated with an opposition of concepts and a breach of the provisions of higher authority.

In this work I wanted to establish a normative and dogmatic discussion, in order to determine if preventive detention can be justified even under the Constitutional law and even when State is the guarantor of the human rights, or just this institution has expired and violates the ideals recognition achieved by the legal reforms implemented.

## RESUMEN EJECUTIVO

La Constitución vigente en el Ecuador aprobada por la mayoría de ecuatorianos en el año 2008, configuró un cambio trascendental de nuestro sistema jurídico, se instauró un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que tiene como prioridad garantizar los derechos humanos alcanzando la justicia como ideal del Derecho y de la sociedad. Es bajo esta perspectiva garantista de los derechos y principios allí establecidos que genera cierta duda la legitimidad y legalidad de la prisión preventiva como medida cautelar dentro de un proceso penal, ya que si la finalidad constitucional es hacer prevalecer los principios por sobre cualquier regla o norma que los limite, la prisión preventiva no tendría cabida a la luz del cumplimiento de la presunción de inocencia como garantía básica del debido proceso.

Qué más riesgoso que incumplir la Constitución dentro del procedimiento penal. El carácter excepcional del derecho penal, como última ratio para mantener una armonía social, no se cumple al momento que sancionamos quitándole la libertad a una persona que procesalmente no ha sido declarada culpable de la ejecución del delito, afectando garantías constitucionales y tergiversando el sentido integral del cuerpo normativo superior, que establece que todos tenemos que ser tratados como inocentes hasta que la autoridad competente establezca lo contrario.

Debemos determinar cuál es la sociedad que queremos y anhelamos, y cómo vamos a llegar a conseguirla, si es a través del miedo y la sanción o es por medio de garantías y derechos fundamentales.

El Código de Procedimiento Penal señala que la prisión preventiva puede ser ordenada por la jueza o juez de Garantías Penales cuando crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado a juicio o para asegurar el cumplimiento de la pena siempre que existan los requisitos establecidos, que se traducen en indicios suficientes de un delito de acción pública, indicios claros que el procesado es autor o cómplice del delito, que este delito sea sancionado con una pena mayor a un año, indicios suficientes de que es necesario privar de libertad para asegurar la comparecencia a juicio; e, indicios concretos de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la comparecencia del procesado.

“En consecuencia, queda claro que la legislación ecuatoriana incentiva una práctica que permite justificar la procedencia de la detención preventiva, exclusivamente, en la sospecha de culpabilidad del imputado. Ello demuestra, claramente que la justicia ecuatoriana recurre de manera explícita al encarcelamiento preventivo como medida de carácter punitivo, esto es, como pena anticipada.” (Bovino, 2007, pág. 14)

Constitucionalmente la libertad, dentro del ámbito penal, se encuentra resguardada por un principio que delimita la aplicación de la prisión preventiva, este es el principio de inocencia que se encuentra recogido en el artículo 76 como garantía básica para el debido proceso, en este se señala que “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. Por lo tanto, una conclusión muy somera sería la inejecutabilidad de la prisión preventiva por no haber una sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad y

la sanción correspondiente a un procesado por el cometimiento de un delito.

Si es ya algo sumamente grave condenar a un sujeto a perder su libertad, es muchísimo más grave que la pérdida aún sin ser declarado culpable, y todavía es peor que al final del proceso a aquel sujeto se le ratifique su inocencia, ¿cómo restaurarle los daños provocados por esta medida a un inocente?, ¿cómo atrevernos a establecer una medida tan grave y tan perjudicial sin que el proceso haya culminado?, por más que existan indicios, estos se pueden derrumbar en el devenir de la investigación, y la persona mientras no exista una decisión condenatoria no puede perder sus derechos, ¿donde están las garantías procesales que aseguran el buen funcionamiento de éste y no vulneren los derechos de alguna de las partes? No puede existir dentro de un Estado de Derecho un principio que asegure la inocencia hasta que no se **PRUEBE** lo contrario, y por otro lado una medida cautelar que establezca la prisión sin condena por seis meses hasta un año en los delitos más graves, con opción a que sea más tiempo si el plazo se cumple por dilataciones del procesado o por servidores judiciales. ¿Dónde queda ese Estado de Derechos y Justicia?

“El ejercicio del derecho subjetivo de punir anticipadamente ha desvirtuado años de lucha por el respeto a los derechos mínimos en cabeza del ciudadano. El principio *nulla poena sine iudicio* ha sido arrojado por la ventana como si fuera un sobrepeso en un aeroplano que se está por estrellar. Desde los revolucionarios franceses en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, hasta el Pacto de San José de Costa Rica, ha quedado bien en claro que no deben existir dudas en cuanto a que el principio de inocencia es un estado que acompaña a la persona sometida a un proceso hasta una sentencia condenatoria que lo

declare así.” (Nardiello, 2007, pág. 25)

En nuestro país la materia penal ha sido heredada por el código penal argentino que fue copiado a su vez del código italiano de Rocco de la década del 30 del siglo pasado. Nuestro Código de Procedimiento Penal avala esta medida dando una subjetividad inmensa al juez ya que en el artículo 167 se señala que cuando el juez **crea necesario** garantizar la comparecencia del imputado podrá adoptar la prisión preventiva siempre que medien entre otras circunstancias que la sanción sea mayor a un año, es decir pueden haber casos en los cuales la afectación no sea tan grave pero que por este tipo de disposiciones se puede adoptar la medida cautelar más atentatoria de todas, estas facilidades normativas han provocado el abuso de esta medida cautelar y con ello el rompimiento de lo dispuesto por nuestra Constitución.

“Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por necesidades procesales, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por necesidades penales” (Ferrajoli, 1995, pág. 555).

El procesado debe comparecer libre ante los jueces, no sólo porque así lo determina la dignidad del presunto inocente, sino también por las necesidades procesales que aseguren la igualdad de las partes, ya que una vez terminado el interrogatorio, la defensa puede organizar eficazmente sus argumentos y pruebas, eliminando el panorama paradisiaco en el

que se le permitía únicamente al acusador gozar de libertad para realizar lo que se le plazca y poder construir muchas veces acusaciones manipuladas, permitiendo un desequilibrio procesal que no puede existir en un régimen democrático.

“Algunos Estados modernos se han guardado para sí algunos preceptos legales que les otorgan un aumento en su poder punitivo, siendo algunos de ellos netas violaciones a los derechos humanos. Uno de esos preceptos es la prisión procesal o preventiva, instituto por el cual un ciudadano que no ha sido juzgado ni condenado se hace merecedor de una restricción a su libertad ambulatoria como anticipo de su pena (...) Hasta el hartazgo se ha manifestado que el Estado ejerce la administración de justicia penal monopólicamente; es hora de plantearse si en este aspecto es un buen administrador, y si ese rótulo se le adjudica por imponer mayor cantidad de castigo anticipado.” (Nardiello, 2007, pág. 23)

Esta institución tuvo un sinnúmero de oposiciones a lo largo de la historia, sin embargo todos aquellos que la criticaban nunca alzaron su voz para exigir la supresión de esta medida o para proponer algún mecanismo efectivo que limite el abuso de la prisión, todos eran críticos pero sumisos a la vez, como si se tratase de una injusticia necesaria.

“Al decir de Bobbio, en la doctrina liberal el estado de derecho no sólo significa subordinación de los poderes públicos a las leyes generales del país que es un límite formal, sino también subordinación de las leyes al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente como inviolables.” (Ibid, pág. 82)

La prisión preventiva no sólo afecta la igualdad de condiciones en un proceso al vulnerar derechos y garantías, sino que además produce efectos secundarios devastadores, el hacinamiento carcelario se ve aún en peores condiciones cuando el número de procesados excede al de condenados. Nuestra infraestructura carcelaria es insuficiente y degradante, no cumple con los parámetros básicos de respeto a los derechos humanos, y si a esto se suma la sobrepoblación existente no es de difícil comprensión que a esta medida se le denomine pena anticipada.

La prisión preventiva como medida cautelar de carácter personal tiene como objeto garantizar la comparecencia del imputado a juicio y asegurar el cumplimiento de la pena, esta medida no puede perseguir fines preventivos que se le adjudica al castigo como tal, como son el resguardo a la víctima, el peligro de reincidencia, la ejemplificación, el combate a la inseguridad, la disuasión a otros delincuentes, y demás motivos que a veces quieren acompañar a la prisión preventiva pero que se alejan de su naturaleza cautelar. Por lo tanto como no se va a criticar la existencia de esta medida, si quieren equiparar la finalidad de cautela con la finalidad de castigo, cuando conceptual y sustancialmente son distintas.

“La reglamentación de las medidas de coerción, su forma y su procedencia es entonces algo ineludible para el legislador procesal penal, y, más aún , de acuerdo a lo explicado con anterioridad en relación al principio de inocencia, su disciplina no puede ir más allá de la mera tutela de los fines que el proceso penal persigue, es decir, regularla como simples

medios cautelares, en la medida de la más estricta necesidad y no como forma de anticipar la pena a una persona que aún no ha sido declarado culpable.” (Maier, 1981, pág. 28)

Siendo la prisión preventiva la medida más grave y dañina del proceso penal, consecuentemente debe ser establecida de manera excepcional, así lo dispone la Constitución de la República y los tratados internacionales, en estos instrumentos se obliga a que las medidas menos atentatorias, es decir, las que no privan al procesado de su libertad, deben ser las medidas cautelares de mayor uso, y que solamente cuando tales medidas no garanticen la realización del proceso se podrá aplicar la prisión preventiva.

Nuestra realidad difiere de esto, en nuestra legislación existen 12 medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, pero esta es la que se aplica en más del 50%, ante lo cual podemos decir que no se trata de un problema legislativo sino más bien de práctica judicial, los jueces no aplican las demás medidas que no atentan a la libertad del imputado. Bajo este principio de excepcionalidad también aparece un dilema por resolver, ya que si bien el encarcelamiento no debe aplicarse en todos los casos, en aquellos casos en los que se aplique excepcionalmente, de igual manera se irrespeta la presunción de inocencia, puesto que nuestra legislación no establece que a la mayoría se le debe respetar sino que a todos ellos, por lo cual de todas formas la contradicción y la oposición va a ser permanente entre los principios constitucionales frente a la prisión preventiva.

Asimismo el Código de Procedimiento Penal y la Constitución de la República determinan que ninguna persona podrá ser sancionada sin que exista un juicio previo donde la

autoridad competente establezca la responsabilidad por medio de una sentencia condenatoria, nuevamente la prisión preventiva hace caso omiso de estas disposiciones debido a que la privación de libertad del modo como se lo vea constituye un castigo, un grave perjuicio para el procesado, así se lo llame pena privativa de libertad o prisión preventiva, el efecto es el mismo, la cárcel.

“Aunque si bien el sistema constitucional admite que, como pena por la comisión de un delito, se le restrinja a un individuo la libertad por él reconocida y garantizada, pone como condición que la decisión en tal sentido sea precedida por un juicio cuya decisión final (sentencia de condena) así lo disponga: nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. (...) La cuestión, en principio, se mueve sólo entre dos extremos: la libertad sin límites o su restricción por obra de la pena. Y como esta sanción sólo se concibe después del juicio previo, durante la tramitación de éste será operativo el derecho a la libertad ambulatoria. Esto permite afirmar que el estado normal (por así llamarlo) de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada a prisión, es el que le permita su libre locomoción. Lo dicho sirve para fundamentar por qué la privación de libertad será excepcional, es decir, por qué no podrá ser la regla general.” (Cafferata, 2007, pág. 217)

La proporcionalidad es el principio que regula esta relación de diferencia entre una medida cautelar y una pena, sin embargo no solamente se distinguirán por el tiempo que pasen privados de su libertad, ya que un procesado no puede tener la misma calidad que un condenado y no pueden tener sanciones equivalentes o más graves, sino que la

proporcionalidad determina cuál es la medida razonable para cada tipo de infracción, de esta manera las demás medidas no privativas de libertad serían aplicadas de modo general, y únicamente cuando se trate de delitos graves en los que no se pueda garantizar la comparecencia del imputado tendrá cabida la prisión preventiva.

“La consagración positiva del principio de inocencia en los textos constitucionales y en los tratados de derechos humanos refleja que se ha tomado una determinada decisión sobre la manera de resolver la tensión siempre presente entre libertad individual y política persecutoria, claramente a favor de la primera. Por este motivo, la necesidad de neutralizar un peligro procesal no puede justificar, de ningún modo, la eliminación del principio de inocencia, pues este principio fue establecido, precisamente, para resolver este tipo de situaciones. Solo en casos en que exista algún peligro procesal la libertad del imputado estará en peligro y, por ello, en esos casos adquiere su mayor sentido protector el principio de inocencia. Si no fuera así, el principio no tendría sentido alguno, pues no podría impedir que el inocente recibiera el mismo trato que el culpable.” (Bovino, 2007, pág. 40)

Frente a semejante oposición con todos estos principios rectores del proceso penal, cómo podemos justificar su presencia ante la mirada de la Constitución de la República más garantista de la historia, con tantos achaques y contradicciones y más aún cuando estadísticamente se comprueba que existe un abuso de la prisión preventiva, no se puede entender cómo esta medida ha estado tan tranquilamente vigente sin que existieran decisiones drásticas que limiten su uso.

“En efecto, el juego dialéctico de prisión preventiva y principio de necesario juicio previo no puede ser resuelto con la simple abolición de la prisión preventiva, con su descalificación práctica por contrariar la Constitución o, mucho menos, con la falacia naturalista de que siempre se ha abusado de ella para aplicarla de modo torcido. En verdad, es de una lógica estricta y difícil de refutar que mientras exista el derecho penal y el proceso sea su instrumento de realización dispuesto para la contención de posibles abusos estatales la prisión preventiva será siempre, a la vez que *última ratio*, también *conditio sine qua non* del proceso penal. *Ultima ratio* porque a ella sólo puede recurrirse cuando ninguna otra medida aseguramiento de los fines del proceso pueda reemplazarla eficazmente de un modo menos cruento y *conditio sine qua non* porque sin ella el derecho procesal penal no podría, en casos extremos, cumplir sus objetivos.” (Pastor, 2007, pág. 166)

No puedo ser abolicionista de la prisión preventiva por cuanto sigo creyendo que es el único mecanismo eficaz que tiene la justicia penal para asegurarse en los casos de delitos graves que el proceso se lo realizará con normalidad, no puedo ser ingenuo y pensar que una persona que sabe que cometió un delito deplorable y que conoce además la sanción para aquel acto, no va a intentar evadir el proceso de alguna forma, más aún si en un hipotético caso se le pondría una medida cautelar no privativa de libertad, casi con seguridad aquella persona se escapará de la justicia. No obstante, con esto tampoco quiero aceptar el abuso que existe de la prisión preventiva, creo firmemente que esta medida tiene que ser limitada, por lo menos más del 60% de los casos en los cuales se adopten medidas cautelares tienen que ser medidas no privativas de libertad o alternativas a la prisión preventiva, de esta manera se cumpliría con el mandato de excepcionalidad, además se

privilegiaría la libertad al encierro en la mayoría de casos, con lo cual la presunción de inocencia tendría un mayor grado de respeto, así como también el principio de proporcionalidad y el de jurisdiccionalidad.

## ÍNDICE

DECLARATORIA JURAMENTADA.....	II
DECLARATORIA.....	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTOS.....	V
RESUMEN.....	VII
ABSTRACT.....	IX
RESUMEN EJECUTIVO.....	XI

## CAPÍTULO I

### LA PRISIÓN PREVENTIVA

INTRODUCCIÓN.....	1
1.1 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO ROMANO Y DEMÁS ASPECTOS HISTÓRICOS.....	3
1.2 CONCEPTO Y DEFINICIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	8
1.3 LEGISLACIÓN COMPARADA.....	15
1.4 FUNCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.....	24
1.5 NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	29
1.6 NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	33
1.7 CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y RESULTADOS DE LA CONSULTA POPULAR DEL AÑOS 2011.....	34

1.8 PRISIÓN PREVENTIVA Y DELITOS FLAGRANTES.....	39
--	----

## **CAPÍTULO II**

### **PRINCIPIOS QUE CONFRONTAN Y RIGEN LA PRISIÓN PREVENTIVA**

2.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU LATENTE CONTRADICCIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	41
2.2 LA ANHELADA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	55
2.3 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, CÓMO SE JUSTIFICA LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE UN TODAVÍA INOCENTE.....	59
2.4 LAS POSIBLES AFECTACIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DEBIDO PROCESO. NO HAY CULPA SIN JUICIO.....	66
2.5 SE PUEDE JUSTIFICAR AÚN LA PRISIÓN PREVENTIVA, BAJO EL AMPARO DE UNA CONSTITUCIÓN DE VANGUARDIA Y GARANTISTA. ....	70

## **CAPÍTULO III**

### **REALIDAD HISTÓRICA Y ACTUAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR**

3.1 CONTEXTO NACIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	74
3.2 ¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA? .....	82
3.3 CONSECUENCIAS PARA EL ESTADO ECUATORIANO POR EL USO INDEBIDO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	86

3.3.1. CASO SUÁREZ ROSERO VS. ECUADOR.....	87
3.3.2. CASO TIBI VS. ECUADOR.....	88
3.3.3. CASO ACOSTA CALDERÓN VS. ECUADOR.....	89
3.3.4. CASO CHAPARRO ÁLVAREZ Y LAPO ÍÑIGUEZ. VS. ECUADOR.....	90
3.4 CRÍTICAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA Y MEDIDAS ALTERNATIVAS A ÉSTA.....	93

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

4.1 CONCLUSIONES FÁCTICAS, NORMATIVAS Y DOGMÁTICAS.....	101
4.2 RECOMENDACIONES.....	109
 BIBLIOGRAFÍA.....	 112
 ANEXOS.....	 120

## INTRODUCCIÓN

El perpetrar un acto violatorio de una norma penal produce el deber por parte del Estado de aplicar la sanción correspondiente establecida en la ley, este deber se visibiliza a través de la acción penal la cual genera una relación jurídica entre el Estado y el posible infractor, y como toda relación se basa en la convergencia de deberes y derechos, en esta confluye la obligación por parte del aparato estatal de perseguir al responsable de la afectación a un bien jurídico protegido y por otro lado el derecho a favor del procesado de que se respete su libertad y la presunción de inocencia, con lo cual su responsabilidad deberá ser determinada en un juicio previo bajo las garantías o prerrogativas del debido proceso.

No obstante para alcanzar el buen desarrollo del proceso, la justicia en muchos casos ha tenido que implementar medidas que vayan encaminadas a la consecución de los fines procesales, los cuales, siguiendo a Florian, pueden dividirse en dos categorías: generales y específicos. Los fines generales son aquellos que buscan determinar el delito y el grado de responsabilidad del infractor que posteriormente derivará en la justa aplicación de la ley represiva; por su parte, los fines específicos son aquellos métodos dirigidos a obtener los fines generales, que pueden traducirse en aquellas acciones tendientes a investigar la verdad material y a identificar al presunto infractor.

“Para garantizar la consecución de estos fines, la justicia forzosamente necesita obtener o asegurar la presencia del sindicado como autor o partícipe del hecho delictuoso perpetrado.

Lo necesita para efectuar su identificación e individualización; para buscar o descubrir la verdad; para que el imputado pueda ser interrogado, dándole así la oportunidad de explicarse y oponer todas las defensas que estimare conveniente; y para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la pena que en definitiva pueda imponérsele.” (Zavaleta, 1954, págs. 11-12)

Es así, que se genera una durísima situación jurídica-procesal, pero sobretodo social, ya que por una parte tenemos a una sociedad supuestamente ofendida con ansias de justicia, y por el otro tenemos al procesado y sus derechos fundamentales. En medio de esta contienda se encuentra la posible adopción de la prisión preventiva (cuando fuere del caso) que asegure la comparecencia a juicio del imputado y con ésta la controversia de llevar a prisión a una persona que goza de la presunción de inocencia, que tiene derecho a un juicio justo donde pueda defenderse y acotar las pruebas necesarias y por las cuales puede derivarse una sentencia absolutoria de responsabilidad al procesado. Con esto no quiero decir que siempre tendrá la razón el imputado ni que estoy a favor de la abolición de la prisión preventiva, sin embargo, si quiero señalar que al adoptar esta medida cautelar, la más gravosa de todas, corremos un riesgo enorme de afectar derechos fundamentales a una persona que todavía no ha sido declarada culpable.

Como lo ha dicho el profesor Winfried Hassemer, “es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente.” (Hassemer, 2003, pág.105)

Nuestra legislación acepta y reconoce al Derecho Penal como de *última ratio*, reconoce como principio del debido proceso al estado de inocencia, y especifica que la prisión preventiva será una medida excepcional dentro del proceso penal, por ende es obligación analizar si estos parámetros se cumplen, y en el caso de que no sea así, pues exigir que se cumpla lo que nos manda nuestro marco normativo. Porque a veces parece que los mandatos legales se quedan escritos en las leyes y códigos, y nuestros jueces aplican de manera arbitraria las normas que ellos desean, irrespetando así todo el sistema jurídico y consecuentemente todo el sistema democrático.

En esta tesis en un primer momento se pretende abordar conceptualmente a la prisión preventiva para después poder confrontarla con los derechos y principios reconocidos en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con lo cual se analizará la vigencia y legitimidad de esta medida cautelar. Asimismo se tratarán los fines procesales y su relación con las graves limitaciones al derecho a la libertad, analizaremos la situación actual de la prisión preventiva, y finalmente se realizarán las conclusiones y recomendaciones de esta investigación.

## **Capítulo I: LA PRISIÓN PREVENTIVA.**

### **1.1 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO ROMANO Y DEMÁS ASPECTOS HISTÓRICOS**

La prisión preventiva es una institución heredada del sistema inquisitivo, medida cautelar a través de la cual se intenta garantizar la comparecencia del imputado a juicio, es decir, su función principal es asegurar el normal desarrollo del proceso que terminará en la posible aplicación de una pena privativa de libertad.

Desde la antigüedad, durante los primeros tiempos de Roma, los medios coercitivos que utilizaban los magistrados eran entre otros la citación personal, la detención y la prisión preventiva. La citación constituía un acto administrativo que obligaba a la persona a comparecer ante la autoridad, en caso de incumplimiento, el magistrado podía solicitar la comparecencia a través de la fuerza, y en caso de no concurrir, el magistrado podía reiterar la orden efectivizándola mediante la detención. (Zavaleta, 1954).

No obstante, a partir del último siglo de la República en el que comenzó a manifestarse el proceso acusatorio, los magistrados seguían teniendo la atribución de citar a los inculcados, lo que no ocurría con la detención ni con la prisión preventiva, ya que con la ley *Julia de vi publica et privata*, los ciudadanos romanos estaban libres de estas medidas de seguridad que generaban un proceso desigual entre las partes, ya que mientras el acusado estaba preso, el acusador tenía la libertad de obrar como le pareciere, desequilibrando las fuerzas, favoreciendo a la parte acusadora y perjudicando a la parte que más corría riesgos, y que más necesitaba de garantías. Cabe aclarar que esto sólo ocurría cuando no se trataba de delitos contra la seguridad del Estado, o en delitos flagrantes, en los que se permitía hasta matar al ladrón sorprendido en el acto.

Mientras Roma se rigió por un sistema imperial, es decir bajo el proceso inquisitivo, volvió a hacerse uso de la prisión preventiva de tres modos: *in carcerum*, que se cumplía en cárceles públicas por los delitos más graves, *milite traditio*, en el cual el inculpado tenía que estar resguardado por varios soldados, y *custodia libera*, en el que el inculpado quedaba bajo la vigilancia de una persona en un castillo o ciudad. Los dos últimos daban lugar cuando las personas inculpadas eran potentados económicos o políticos. (La Rosa, 2006)

Con el aparecimiento del cristianismo en Roma se dignificó la situación carcelaria, “se suprimieron los instrumentos de tortura, se crearon prisiones separadas para cada sexo, se las dotó de iluminación, y como medio de garantizar la ejecución de tales reformas se mandó que los jueves visitaran cada domingo a los detenidos, que los interrogaran y escucharan sus quejas(...) se procuró reducir el término de la prisión preventiva, estableciéndose que para los esclavos no debía pasar de veinte días, transcurridos los cuales debían ser remitidos a sus amos o vendidos si carecían de ellos. Los hombres libres acusados de sedición eran juzgados inmediatamente si no habían obtenido la libertad provisoria, y en el plazo de treinta días si se les imputaba un crimen castigado con pena capital. A manera de síntesis de lo expuesto, puede decirse que en los últimos tiempos del Imperio Romano la prisión preventiva era la excepción. Nadie debe ser encarcelado sin estar convicto. Lo mismo en caso de crimen enorme, simples presunciones no bastaban para aprisionar al inculpado.” (Zavaleta, 1954, pág. 19)

De igual manera en Atenas solo podía decretarse la prisión preventiva por crímenes de

conspiración contra la patria y el orden político y por los de peculado, en el resto de delitos se dejaba en libertad al procesado bajo caución o fianza de tres ciudadanos que garantizaban la comparecencia de aquel a juicio.

“Posteriormente, uno de los más significativos triunfos en este sentido se consigna en la Carta Magna inglesa de 1215, en la que se estableció el principio de que nadie podía ser arrestado, encarcelado o privado de sus bienes, ni desterrado o colocado fuera de la ley sino en virtud de una sentencia de sus pares.” (Chichizola, 1963, pag.16)

Por primera vez se asentaba el principio de libertad como máxima dentro de un proceso y la detención como una circunstancia excepcional, que dentro de las veinticuatro horas siguientes se debía comunicar por escrito al ciudadano inglés la imputación del delito que se le hacía, y si no correspondían a delitos como felonía, alta traición o cualquier otro con carácter de gravísimo tenía que obtener la libertad provisional mediante fianza.

Beccaria en el siglo XVIII en su obra: *De los delitos y las penas* estableció que: “La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito; pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena. La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero en el delito, las amenazas y constante enemistad con el ofendido, el cuerpo del delito y otros semejantes, son pruebas suficientes para encarcelar un ciudadano.” No obstante en un

capítulo posterior el Marqués de Beccaria se contrapondría a este precepto señalando que: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida.” (Beccaria, 1984, pág. 60) Luego, en este mismo sentido, se preguntaría: ¿Cuál es, pues el derecho, sino el de la fuerza, que concede a un juez la facultad de penar a un ciudadano mientras se duda si verdaderamente es reo o inocente? Finalmente Beccaria establecería como únicas circunstancias aceptables para la interposición de la prisión preventiva el impedimento de fuga o la ocultación de las pruebas, sin embargo ratificaría que este proceso tiene que durar lo menos posible para evitar angustias e injusticias al reo.

“Consolidada la abolición formal de la tortura, establecido un marco procesal -también formalmente- presidido por el principio de presunción de inocencia, la cuestión de la prisión provisional, de su legitimidad, permanecerá en el pensamiento liberal demandando una justificación y recibéndola de los autores con matices diferenciales, pero siempre con un tinte de claro malestar de fondo en sus manifestaciones al respecto. Malestar que se expresa inequívocamente en el afán de rodear a la práctica de la institución de cautelas de difícil si no imposible prestación, como lo demuestra una ya bien dilatada experiencia en la materia. Ninguna postura tan clara en este sentido como la de Carrara, que subordinará su uso a las necesidades del procedimiento, haciendo hincapié en que tiene que ser brevísima, que no es tolerable sino en graves delitos y que hay que procurar suavizarla mediante la libertad bajo fianza; admitiendo su prolongación sólo para dar respuesta a "necesidades: 1º, de justicia, para impedir la fuga del reo; 2º, de verdad, para impedirle que estorbe las

indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3° de defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno". Más tarde, en un trabajo titulado "Inmoralidad del encarcelamiento preventivo", proclamará la injusticia de la institución, si bien como "una injusticia necesaria." (Ibañez P., Presunción de Inocencia y Prisión sin Condena. Obtenido el 18 de enero de 2012. Recuperado de: <http://new.pensamientopenal.com.ar/16112009/doctrina03.pdf>)

## **1.2 CONCEPTO Y DEFINICIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

A lo largo de la historia han existido diferencias conceptuales para definir a la prisión preventiva, por ejemplo, Emile Jamais señalaba que la prisión preventiva "es una medida necesaria, una garantía valiosa para la seguridad de la instrucción y para la ejecución de la pena que podrá ser aplicada. Según Charles Martin, es un medio de instrucción, una medida de seguridad y de guarda de la persona del inculpado bajo el poder de la justicia, y eventualmente una garantía de ejecución de la sentencia (...) Artemio Moreno expresó que la prisión preventiva no es otra cosa que un expediente de seguridad, una manera de dejar regularizado el sumario criminal y de proveer a la efectividad misma de la sentencia definitiva (...) Jiménez Asenjo la define diciendo que es la situación permanente y definitiva por la que se priva judicial y formalmente al inculpado de su libertad durante el tiempo que se estime conveniente a los fines de la justicia. Fenech, por su parte, expresa que la prisión provisional es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona, en virtud de una legislación de voluntad judicial y que

tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado al efecto, con el fin de asegurar su persona e impedir que burle la acción de la justicia (...) Según Máximo Castro, la prisión preventiva es una medida de seguridad que adopta el juez respecto de una persona acerca de la cual tiene motivos para suponer que es autora o partícipe en el delito investigado; su objeto es asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción. Para Vélez Mariconde, la prisión preventiva es el estado de privación de libertad impuesto al procesado, por orden de juez competente, durante la tramitación de la causa y siempre que se le atribuya un delito reprimido con pena privativa de libertad, para asegurar el fiel ejercicio de la función represiva. Zimmerman, por último, citado por Malagarriga y Sasso, dice que la prisión preventiva es un medio de instrucción legitimado por el propósito de que la verdad se averigüe, no se burle la justicia, y la ley penal se cumpla. (Zavaleta, 1954, pág.60)

No puede ser una medida de seguridad ni un medio de instrucción por cuanto los fines que busca son diferentes, con la prisión preventiva no se busca proteger a la sociedad de aquella persona presuntamente peligrosa, no se busca asegurar la pena, ni evitar que se vuelva a cometer otro ilícito, tampoco tiene como fin castigar al imputado, porque esas funciones le correspondería a una pena cualquiera y la lógica de la prisión preventiva es diferente, lo que esta medida busca alcanzar, es que la persona presuntamente responsable del delito cometido no evada el proceso penal, que puede terminar con una condena o con una absolución, eso le corresponderá al juez determinar, sin embargo, lo importante es que el imputado pueda estar presente durante todo el proceso.

“Por diferentes razones, contribuyeron eficazmente a aportar claridad a la polémica cuestión de las relaciones entre la prisión provisional y el principio de presunción de inocencia algunos caracterizados exponentes de la escuela positiva y, después, de la conocida como escuela técnico-jurídica. Lo hicieron por la vía de prescindir del elemento problemático del asunto: la presunción de inocencia. Poniéndola en discusión o bien propugnando su eliminación, en el caso de la primera, por motivos de defensa social. Y negándola también en el supuesto de la segunda, a través de su representante más significativo, Manzini, con argumentos de carácter procesal, pero no exentos de reminiscencias igualmente defensasistas. Según este autor no hay nada más tontamente paradójico e irracional que la presunción de inocencia, pues la imputación...debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad. Ya que, si se presume la inocencia del imputado, demanda el buen sentido, ¿por qué se procede contra él? Para, en fin, mediando directamente en el tema que nos ocupa y argumentando por reducción al absurdo, preguntarse, sin duda como provocación a sus contradictores: ¿Por qué no abolir la prisión preventiva?” (Ibañez P., Presunción de Inocencia y Prisión sin Condena. Obtenido el 18 de enero de 2012. Recuperado de: <http://new.pensamientopenal.com.ar/16112009/doctrina03.pdf>)

Frente a esto, el tratadista francés Faustin Hélie señalaba que “la prisión preventiva de libertad de los inculpados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio, donde no hay condena. Si se la descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción.” (Hélie, 1853, pág. 748)

“Es así que de los precedentes reseñados puede reconocerse que la consideración de la libertad provisional varía según el carácter que se le asigne al proceso penal dentro de cada momento histórico, dado que en el proceso de tipo acusatorio (propio de regímenes liberales y democráticos) se entiende que el rito es el instrumento para verificar si la acusación (base esencial del proceso) tiene fundamento o no. Entonces el acusado es un sujeto procesal o una parte (lo mismo que el acusador) que goza generalmente de libertad; por lo tanto, su prisión preventiva es excepcional. En cambio, en el proceso de tipo inquisitivo ocurre lo contrario: la detención del inquirido es la regla mientras que su libertad es una excepción. A esto se llega por fuerza de una ideología política contraria a nuestras instituciones fundamentales.” (La Rosa, 2006, pág.4)

Numerosas han sido las opiniones vertidas sobre esta figura, sin embargo está claro que la doctrina todavía no consigue su plenitud en el desarrollo sobre la prisión preventiva, como dijo Manduca: “Acercas de la prisión preventiva la ciencia no ha dicho todavía la última palabra.” Esta institución ha tenido gran alcance en el debate público, creo que todos los penalistas y en sí los pensadores jurídicos no han obviado en expresar su criterio acerca de la prisión preventiva, se ha escrito mucho, sin embargo, las discusiones no han alcanzado a resolver la problemática social de los presos sin condena, aún sigue abierta la discusión de su constitucionalidad, la necesidad de la prisión procesal ha sido uno de los puntos de defensa pero también de mayor ataque, la vigencia de esta figura cautelar es aceptada por todos, como lo son también las observaciones y reproches a la misma; todavía en este siglo la prisión preventiva es objeto de grandes críticas, y aún más tiene que ser en nuestro país,

debido a que nuestra Constitución resguarda considerablemente la protección de principios que están en oposición a esta figura, que cabe señalar también se encuentra amparada por nuestra Carta Magna. Entonces la prisión preventiva tiene que ser todavía más analizada, todavía más criticada, todavía más desarrollada, porque bajo esta figura, se juega el Estado de Derecho, o más bien dicho, el Estado de Derechos y Justicia, consecuentemente tenemos que decidir y construir una normativa que vaya acorde a esa forma de Estado, los preceptos e ideales recogidos en la Carta Política fueron triunfos alcanzados bajo la aceptación de todos los ecuatorianos, no podemos entonces burlarnos de la visión garantista proclamada en ese texto cuando defendemos la justicia por un lado y por el otro la inmensa mayoría de los presos todavía espera una sentencia encerrado en una celda, ellos todavía sueñan con esa justicia tan proclamada, tan anhelada, pero a veces tan irreal.

Nuestro Código de Procedimiento Penal no define a la prisión preventiva, a pesar de esto si establece que es una medida cautelar y que el juez podrá interponerla para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena. Este último objetivo sería incompatible con el Estado de Derecho, bajo la duda de cómo el juez va a interponer esta medida para asegurar la ejecución de la pena si todavía no se ha llevado a cabo una defensa técnica del procesado, si todavía se encuentran pendientes diligencias y etapas procesales, las pruebas no se han practicado, es decir, el juez aún no tiene un conocimiento pleno de la verdad procesal, así que no se podría decir que con la prisión preventiva se garantizará la ejecución de la pena, sería inconstitucional que algún juez establezca esta medida para asegurar este objetivo, ¿qué tal si posteriormente se determina que aquel imputado no tiene responsabilidad alguna del ilícito cometido, ¿dónde

queda la justicia, las garantías y los derechos de la persona procesada? La prisión preventiva debe tener una única finalidad: asegurar la comparecencia del imputado a juicio.

La prisión preventiva es la figura más severa de las medidas cautelares personales y del proceso penal en general debido a que su aplicación conlleva la privación de la libertad de las personas, esta orden por lo tanto tiene que ser emanada de autoridad competente y tiene que cumplir con los requisitos y los presupuestos procesales legales para su aplicación. Esta privación de libertad como el mismo nombre de la medida lo indica tiene que ser preventivo, únicamente para buscar que se cumpla con los fines procesales correspondientes.

“A pesar de las dificultades que se presentan para definir el concepto de libertad, y a pesar de los más variados significados que se le asignen a ese vocablo, le asiste razón a Linares Quintana cuando nos enseña que libertad es una palabra tan antigua como la historia del hombre, y que la propia historia de la humanidad puede ser sintetizada como la historia de la lucha eterna por la libertad.” (citado por La Rosa, 2006, pág.16) “Tan importante es la libertad para el individuo, que se ha considerado que la vida sin ella no es digna de ser vivida.” (Chichizola, 1963, pág. 15)

“Puede definirse a la libertad personal como la potestad que tiene todo hombre para pensar, querer y ejecutar todo lo que es de su voluntad, dentro de los límites impuestos por la Constitución nacional y la ley, sin reconocer voluntad alguna superior.” (La Rosa, 2006, pág. 13)

Este derecho ha sido uno de los bienes más preciados por el ser humano y por el cual se ha luchado tanto, las grandes conquistas sociales han estado pensadas en torno a la libertad, esto ha provocado que la comunidad internacional haya creado diversos tratados con el único ánimo de garantizar el ejercicio pleno de este derecho tan vulnerado a lo largo de la historia de la humanidad, por esta razón la libertad tiene carácter de fundamental, su importancia lo amerita, conjuntamente con la vida, son los bienes más resguardados y los que revisten mayor cuidado y protección por parte del Estado, por lo tanto la privación de este derecho y aún más dentro de un proceso sólo puede tener el carácter de excepcional, es decir, solamente se la ordenará cuando las demás medidas sean inútiles para alcanzar los fines procesales.

La prisión preventiva por tanto es aquel acto cautelar, provisional y preventivo que tiene como objeto garantizar la presencia del imputado a lo largo del proceso penal, su orden tiene que ser emanada de autoridad competente, siempre y cuando se cumplan los presupuestos tanto subjetivos como objetivos establecidos por la ley para su interposición, y siempre que se respeten los principios establecidos en la Constitución de la República. En mi concepto he visto importante precisar esto último porque la experiencia y las estadísticas que en su momento presentaré, advierten que la privación de la libertad en el proceso no cumple los parámetros de excepcionalidad, de necesidad, de proporcionalidad, de un Derecho Penal de mínima intervención, de un Derecho Penal de última ratio; esta medida en nuestro sistema constituye una regla general, con lo cual se quebranta el ideal buscado por el constituyente en la Carta Magna.

### 1.3 LEGISLACIÓN COMPARADA

Para el presente análisis he observado oportuno contemplar legislaciones muy cercanas a la nuestra, y determinar de manera breve según mi humilde criterio cuáles son los puntos más fuertes o menos apropiados que tienen en la regulación de la prisión preventiva.

El Código de Procedimiento Penal argentino en su artículo 312 determina que el juez ordenará la prisión preventiva al dictar el auto de procesamiento<sup>1</sup>, salvo que confirme la libertad provisional, que procederá en los siguientes casos:

- 1.- Cuando al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional; o,
- 2.- Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319, que hace referencia a las restricciones de la excarcelación cuando por algún medio se presume que el procesado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Por su parte el artículo 24 del Código Penal de Argentina señala: “La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión

---

<sup>1</sup> El auto de procesamiento en nuestra legislación sería la formulación de cargos.

preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos setenta y cinco”.

Aquí, desde mi punto de vista, se comete un grave error, primero regular una cuestión de forma en el código encargado de regular cuestiones de fondo, segundo, esta manera de computar la prisión preventiva puede avalar un período de tiempo muy grande sin que la persona privada de libertad reciba la sentencia correspondiente. Es un error a mi modo de ver, que en el Código de la Nación no se establezca un período máximo de tiempo, no obstante, como sabemos, Argentina es un país federal y por lo tanto esto podría establecerse en la legislación correspondiente a cada provincia. Posteriormente, el legislador argentino observando estos vacíos legales que seguramente provocaron decenas de injusticias creó la ley 24.390 que específicamente trata sobre la duración de la prisión preventiva, determinando en su artículo primero que esta medida no podrá superar los dos años. Aun así en la misma ley se establecen excepciones a este término en los casos que la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, frente a estas circunstancias el tiempo podrá prorrogarse un año más, asimismo podrá prorrogarse por seis meses más cuando la sentencia no se encontrare firme. Por otro lado, el Ministerio Público también podrá oponerse a la libertad del imputado cuando entendiera que existieron de parte de la defensa articulaciones manifiestamente dilatorias, que generaron que los tiempos no puedan cumplirse. Por último esta ley determina que transcurrido el plazo de dos años, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

Según mi criterio estos preceptos todavía son muy banales y débiles, porque bajo esta óptica todavía es posible que una persona permanezca privada de su libertad sin condena por un tiempo extremadamente largo e injusto. Uno de los problemas que se debe tratar de remediar en nuestras legislaciones es la duración excesiva de la prisión preventiva, y para esto, nuestras leyes tienen que ser concretas e intolerantes con los mecanismos que pudieren provocar la extensión de la medida, porque no nos olvidemos que todavía no hay sentencia condenatoria, por lo tanto quien tiene que vigilar y asegurarse que no haya dilaciones en el proceso es el juez, esa es su función, no podemos perjudicarle al débil en la relación procesal, o al menos debemos castigar duramente a los abogados inconscientes que buscan a través de éstas prácticas la caducidad del tiempo y consecuentemente la libertad de la persona que también es posible que sea responsable de aquella ilegalidad, y ante lo cual estaríamos generando impunidad.

En Colombia para que se pueda establecer cualquier medida de seguridad se tiene que cumplir alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Una vez cumplidos estos requisitos, procederá la prisión preventiva en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo que podemos ver en esta legislación es que no se limita temporalmente la aplicación de esta medida, siendo este punto uno de los más críticos enunciado por la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales. Si la prisión preventiva tiene una duración excesivamente larga se transforma en una pena anticipada debido a que la privación de libertad exagerada durante el proceso quebranta el principio de jurisdiccionalidad y por lo tanto su fin cautelar se destruye. Consecuentemente la limitación temporal de la prisión preventiva es una obligación de nuestras legislaciones, y no solamente la limitación, porque limitar también puede ser establecer un tiempo de 5 años, que de igual manera sería un abuso, sino el objeto es restringir lo máximo posible el tiempo de duración.

La legislación peruana es muy completa en cuanto a que especifica claramente los requisitos para interponer la prisión preventiva, además también determina cuáles serán las circunstancias que se deberá evaluar para suponer la existencia de un peligro de fuga o de obstaculización de la justicia, es decir, no se queda en un supuesto vacío, sino que establece cuáles serán los casos que hacen peligrar al proceso penal. Así, el artículo 269 del Código

Procesal Penal establece que para calificar el peligro de fuga, el juez deberá tener en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Asimismo el artículo 270 establece que para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que computados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Un aspecto positivo es que el sistema peruano determina que los delitos objeto de la prisión preventiva serán los que tengan una sanción superior a cuatro años, con esto limitamos la aplicación de esta medida y garantizamos en parte la excepcionalidad de la prisión

preventiva, por cuanto se restringen varios tipos penales en los que podrán aplicarse medidas sustitutivas.

Otro punto favorable es que en esta legislación la duración general de la prisión preventiva será de 9 meses y en casos complejos se podrá aumentar otros 9 meses como máximo. No obstante, señalar que en casos complejos la prisión preventiva puede durar 18 meses, es darle una puerta abierta al juez para que contemple como válido y general el que se cumpla este lapso de tiempo, a menos que la normativa disponga cuáles son estos casos complejos.

En la legislación mexicana la prisión preventiva está regulada a nivel constitucional, su artículo 19 manifiesta que el Ministerio Público sólo podrá solicitar esta medida cuando las demás no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como también cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez oficiosamente dictará la prisión preventiva en casos como el crimen organizado, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos violentos, delitos graves en contra de la seguridad del Estado, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Aunque la lista puede parecer poco precisa, aquí el constituyente mexicano optó por una vía muy rígida de restricción de esta medida, ya que determina cuáles son las únicas clases de delitos en los que irrestrictamente conllevará a la privación de libertad procesal, en el resto, el imputado podrá seguir el trámite en libertad. Es importante rescatar y mencionar

que esto per se constituye un avance fundamental por buscar y tratar de garantizar la excepcionalidad de la prisión preventiva, porque puede ser que este inciso sea insuficiente o incompleto pero al menos textualmente delimita los casos de aplicación. Esta reforma constitucional en México al menos en lo que corresponde a la regulación de la prisión cautelar es valiente y recíproca con la naturaleza, los fines y los principios que regulan a la misma.

La legislación española en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que para disponer la prisión provisional es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la

situación familiar, laboral y económica de éste.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado.

También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1. y 2. del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso.

El artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que la prisión preventiva durará un año para los casos de prisión menor (pena privativa de libertad igual o inferior a 3 años), y si la pena es superior, la prisión preventiva llegará a los dos años. En estos dos casos podrá prolongarse el tiempo en 6 meses tratándose del primer caso y en 1 año en delitos con penas superiores a los 3 años respectivamente. No obstante, el tiempo de la

prisión preventiva según el artículo 528 de esta misma ley señala que durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado. Aunque anteriormente se delimita los tiempos, este artículo puede llegar a dar muchos problemas a la hora de la aplicación de esta medida, debido a que su mensaje es abierto y brinda las facilidades para disponer de la prisión preventiva por el tiempo que se crea necesario, esto golpea cualquier síntoma de igualdad, quebranta el ideal de los derechos humanos, desvanece el tan aclamado debido proceso, se esfuma el Derecho Penal de mínima intervención, la garantía del principio de proporcionalidad se elimina, la condición de inocente queda sólo en las letras de los hermosos tratados y leyes, el respeto a la dignidad humana se profana, la excepcionalidad peligra. Esperemos que los jueces apliquen con rigurosidad los tiempos determinados.

Hassemer al tratar sobre legislación comparada de la prisión preventiva expresó: “Así, por ejemplo, Gran Bretaña y la República Federal de Alemania resultan comparables desde el punto de vista de las cifras de detenidos, a pesar de que allá la cifra de detenidos con condena es diez veces mayor que la de detenidos en prisión preventiva, los cuales entre nosotros, se acercan a un tercio del total de los detenidos. Y en Italia, en donde los fundamentos de la prisión se asemejan en algunos aspectos a los nuestros, la cantidad de detenidos en prisión preventiva es mayor que la de los que se hallan cumpliendo la pena. El hecho de que en el extranjero comparable se persigan ampliamente también aquellos objetivos que no se agotan en el mero aseguramiento del procedimiento, puede resultar tranquilizador, en consecuencia, sólo a primera vista. Es justamente en el derecho de la prisión preventiva en donde las particularidades de un ordenamiento jurídico nacional y la cultura jurídica que le subyace se caracterizan en forma tal, que el derecho comparado sólo

permite una causa *informandi*, y en modo alguno *imitandi*.” (Hassemer, 2003, pág. 107)

#### **1.4 FUNCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD**

La prisión preventiva tiene como función garantizar la comparecencia a juicio de una persona procesada, este es el fundamento para poder interponerla ya que se priva de libertad con el objeto de que la persona no pueda sustraerse de la justicia ni pueda perjudicar la investigación procesal.

Según la tesis de Roxin (2000) la prisión provisional tiene una triple finalidad:

- 1.- Asegurar la presencia del inculpado en el proceso penal.
- 2.- Garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal.
- 3.- Asegurar la ejecución de la pena.

El cuestionamiento en este sentido es si se puede justificar la prisión para garantizar los fines procesales, la detención de una persona sin una sentencia condenatoria constituye una afectación gravísima a la libertad, a la presunción de inocencia, por este motivo esta medida debe ser aplicada de modo estrictamente excepcional y únicamente se tendrá que interponer para garantizar la realización de un proceso justo.

En un Estado democrático y de Derecho, la libertad es un puntal fundamental de protección, cuyo resguardo se prioriza frente al encierro, no obstante, aún con un sistema normativo que respalda y fortalece este tipo de regímenes, la realidad se contrapone por ser esta medida cautelar el mecanismo procesal más utilizado a tal punto que buena parte del hacinamiento carcelario está dado por el abuso de la prisión preventiva.

Es así que se vuelve imprescindible analizar los requisitos establecidos en la legislación que permiten la aplicación de la prisión preventiva y que ponen en jaque todos los principios que rigen y regulan el encarcelamiento de una persona que no tiene aún una condena que lo declare culpable del cometimiento de un delito.

El artículo 167 del Código de Procedimiento Penal establece que: “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.”

Como expresé anteriormente no comparto las dos funciones que determina el artículo citado, la prisión preventiva tiene que servir para que la persona comparezca de inicio a fin al proceso y se pueda garantizar su éxito, que puede ser obtener una sentencia condenatoria que confirme que el imputado fue el responsable del delito cometido o por otro lado, absolverle de responsabilidad, por lo tanto el asegurar la pena no debe ser una función de esta medida cautelar porque eso dependerá del juez, de los argumentos jurídicos de las partes y de las pruebas que se puedan aportar, no será por lo tanto de esta medida que si bien garantizará la ejecución de la pena en el caso de una condena, no debe perseguir esto como un ideal, sino más bien que el imputado no pueda evadir la justicia.

Para interponer la prisión preventiva la ley exige que se cumplan todos los requisitos antes señalados, creo que los dos primeros presupuestos son obvios pues para ordenar esta medida tan grave tiene que existir la presunción seria de que el ilícito cometido constituye un delito de acción pública, que son por regla general todos los delitos exceptuándose los llamados “delitos de acción privada”, aquellos donde no existe un interés público en la persecución penal y que se encuentran enumerados en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

El numeral segundo a su vez obliga a que exista indicios de que la persona imputada es autor o cómplice del delito, creo que no va a existir dudas ni objeción sobre la validez de este punto ya que para precautelar la presencia del imputado tienen que haber fuertes presunciones de que la persona privada de libertad es la que probablemente cometió el

hecho, no tener estos argumentos sería basarnos en rumores infundados, que no corresponde analizar en un Estado que se llama de Derechos y Justicia.

Por otro lado el punto 3 a mi parecer ha sido el causante de grandes arbitrariedades por parte de los administradores de justicia, quienes olvidan el carácter excepcional de la prisión preventiva mandado por la Constitución y por los tratados internacionales. El hecho de que se pueda privar a una persona de su libertad porque se le imputa un delito con una pena mayor a 1 año no cumple con los parámetros para garantizar la excepcionalidad, esta medida, la más severa de todas dentro del proceso penal tiene que ser aplicada justamente para los delitos más graves, sin embargo, aplicando esto en el caso de un posible delito de abigeato se podría atentar contra un derecho fundamental de la persona procesada, una vaca puede costar la libertad durante el proceso del imputado, consecuentemente sin haber sentencia que declare la responsabilidad de aquel sujeto él ya ha sido condenado a estar preso durante la investigación procesal. No creo que en este caso se pueda concluir que la prisión preventiva es justa, necesaria y que cumple con todos los aspectos de protección a las libertades y derechos de un Estado democrático. Nuestra legislación tiene que ser más exigente y drástica en los presupuestos a cumplirse para poder interponer esta medida, no podemos aceptar tan campantemente que los jueces tengan puertas abiertas para dar paso a arbitrariedades que puedan tener como consecuencia la privación de la libertad de una persona aún inocente.

Estos tres puntos constituyen el presupuesto material de procedibilidad de la prisión preventiva, que tienen que ver “con la existencia de una imputación suficientemente seria

respaldada en antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización de un juicio y una eventual sentencia condenatoria.” (Duce-Riego, 2002, pág. 246)

Los dos siguientes puntos constituyen el presupuesto subjetivo que hace referencia a la valoración que hará el juez sobre la necesidad de dictar una medida cautelar personal en contra del imputado, el objetivo de esto es garantizar la inmediación y disponibilidad del procesado, es decir, que efectivamente comparezca a juicio a ser juzgado, que se evite la paralización o la suspensión del proceso por culpa del imputado, o por último que logre fugarse. Por otro lado es importante recalcar que “es el fiscal quien debe plantear la discusión sobre las medidas que le parezcan necesarias y debe probar al juez su necesidad, por medio de la exposición de los hechos que la justifican y de la argumentación acerca de cómo estos hechos permiten establecer el o los peligros que las medidas cautelares pretenden contrarrestar. En consecuencia, el incumplimiento de parte del fiscal de estas cargas procesales elimina la posibilidad de que se decreten medidas cautelares.” (Ibid, pág. 250)

En estos dos presupuestos subjetivos es donde recae la irresponsabilidad del abuso de la prisión preventiva, debido a que en la generalidad no existe una debida motivación por parte del fiscal para sustentar el por qué es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio o que a su vez por qué las demás medidas no privativas no son suficientes, estos dos requisitos se han vuelto parte de una declaración sacramental en la solicitud, ya que en la gran mayoría de casos el fiscal no tiene el fundamento respectivo para comprobar la existencia de estos requisitos de procedibilidad, con lo cual la

solicitud del fiscal se vuelve infundada y no debería ser tomada en cuenta por parte del juez de garantías penales, que como su cargo lo denota, está encargado de garantizar el debido proceso y el respeto absoluto a los derechos de las partes procesales.

El arraigo laboral, económico, y social, aunque no son exigencias determinadas en la ley, en la realidad juegan un papel trascendental con respecto a estos dos requisitos, no obstante, también es hora de preguntarnos si estas circunstancias deben ser el factor principal para disponer la prisión preventiva, bajo este contexto una persona pobre está condenada a irse a la prisión, puesto que es muy probable que no tenga justificantes laborales ni económicos que persuadan al juez para darle una medida sustitutiva.

El indicio según la Real Academia de la Lengua Española es un fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de algo no percibido, es decir, es obligación del fiscal demostrar la existencia de estos indicios para así sustentar la necesidad de la prisión preventiva y consecuentemente exponer las razones del por qué las demás medidas no privativas de libertad no garantizarán los fines procesales, esa motivación debe constar tanto en la solicitud del fiscal como en la resolución del juez, lastimosamente estos dos requisitos se irrespetan absolutamente, nunca se justifican y esto genera el abuso y la arbitrariedad con que se maneja la prisión preventiva en nuestro país.

## **1.5 NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Como manifestamos anteriormente y como reconoce nuestro Código de Procedimiento

Penal, la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, es decir afecta directamente derechos de la persona imputada de un delito. Al ser una medida de carácter cautelar según lo dispuesto en nuestra legislación la finalidad sería garantizar la inmediación 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. Este último no aplica para la prisión preventiva pues el artículo 167 ya determina que esta medida tiene como finalidad únicamente garantizar la comparecencia del procesado o asegurar el cumplimiento de la pena.

A la prisión preventiva “no cabe que se le asignen los fines retributivos, disuasorios, de erradicación o resocialización que puede tener la pena de acuerdo a las distintas posiciones doctrinarias; pues, obviamente, ésta es una medida cautelar y no una sanción acordada en sentencia por un juez o tribunal. Por lo tanto, y aunque algunas legislaciones lo hayan admitido debido a la crisis de la seguridad ciudadana que ha estallado en el mundo en los últimos años, se excluye por principio que su objetivo pueda ser el aislamiento de un individuo peligroso; y menos todavía, que se proponga satisfacer un sentimiento colectivo de indignación ante el delito. De todos modos, son consideraciones de este tipo las que han contribuido a perturbar el análisis de este recaudo legal, pues no sólo han enturbiado su verdadera naturaleza, sino que también han conducido a los jueces a trastocar en la práctica la razón de ser de su utilización.” (Albán, 1991, pág. 38)

Para Roxin la prisión provisional no tiene otras finalidades que las expuestas, negando expresamente que pueda servir para prevenir la alarma social o el peligro de repetición del

delito. En estos, dice Roxin, se introducen elementos extraños a la naturaleza puramente cautelar de la prisión provisional, cuestionables tanto desde el punto de vista jurídico-constitucional, como desde el punto político-criminal, porque sólo la finalidad de asegurar la averiguación del delito y el aseguramiento de la ejecución de la pena (y, en consecuencia, de la persona del inculpado), puede justificar la adopción de esta medida. (Muñoz F., Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional, obtenido el 18 de septiembre de 2012 en: <http://www.cienciaspenales.net>)

En varias legislaciones y también en parte de la doctrina se han aceptado muchas veces razones inconsecuentes para la interposición de la prisión preventiva, dichas razones se las ha querido justificar con el discurso de que son argumentos de ejemplaridad, de seguridad, de eficacia contra la delincuencia imperante en nuestras sociedades, de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, entre otras. Bajo estos preceptos se han incluido circunstancias por lo menos “peligrosas” e inentendibles para ordenar la prisión preventiva, entre las cuales se encuentran: eliminar la alarma social que pueda generar el delito, contrarrestar la peligrosidad del imputado, descartar la posible reincidencia, garantizar la protección de la víctima y de los testigos, disuadir a posibles delincuentes, entre otros.

Todos estos elementos “desde luego nada tienen que ver con los fines puramente cautelares y procesales que oficialmente se asignan a la institución. Todos estos argumentos demuestran que, confesadamente o no, la prisión preventiva cumple <funciones reales>no compatibles con su naturaleza procesal y que la aproximan más a las funciones preventivas, generales y especiales, que sólo puede cumplir, cuando las cumple, la pena de prisión que

se ha impuesto, en sentencia firme, una vez constatada la culpabilidad del acusado en el correspondiente proceso.” (Muñoz F., Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional, obtenido el 18 de septiembre de 2012 en: <http://www.cienciaspenales.net>)

Dentro de las supuestas virtudes de la prisión preventiva algunos destacan las siguientes: “reduce la incidencia delictiva, disminuye la inseguridad pública, protege a la sociedad de sujetos peligrosos, es el único medio eficaz para impedir la fuga del inculcado, disuade a potenciales delincuentes, brinda un sentimiento de mayor seguridad y garantiza la reparación del daño.” (Instituto Ciudadano de Estudio sobre la Inseguridad (ICESI) Recuperado el 25 de mayo de 2012 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2680/21.pdf>) Sobre esto ya nos hemos pronunciado en el punto anterior, sin embargo si es preocupante que se quiera avalar a la prisión preventiva como un medio de seguridad general cuando las funciones son otras.

En nuestro país los jueces deben estar tan convencidos que el planteamiento teórico anterior es válido ya que tienden a aplicar la prisión preventiva desmesuradamente, ante esto es preciso resaltar que “aun cuando tradicionalmente se le asignan funciones procesales en sentido estricto, como medida que tiende a evitar que el responsable de un hecho delictivo eluda la acción de la justicia, aprovechando el estado de inocencia del que goza durante el proceso, es lo cierto que, el alto uso que se le da en el sistema de justicia penal americano y su excesiva duración en muchos casos, la convierten en una pena.” (Sánchez C., La prisión preventiva en un Estado de Derecho, Obtenido el 16 de enero de 2012, recuperado de:

## **1.6 NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Muchos juristas a lo largo de los últimos siglos han denunciado la atrocidad, la barbarie, la injusticia y la inmoralidad de la prisión provisional, reclamando su limitación tanto en la duración como en los presupuestos, aún así ninguno de ellos solicitó la supresión de esta figura o ideó mecanismos puntuales para la superación del problema, cual si se tratase de una injusticia necesaria como lo declaró Carrara. Consecuencia de esto fue que la prisión preventiva acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico. Esto devino en que esta medida cautelar, se consolide en todos los ordenamientos europeos, partiendo desde las constituciones de los países, pasando por los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las situaciones actuales.

No obstante es difícil también pedir la abolición de esta medida por cuanto creo que es un medio efectivo para conseguir un proceso eficaz en los casos de delitos graves. No puedo ser inconsecuente y dejar de pensar en casos como por ejemplo un delito macabro, cometido presuntamente por una persona con un amplio historial policial que no tiene empleo, remuneración ni domicilio fijo, cómo sino es con la prisión preventiva conseguiríamos la comparecencia de esa persona a juicio y lograr su posterior juzgamiento, que puede ser una sentencia condenatoria o absolutoria, pero en fin alcanzar un proceso justo para las partes.

La prisión preventiva creo que es una medida necesaria, pero únicamente justificable en los casos de delitos graves cuyas penas sean consideradas así, en los demás casos creo que se podría garantizar bajo otros parámetros la comparecencia de la persona imputada, puede ser bajo fianza, vigilancia de la autoridad por medio del dispositivo electrónico de geoposicionamiento, secuestro de bienes, y demás mecanismos que logren persuadir a la persona de presentarse a las diligencias procesales y responder por los probables daños causados a las víctimas, sin perder su derecho a ser libre y defenderse como tal ante un juez que determinará posteriormente su culpabilidad o no del acto ilícito, sin embargo mientras eso llega la persona imputada goza de la presunción de inocencia, y por lo tanto no podría ser sancionada todavía.

La máxima obligación del Estado es el respeto y la aplicación favorable a los derechos humanos, siendo este su objetivo primordial la prisión preventiva se vuelve una medida atentatoria a los principios amparados en la Constitución, es deber por lo tanto analizar y ponderar cuál es el camino a seguir, la limitación a derechos en el proceso bajo el ideal del bien común, o el respeto irrestricto a los principios y derechos que gozan las personas que no tienen sentencia condenatoria sin contemplar ninguna clase de limitación o perjuicio a esto.

## **1.7 CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y RESULTADOS DE LA CONSULTA POPULAR DEL AÑOS 2011**

La Constitución en el artículo 77 numeral 9 determina:

“En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.”

La consulta popular del 7 de mayo del 2011 enmendó la Constitución en lo que respecta a la prisión preventiva y a las medidas sustitutivas a la privación de libertad, esta enmienda se incorpora a continuación del primer inciso del numeral 9 del artículo 77, el cual señala lo siguiente:

"La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley." Esta enmienda fue aprobada por 4. 357.105 habitantes correspondientes al 50,46% del padrón electoral.(Consejo Nacional Electoral. Resultados de la Consulta popular del 7 de mayo de 2011. Recuperado el 15 de mayo de

2012 de <http://app2.cne.gob.ec/resultados/resultadosn.aspx>)

Es indudable que en nuestro país la vieja práctica de ciertos abogados ha ayudado a retardar el proceso con el único objetivo de lograr la caducidad de la prisión preventiva y que sus defendidos salgan en el peor de los casos al terminar un año privado de su libertad. A esto se suman las acciones de jueces corruptos que a sabiendas de las acciones ilegítimas de estos hampones de la ley, se hacen los desentendidos y colaboran a que el resultado sea el favorable a la caducidad. Esto es un grito a voces, no nos olvidemos que hubo denuncias sobre algunos jueces que tenían a su cargo más de 300 caducidades de la prisión preventiva, esto es inaceptable, esto es contribuir a un sistema putrefacto que no vela por la seguridad ciudadana.

La reforma planteada fue sustentada fuertemente en todas aquellas consecuencias negativas devenidas de la mala práctica de los administradores de justicia. Con esto no quiero desviarme de mi propuesta y de todo lo señalado hasta ahorita, la caducidad es un factor determinante para respetar aquel “plazo razonable” en que una persona puede estar privada de su libertad dentro del proceso, esto ha sido ampliamente defendido por la jurisprudencia, la doctrina y por los tratados internacionales que el Ecuador tan gratamente ha ratificado, sin embargo esta institución tiene que respetar la lógica por la que fue creada, no tiene que ser fomentada por todas las triquiñuelas de los abogados, que aunque existen disposiciones que prohíben y castigan estas prácticas, el órgano regulador correspondiente no sancionó como lo debió haber hecho en los últimos años, como consecuencia de todas estas injusticias e irregularidades cometidas y sufridas por la población, esta pregunta tuvo el

respaldo mayoritario del soberano, quien autorizó a enmendar la Constitución y establecer que el decurso del plazo se suspenderá por todas las acciones de cualquier persona que actúe dentro del proceso que tiendan a provocar la caducidad de la prisión preventiva.

No obstante en dicha enmienda para mí se olvidaron de establecer un plazo máximo de duración de la prisión preventiva, aun así con estas prácticas dilatorias, esta medida no puede ser eterna, si se cumple el plazo de la caducidad se deberá sancionar a quien la haya provocado injustificadamente, pero la situación del preso sin condena se tiene que solucionar. Es así que la suspensión deberá ser estrictamente momentánea y el tiempo debería prolongarse como máximo 6 meses más en los delitos sancionados con prisión y en un año con los delitos sancionados con reclusión, así no sobrepasaría el tiempo determinado por algunas legislaciones para la duración de esta medida, que si bien no es el ideal, se lo limita drásticamente evitando arbitrariedades ocurridas en nuestros países.

Con respecto a los numerales 1 y 11 del artículo 77 de la Constitución de la República sustituidos por la reforma aprobada en el referéndum cabe señalar que su modificación no fue sustancial, anteriormente el numeral 1 señalaba que la privación de libertad se aplicará de manera **excepcional** para garantizar la comparecencia en el proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, con la reforma se estableció que la privación de libertad no será la **regla general** y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena, el resto del articulado es el mismo. Al señalar excepcional se entiende que es algo que ocurre rara vez, esto difiere de lo que se puede

entender como la prohibición de ser regla general, ya que algo que no llega al 50% más 1 no puede ser entendido como regla general, pero esto no quita que pueda alcanzarse el 49.9% lo cual es una cifra alta para la aplicación de la prisión preventiva y con lo cual no se cumple el carácter de excepcional. Pese a esto en este mismo numeral y de igual manera en el numeral 11 se establece que tanto la prisión preventiva así como las medidas cautelares no privativas de libertad se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. Esta ley a la que se hace referencia es el Código de Procedimiento Penal, en éste no se señalan los casos, plazos, condiciones y requisitos para aplicar las medidas no privativas de libertad, sin embargo si determina en el segundo inciso del artículo 159 que en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Consecuentemente la ley a la que la Constitución de la República remite es muy clara y contundente al señalar de manera expresa que las medidas no privativas de libertad deberán ser utilizadas de modo general, dejando para casos excepcionales la privación de libertad. La reforma constitucional no excluye el carácter de excepcional que se consolida en la ley a la que la misma Constitución hace referencia, del mismo modo sucede con el numeral 11 y la aplicación de las medidas no privativas de libertad, en el que se determinaba en un primer momento que serán utilizadas de **forma prioritaria**, con la reforma se eliminó esta palabra y se dispuso que de **modo general** los jueces y juezas podrán aplicar dichas medidas; a continuación de esto se establece que estas sanciones alternativas se aplicarán

de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley, con lo cual se repite la historia del numeral pasado y se tiene que aplicar lo dispuesto en la ley adjetiva que lo cité anteriormente.

## **1.8 PRISIÓN PREVENTIVA Y DELITOS FLAGRANTES**

El artículo 162 del Código de Procedimiento Penal establece como delito flagrante lo siguiente:

“**Artículo 162.-** Delito flagrante.- Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención.”

“La flagrancia constituye apenas un hecho indicador para abrir una investigación, detectar una detención preventiva posible para desarrollar un juicio; de todos modos el juez tiene que tener en cuenta que una persona puede ser sorprendida en flagrancia e inclusive capturada bajo esa circunstancia, pero luego puede demostrar una circunstancia de justificación del hecho o de inculpabilidad, o que se trata de un inimputable; de tal manera

que ni aún en este caso se quiebra la presunción de inocencia, porque para establecer la responsabilidad penal debe hacerse sobre la base de hechos constitutivos, impeditivos y extintivos, esto es debe haber certeza de la existencia del delito y certeza de la responsabilidad del acusado, de tal manera que la tenencia de un objeto, instrumento o que aparezca huella mostrando a una persona como presunto partícipe en la comisión de un hecho punible, solo es base para imputarlo en la instrucción fiscal, pues la flagrancia es una situación meramente objetiva” (García, 2011, pág. 162)

La flagrancia no desvirtúa el estado de inocencia, solamente es una circunstancia que da origen a un proceso penal, no porque se lo capturó flagrantemente quiere decir que la persona es culpable y por lo tanto debe estar presa, todos los detalles que se deriven de la detención deberán ser analizados por parte del juez de garantías penales. Con respecto a este punto es preciso recalcar que nuestra legislación en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal permite a la sociedad civil realizar la detención como una respuesta efectiva e inmediata ante la presencia de un peligro para la misma, no obstante por mandato constitucional, a la persona detenida debe ponerse inmediatamente a órdenes de un juez, ya que en este tipo de casos no podrá estar detenida más de 24 horas sin fórmula de juicio.

El juez en la audiencia de calificación de flagrancia decidirá primero si la detención es legal, si se cumplen los parámetros para calificar a la infracción como flagrante, puesto que si no lo es, el detenido deberá ser puesto inmediatamente en libertad, y por último, en el caso de evidenciar indicios claros de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado así como de riesgos procesales, podrá adoptar alguna medida cautelar. La

existencia de la flagrancia no quiere decir que se ha comprobado el delito y su autor, ya que eso se deberá demostrar en las audiencias posteriores, ni tampoco podemos decir que si se ha calificado al acto como flagrante inmediatamente la persona deberá permanecer privada de su libertad. El abuso de la prisión preventiva aún es más preocupante en esta clase de procedimientos porque creo que existe una confusión en términos y efectos, la flagrancia solo es un procedimiento especial que permite exenciones formales para la detención de la persona y consecuentemente para dar inicio a la instrucción fiscal, sin embargo nuestros administradores de justicia aplican desmedidamente la prisión preventiva, las cifras de esta medida cautelar en los procesos flagrantes es sumamente alto, esto es injustificable, porque así digamos que en un delito flagrante contamos con casi todos los elementos para garantizar su juzgamiento, no nos podemos olvidar que las medidas cautelares tienen como objeto garantizar las finalidades procesales, por lo tanto se deberá demostrar que existen peligros reales para justificar su imposición, más aún en el caso de la prisión preventiva debemos cumplir con todos los requisitos constitucionales y legales, puesto que si no se los aplica, dicha decisión sería ilegal e inconstitucional, además de arbitraria e ilegítima, y cuando existe tal abuso de la prisión procesal no podemos decir que estamos cumpliendo con las disposiciones de mayor jerarquía.

## **Capítulo II: PRINCIPIOS QUE CONFRONTAN Y RIGEN LA PRISIÓN PREVENTIVA**

### **2.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SU LATENTE CONTRADICCIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Para entender de mejor manera la presunción de inocencia tenemos que referirnos a la libertad como el elemento esencial del ser humano, la conceptualización de la libertad ha sido y es una cuestión muy compleja y problemática, es una idea muy profunda que reviste procesos históricos, sociales y culturales, tanto es así, que sería mucho más fácil explicarla desde la práctica, desde la cotidianidad, desde el ejercicio mismo de este derecho. “La libertad no se puede definir, no se puede conceptualizar, sólo es dable en la medida de entender al hombre en el ejercicio de su actividad vital y en relación con los demás. El hombre como ser relacionante y como posibilidad de entender su libertad al ejercitarla cuando se entra en contacto con los demás, es ahí, donde cobra vigencia la libertad humana y el respeto a sus derechos fundamentales, al igual que ese libre desenvolvimiento de su personalidad. Pero sólo, en el reconocerme a mí mismo y al otro como si fuera mi igual es que cobra realidad y verdad todo el contenido de la libertad.” (Carranza, 2002, pág.22)

La libertad va de la mano de la presunción de inocencia tanto como va de la mano con la democracia, es así que el soporte de ésta y de los regímenes apegados a ella radica en la protección máxima de la libertad del ser humano, el ejercicio de este derecho es el que ha marcado claramente la disyunción entre los sistemas políticos estatales tiránicos y los democráticos, todo gira en torno a este derecho. Pensar en la libertad fuera de un contexto de institucionalización democrática, es pensar en un proceso de incivilización, de retraso, de desorden, de injusticia, no se puede hablar de democracia sin la garantía de resguardo a la libertad y a los derechos fundamentales ya que son la base de la misma, la libertad y la democracia son la parte sustantiva y adjetiva del Estado moderno así como también del

pensamiento progresista vigente.

En nuestra Constitución la libertad tiene un espacio prioritario de protección, es así que el artículo 66 hace referencia exclusiva a los “derechos de libertad” el cual contiene 29 numerales y diversos literales que han tenido como objetivo proteger todos los derechos y alcances posibles que se desprenden del derecho macro llamado libertad. No obstante el ejercicio del mismo puede ser limitado en situaciones determinadas por la ley y siempre que se atente contra el bienestar común, no nos olvidemos que la regla de oro determina que “la libertad de uno termina donde comienza la libertad del otro”, es decir la libertad individual está restringida por la no afectación a la libertad de los demás. Si la ley es la única que puede garantizar a la libertad, pues de igual manera el procedimiento para restringirla debe estar supeditada a otro postulado legal, el cual debe ser justo y excepcional.

“la libertad jurídica es esencialmente limitada y controlable, por cuanto se manifiesta en la convivencia social y organizada. También a la par que la libertad, la Constitución invoca como objetivo supremo el bienestar general, o sea, el bienestar del pueblo, su prosperidad y adelanto; incluso, informa el moderno poder de policía, en cuya virtud el Estado planifica, restringiendo libertades y derechos, todo en homenaje al interés colectivo. Se advierte de esta forma que toda regla jurídica coarta la libertad individual, dado que limita facultades o posibilidades personales. Una norma siempre establece prohibiciones y confiere autorizaciones, de manera que señala, en algún orden, límites a las expansiones individuales.” (La Rosa, 2006, pág.19)

Sin duda alguna el Derecho Penal ejerce esa limitación por cuanto a través del acto ilícito se genera la pretensión punitiva del Estado, ya que aquel acto que vulneró derechos y produjo afectaciones deberá tener como consecuencia el establecimiento de una sanción. Según sea la clase de delito esa sanción podrá ser privativa de libertad o no, sin embargo bajo la óptica de nuestros operadores de justicia la privación de libertad es casi obligatoria por cuanto no respetan los principios de excepcionalidad y de proporcionalidad, con lo cual se denota el divorcio existente entre lo normativo y la realidad vigente en nuestro país.

Frente a este panorama, se vuelve indispensable el análisis profundo sobre el procedimiento para llegar a dicha sanción, nuestros jueces tienen el deber de verificar que se cumplan con todos los presupuestos, analizar si la detención es legal, si la persona aprehendida es la posible responsable de aquel acto, si la privación de libertad se justifica, es decir, hay un sinnúmero de detalles que se tienen que tomar en cuenta para que la limitación al derecho libertad se respalde.

“Hay que recalcar, que la garantía de la libertad individual en su esencia, consiste no solamente en que el individuo esté a salvo de prisiones por detenciones arbitrarias en forma material, sino que implica como dice la actual Constitución del Ecuador, una noción más comprensiva, esto es, que toda restricción impuesta a la libertad del hombre, es a los ojos de la ley una prisión, cualquiera que sea el lugar y sean cuales fueren los medios con que la restricción se efectúe, de tal modo que la libertad, valor supremo de una sociedad democrática se ve relegada y vulnerada a diario, por el irrespeto a la presunción de inocencia

que se ejerce arbitrariamente por los jueces y fiscales.” (García, 2011, pág. 29)

La presunción de inocencia dentro del proceso penal obliga a que se demuestre la comisión de un acto constitutivo de delito, sin esa comprobación la persona imputada gozará de este principio, y deberá ser tratada como inocente durante todo el proceso. La presunción de inocencia es una garantía del debido proceso, el cual “no enmarca solamente que el proceso esté ajustado a derecho, que sea legal, puesto que la legalidad puede estar reñida con la justicia, sino de que sea adecuado, apropiado, conforme con un modelo. El término debido hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo y la idea de un proceso justo. El debido proceso en términos generales es un instrumento de justicia y no un instrumento de impunidad. El no tomar en cuenta que el proceso no sólo debe aportar garantías al imputado, sino que también debe ser un medio de defensa social.” (Carranza, 2002, pág. 44)

El problema de la prisión preventiva tiene muchas aristas, pero lo más sorprendente es cómo esta institución puede destruir tantos principios procesales, y cómo los jueces, los llamados garantes del proceso y de los derechos de las partes, pueden obviar órdenes expresas señaladas en cuerpos legales de superior jerarquía. En un Estado de Derecho la inocencia perdura hasta que en juicio esa presunción pueda ser rebatida a través de la práctica probatoria. Consecuentemente la inocencia debe ratificarse hasta que exista una decisión judicial que la elimine, es decir, una persona no puede ser encarcelada sin que se haya llevado a cabo un juicio justo, donde las partes puedan refutarse con argumentos y pruebas, en equilibrio y con trato igual. No se puede entender ese trato justo, imparcial, y

en igualdad de oportunidades, cuando una de las partes procesales, se encuentra privada de su libertad sin que exista una sentencia de por medio.

“Como adecuadamente resalta Trechsel, el principio de inocencia, entendido como el estado que ampara al procesado que ha sido imputado o acusado del cometimiento de un delito, nos enfrentaría de inicio a una contradicción en términos o *contradictio in adjecto*, pues por un lado el sistema lo imputa por considerar en base a suficiente evidencia, que ha cometido un delito y por otro, el mismo sistema debe partir de la presunción de que el procesado es inocente. Este problema es resuelto de forma satisfactoria por Maier, quien estructura el principio de inocencia a la necesidad del juicio previo, lo que permite considerar y sobre todo tratar como inocente al procesado, a lo largo de todo el proceso. En sentido más amplio y con orientación probatoria, Armenta Deu considera que la presunción de inocencia opera como regla de juicio fáctico, es decir como regla referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, y con arreglo a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.” (García, 2011, pág. 255)

La primera vez que se consagró este principio fue en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dicho texto señalaba:

“**Artículo 9.-** Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para

apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.”

A partir de ahí su protección se reconoció en los tratados internacionales protectores de derechos. El pacto de San José dispone en su artículo 8 lo siguiente:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11 establece:

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

A su vez la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre determina:

“Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.”

Nuestra Constitución de la República al respecto manifiesta:

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías

básicas:

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

Bajo este precepto se instituye una opción garantista a favor de los inocentes, pues sería inaceptable e inadmisibles reprimir un solo inocente aun cuando esto generara la impunidad de varios culpables. Aquí se marca una diferencia sustancial con el sistema inquisitorial, sistema en el cual la meta era alcanzar por cualquier medio la demostración de la culpabilidad del imputado, quien para fines procesales desde el inicio ya lo era por la presunción de culpabilidad que pesaba sobre aquél, consecuentemente bajo este sistema penal era el imputado quien debía probar su inocencia, no el Estado o el ente acusador el que tenía que demostrar la responsabilidad, detalle bastante complejo de lograr si suponemos que dicha persona se encuentra privada de libertad.

La presunción de inocencia ha sido también fuertemente criticada, así por ejemplo Garófalo señalaba que esta medida constituía una aberración a la lógica por cuanto debilita y obstaculiza la función represiva al proteger a los imputados culpables y peligrosos. Por su parte Ferri se oponía a la presunción de inocencia en casos de flagrancia, confesión del imputado y delincuencia evolutiva o profesional, casos en que esta presunción caía según él en “paradójica e irracional”, ya que por la acumulación de pruebas por lo menos se concluye en una presunción de culpabilidad.

La inocencia constituye un estado que favorece a cualquier procesado durante todo el juicio, esta presunción de derecho tendrá por lo tanto que ser destruida mediante un debido proceso, en el cual cada parte pueda aportar con argumentos y pruebas las cuales ayudarán al juez a formarse un criterio sobre el caso. Si la decisión es favorable a la culpabilidad debe de por medio haber existido un grado total de certeza, por cuanto la duda sólo acarrea una sentencia benigna para el imputado, cumpliendo con el principio *indubio pro reo*.

“Desde el punto de vista del proceso penal, de sus garantías y del debido proceso, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión: por un lado, es la regla probatoria o regla de juicio y por el otro, la regla de tratamiento del imputado, como estructuras fundamentales que actúan conjuntamente, para valoración al momento de la toma de decisiones. Lo anterior, porque si al imputado se le debe tratar como si fuera inocente es porque estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia.” (Carranza, 2002, pág. 45)

Nuevamente cabe la pregunta ¿se puede privar de la libertad a una persona que goza del estado de inocencia? La respuesta es no, en mi opinión esto no es dable, creo que la libertad es la base fundamental de la vida, el respeto a este derecho tiene que ser prioritario, una persona no merece estar presa sin antes demostrársele que cometió un delito y que la ley determina como sanción a dicho acto una pena privativa de libertad; además si siguiéramos nuestra Constitución al pie de la letra, esa persona no podría estar privada hasta que la sentencia condenatoria del juez no tenga carácter de ejecutoriada, es decir, aquella respecto

de la cual no se admite recurso ulterior alguno, pues hasta esa etapa el imputado sigue gozando de la presunción de inocencia. La prisión preventiva o prisión procesal debería ser la última medida adoptada por un juez, siempre y cuando existan los indicios suficientes y contundentes para sospechar que la persona imputada es la responsable del delito y siempre que sea en casos graves, que por ser considerados como tales tengan las penas más duras. No es posible aceptar en otras circunstancias la privación de la libertad dentro de un proceso, no seríamos consecuentes con el régimen democrático establecido en Montecristi.

“La prisión preventiva es privación de libertad frente a un inocente. Entre juristas penales no deberían existir dudas acerca de que ni siquiera la sospecha más vehemente podría estar en condiciones de restringir el principio de inocencia. Antes de la condena con autoridad de cosa juzgada la presunción de inocencia rige siempre, o no rige. Esto lo exige no sólo la garantía de existencia de este principio, del cual nada quedaría si al suficientemente sospechado se lo considera como <quizá inocente>, y al fuertemente sospechado como <más bien culpable>.” (Hassemer, 2003, pág. 117-118)

Privar de libertad durante el proceso conlleva la destrucción de la presunción de inocencia generándose así una presunción de culpabilidad, en estas circunstancias no puede haber dubitaciones, no podemos afirmar que bajo nuestra realidad carcelaria estar detenido en un Centro de Detención Provisional, no constituye un castigo, una pena. En mi opinión, son indefendibles aquellas posiciones que establecen que una persona que se encuentra bajo los efectos de la prisión preventiva sigue gozando de la presunción de inocencia, eso es absurdo, una desfachatez, la realidad demuestra que la prisión preventiva en nuestro

sistema penal constituye una pena anticipada. Preguntémonos cuál es la diferencia material, no teórica o ideológica, entre un privado de libertad por prisión preventiva y otro por sentencia condenatoria. No existen diferencias reales, es la misma situación, la privación de la libertad en centros custodiados que mantienen los mismos problemas; el tiempo de estadía sería lo único que los diferenciaría, y eso a veces, teniendo en cuenta que han existido casos donde el tiempo de privación procesal ha sido exagerado e injustificado.

El profesor colombiano Jorge Carranza Piña establece que: “la inocencia según se puede construir conceptualmente, es el estado jurídico en que se encuentra una persona a través de las siguientes condiciones:

1. Que solo la sentencia tiene la posibilidad de lo categórico.
2. Que al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: o culpable, o inocente. No existe una tercera posibilidad.
3. Que la culpabilidad debe ser jurídicamente construida y demostrada.
4. Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza.
5. Que el imputado no tiene que construir su inocencia.
6. Que el imputado no puede ser tratado como un culpable.
7. Que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, que no necesitan ser probadas.” (Carranza,2002, pág. 46)

La presunción de inocencia es una presunción de derecho, *iuris tantum*, por lo tanto no es absoluta, puede ser desvirtuada con las pruebas legales respectivas, pero únicamente la

presunción dejará de surtir efectos con una sentencia condenatoria ejecutoriada. Bajo un análisis lógico, la inocencia conlleva que a la persona imputada no se le podrán aplicar consecuencias penales, es decir gozará de libertad durante todo el proceso, sin embargo, este derecho fundamental está supeditado a una norma legal y constitucional que permite privarle de la libertad cuando entre otros se tengan indicios que la persona es responsable como actor o cómplice de un delito de acción pública que tenga una pena mayor a 1 año, como consecuencia un derecho fundamental y un principio constitucional se puede limitar fácilmente en nuestra legislación, la contradicción es evidente, una persona privada de su libertad no goza de la presunción de inocencia, así se manifieste que es una medida cautelar, a la persona se le está afectando, se está limitando un derecho, el debido proceso se desvanece, no existe, no podemos decir que bajo la prisión preventiva no se viola el estado de inocencia.

“Como señala Pernel: Si la presunción de inocencia no protege la libertad o la propiedad, antes de un pronunciamiento condenatorio, entonces, ¿cuándo y qué protege? (Bovino, 2007, pág. 8) Lastimosamente en nuestro país para fines procesales se privilegia el uso de una norma como la prisión preventiva a un principio fundamental como la presunción de inocencia.

“Debe reconocerse que una preocupación latinoamericana constante es el establecimiento de límites al legislador y a la práctica judicial a través de la Constitución, ello frente a los problemas que se presentan en la realidad, en donde a pesar de que las Constituciones Políticas latinoamericanas son de las más garantistas del mundo entero, consagrándose

derechos de todas las generaciones, en la práctica ocurre una situación muy diferente, expresión de lo cual el mejor ejemplo es la prisión preventiva.” (Llobet J., Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia y Proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988. Obtenido el 10 de octubre de 2012. Recuperado de: [http://penalistascr.com/wpcontent/uploads/2010/08/RISI=D3N\\_PREVENTIVA\\_EN\\_EL=%20%20CDIGO%20PROCESAL%20PENAL%20MODELO%20PARA%20IBEROAMRICA%20DE%201988.pdf](http://penalistascr.com/wpcontent/uploads/2010/08/RISI=D3N_PREVENTIVA_EN_EL=%20%20CDIGO%20PROCESAL%20PENAL%20MODELO%20PARA%20IBEROAMRICA%20DE%201988.pdf))

Nuestros textos legales y en parte la propia Constitución ignoran exigencias que la misma dispone de una manera profunda y categórica, el sentido general a lo largo de todo el texto constitucional es el de darle a los principios una fortaleza adicional, una regla no puede estar sobre un principio, así lo determina dicho cuerpo normativo cuando establece lo siguiente: el deber máximo del Estado es respetar y hacer respetar los derechos (Art. 11 numeral 9); ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos y las garantías (Art. 11 numeral 4); todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles interdependientes y de igual jerarquía (Art. 11 numeral 6). Sin embargo por estas contradicciones la práctica de la justicia penal pervierte el sentido de esta clase de principios que garantizan un justo proceso para las partes y que son de observancia inmediata y directa por parte de los administradores de justicia, no podemos seguir atentando contra éstos y destruyendo el sentido de la justicia y de la Constitución al permitir estas aberraciones jurídicas que han sido normales para jueces y fiscales.

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-774/01 sobre la presunción de

inocencia ha establecido lo siguiente:

“Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud de la cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido. La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud de la cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del indubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado.”

La prueba es el elemento vital para determinar que el sujeto ha cometido el delito y por lo tanto para que la presunción de inocencia deje de surtir efectos, hasta que esa prueba no se practique mediante juicio, el delito no puede considerarse cometido y consecuentemente ningún sujeto asimismo puede ser considerado culpable ni puede ser sometido a sanción

alguna. Así se desarrolla el axioma del profesor Ferrajoli cuando determina que no existe culpa sin juicio, la inocencia prevalece hasta prueba en contrario. Este es un principio fundamental de civilidad, de aseguramiento de la libertad y de la seguridad, pues cuando la inocencia de una persona está en juego, también lo están la libertad y la seguridad de los ciudadanos frente al sistema de administración de justicia. “La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de la legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria.” (Ferrajoli, 1995, pág. 549)

## **2.2 LA ANHELADA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

El carácter *excepcional* del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia): "El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria" (Maier, 1996, pág. 522)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9 numeral 3 expresa:

“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla

general (...)”

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) disponen en el artículo 6.1 que: “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.”

El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión determina en su principio 39 lo siguiente: “Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.”

Este principio constituye uno de los más lógicos y con mayor aceptación cuando se trata de la prisión preventiva, debido a que su inclusión dentro de la legislación permite que el sistema penal pueda reducir la tasa de presos sin condena. No obstante, esto no sucede en nuestro país, los jueces hacen caso omiso de este principio pues la realidad, el diario vivir demuestra que la prisión preventiva aún constituye la regla general de las medidas cautelares.

“Sin embargo, el principio no opera, en la práctica, como mecanismo protector de la libertad y del principio de inocencia, pues, o bien el legislador incumple con su obligación

de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien, porque tales medidas, a pesar de haber sido legisladas, no son aplicadas por los operadores judiciales. Ellos aplican las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcelamiento preventivo como regla.” (Bovino, 2007, pág. 24)

Es deber también preguntarnos si la prisión preventiva es el único medio para evitar la fuga de los imputados, pues es bajo esta condición de peligro que mayoritariamente los administradores de justicia interponen dicha medida cautelar personal. No obstante, sería más consecuente decir que la prisión preventiva es el mayor estímulo para darse a la fuga, pues sin la amenaza de permanecer en un centro de pésimas e inhumanas condiciones durante todo el proceso, el peligro de fuga se queda sin sustento porque la motivación para fugarse desaparece, únicamente este sentimiento aparecería cuando exista de por medio una sentencia condenatoria, es decir, el encarcelamiento preventivo es el principal factor del riesgo de fuga, sin éste garantizaríamos un respeto verdadero al principio de inocencia, por el cual toda persona procesada se defiende en libertad durante el transcurso del juicio.

“En efecto, aún si se cumpliera con el programa normativo del principio de excepcionalidad, el cumplimiento en la mayoría de los casos de no aplicar el encarcelamiento no tendría virtualidad para justificar la privación de libertad anticipada, en aquellos casos en los cuales <excepcionalmente> se aplicara, pues el ordenamiento jurídico no establece que sólo *a la mayoría de los imputados* se le debe respetar el principio de inocencia, sino *a todos ellos*.” (Bovino, 2007, pág. 25)

Mientras exista la prisión preventiva como medida cautelar, es necesario que su aplicación

sea estrictamente excepcional, en la mayoría de casos para garantizar la comparecencia del imputado a juicio se deben interponer medidas coercitivas que no restrinjan el derecho a la libertad, por consiguiente la excepcionalidad conlleva un doble efecto, primero, la aplicación minoritaria del encarcelamiento durante el proceso, y segundo, la búsqueda y la aplicación de medidas menos lesivas.

“La doctrina de la CIDH destaca, en este punto, que el interés del Estado... no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona... En este sentido, es esencial tomar nota de que la detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales... También 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. Se trata de una medida *necesariamente excepcional* en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa" (Bovino, 1998, pág. 168)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 07 de septiembre de 2004 del caso Tibi vs. Ecuador al respecto señaló: “La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.”

La excepcionalidad también conlleva a que una vez impuesta la prisión preventiva, esta medida sea sujeta a revisión temporal continua debido a que las causas que justificaron su imposición pudieron desaparecer y con ello las razones para seguir con la prisión se tornan inaceptables. “La excepcionalidad de la privación de libertad lleva implícita, el requerimiento de garantizar que su utilización sea tan limitada en el tiempo como las circunstancias del caso demandan. Esta herramienta (...) está destinada a dotar a la justicia penal de una nueva perspectiva, introduce un nivel de exigencia sobre el sistema penal para responsabilizarse del uso de la privación de libertad en el tiempo, debido a que una medida que pudo estar justificada en el momento de adoptarse, pudo volverse ilegítima, cuando se abusa de ella por negligencias administrativas, fallas de coordinación o displicencia de ciertos funcionarios. La filosofía que existe atrás de esta figura es de carácter pragmática comprometida en defensa de las garantías básicas, establece una clara diferencia en el nivel del daño que causa en virtud del tiempo de privación de libertad.” (CEJA, 2009, pág. 328)

El abuso de la prisión preventiva en nuestro sistema penal, destroza todos los principios rectores del proceso y de una verdadera justicia. No podemos hablar de una reestructuración del sistema judicial, mientras los jueces impongan como regla general esta medida cautelar, rompiendo todo ideal de la administración de justicia penal, de un sistema carcelario eficiente y de una Constitución de la República que exige el respeto máximo a los derechos humanos, a la dignidad humana y a la excepcionalidad de la privación de libertad. El principio de mínima intervención penal, la última ratio como razón de ser del Derecho Penal, el principio pro homine, el Estado de Derechos y Justicia, todo esto se

vuelve una utopía frente a la realidad del uso excesivo de la prisión preventiva.

### **2.3 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, CÓMO SE JUSTIFICA LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE UN TODAVÍA INOCENTE**

La proporcionalidad “es uno de los principios generales del Derecho y de elemental Justicia, que debe inspirar cualquier decisión jurídica, tanto más si ésta afecta a derechos fundamentales y tiene carácter limitador o restrictivo de esos derechos. (Muñoz F., Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional, obtenido el 18 de septiembre de 2012 en: <http://www.cienciaspenales.net>)

Este al igual que los otros principios constituye un límite para la aplicación de la prisión preventiva, sin embargo en diversas legislaciones y en conceptos de diversos pensadores aún se defiende que la prisión preventiva tendrá como límite el tiempo de la pena establecida para el delito cometido, es decir, la prisión preventiva se vuelve una pena anticipada, su gravedad se equipara al de una sanción, no existe diferencia entre la pena derivada de una sentencia condenatoria y el de la medida cautelar aplicable durante el juicio.

Este principio general “obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto. Por lo tanto, exige el conocimiento de los intereses en juego, la comparación de los valores sobre los que se apoyan y la limitación, en la medida de lo necesario, del sacrificio de los que deben ceder, de modo tal que, para alcanzar un

objetivo determinado se tomen en cuenta los medios utilizados y se llegue al resultado con el menor sacrificio de derechos individuales. En tal entendimiento, afirmase que se trata tan sólo de una ponderación de valores según la cual, en un determinado momento, triunfa el interés individual sobre el colectivo, mejor dicho, sobre el interés estatal implicado en la realización efectiva del poder penal.”(La Rosa, 2006, pág. 155)

“La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión...si se trata de delitos que tienen previstas penas menores o penas de multa leve, resulta claramente inadmisibles la aplicación de la prisión preventiva. Si en el caso concreto se espera una suspensión de la pena, tampoco existiría fundamento para encarcelar preventivamente al imputado.” (Binder, 1993, pág. 201).

La doctrina tradicional señala que resulta “racional el intento de impedir que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija, a quien la soporta, un mal mayor, irremediable, que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena.” (Maier, 1996, pág. 526)

La proporcionalidad es una consecuencia del Estado de Derecho y del principio de inocencia como tal, por cuanto constituye una garantía y un límite a la actividad estatal, además su razonabilidad se denota cuando la exigencia se basa en que esta medida no puede ser igual de restrictiva y dañosa como el de una pena, pues no tendría lógica que la necesidad cautelar tenga la misma finalidad que la necesidad de sancionar.

“El principio de proporcionalidad en sentido estricto también ha sido llamado <principio de prohibición de exceso> y obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, de forma tal que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva solo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión. La proporcionalidad se refiere, sin duda, a la comparación entre la detención preventiva cumplida (o a cumplir) y la pena concreta que se pueda establecer en ese procedimiento y para ese imputado, pero esta consideración por sí sola resultaría insuficiente, y por ello es también conveniente el establecimiento de límites temporales.” (Sánchez C., La prisión preventiva en un Estado de Derecho, Obtenido el 16 de enero de 2012, recuperado de: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01072009/procesal05.pdf>)

No obstante, siguiendo a la Dra. Natalia Sergi la interpretación de este principio como sinónimo de <equivalencia entre medidas de coerción procesal y coerción sustantiva> resulta peligrosa, debido a que esta conceptualización provocaría lo que el principio de inocencia rechaza, es decir, que se castigue y se dé el mismo trato a un recluso que a un procesado. Entonces, ¿Sería proporcional que a una persona inocente se le aplique una medida que eliminaría el goce de su derecho a la libertad?

Una consecuencia obvia del principio de proporcionalidad es la aplicación de medidas menos lesivas a la restricción a la libertad, cuyo objeto es asegurar la comparecencia del imputado a juicio, pues sería un error gigantesco que pudiendo el juez aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva no lo haga, esto causaría un perjuicio enorme e

injustificado a la persona procesada. La idoneidad de la medida cautelar gravita en que su interposición únicamente se justificará cuando otra disposición menos lesiva no pueda garantizar los fines procesales pertinentes.

“Se impone como necesaria la existencia de una relación entre el rigor de la medida de coerción y el fin procesal que se deba asegurar a efectos de impedir que la persecución penal, signifique para el imputado una intervención más grave en su vida que la posible condena, pues sería un contrasentido jurídico que el imputado sea liberado al ser condenado. También será un verdadero absurdo decir que mientras fue <inocente> estuvo preso y que al ser declarado culpable obtuvo su libertad. De modo que quien permite la coerción debe encontrar precauciones contra el abuso y colocar, por encima de su eficiencia, un cálculo que finca en la relación entre sacrificio individual (que se considera preponderante) y las garantías con que cuenta el poder estatal en pos del aseguramiento del proceso. (La Rosa, 2006, pág. 159)

No puede ser proporcionable que una medida cautelar se cumpla bajo las mismas condiciones y por el mismo tiempo que una sanción establecida en una sentencia condenatoria. En nuestro sistema carcelario normalmente un Centro de Detención Provisional posee los mismos problemas que un Centro de Rehabilitación Social, es decir, mala infraestructura, condiciones paupérrimas de salubridad e higiene, hacinamiento, y carencia de lugares dedicados a actividades laborales y de recreación.

El principio de proporcionalidad no puede y no debe ser considerado como prohibición de

exceso como parte de la doctrina lo considera, debido a que la segunda definición conlleva a que el tiempo de la prisión preventiva no puede ser equivalente al tiempo de la sanción, consecuentemente un procesado no puede recibir el mismo o peor trato que un sentenciado. Este principio lo que verdaderamente rescata es que las medidas para una persona imputada sean estrictamente proporcionales, es decir, que el perjuicio generado por la restricción a la libertad no resulte exagerado frente a las ventajas que pudieran obtenerse con esta privación. La proporcionalidad exige un equilibrio entre el presunto daño y la respuesta a éste, peor aún cuando no se ha comprobado la responsabilidad de la persona procesada.

Nuestra Constitución sobre el principio de proporcionalidad señala:

“Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

El artículo 17 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal dispone que: “En relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado.”

Estos principios rectores del proceso penal en la práctica desaparecen, los jueces se convierten en meros aplicadores de leyes, y descontextualizan el ideal promovido por normativas superiores como son la Constitución de la República y Tratados de Derechos Humanos. El Derecho Penal se tiene que humanizar, no estamos tratando con objetos, sino con seres humanos, y tanto los derechos de las víctimas como de los victimarios tienen que ser respetados en todo momento y bajo cualquier circunstancia, tengamos siempre presente que la gran conquista del ser humano son los derechos humanos.

El juez “debe comprender el sentido del hecho con el derecho, la conexión de la acción con la limitación, no puede ser indiferente al resultado de las acciones, debe analizar la proporcionalidad en el contexto, valorar (esto es lo contrario de lo que predicaba Kelsen en el sentido de despojar de todo análisis moral en la apreciación del derecho), aplicar los principios si las reglas generan un resultado injusto y resolver adecuadamente (...) El juzgador penal puede inobservar la ley penal por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional de los derechos humanos. El juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más protectora.” (Ávila, 2008, págs. 330-332) Cualquier decisión del poder público cuando limitan derechos humanos tienen que ser proporcionales, si la decisión no se ajusta a esto, pues es una decisión inconstitucional.

La consagración de estos principios en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos demuestra que se ha tomado una decisión respecto de la manera como resolver el problema permanente en el Derecho Penal: la libertad o la

privación. Un peligro procesal no puede justificar la eliminación de la presunción de inocencia, pues éste último fue concebido precisamente para garantizar ese estado en dichas circunstancias. Únicamente cuando existan peligros procesales en casos graves, puede existir un riesgo para la libertad del imputado, y es allí donde el principio de proporcionalidad juega un papel fundamental de respeto a los derechos humanos, sin excesos, precisando el nivel de injerencia que debe soportar el individuo sometido al proceso. Esto no quiere decir que bajo este principio no se pueden adoptar medidas coercitivas para cumplir los fines procesales, al contrario se pueden cumplir estas medidas siempre y cuando se justifiquen en cada caso particular.

Como conclusión podemos señalar que el principio de proporcionalidad obliga a los jueces a aplicar la prisión preventiva únicamente en los casos en los cuales esta medida sea necesaria e idónea, esto conlleva a que el régimen de prisión procesal tiene que ser mucho más leve que la posible sanción establecida en una sentencia condenatoria, esta levedad deberá ser considerada tanto en el tiempo de la medida como en las características del encierro. La proporcionalidad también exige que la prisión preventiva se ordene únicamente en los casos más graves con penas más altas, no podría entenderse que en un delito menor, la medida cautelar sea equivalente o superior a la pena, la proporcionalidad exige una valoración sobre las circunstancias del caso, en el cual se deberá ponderar los derechos que están en juego, mientras mayor sea la protección a uno, mayor deberá ser la restricción del otro, se deberá decidir sobre los intereses y derechos en conflicto. Consecuentemente el juez siempre deberá optar por medidas que no restrinjan la libertad y que puedan garantizar el normal desarrollo del proceso, no acatar esta obligación sería

desconocer lo manifestado por disposiciones legales de superior jerarquía, rompiendo así la lógica cautelar de la medida y transformándose en una pena anticipada y cruel, dando paso a un abuso sin nombre del Derecho Penal, más aún cuando una persona inocente está privada del bien máspreciado por el ser humano, la libertad.

#### **2.4 LAS POSIBLES AFECTACIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DEBIDO PROCESO. NO HAY CULPA SIN JUICIO**

El artículo 1 del Código de Procedimiento Penal establece que: “Nadie puede ser penado si no mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del procesado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del procesado y de las víctimas.”

Se entiende por juicio todas aquellas etapas que integran una unidad y cuyo objeto es llegar a una decisión que finiquite el pleito, esta finalización se logra por medio de una sentencia, que es la consecuencia razonada de todos los hechos y pruebas con su elemental conexión con las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

Cuando mencionamos la necesidad de un juicio previo a la declaración de culpabilidad, es porque el juicio constituye per se una garantía que consiste en que un juez imparcial no podrá determinar la culpabilidad y no podrá imponer una pena sin antes haber realizado un

proceso justo que culmine con una declaración motivada en derecho, nadie por lo tanto podrá ser declarado culpable sin que de por medio exista un juicio del cual se desprenda una sentencia condenatoria.

Solamente en juicio se deberán practicar las pruebas que demuestren que una persona ha cometido un delito, mientras eso no se produzca bajo el debido proceso, el delito no podrá imputársele al sujeto procesado, y consecuentemente, no podrá ser sancionado. “En este sentido el principio de jurisdiccionalidad- al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación (tesis T63)- postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. Se trata, como afirmó Luigi Lucchini, de un <<corolario lógico del fin racional asignado al proceso>>y, al mismo tiempo, de la <<primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario>>. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio.” (Ferrajoli, 1995, pág. 549)

Beccaria señaló que es una medida tiránica la práctica de condenar al imputado sin habersele demostrado su culpabilidad, el principio de inocencia tiene una exigencia mucho más fuerte de protección que la prisión preventiva como medida cautelar, lastimosamente existe una necesidad tangible que el derecho tiene que perseguir y alcanzar como es la seguridad, la justicia, el dar cumplimiento a las penas de los condenados, buscar la

verdadera rehabilitación, es decir el problema es un todo y debemos dar soluciones estructurales al sistema justicia.

No se puede tratar a la prisión preventiva como una injusticia necesaria en palabras de Francisco Carrara. Una injusticia no puede ser justificante para un posible triunfo de la justicia, o para reducir la criminalidad, o para hacer menos violenta a una sociedad. No puedes quitar un derecho sin que eso constituya per se una sanción, no puedes enviarle a una persona a un centro de rehabilitación social o de detención provisional, sin que eso configure un perjuicio, no puedes vulnerar derechos por reclamar otros, no puedes privarle a un sujeto de su libertad cuando no ha terminado un proceso en un juicio y bajo una sentencia. Desde la más elemental lógica eso es una sanción y eso significa que se está sancionando a una persona sin habersele demostrado su culpabilidad en el cometimiento de un delito, estamos castigando a un todavía inocente.

Esto sin duda es algo sumamente complejo, aún más cuando en nuestra práctica ha estado enraizado el abuso de la prisión preventiva; nuestros jueces y fiscales casi de memoria y sin fundamentos de fondo escogen esta medida cautelar, la más fuerte y grave de todas, muchas veces en casos absurdos, en las que no existe ningún justificante para adoptar esta decisión.

En una conferencia de Derecho Penal realizada en el mes de Septiembre de 2012 en la ciudad de Quito, escuché un criterio que me gustó mucho, el Dr. Álvaro Pérez Pinzón, destacado procesalista colombiano, señaló en esa ocasión que “si no nos gustan tantos principios procesales, eliminémoslos, pero mientras existan en nuestras leyes, y en nuestras

Constituciones, tenemos la obligación de acatarlos, y en ciertos casos, algunos comenzar a aplicarlos.” Y es verdad, tenemos tantos principios y tantas garantías, que al leerlos pareciera que nuestra legislación está muy completa y que con aquellos preceptos la realidad va a cambiar. Sin embargo en mi tan modesta experiencia he podido constatar que la condiciones no han cambiado, al menos creo que con respecto a la prisión preventiva no, esta medida sigue siendo la regla general dentro del proceso aún cuando existen órdenes expresas de superior jerarquía que obligan a que eso no suceda. Basta con ir a un juzgado de garantías penales para demostrar que las garantías en ocasiones se quedan en los textos y la práctica que se ha querido cambiar sigue vigente en nuestra administración de justicia.

Ferrajoli no se equivoca cuando establece en uno de los axiomas que no puede haber culpa sin juicio, ya que justamente es bajo este proceso, donde deberá la Fiscalía, que es la institución titular de la acción penal, demostrar la culpabilidad del imputado. Sin el juicio no se podrían practicar las diligencias correspondientes, ni llevar a cabo los pasos procesales respectivos para poder privar de la libertad a una persona. Si no cumplimos con el debido proceso, el juicio se vuelve nulo, y no se podría bajo ningún concepto, delimitar derechos a la persona procesada, pues si eso ocurriera, sería un accionar arbitrario, ilegal, ilegítimo e inconstitucional.

“La misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio. Por otra parte, todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al

ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso.” (Ferrajoli, 1995, pág. 556)

Los cuestionamientos son claros y evidentes, debemos replantearnos la funcionalidad de la prisión preventiva, si es solo una figura caduca heredada de una concepción inquisitiva, o si realmente cumple con los nuevos paradigmas jurídicos y sociales que garanticen su vigencia sin contraponerse a las tendencias modernas del Derecho. Esta es una ciencia cambiante, y por lo tanto todas estas instituciones jurídicas deben seguir siendo evaluadas, más aún cuando todavía en el siglo XXI se puede limitar derechos sin juicio previo, y sin una sentencia condenatoria que avale tal perjuicio. Mi convicción no está completamente a favor de la eliminación de la prisión preventiva, creo que todavía no existe otro medio tan eficaz en los casos graves de violaciones a derechos humanos que pueda garantizar la comparecencia de los imputados a juicio; eso sí, creo absolutamente que nuestra realidad rompe cualquier esquema fielmente garantista de un proceso penal justo, la prisión preventiva debe ser excepcional, reducida en su aplicación, y nuestros jueces nos quedan debiendo en esta materia.

## **2.5 ¿SE PUEDE JUSTIFICAR AÚN LA PRISIÓN PREVENTIVA, BAJO EL AMPARO DE UNA CONSTITUCIÓN DE VANGUARDIA Y GARANTISTA?**

La Constitución de Montecristi es sin duda la más garantista de nuestra historia, y

posiblemente del mundo entero, tiene avances muy significativos en su parte dogmática al incluir gran cantidad de principios que sirven como herramientas para una mejor aplicación de los derechos reconocidos, que de igual manera han aumentado considerablemente en esta nueva Carta Política.

“Robert Alexi sostiene que los principios son mandatos de optimización. Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de optimización quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad. El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y sólo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexi afirma que los principios proporcionan un haz de posibilidades para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.” (Ávila, 2012, pág. 63)

Si nuestra Constitución de la República así como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos han reconocido como principios obligatorios del derecho penal y del uso de la prisión preventiva a la excepcionalidad, a la proporcionalidad, a la presunción de inocencia,

a la mínima intervención, entre otros, es porque justamente la aplicación de esta medida cautelar tiene que regirse a la aplicación de éstos. Como bien señala la conceptualización citada en el párrafo anterior los principios son parámetros de interpretación de las normas y su aplicación debe ser directa por parte de los administradores de justicia, por lo tanto la prisión preventiva como norma reconocida en nuestra legislación tiene que atenerse a ser una medida cautelar utilizada de modo excepcional, en casos verdaderamente graves en los cuales no exista otra garantía para que el procesado pueda cumplir con el proceso.

“¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios? se pregunta Zagrebelski. En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.” (Gozaini, Alfredo, *El debido proceso en la actualidad*. Obtenido el 18 de diciembre de 2012. Recuperado de: <http://www.profesorjimenez.com.ar/cdroms/7jornadasderproceconst21220803/exposiciones/gozaini.pdf>)

Los principios refuerzan la legalidad de las normas, si una regla contradice un principio, dicha regla deberá ser inobservada por su carácter evidentemente contradictorio. La prisión preventiva es una regla que para que pueda ser implementada en un caso concreto deberá respetar los principios antes descritos, si esta medida no se encuadra con los mandatos establecidos, la decisión se vuelve arbitraria, despojándose así todo el carácter cautelar y

transformándose en lo que se ha denominado pena anticipada.

El problema de la prisión preventiva se sitúa entre las necesidades del Estado de aplicar el derecho penal como mecanismo protector ante la delincuencia imperante en las sociedades, y del respeto a la libertad y los derechos fundamentales de las personas. La seguridad ciudadana muchas veces se ha utilizado como un discurso político que ha fomentado la creación de leyes excesivamente represivas en respuesta a la campaña masiva, amarillista y antitécnica de ciertos medios de comunicación que lo único que provocan es una elevada percepción de inseguridad e insatisfacción de la ciudadanía que traduce dichos sentimientos en reclamos y pedidos a sus representantes. Esta situación constituye un peligro muy grande para un régimen democrático que respeta los derechos fundamentales; por las necesidades estatales no se pueden sacrificar las garantías ciudadanas reconocidas en los instrumentos jurídicos de más alta jerarquía, estos fueron triunfos sociales derivados justamente de regímenes autoritarios o de circunstancias sociales discriminatorias y excluyentes que determinaron la transformación del sistema y provocaron un proceso constituyente sin igual en nuestra historia que arrojó como producto una Constitución de avanzada, reconocida y admirada a nivel mundial justamente por la incorporación de derechos, principios y garantías que tienen como objeto defender al ser humano y su dignidad.

Es hora de comenzar a aplicar nuestra Constitución en lo que respecta al proceso penal y en nuestro caso a la prisión preventiva. Es cierto que este mismo cuerpo reconoce a la prisión preventiva como un mecanismo de aseguramiento procesal, sin embargo este mecanismo

tiene por encima principios que regulan su aplicabilidad. Estos principios generales del proceso no han sido utilizados y por eso esta institución constituye uno de los problemas más serios de legitimidad en nuestro sistema procesal, esto lo confirman las estadísticas donde claramente se visibiliza a la prisión preventiva como la medida cautelar más utilizada por los administradores de justicia. A manera de conclusión podemos decir que la prisión preventiva se puede justificar bajo el amparo de una constitución de vanguardia y garantista, cuando la aplicación de esta medida cautelar respete el debido proceso, cuando sea totalmente proporcional al delito imputado, cuando la prisión procesal sea excepcional y se priorice las alternativas a la privación de libertad, cuando la legislación específica limite los presupuestos que permitan su uso restringiéndolos únicamente a necesidades cautelares y no preventivas, cuando se cumpla verdaderamente el plazo razonable de la prisión preventiva, cuando se garantice la inocencia procesal y se privilegie la libertad al encierro, sólo ahí podremos afirmar que la prisión preventiva es compatible con un Estado de Derechos y Justicia y con una Constitución que goza de la calificación de garantista.

### **Capítulo III: REALIDAD HISTÓRICA Y ACTUAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR**

#### **3.1 CONTEXTO NACIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

La prisión preventiva como se ha dicho a lo largo de este trabajo ha sido probablemente la institución jurídica del derecho penal más polémica, más discutida y debatida, no sólo en el Ecuador, sino a lo largo de toda América Latina, ya en 1983 el Instituto Latinoamericano de

las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) publicaría una obra extensa donde comparaba estadística y legalmente la situación de 30 países con respecto al abuso de la prisión preventiva<sup>2</sup>. Van a cumplirse 30 años de esa publicación y la realidad nacional y la de todavía muchos países de nuestra América se mantiene igual o no ha dado un giro modificadorio concreto acerca de este problema. El uso abusivo de esta figura estuvo presente en el sistema inquisitivo donde tuvo su mayor auge en cuanto a la aceptación, sin embargo ahora con el sistema acusatorio la prisión preventiva se ha fortalecido, no ha tenido la transformación que se esperaba, ya sea por las facilidades legislativas para con esta medida cautelar o por la inapropiada y exagerada aplicación de los administradores de justicia.

“La regulación de la prisión preventiva ha sido probablemente el tema más polémico de aquellos relevados por las reformas a la justicia criminal que ha tenido lugar en prácticamente todos los países de la región. Si miramos cuál era la situación previa a los procesos de reforma que han tenido lugar en los últimos 20 años podremos ver que, desde un punto de vista estrictamente legal, en la mayoría de los países existía algún tipo de régimen de aquellos que podríamos caracterizar como de inexcusabilidad, esto es, alguna regulación en que la ley establecía que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta debían –en general- permanecer en un régimen de control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso o a lo menos por algún período importante de su desarrollo.” (CEJA, 2009, pág.16)

---

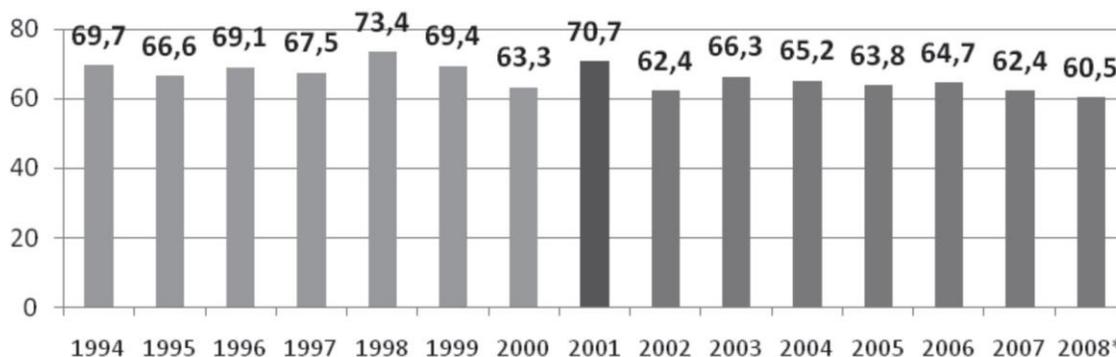
<sup>2</sup>Elías Carranza, Luis Paulino Mora, Mario Hued y Eugenio Raúl Zaffaroni. “El preso sin condena en América Latina y el Caribe” Ilanud.San José, Costa Rica.1983.

El diseño de los sistemas inquisitivos promovía la utilización de la prisión preventiva como regla general del proceso, el cual era el medio de presión para la confesión del delito. Con el transcurso del proceso el imputado perdía más derechos y libertades generando así un mecanismo eficiente para conseguir el objetivo: la condena del procesado. Una vez detenido el sujeto era puesto inmediatamente en prisión preventiva, bajo este sistema la libertad provisional era la excepción.

Según un estudio presentado en el año 2001 sobre el porcentaje de presos sin condena en América Latina entre los años 1978 y 1992, en Ecuador el 64% de la población carcelaria no tenía una sentencia condenatoria. Es más, bajo ese estudio 18 de un total de 19 países analizados presentaba una proporción mayor al 50% de presos que no habían sido declarados culpables, y, en 10 de estos países esa cantidad sobrepasaba el 70%. (ILANUD, 2001)

Es preciso recalcar que dicho estudio presentaba el promedio dentro de un período de 15 años, con lo cual se comprueba que el fenómeno fue persistente, y aún lo sigue siendo, una vez implementado el sistema acusatorio que entró a regir el 13 de julio de 2001, la realidad no cambió mucho. Según las cifras dadas por la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, el promedio de presos sin condena entre el año 1994 y 2008 fue de 66,3%, tomando en cuenta que en 1994 la cifra alcanzó el 69,7% y en el año 2008 fue de 60,5% (CEJA, 2009), aunque hubo una disminución, la estadística todavía difiere de lo que en realidad tiene que ser el uso de esta medida cautelar, excepcional.

## PORCENTAJE DE PRESOS SIN SENTENCIA EN RELACIÓN AL TOTAL DE INTERNOS POR AÑO



Fuente: *Dirección Nacional de Rehabilitación Social*

*El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad.<sup>3</sup>*

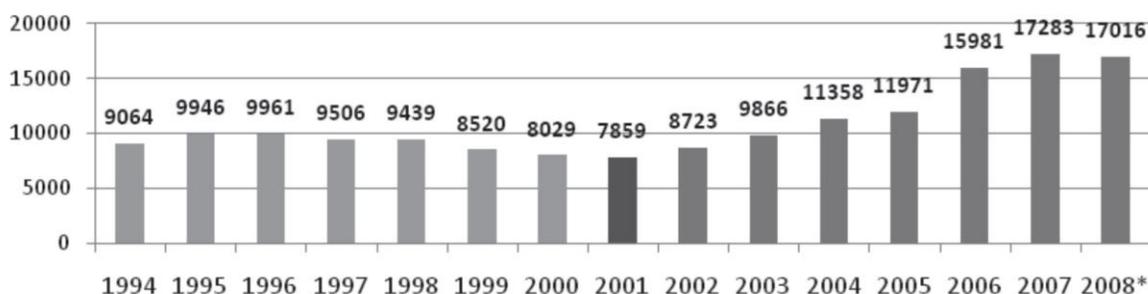
“Si se realiza un análisis comparativo, tomando como punto de ruptura el año en que entró en vigencia el nuevo Código de procedimiento penal, se observa que el período anterior alcanza el 68,4% de presos preventivos, en tanto que el posterior llega a 63,6%. Es claro que hay una reducción, pero por lo modesto del resultado dista mucho de la oferta de: “limitar el abuso de a prisión preventiva”; de hecho, una conclusión más adecuada sería anotar que el efecto alcanzado, consistió en consolidar el tradicional abuso, esta vez bajo la etiqueta de la oralidad.” (CEJA, 2009, pág. 271)

Asimismo si revisamos el número de personas privadas de la libertad durante el mismo lapso de tiempo, podemos darnos cuenta que ha habido un brusco crecimiento de la

<sup>3</sup> Tabla tomada del Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador realizado por Diego Zalamea y publicada por el Centro de la Justicia de las Américas (CEJA), en Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina - Evaluación y Perspectiva, 2009.

población carcelaria que ahonda más los perjuicios del sistema penitenciario nacional y que evita alcanzar la rehabilitación social como fundamento de la pena. Sin duda la prisión preventiva ha tenido desde 1994 una tendencia inexorable a la alza, lo que ha repercutido en un rompimiento de los fines cautelares como tal, porque de hecho es impensable que a más del 60% de los imputados no se le haya podido imponer otra medida cautelar más que la prisión preventiva, es sorprendente que en todos esos casos no se pudo garantizar la finalidad del proceso más que con la privación de libertad. O nos gusta el encarcelamiento o claramente los jueces han inobservado disposiciones legales con respecto a la limitación del uso de la prisión preventiva.

### NÚMERO DE INTERNOS A NIVEL NACIONAL POR AÑO



Fuente: *Dirección Nacional de Rehabilitación Social*

*El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad.*<sup>4</sup>

“La tendencia es clara y es innegable el efecto que en realidad produjo el nuevo Código de Procedimiento Penal, para graficar la variación sufrida, basta anotar que la cifra de presos preventivos que presentaba el último año del sistema escrito –2000– frente al 2008, refleja

<sup>4</sup> Tabla tomada del Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador realizado por Diego Zalamea y publicada por el Centro de la Justicia de las Américas (CEJA), en Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina - Evaluación y Perspectiva, 2009.

que el número de presos preventivos pasó de 5.083 a 10.294. Por tanto resulta que el efecto realmente conseguido consistió en duplicar el número de personas sometidas a esta medida cautelar en un lapso de 8 años, en un país que presenta un crecimiento poblacional que se ubica en el 1,9% anual.” (CEJA, 2009, pág. 272)

El 29 de octubre de 2012 entró en funcionamiento la nueva Unidad de Flagrancia de la ciudad de Quito con el objetivo de agilizar los procedimientos, aumentar las sentencias condenatorias así como los procedimientos especiales y las salidas alternativas al proceso penal. Lo novedoso de este proyecto fue que por primera vez todas las instituciones del sector justicia realizaron un trabajo mancomunado a fin de crear una Unidad eficiente y respetuosa de los derechos tanto de la víctima como del victimario. Después de 2 meses en funcionamiento y con las estadísticas presentadas podemos comprobar que la realidad ha cambiado, la agilidad de los procesos ha mejorado sustancialmente, las salidas alternativas y los procedimientos especiales han tenido mucha acogida, no creo que otra unidad de derecho penal pueda presentar estas cifras. Esta nueva unidad no podría compararse con los anteriores juzgados de delitos flagrantes, comenzando por la infraestructura, la eficiencia, el trabajo disparejo de cada institución que existía anteriormente, el irrespeto a los derechos de las partes especialmente de la persona privada de su libertad, entre otros problemas que generaban un procedimiento largo y demoroso que no era compatible con la esencia misma del juzgamiento de un delito flagrante.

“Misteriosamente” luego de un enlace sabatino en donde el Presidente criticó que en el 70% de los delitos flagrantes los jueces no disponían la prisión preventiva, se pudo invertir

totalmente estas cifras, en este mismo sentido cabe señalar lo acontecido con las caducidades de la prisión preventiva, las cuales se redujeron notablemente luego de una crítica por parte del Primer Mandatario, que si bien puede tener la mejor buena voluntad en pro de la ciudadanía, claramente se percibe que el criterio del Presidente tiene efectos inmediatos en las decisiones de los jueces.

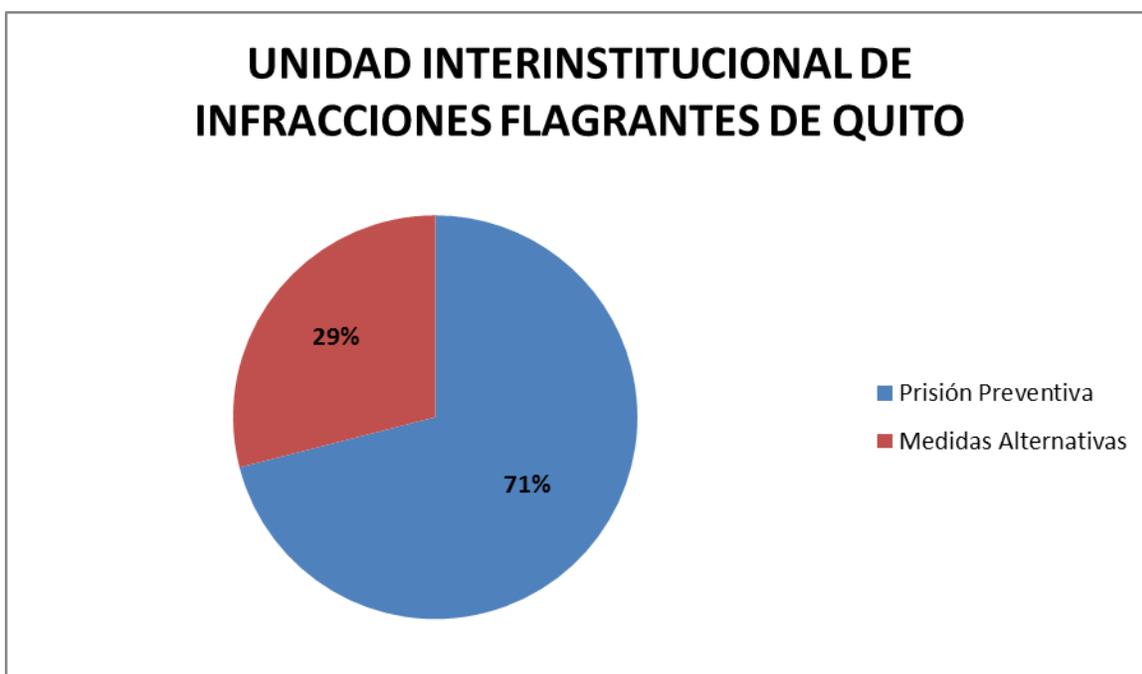
## **CUADRO GENERAL**

### **UNIDAD INTERINSTITUCIONAL DE INFRACCIONES FLAGRANTES DE QUITO <sup>5</sup>**

<b>CAUSAS REALIZADAS</b>	232
<b>TERMINADOS</b>	125
<b>SENTENCIA COND. P. ABREVIADO</b>	32
<b>SENTENCIA COND TRIBUNAL</b>	1
<b>ACUERDOS REPARATORIOS</b>	29
<b>SUSPENSION CONDICIONAL</b>	23
<b>SOBRESEIMIENTO</b>	8
<b>CAUSAS NO INICIADAS: INDAGACION PREVIA / NO INICIA INSTRUCCIÓN FISCAL</b>	32
<b>EN PROCESO</b>	107
<b>INSTRUCCIÓN FISCAL</b>	93
<b>PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO</b>	5
<b>LLAMAM. A JUICIO</b>	9
<b>SITUACION ACTUAL DEL PROCESADO</b>	
<b>LIBERTAD</b>	92
<b>MEDIDAS ALTERNATIVAS</b>	31
<b>PRISION PREVENTIVA</b>	109

<sup>5</sup> Estadísticas proporcionadas por la Coordinación Interinstitucional de la Unidad de Flagrancia de Quito. Las cifras están medidas desde el 29 de octubre hasta el 02 de diciembre de 2012.

Como se mencionó anteriormente, a pesar de los resultados positivos que esta unidad ha producido, no se puede decir lo mismo de la prisión preventiva, en esta nueva unidad aún permanece latente el problema del abuso de esta medida cautelar, del 100% de las medidas cautelares adoptadas, a la prisión preventiva le corresponde el 71%, es decir de cada 10 casos en los que se disponen medidas cautelares, más de 7 guardarán prisión y sólo 3 podrán permanecer en libertad durante el proceso, la prisión es la generalidad y la libertad la excepción, lo contrario a lo que se busca y lo que se manda por las disposiciones legales pertinentes.



Es importante resaltar al finalizar este punto que como ciudadano en uso de la garantía de acceso a la información pública me acerqué a diversas instituciones públicas a solicitar estadísticas que reflejen la realidad de la prisión preventiva, sin embargo se me brindó una

información totalmente inentendible, desordenada, sin una explicación de cómo fue medida y con una marcada diferencia entre los resultados de las instituciones, es decir, no tenemos estadísticas confiables y contrastadas, al respecto sería importante que esta obligación recaiga en alguna institución específica que se encargue de consolidar todo el universo de información y produzca mediciones serias y fieles a la realidad nacional.

### **3.2 ¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA?**

La pena anticipada es una denominación que hace alusión al abuso de la prisión preventiva en nuestros sistemas procesales, la privación de libertad durante el proceso de por sí constituye una contradicción de términos y conceptos con relación a la presunción de inocencia y demás principios aquí ampliamente enunciados, además de esto, la prisión preventiva en nuestras sociedades constituye la regla general dentro de un proceso que sin finalizar, y sin haber de por medio una sentencia condenatoria, ha tenido como parámetro general la imposición de la privación de libertad.

Existe un consenso en la doctrina latinoamericana y en la sociedad civil de que el abuso de la prisión preventiva tiene que ser superado y modificado debido a que esta realidad afecta de manera sustancial derechos humanos de las personas imputadas, y porque además esta realidad es una muestra clara de que el sistema no es eficiente, cómo va a serlo si hay más personas en prisión preventiva que condenadas en las cárceles. Se debe articular un sistema de medidas cautelares justamente bajo ese paradigma, la lógica cautelar.

“¿En qué consiste esta lógica? Básicamente supone dos ideas. La primera es que el objetivo de estas medidas es asegurar que el proceso penal -juicio oral- podrá desarrollarse sin problemas, otorgando una respuesta de alta calidad, es decir, que el proceso penal esté en condiciones prácticas de producir una sentencia judicial que resuelva una contienda. Asimismo, en el evento de una condena, debe asegurarse su cumplimiento. En este sentido, la lógica cautelar supone que para que el sistema judicial sea el mecanismo democrático por excelencia para resolver las contiendas de la sociedad, debe este alcanzar un umbral de eficiencia. Si el sistema no es eficiente desde este punto de vista (el hecho de llegar a producir una decisión judicial), pierde legitimidad como mecanismo para resolver conflictos jurídicos y debemos encontrar otro sistema. La segunda idea que rige esta lógica cautelar viene dada por el avance de los Derechos Humanos. Así, hoy como sociedades democráticas no estamos dispuestos a aceptar cualquier sistema judicial, sino uno que sea respetuoso de estos derechos consagrados en distintos tratados internacionales vinculantes. (Fuentes, C., Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma, obtenido el 23 de septiembre de 2012, recuperado de: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/736.pdf>)

Las medidas cautelares se dictan ante los peligros concretos que pudieran ocasionar que el proceso penal se estanque, no todo motivo es suficiente para dictaminar las medidas cautelares, más aún cuando se trata de la prisión preventiva estos peligros tienen que ser reales, consistentes, que hagan presumir que el desarrollo del proceso peligrará.

Dentro de esos peligros, los dos más convincentes para establecer la prisión preventiva son:

la fuga del imputado y el peligro para la investigación. En estos casos lo que el Estado pretender evitar es que se vean en riesgo las posibilidades de que el imputado se enfrente al proceso o a una sentencia judicial, o que este pueda afectar la investigación del Estado conducente a demostrar la responsabilidad del procesado en el cometimiento del delito.

Así, el juez, el garante de los derechos de las partes, es quien debe ponderar entre los presuntos peligros procesales determinados por la Fiscalía en su solicitud de prisión preventiva, y por otro lado, de los comprobantes de arraigo social, laboral y familiar que pudiera presentar el imputado para poder contrarrestar los argumentos del fiscal, y poder garantizarle al juez su comparecencia a lo largo del proceso.

“La característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria –no son penas- sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.” (Cafferata, 1992, pág. 4)

Una medida cautelar no puede tener por fines la prevención de la víctima o de la sociedad, estos son fines de la pena como tal que rebasa la lógica de la restricción procesal y de la cautela, el juez no puede considerar como elementos para la interposición de la prisión preventiva, el peligro que representaría la libertad del imputado con respecto a la víctima o el peligro para la sociedad en caso de que cometa nuevos delitos, la medida cautelar lo que

busca es que aquella persona responda al llamado de la justicia cuando sea necesario con respecto a la continuidad del proceso de juzgamiento. Si la víctima siente temor o considera que el victimario puede ocasionarle algún daño, podrá solicitar su ingreso al programa de atención a víctimas con lo cual tendrá acceso a la ayuda necesaria. Por otro lado, en caso de reincidencia, a la persona se le deberá abrir un nuevo proceso penal, pero estas circunstancias no pueden ser decisivas a la hora de adoptar la prisión preventiva. Por la supuesta peligrosidad del sujeto no podemos privarle de la libertad, sería un derecho de contención frente a un supuesto que no se ha dado, eso constituiría claramente una pena, sería un ejercicio inquisitorial, una coerción directa sin fines procesales.

Las cifras nos dicen que hoy los jueces se valen de disposiciones del derecho procesal para imponer penas, nuestros centros están llenos de presos preventivos no de condenados, es decir, no se está aplicando el derecho de fondo, el derecho sustantivo, el derecho penal, más bien nos estamos valiendo de la prisión preventiva para satisfacer las pretensiones de la demanda social por combatir la delincuencia, de las demanda de los medios masivos de comunicación que bajo el pretexto de la inseguridad agobiante inducen a que se encarcelen personas, porque si no se lo hace según ellos, se contribuye de manera irresponsable al crecimiento del índice delictivo, esto también abarca los llamados de atención de políticos y hasta incluso del Presidente de la República, que a mi modo de ver equivocadamente piensa que la prisión preventiva puede ser un medio para la disminución de la violencia, de la inseguridad, de los delincuentes.

Entonces si queremos que el abuso de la prisión preventiva acabe, también tenemos que

combatir lo que Zaffaroni ha denominado como peligrosidad judicial, aquella práctica de amenaza o de presión que tienen los administradores de justicia para dictaminar tal o cual medida, no con esto quiero absolver de responsabilidad a éstos, que a mi modo de ver son los grandes actores para que nuestra realidad penal se traduzca en el excesivo uso del encarcelamiento preventivo, pero si hay que tomar en cuenta el papel de cada factor que nos ha llevado a estar en los actuales problemas.

Cuando existe de por medio una marcada diferencia entre el uso de la medida privativa de libertad y las demás medidas no privativas, cuando no existe motivación suficiente para la interposición de la prisión preventiva, cuando se irrespetan principios rectores del proceso penal, cuando hubo argumentos para poder aplicar otra medida cautelar y sin embargo se prefirió la más dañosa, cuando no se respeta el plazo razonable de duración, cuando no existe la debida proporcionalidad de la medida, cuando no se encuentra la necesidad, cuando se la aplica en delitos de bagatela, y entre otras circunstancias similares injustificables, podemos decir que la prisión preventiva pasó de ser una medida cautelar a convertirse en una pena anticipada.

### **3.3 CONSECUENCIAS PARA EL ESTADO ECUATORIANO POR EL USO INDEBIDO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha sentenciado al Ecuador por la indebida aplicación de la prisión preventiva, a continuación haremos un repaso de estas sentencias.

## **Caso Suárez Rosero vs. Ecuador**

El señor Rafael Iván Suárez Rosero fue detenido el 23 de junio de 1992 en el marco de la operación policíaca “Ciclón”, cuyo objetivo era desarticular a una de las más grandes organizaciones del narcotráfico internacional, dicho ciudadano permaneció bajo la figura de la prisión preventiva por un tiempo de aproximadamente tres años y nueve meses, durante este lapso nunca se encontró separado de los presos condenados.

La Corte determinó lo siguiente:

“Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no

ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.” (CIDH, 1997, párr.77)

El costo de indemnización a cargo del Ecuador fue de USD. 86.621,77 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

### **Caso Tibi vs. Ecuador**

El 4 de octubre de 1995 el Juez Primero Penal del Guayas, emitió orden de prisión preventiva contra el señor Daniel Tibi detenido por el Operativo denominado “Camarón”. El señor Tibi permaneció en detención preventiva durante dos años, tres meses y tres semanas, lo cual no constituye bajo ningún modo un plazo razonable de prisión sin condena.

En el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez se establece lo siguiente:

“Pese al consenso doctrinal y a la oratoria política sobre la indispensable reducción de la prisión preventiva --que constituiría otra manifestación del carácter “mínimo” del sistema penal en una sociedad democrática, ya no sólo en orden a los tipos y las penas, sino también a los instrumentos del proceso--, la realidad ha instalado otra cosa. En nuestros países se prodiga la prisión preventiva, asociada a sistemas de enjuiciamiento que propician la lentitud del proceso. Es muy elevado el número de los presos sin condena, como lo ha

puesto de relieve el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José, Costa Rica, al igual que la Corte Interamericana. Una buena parte del esfuerzo por llevar adelante la reforma del enjuiciamiento penal --no, por cierto, una “reforma de pizarrón”, que funciona en el salón de clases y en el seminario, pero no en la realidad indócil -- debiera tener como objetivo la disminución drástica de este ejército de inculpados --es decir, “presuntos inocentes”-- que pueblan las cárceles en número mayor, a menudo, que el de sus compañeros de cautiverio ya sentenciados.”

Por este caso el Ecuador tuvo que pagar por concepto de indemnización un valor de €148.715,00

### **Caso Acosta Calderón vs. Ecuador**

El 15 de noviembre de 1989 el Juzgado de lo Penal de Lago Agrio dictó la boleta constitucional de encarcelamiento, en la cual indicó que el señor Acosta Calderón permanecería detenido bajo prisión preventiva por el delito de Tráfico de Droga. El señor Acosta Calderón permaneció bajo custodia del Estado por seis años y ocho meses, incluyendo los cinco años y un mes que permaneció bajo prisión preventiva.

La Corte al respecto consideró:

“Igualmente, el Tribunal considera que la prisión preventiva es una medida cautelar, no

punitiva. La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida.” (CIDH, 2005, párr.75)

“El Ecuador mantuvo en prisión preventiva al señor Acosta Calderón por más de cinco años, sin haber presentado en algún momento del proceso el informe respectivo, el cual justificaría procesalmente la existencia de la sustancia que se atribuyó pertenecía al señor Acosta Calderón requerida por el derecho interno para poder condenarlo (*suprapárrs.* 50.8, 50.11, 50.12, 50.15, 50.16, 50.17, 50.19, 50.20, 50.23, 50.31, 50.32, 50.36, 50.38, 50.39, 50.40 y 67). Ante esta situación, el señor Acosta Calderón presentó varias veces recursos de amparo de libertad ante las autoridades judiciales pertinentes pidiendo así la revocación de su orden de arresto y su liberación (*suprapárrs.* 50.14, 50.21, 50.22, 50.25, 50.26, 50.30, 50.32 y 50.34). Sin embargo, a pesar de no poder encontrar la supuesta droga extraviada, el Estado no otorgó al señor Acosta Calderón la libertad, ya sea condicional o de ninguna otra índole (*supra* párr. 50.40).” (CIDH, 2005, párr.96)

El Ecuador pagó por esta afectación USD. 60.000,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

### **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador**

El señor Chaparro, de nacionalidad chilena, era dueño de la fábrica Aislantes Plumavit Compañía Limitada dedicada a la elaboración de hieleras para el transporte y exportación de distintos productos, mientras que el señor Lapo, de nacionalidad ecuatoriana, era el

gerente de dicha fábrica, estos dos ciudadanos fueron detenidos en el marco de la Operación “Antinarcótica Rivera”, la policía antinarcóticos incautó el 14 de noviembre de 1997, en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, un cargamento de pescado que iba a ser embarcado con destino a la ciudad de Miami. En dicho cargamento fueron encontradas unas cajas térmicas o hieleras en las que se detectó la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína. El señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una “organización internacional delincuencia” dedicada al tráfico internacional de narcóticos, puesto que su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que se incautaron, motivo por el cual la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas dispuso el allanamiento de la fábrica Plumavit y la detención con fines investigativos del señor Chaparro.

En la sentencia consta lo siguiente:

“En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas (*supra* párr. 100) no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para “garantizar la inmediación” del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria.” (CIDH, 2007, párr. 105)

“El señor Lapo fue liberado el 25 de mayo de 1999, 1 año, 6 meses y 11 días después de su detención, porque su causa fue sobreseída provisionalmente. El señor Chaparro fue liberado el 18 de agosto de 1999, 1 año, 9 meses y 5 días después de su detención, en virtud de la reforma constitucional de 1998 que limitaba el plazo en que una persona podía permanecer en prisión preventiva.” (Ibid, párr. 141)

En la indemnización se señalan los siguientes valores:

- US\$1.150,09 por el vehículo no devuelto al señor Lapo.
- 66.796,70 al señor Chaparro y la cantidad de US\$15.026,68 al señor Lapo, en concepto de indemnización por pérdida de ingresos durante el tiempo que estuvieron privados de su libertad.
- US\$20.000,00 por las pérdidas materiales respecto de la casa del señor Lapo.
- US\$40.000,00 que el Estado deberá entregar al señor Chaparro por concepto de indemnización por la pérdida de su departamento.
- US\$16.143,77 más los intereses correspondientes al interés bancario moratorio en el Ecuador por gastos de administración y el porcentaje relacionado con los derechos del CONSEP por concepto de arriendo de la empresa a terceros.
- US\$50.000,00 para cada una de las víctimas por concepto de indemnización por daño inmaterial.
- US\$30.000,00 al señor Chaparro, y la cantidad de US\$5.000,00 al señor Lapo, por concepto de costas y gastos.

Como conclusión podemos señalar que el Ecuador ha tenido que pagar cuantiosas indemnizaciones por violaciones a los derechos humanos producidas por los abusos derivados de la prisión preventiva, frente a esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido categórica a la hora de condenar el uso excesivo, el plazo irracional y la desproporcionalidad de la prisión preventiva, a su vez en varias ocasiones menciona la necesidad de limitar drásticamente su aplicación. Estas sentencias ratifican la problemática del abuso de la prisión preventiva, no es un detalle menor que gran parte de las condenas a nuestro país se base en las irregularidades por el uso de esta medida cautelar. Esto nos obliga a discutir y debatir de manera permanente la vigencia y legitimidad de la prisión preventiva en el marco de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

### **3.4 CRÍTICAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA Y MEDIDAS ALTERNATIVAS A ÉSTA.**

Existen diversas críticas a la prisión preventiva que van desde lo jurídico-constitucional hasta lo político-social, si se lo analiza muy someramente de por sí es contradictorio que una persona pierda un derecho sin que exista el documento que avale esta restricción, es decir, la sentencia condenatoria que determina la responsabilidad de una persona en la ejecución de un delito, y que por lo tanto según nuestra legislación le correspondería cumplir una pena privativa de libertad. Sin embargo, durante el proceso penal esa persona goza de una presunción de derecho, le asiste la garantía constitucional que determina que el imputado deberá ser considerado inocente, y que consecuentemente deberá ser tratado así

hasta que el juez no disponga lo contrario; entonces, ¿cómo privamos de libertad a una persona inocente? Capaz ya los penalistas se acostumbraron a escuchar esta pregunta y hasta les parece absurda, pero personalmente todavía no logró descubrir como la prisión preventiva ha estado tan campantemente vigente y sobre utilizada sin motivos que parezcan sólidos e indiscutibles.

“En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho. Es un hecho que la privación de libertad procesal pone en cuestión todos los principios de protección de la persona acusada, pues el imputado detenido queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando constitucionalmente, su situación jurídica debería ser la contraria. Por lo demás, la persecución penal estatal significa ya, con prisión provisional o sin ella, una pena de sospecha: la pena de proceso. O, si se quiere, sobre todo en los procesos prolongados, la persecución implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de semi-penalización que se manifiestan en angustia, gastos, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etc.” (Pastor, 2007, pág. 154)

“No entiendo, escribe Hobbes, cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa.” (Citado por Ferrajoli, 1995, pág.550) Es indiscutible que la prisión preventiva se ha tornado como el problema central y más grande del derecho procesal penal, ya que supuestamente estamos frente a un sistema donde resulta extraño por decir lo menos que se acepten penas sin sentencia.

Según Carnelutti hay una ineludible implicancia del proceso en el castigo y del castigo en

el proceso, pena y proceso son las dos caras de la medalla. “Para Carnelutti, el simple comienzo y tanto más el desarrollo del proceso penal ocasionan sufrimientos que no se justifican sino, precisamente, por la necesidad de castigar (..); la ley, pues considera al imputado inocente mientras no sea declarado culpable por una decisión definitiva; no obstante lo cual, quien es considerado inocente, en los casos en que se admite la detención preventiva, es puesto en prisión. La humanidad del proceso penal y, por tanto su pobreza, es denunciada por esta antinomia. Excluir la implicación del castigo en el proceso no es posible. El sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal.” (Pastor, 2007, pág. 165)

Según el destacado profesor argentino Alberto Binder “la prisión preventiva es la institución maldita del derecho procesal. Lo es en varios sentidos. En primer lugar porque todavía muchas de las construcciones teóricas y normativas que diseñan un proceso penal moderno, garantista y democrático se estrellan ante la realidad masiva del encarcelamiento antes del juicio, que es precisamente la negación más cabal de sus principios básicos. En segundo lugar porque no hemos hallado aún una política constante de reducción y racionalización del uso de esta institución y, por el contrario, no sabemos nunca cuando estamos a la puerta de un nuevo período expansivo. En tercer lugar porque tampoco hemos hallado aún una adecuada conceptualización teórica de una medida, una práctica y un sistema que se resiste a ser explicado con los conceptos tradicionales. En cuarto lugar porque el encarcelamiento preventivo es la gran herramienta de la selectividad hiriente que empuja a los sectores más vulnerables de la sociedad a un encierro cada día más cercano a las penas crueles e infamantes que prometimos abolir. Frente a este panorama quien diga

que se trata de un mero instrumento de cautela, cierra los ojos frente a las más clara de las realidades.” (Binder A., La intolerabilidad de la prisión preventiva. Obtenido el 27 de septiembre de 2012. Recuperado de: [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina02\\_0.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina02_0.pdf))

El reconocimiento de medidas alternativas a la prisión preventiva ha sido una consagración normativa relevante, pues supone un punto céntrico entre los principios constitucionales del proceso y de los derechos del imputado frente a la prisión preventiva, estas alternativas constituyen una respuesta inmediata y eficaz por parte del sistema penal al problema del abuso del encarcelamiento procesal, ya que permiten al juez tener mecanismos que protejan los fines procesales sin que de por medio exista la prisión. A través de estas posibilidades se fomenta un sistema de medidas cautelares recíprocos con los principios de inocencia, excepcionalidad, proporcionalidad, necesidad, mínima intervención penal, principios integrales acordes a una lógica cautelar y contrarios al dilema de la pena anticipada. Sin embargo, la cuestión está en que los administradores de justicia comiencen a implementar estas medidas no de manera excepcional como actualmente sucede, sino que verdaderamente sean las medidas cautelares de mayor uso, relegando la prisión únicamente a los casos más graves y de imprescindible necesidad para garantizar la comparecencia del imputado a juicio.

En el Código de Procedimiento Penal se establecen 12 medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva, las cuales son:

**Artículo 160.-** Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6a. del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención; y,

### 13) La prisión preventiva.

“En consecuencia, los tribunales de la justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente, que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el poder judicial exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda medida cautelar ilegítima, pues antes de su aplicación deben cumplirse con todas las exigencias jurídicas formales y materiales propias de las mismas.” (Fiscalía General de la República de Bolivia, Medidas Cautelares Personales, obtenido el 15 de diciembre de 2012. Recuperado de: [http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas\\_cautelares\\_proceso\\_penal/18.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas_cautelares_proceso_penal/18.pdf))

Toda medida cautelar tiene como característica general la afectación de los derechos del imputado, esa es la forma de coaccionar para que se cumplan los fines procesales. Nuestra legislación ha adoptado como medidas cautelares personales varias disposiciones que si bien limitan la libertad de la persona, no todas tienen como finalidad el encierro, más bien mayoritariamente estas medidas tienen como objeto controlar al imputado para que no pueda cometer actos en contra de la víctima, y por otro lado, garantizar que siempre esté bajo la vigilancia de la autoridad. Las 3 más graves dentro de las 13 medidas son: el arresto domiciliario, la detención y la prisión preventiva. Bajo la detención la persona imputada podrá estar privada de su libertad un período de tiempo máximo de 24 horas, con el fin de

que la autoridad pueda investigar su responsabilidad en un delito de acción pública cometido. El arresto domiciliario se adoptará cuando el juez ha dictaminado la prisión preventiva, pero por cuestiones humanitarias esa persona podrá cumplir la prisión en su domicilio; y por último, bajo la prisión preventiva la medida más grave y atentatoria de los derechos, la persona puede estar encerrada durante todo el proceso penal, siempre que este no dure más de un año en caso de que el juzgamiento sea de un delito sancionado con reclusión.

El juez dispone de varias alternativas para evitar a la prisión preventiva, el punto está en que esas medidas alcancen un grado de efectividad para cumplir con las finalidades, no obstante, esto no quita la misión de que la prisión procesal tiene que ser la menos utilizada de todas.

“Las medidas cautelares personales requieren, para que sean autorizadas, la concurrencia de dos supuestos. El primero, comúnmente conocido como supuesto material, dice relación con la existencia de una imputación suficientemente seria, respaldada en antecedentes sólidos que permitan proyectar la realización de un juicio y una eventual sentencia condenatoria. El segundo, es lo que podemos llamar necesidad de cautela, esto es, que se justifique la necesidad de adoptar medidas de coerción para evitar que el imputado efectúe actos que puedan impedir la realización del juicio o la aplicación de la sentencia.” (Riego C., Prisión preventiva y demás medidas cautelares personales en el nuevo Proceso Penal, Obtenido el 12 de diciembre de 2012. Recuperado de: [http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas\\_cautelares\\_proceso\\_penal/25.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas_cautelares_proceso_penal/25.pdf))

El artículo 160 numeral 3 permite un mecanismo que a mi modo de ver puede ser muy útil para disminuir el uso de la prisión preventiva durante el proceso, esta herramienta es el brazalete electrónico o dispositivo de geoposicionamiento. Este dispositivo de control se usa con mucha frecuencia en México, Estados Unidos, Perú, Colombia, Panamá, Chile, y varios países de Europa, como una medida cautelar obligatoria alternativa a la prisión preventiva, que busca evitar el encierro y mejorar la calidad de vida de los procesados, esto es, disminuir el hacinamiento carcelario, contribuir a la resocialización de la persona procesada y mejorar el sistema de vigilancia y control por parte de las autoridades. La vigilancia electrónica tiene como objetivo controlar el movimiento de los procesados.

El uso del brazalete electrónico podría utilizarse sobre quienes pesa una medida de sustitución de la prisión preventiva como el arresto domiciliario o en casos de violencia intrafamiliar, busca el cumplimiento de una medida cautelar de forma distinta a la tradicional y su incumplimiento conllevaría la revocatoria de la medida una vez que se detectaría por las autoridades de control.

Los brazaletes podrán aplicarse a personas procesadas por un delito cuya pena máxima no exceda los cinco años de prisión. Su implementación permite que la persona procesada permanezca o cumpla su medida de manera supervisada. Dicha medida ayudaría a paliar la sobrepoblación penitenciaria, de manera que su implementación reduciría la cantidad de personas que ingresan o permanecen en los Centros de Rehabilitación Social del país. Bajo este sistema la reintegración del individuo a la comunidad se concreta, fortalece el control

de las medidas cautelares a través de una supervisión más simple y rápida, sin embargo, debe ir acompañado de una implementación exigente y rigurosa para optimizar su utilización y sustentabilidad.

En los casos de sustitución de la medida cautelar de la prisión preventiva, el uso del brazalete podría ser obligatorio en las personas adultas mayores, mujeres embarazadas, personas discapacitadas, caducidad de la prisión preventiva, entre otros.

Esta alternativa a la prisión preventiva podrá ser un mecanismo efectivo, real y eficiente que podrá combatir de manera integral el problema del abuso de la prisión preventiva sin dejar de vigilar a la persona procesada y garantizando su comparecencia a lo largo de todo el proceso. Los administradores de justicia deberán aplicar una o varias de las medidas cautelares de manera proporcional según la infracción cometida, ellos son los encargados de producir un proceso penal acorde con los derechos humanos, consecuentemente para lograr este debido proceso, el uso de la prisión preventiva tendrá que ser disminuida drásticamente, solo bajo este parámetro podremos cumplir las disposiciones emanadas de la Constitución de la República y de los Tratados Internacionales afines a este problema. Si decimos que la prisión preventiva es la más grave de todas las medidas, por lo tanto también debemos aplicarla para los delitos más graves, no podremos guardar reciprocidad con este concepto si la prisión preventiva es utilizada en más del 50% de los procesos, desplazando las demás medidas que son menos atentatorias al derecho de libertad para un uso excepcional, cuando el principio de excepcionalidad se creó justamente para evitar que

las sanciones más graves sean aplicadas de modo general, resguardando así la protección de los derechos de las partes.

## **Capítulo IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **4.1 CONCLUSIONES FÁCTICAS, NORMATIVAS Y DOGMÁTICAS**

1. La libertad constituye el bien más sagrado del ser humano únicamente comparable con el derecho a la vida, por la importancia que reviste se encuentra ampliamente protegida por la Constitución de la República y por los tratados internacionales de derechos humanos. Es así que bajo el amparo del principio de legalidad, su limitación únicamente puede ser establecida por ley, siempre tomando en consideración que la privación de libertad debe ser excepcional, ante lo cual siempre se debe privilegiar la protección a este derecho.
2. La prisión preventiva es una medida cautelar que tiene como finalidad garantizar la comparecencia del imputado al proceso, en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal se señala que también busca asegurar la ejecución de la pena, pero si no se ha llevado a cabo el proceso cómo va a garantizar que la pena se cumpla, además con la prisión preventiva no se demuestra que la persona es culpable, el proceso podría terminar absolviendo de responsabilidad, con lo cual este objetivo no se cumpliría. Las medidas cautelares tienen fines procesales no penales, el juez puede disponer la privación de libertad durante el proceso cuando se

tengan indicios contundentes de que el proceso o la investigación corren peligros, no podemos aceptar que los administradores de justicia tengan la facultad de establecer la prisión preventiva como una garantía de que el procesado permanecerá encerrado desde su detención hasta el cumplimiento de su pena, para mí esto desborda el fin cautelar, la proporcionalidad y la mínima intervención penal. El asegurar la pena no debe ser una función de esta medida cautelar porque eso dependerá del juez, de los argumentos jurídicos de las partes y de las pruebas que se puedan aportar, no será por lo tanto de esta medida que si bien garantizará la ejecución de la pena en el caso de una condena, no debe perseguir esto como un ideal, sino más bien que el imputado no pueda evadir la justicia.

3. La prisión preventiva no puede interponerse para prevenir la alarma social o el peligro de reincidencia, estos elementos son extraños a la naturaleza cautelar no compatibles con su naturaleza procesal y que la aproximan más a las funciones preventivas, generales y especiales, que sólo puede cumplir, cuando las cumple, la pena de prisión que se ha impuesto, en sentencia firme, una vez constatada la culpabilidad del acusado en el correspondiente proceso.
  
4. Dentro de los requisitos contenidos en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, el numeral 3 dispone que se trate de un delito sancionado con una pena privativa mayor a un año, este es uno de los elementos significativos que ha generado que la prisión preventiva sea la medida general dentro del proceso penal, la facilidad normativa ha sido el elemento básico con el cual se han valido los

jueces para poder disponer la privación de libertad durante el proceso. La excepcionalidad de la prisión preventiva dispuesto en la Constitución de la República, en los Tratados Internacionales y en la jurisprudencia pertinente, no es compatible con las simplicidades de la legislación específica, para que la prisión procesal sea verdaderamente excepcional, la normativa tiene que blindarla, hacer difícil su imposición o restringir los presupuestos que habilitan esta medida cautelar, caso contrario la historia seguirá igual.

5. La prisión preventiva lastimosamente sigue siendo necesaria, en cuanto se refiere a delitos graves creo que es el único medio eficiente para poder lograr el normal desarrollo del proceso, esto debido a la complejidad del caso y al temor que genera en el procesado la sentencia condenatoria y la cantidad de la pena privativa de libertad. Sin lugar a dudas creo que cualquier procesado que en estos casos esté en libertad se va a valer de cualquier medio para disuadir a la justicia, lo cual no lo podemos permitir si la decisión es la de disminuir los índices delictivos en nuestras sociedades. No obstante, en los demás delitos a mi parecer la prisión preventiva constituiría una medida desmedida que afecta gravemente los principios de inocencia y proporcionalidad; en estos casos nos podríamos valer de las demás medidas menos atentatorias.
  
6. El pueblo soberano del Ecuador decidió en la consulta popular del 07 de mayo de 2011 que el plazo de la prisión preventiva se suspenderá cuando por cualquier medio, la persona procesada haya evadido, retardado, evitado o impedido su

juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad, sin embargo sería importante establecer un plazo máximo de tiempo, no podemos permitir que bajo este mandato se generen violaciones a los derechos humanos de la persona procesada, los errores de la administración al no permitir y sancionar esos actos, no pueden ser pagados por el más débil en la relación procesal así sea este el que los provoque. Si las acciones del procesado generan la caducidad se estaría provocando la impunidad de un caso, pero si la suspensión del plazo es exagerado el Estado sería responsable por las arbitrariedades cometidas. No permitamos la impunidad pero tampoco generemos la injusticia.

7. El derecho penal tiene que sincerarse, la prisión preventiva constituye un castigo procesal, tiene una finalidad cautelar pero aún así es un castigo, es una sanción fuerte para aquella persona en la que recaen indicios de que pueda ser el autor o cómplice de un delito, el cual debería ser considerado grave para que más o menos se justifique la privación de libertad, pero de cualquier modo es inaceptable que la doctrina no considere como una sanción a la prisión preventiva; si la pérdida de libertad no es un castigo, ¿entonces que lo es?
  
8. La única manera para que la prisión preventiva no pueda ser considerada como una pena anticipada es cuando las medidas no privativas de libertad constituyan la regla general del proceso y la prisión preventiva sea la medida cautelar menos utilizada, cuando los jueces motiven adecuadamente la resolución de la prisión preventiva, cuando esta disposición esté acorde a los principios rectores del proceso penal,

cuando se respete el plazo razonable, cuando exista la debida proporcionalidad y sólo se la aplique en casos graves, únicamente bajo estas circunstancias podremos decir que la prisión preventiva respeta un proceso penal acorde a los derechos humanos.

9. La presunción de inocencia como principio rector del proceso tiene una doble dimensión: primero constituye una regla para todo juicio, por cuanto únicamente a través de la etapa probatoria se podrá desvirtuar el estado de inocencia del que goza el procesado, por otro lado, al no haber de por medio una sentencia condenatoria la persona imputada deberá ser tratado como inocente, es decir, no se le podrá imponer sanción alguna, esto debido a que su culpabilidad no ha sido demostrada y es más, al finalizar el proceso se le podría ratificar su inocencia.

10. Una vez que se ha aceptado a la prisión preventiva como constitucional y acorde a los tratados internacionales de derechos humanos que también lo permiten, es indispensable que su uso sea excepcional, este principio quiere decir que la aplicación sea restringida, minoritaria, inusual, por lo tanto la privación de libertad en el proceso no debe ser lo normal, asimismo los administradores de justicia deberán aplicar medidas menos lesivas. Nuestra legislación contiene 12 medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva, sin embargo asombrosamente la prisión durante el proceso en nuestro país puede llegar a aplicarse hasta en el 70% de todos los casos donde se interpuso alguna medida. Por otra parte la excepcionalidad conlleva intrínsecamente la revisión temporal de esta

medida, ya que si los peligros procesales que infundieron la privación de libertad pudieron haber desaparecido, no tendría justificación permanecer con dicha medida, o por lo menos se podría establecer otra medida cautelar no privativa de libertad.

11. El principio de proporcionalidad constituye un elemento esencial en un Estado de Derecho puesto que a través de este se limita el poder punitivo del Estado, debido a que su exigencia se basa en que una medida cautelar no puede ser más gravosa que una pena como tal, la lógica cautelar difiere de la lógica sancionatoria, consecuentemente, la prisión preventiva no puede durar más o igual que el tiempo que significa la pena privativa de libertad. No obstante, las disposiciones de este principio no se estancan en el límite temporal y su comparación con el de la pena, la proporcionalidad lo que verdaderamente rescata es que el perjuicio provocado por la prisión preventiva no sea desmesurado frente a los beneficios que pudieran darse bajo la privación de libertad, y además, que el daño provocado por esta medida no resulte exagerado frente al daño conseguido por el delito perseguido, tomando en cuenta que éste no ha sido comprobado y que esta medida solo busca garantizar que el proceso se lleve a cabo.

12. No puede producirse una sanción sin un juicio previo que declare la responsabilidad del imputado en la ejecución del delito. El juicio como tal es una garantía para las partes, las cuales dependen de un juez imparcial que les escuchará, analizará sus argumentos y pruebas, y determinará si existe culpabilidad o no. La prisión preventiva en mi opinión es una sanción procesal que no puede ser defendida

cuando sale a relucir esta garantía procesal, poniendo como antecedente que los argumentos de que una medida cautelar no puede ser considerada como pena a mi parecer terminan siendo absurdas. Un juego de palabras no va a cambiar realidades, no creo que ningún preso sienta que esta medida cautelar es un simple resguardo y no se asemeja a cualquier pena privativa de libertad.

13. Los principios reconocidos en la Constitución de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen normas obligatorias que el juez deberá tomar en cuenta para poder interpretar las reglas que va a aplicar en un caso concreto. No reconocer estos principios conlleva a que la decisión tomada sea considerada ilegal y más que todo inconstitucional, es decir carente de efectos jurídicos. Si nuestra legislación reconoce como principios obligatorios a observarse para el uso de la prisión preventiva a la excepcionalidad, a la proporcionalidad, a la presunción de inocencia, a la mínima intervención, entre otros, es porque justamente la aplicación de esta medida cautelar tiene que regirse a la aplicación de éstos.

14. La prisión preventiva es una institución heredada por el sistema inquisitivo, dicho sistema utilizó el encarcelamiento como regla general del proceso debido a que sobre la persona imputada recaía una presunción de culpabilidad; al reformarse la normativa penal y entrar en funcionamiento el sistema acusatorio se pensó que la realidad procesal iba a sufrir una transformación, sin embargo estadísticamente se puede comprobar que el fenómeno de la prisión preventiva se consolidó esta vez

bajo la etiqueta de la oralidad. El abuso de esta medida cautelar es el mayor problema para el derecho procesal penal actual.

15. De la información adquirida referida a las estadísticas podemos mencionar que los resultados rompen cualquier esquema garantista respetuoso de los principios del debido proceso y de los derechos del procesado, que aunque pudiera ser virtualmente la persona que cometió una infracción y afectó bienes protegidos por el Estado, esta condición no le permite el desconocimiento de sus garantías, aquí el debate no está en proteger al delincuente o no, sino en verdaderamente instaurar un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que promulga y promueve una situación totalmente contraria a nuestra realidad en cuanto al uso, abuso y desproporción de la prisión preventiva.

16. Las estadísticas sirven para reflejar y cuantificar una realidad, ese fue el objetivo por el cual me acerqué a diversas instituciones a solicitar cifras sobre la prisión preventiva, sin embargo los datos obtenidos fueron inentendibles, sin ningún tipo de explicación, desordenados; por esta razón la información no se encuentra citada en el trabajo. No obstante, lo que quiero reflejar en esta conclusión, es la odisea que tenemos que pasar los ciudadanos para poder recolectar la información que buscamos, es decepcionante que a más de todo el trámite burocrático, al final la información obtenida no cumpla con los parámetros básicos de presentación.

## 4.2 RECOMENDACIONES

1. Como se ha analizado dentro de este trabajo, la facilidades permitidas por el Código de Procedimiento Penal para la aplicación de la prisión preventiva ha sido uno de los factores principales para el abuso de la misma, por esta razón se recomienda que se modifique el artículo 167 numeral 3 y se establezca que la prisión preventiva podrá imponerse para aquellos delitos sancionados con pena de reclusión, así estaremos limitando drásticamente su uso para los delitos de mayor gravedad, dejando para los delitos sancionados con prisión, las medidas cautelares no privativas de libertad.
2. Aplicar el derecho sustantivo para imponer penas y dejar al derecho procesal para resguardar el cumplimiento del proceso. Las estadísticas presentadas nos demuestran que los centros de privación de libertad están llenos de presos preventivos y no de condenados, con lo cual se demuestra que el derecho procesal está sirviendo para imponer penas y el derecho de fondo, el derecho penal no se está aplicando como debería de ser. Cómo es posible que en un régimen democrático exista casi la misma cantidad de presos preventivos que de condenados, eso no puede suceder en un Estado que se hace llamar de Derechos y Justicia.

3. Evitar que los medios de comunicación masiva sean los que implanten la agenda legislativa, quienes a través de sus políticas de ataque al gobierno ven a la inseguridad como un factor importante para la crítica y el malestar social, lo que consecuentemente genera alarma en la sociedad y a su vez esto se deriva en las presiones constantes a las funciones del Estado por encontrar una salida a este problema. Esta situación ha provocado la creación de leyes cada vez más represivas y antitécnicas que además en muchos casos son incompatibles con la propia Constitución de la República. De igual manera cabe recalcar que esta “percepción” de inseguridad provocada por los medios libres e independientes ha sido un elemento que ha puesto en peligro las decisiones judiciales, por cuanto la presión que recae sobre los administradores de justicia para dictaminar de una manera o de otra atenta contra la independencia judicial.
  
4. Las medidas cautelares no privativas de libertad deben ser las de mayor uso dentro del proceso penal, de esta manera cumpliríamos las disposiciones de la Constitución de la República y de los tratados internacionales de derechos humanos. Consecuentemente la prisión preventiva deberá bajar a menos de un 50% en referencia a todos los casos en que se aplica alguna medida cautelar, mientras esto no suceda no podemos decir que la prisión preventiva es una medida excepcional en el proceso penal.
  
5. La implementación y aplicación del dispositivo de geoposicionamiento servirá para que el uso de la prisión preventiva disminuya notablemente, considerando que por

medio de este brazalete la persona imputada podrá defenderse del proceso penal sin ser encarcelado; de esta manera cumplimos con el principio de presunción de inocencia y garantizamos el cumplimiento del proceso por cuanto la persona imputada de igual manera estará permanentemente vigilada por la autoridad. Creo que con este mecanismo podemos obtener muchos más beneficios que desventajas, así al menos lo demuestran las experiencias de los varios países donde ya ha sido implementado este mecanismo.

6. Sin duda es necesario una mayor capacitación a las juezas y jueces de garantías penales sobre la aplicación de las medidas cautelares personales y su relación con los principios constitucionales, debido a que ellos son los actores principales que han generado la situación actual de abuso de la prisión preventiva y el irrespeto total a la Constitución de la República y a los tratados internacionales de derechos humanos.

7. Debe considerarse la necesidad de que en una sola institución acordada y aceptada por las demás recaiga la obligación de recoger la información respectiva y crear bajo una única lógica las estadísticas referentes a la prisión preventiva, con esto podremos evitar las contraposiciones de cada institución, las cuales publican sólo lo políticamente conveniente a las mismas, circunstancia que pone en peligro la veracidad de la información y que no refleja la situación en la que nos encontramos, es decir, el exceso del encarcelamiento durante el proceso, y el uso absurdo y minoritario de las medidas no privativas de libertad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albán, Ernesto, *El debate sobre la prisión preventiva: Fundamentos, problemas, alternativas*, en Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, N° 54, Quito, 1991.
- Ávila, Ramiro, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Ávila, Ramiro, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2012
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, Editorial Orbis, Barcelona, 1984.
- Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Edit. Alfa Beta, Buenos Aires. 1993.
- Binder, Alberto, *La intolerabilidad de la prisión preventiva*. Obtenido el 27 de septiembre de 2012. Recuperado de: [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina02\\_0.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina02_0.pdf)
- Bovino, Alberto *Aporías. Sombras y Ficciones de la justificación del*

*encarcelamiento preventivo*, Foro de Derecho Penal No. 8, editorial Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2007.

- Bovino, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- Cafferata, José, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Cafferata, José, *Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1992.
- Carranza Piña, Jorge Eduardo, *La Libertad y la Detención Preventiva en el Derecho Penal y los Tratados Internacionales*, Editorial Leyer, Bogotá, 2002.
- Chichizola, Mario, *La excarcelación*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1963.
- Duce, Mauricio- Riego Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, Volumen 1, Universidad Diego Portales, escuela de Derecho, Chile, Alfabeto Artes Graficas, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

- Fiscalía General de la República de Bolivia, *Medidas Cautelares Personales*. Obtenido el 15 de diciembre de 2012. Recuperado de: [http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas\\_cautelares\\_proceso\\_penal/18.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas_cautelares_proceso_penal/18.pdf)
- Fuentes, Claudio, *Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma*, obtenido el 23 de septiembre de 2012, recuperado de: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/736.pdf>
- García, José, *El Derecho Constitucional a la Presunción de Inocencia y los requisitos constitucionales y legales para dictar la medida cautelar de Prisión Preventiva*, Quito, 2011.
- García Ramiro, Ambos Kai, *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Tomo 1, Cevallos editora jurídica, Quito, 2011.
- Gozaíni, Alfredo, *El debido proceso en la actualidad*. Obtenido el 18 de diciembre de 2012. Recuperado de: <http://www.profesorjimenez.com.ar/cdroms/7jornadasderproceconst21220803/exposiciones/gozaini.pdf>
- Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad-Hoc, S. R. L.,

Buenos Aires, Argentina, Primera edición, 2003.

- Hélie, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle: ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Volumen 5, Paris, 1853.

- Ibañez P., Presunción de Inocencia y Prisión sin Condena. Recuperado de: <http://new.pensamientopenal.com.ar/16112009/doctrina03.pdf>

- Instituto Ciudadano de Estudio sobre la Inseguridad (ICESI) Obtenido el 25 de mayo de 2012 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2680/21.pdf>

- La Rosa, Mariano, *Exención de prisión y excarcelación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.

- Llobet J., Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia y Proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988. Obtenido el 10 de octubre de 2012. Recuperado de: [http://penalistascr.com/wpcontent/uploads/2010/08/RISI=D3N\\_PREVENTIVA\\_EN\\_EL=%20%20CDIGO%20PROCESAL%20PENAL%20MODELO%20PARA%20IBEROAMERICA%20DE%201988.pdf](http://penalistascr.com/wpcontent/uploads/2010/08/RISI=D3N_PREVENTIVA_EN_EL=%20%20CDIGO%20PROCESAL%20PENAL%20MODELO%20PARA%20IBEROAMERICA%20DE%201988.pdf)

- Maier, Julio B J, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.

- Maier Julio, *La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado*”, en *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1981.
- Muñoz F., Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional, obtenido el 18 de septiembre de 2012 en: <http://www.cienciaspenales.net>
- Nardiello, Gabriel, *La Prisión Procesal*.- Buenos Aires. Impreso en ABRN Producciones Gráficas, Año 2007.
- Pastor, Daniel, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007.
- Riego Cristián, Duce Mauricio, Fuentes Claudio, *La Reforma Procesal en América Latina y su impacto y su impacto en el uso de la prisión preventiva*, en Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina Evaluación y Perspectivas, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Santiago de Chile, Abril 2009.
- Riego Cristián, *Prisión preventiva y demás medidas cautelares personales en el nuevo Proceso Penal*. Obtenido el 12 de diciembre de 2012. Recuperado de:

[http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas\\_cautelares\\_proceso\\_penal/25.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas_cautelares_proceso_penal/25.pdf)

- Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Sánchez C., La prisión preventiva en un Estado de Derecho, Obtenido el 16 de enero de 2012, recuperado de:  
<http://new.pensamientopenal.com.ar/01072009/procesal05.pdf>
- Zalamea León, Diego, *Reporte del Estado de la prisión preventiva en el Ecuador*, en *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina Evaluación y Perspectivas*, Directores de la investigación y Editores Cristián Riego y Mauricio Duce, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Santiago de Chile, Abril 2009.
- Zavaleta, Arturo, *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1954.

## **TEXTOS LEGALES**

- Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 360 de 13 de enero de 2000.

- Constitución de la República del Ecuador, vigente a partir del 20 de octubre del 2008, Registro Oficial No. 449.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988
- Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Daniel Tibi vs Ecuador, sentencia de 7 de septiembre del 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 20077.
- Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de

1789)

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en Paris.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 26 de marzo de 1976.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad “REGLAS DE TOKIO”. Adopción: Asamblea General de la ONU. Resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, 16 de febrero de 1992.

# **ANEXOS**

## EL COMERCIO

Domingo, 03 de enero de 2013

### Miles de inocentes van a prisión



En el Centro de Detención Provisional de Quito. Cientos de personas aguardaban el sábado 26 de enero para visitar a sus parientes.

Golpearon la puerta de su casa. Hernán Alvarado esperaba a un cliente para venderle un vehículo usado. Era el comprador con quien conversó por celular horas antes; pero en lugar de cerrar el negocio, Alvarado se encontró con un policía encubierto que lo acusó del asesinato de la abuela de su esposa.

Desde aquel 18 de noviembre del 2009, Alvarado, de 41 años, y su suegro Abel Velasteguí, de 65, permanecieron seis meses y 20 días encarcelados.

Para la Policía la declaración de un supuesto testigo fue el argumento para privarlos de la libertad. En el juzgado, el testigo José T. dijo que el 28 de agosto del mismo año Alvarado condujo el vehículo en el que llevaron el cadáver de Corazón Pérez, de 82 años. En el relato detalló que Velasteguí reventó la cabeza de la anciana con un palo en El Boliche

(Machachi).

Alvarado aún conserva los periódicos. “Nietos la asesinaron por robarle USD 1 000”, fue uno de los titulares. “¿Quién me repara?”, pregunta y sin esperar una respuesta su suegro lo interrumpe y se confiesa: en la prisión debió pagar para evitar las golpizas que los presos les propinan “a los que matan abuelitas”. Pensó en suicidarse.

Luego de tres meses de permanecer en el Centro de Detención Provisional (CDP), Alvarado, padre de dos niñas, y su suegro demostraron que la anciana no murió por un golpe en el cráneo sino que fue estrangulada. Tampoco falleció en El Boliche, sino en su casa y en manos de José T.

En el país, 10 229 ciudadanos recibieron prisión preventiva hasta octubre del 2012. 6 172 fueron acusados por delitos penados con reclusión (en los casos graves) y 4 057, con prisión (delitos leves).

Para el presidente Rafael Correa el 95% o el 97% de las personas detenidas en un acto flagrante deben estar presas. El 12 de mayo pasado, Correa hizo que el Consejo de la Judicatura de Transición sancionara a nueve jueces porque “soltaron al 66% de los delincuentes que agarró la Policía”. El criterio de Correa va en contra de la Constitución, que en su artículo 76 garantiza la presunción de inocencia.

Para Ernesto Pazmiño, defensor Público, hay uso **“abusivo e irracional de la prisión preventiva por parte de los fiscales y jueces”**. **Esta institución defendió a 52 052 personas durante el 2012. Según los registros de Pazmiño, el 65% de las personas detenidas son absueltas. El riesgo de hacer de la prisión preventiva la regla y no la excepción es que se aplica también sobre inocentes, recalca.**

Los datos de la Fiscalía también coinciden. De las 12 784 instrucciones que se abrieron desde enero hasta junio del 2012, en 1 908 casos el fiscal no acusó y en 6 151 sí lo hizo; luego del juicio 3 230 implicados fueron condenados. Pero hay un dato revelador y preocupante: de las 140 931 denuncias presentadas el año pasado, 67 068 fueron desestimadas por falta de elementos o porque no hubo delito.

Otro caso que evidencia la distorsión es el de Mauricio Alcántara, quien compró en USD 80 una cama en el CDP de Quito (CDP). Durante los dos meses y 10 días de encierro pagó también USD 1,25 por cada visita que le hizo su esposa, Nancy Romero. La mujer contó que fue arrestado sin pruebas el 18 de octubre del 2012. Lo acusaron del robo de una empresa.

“El único argumento era que uno de los testigos lo reconoció en una fotografía que le entregaron los agentes”. La imagen de Alcántara, un empresario colombiano de 33 años, forma parte del prontuario policial. En el 2001 fue detenido por porte ilegal de un arma.

Pese a que transcurrieron tres años del robo y el juicio había prescrito, el caso fue tramitado como un delito flagrante. “Presentamos su contrato de trabajo de tres años, las colegiaturas de las niñas para demostrar que no se iba a fugar, pero el fiscal aseguró que por sus antecedentes debía solicitar la prisión”, contó Romero. No oculta la rabia cuando explica que por la nacionalidad de su pareja son constantemente retenidos.

Un video de la cámara de seguridad del local robado fue la pieza clave para demostrar que se trataba de otro hombre y que Alcántara era inocente.

La Constitución establece que la prisión preventiva se debe aplicar excepcionalmente y solo para garantizar la comparecencia de la persona en el proceso. Mientras el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal dice que en todas las etapas del proceso, “se procederá a la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas”.

Pero los excesos son notorios en los supuestos delitos sexuales. Carlos Y. perdió su trabajo de mesero cuando su empleador se enteró que al parecer violó a una joven de 14 años. La adolescente era la hija de la novia de Carlos. Luego de las investigaciones la joven confesó que en realidad él nunca la tocó, sino que inventó la historia porque su madre le anunció un futuro matrimonio. El hombre estuvo dos meses encarcelado.

“Debemos garantizar que el procesado se presente en el juicio; que el delito no quede en la impunidad”, justificó un juez de flagrancia en tono severo, irrefutable.

Aunque Abel Velasteguí y Hernán Alvarado fueron declarados inocentes hace tres años, aún no pueden pagar la deuda de USD 20 000 que adquirieron para su defensa, el Estado tampoco les indemnizó por el error judicial. Alvarado vive de trabajos esporádicos como ayudante mecánico...

### Hacinamiento aún persiste en los CDP



En los 2 257 metros cuadrados de construcción en los dos Centros de Detención Provisional (CDP) de Pichincha hay capacidad para 551 personas. Actualmente estos centros se encuentran ocupados por 1 415 ciudadanos privados de la libertad. El Ministerio de Justicia señala que hay un índice de hacinamiento de 156% que no se ha resuelto desde el 2011.

Para corregir esta situación se planificó la construcción de dos infraestructuras que albergarían a 1 870 hombres y 330 mujeres. Sin embargo, el 18 de junio del 2012 el contrato del proyecto llamado Diseño Integral Arquitectónico y de Ingenierías para el Centro de Detención Provisional Quito Zona Sur fue terminado de forma anticipada y unilateral.

Uno de los antecedentes fue que el programa se quedó sin financiamiento, debido a que los recursos fueron transferidos al proyecto del Centro de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur, considerado prioritario por la ministra Johana Pesántez. Desde esa fecha la edificación no avanza.

Mientras, en el CDP para varones, ubicado en el ex Penal García Moreno, en el centro de Quito, unas 1 5000 personas ingresan como visitas y cada fin de semana el centro registra aglomeración de los familiares y problemas en el ingreso. Carlos Toaza, de 46 años, contó que el fin de semana pasado llevó una cobija y se recostó sobre cartones en las puertas del CDP. Desde las 04:00 del viernes esperó tres horas. Logró el turno 269. Pero a las 09:00 del sábado nadie respetaba las filas o los turnos

## LA HORA

Lunes, 11 de agosto de 2008

### Cuestionan la prisión preventiva

El Defensor Público, Ernesto Pazmiño, criticó la práctica común de los jueces ecuatorianos para echar mano de la prisión preventiva del sospechoso o imputado de algún delito, por menor que sea.

Pazmiño habla de que **un noventa por ciento de las causas penales se resuelven con prisión preventiva, como si esta medida cautelar fuese la única que puede adoptar un juez.**

Dijo que en otros **países como Chile, apenas el 30% de las audiencias de formulación de cargo, llegan a la prisión preventiva, porque en los otros casos se aplican medidas sustitutivas.**

Lamentó que los jueces ecuatorianos todavía creen que la única forma de combatir el delito, es la prisión preventiva. El delito no se combate con el Derecho Penal, sino con políticas públicas que permitan una justicia social.

El Defensor Público también cuestionó el accionar de los agentes fiscales, a quienes les dijo que su tarea no solamente es acusar y pedir prisión preventiva.

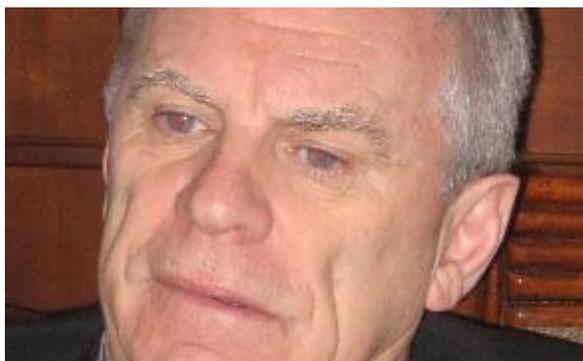
## EL HOY

18 de Febrero de 2011

### El 55% de encarcelados tiene prisión preventiva

#### Entrevista

*James Haines: Consultor inglés e investigador del Centro Internacional de Estudios Penitenciarios de las Naciones Unidas.*



James Haines, experto consultor inglés e investigador del Centro Internacional de Estudios Penitenciarios de la ONU, consideró que el Ecuador y otros países deben encaminarse a dar la importancia que se merece administrar las prisiones, dentro de un contexto ético que respete la calidad humana.

#### **De su experiencia tras recorrer 150 cárceles del mundo, ¿cuáles son los males más comunes que ha identificado?**

El problema más grave, a escala mundial, es el hacinamiento en las cárceles, de dónde se originan no solo abusos físicos y torturas contra personas privadas de la libertad, sino psicológicos y degradantes, a través de tratos crueles e inhumanos. En muchos países, el problema del hacinamiento tiene que ver con la demora de los procesos (juicios). Es algo que depende del poder jurídico. En otros países, el problema es el uso excesivo de las penas de privación de la libertad, lo cual es una situación de solución política, porque es por política que se imponen penas más prolongadas o se establecen más delitos punibles.

#### **En ese sentido, ¿cuál es la realidad ecuatoriana?**

Lo que sí es casi universal es que se ha visto un abuso en el uso del encarcelamiento. En el caso del Ecuador, **se sabe que un 45% de la población carcelaria es procesado, mientras que el resto tiene prisión preventiva.** Hay que definir si eso es un uso apropiado o un abuso, pero para ello hay que involucrar a los actores relevantes: fiscales, defensores, poder jurídico, etc., para establecer si hay demora en los procesos, si hay una sensibilidad excesiva a la seguridad ciudadana, o sea que se detiene a gente que realmente no es peligrosa.

**Desde 2007, usted ha venido en cuatro ocasiones a recorrer cárceles del Ecuador. En base a ello, ¿qué realidad ha palpado en este país?**

He visto, primero, la voluntad política de enfrentar el problema, de reconocer el propósito de rehabilitación social, de reconocer que a mediano plazo se sirve a la comunidad, a la necesidad de protección pública, a la seguridad ciudadana, de una política de rehabilitación.

**Usted indica que en el Ecuador hay voluntad política de reconocer el problema, pero ¿qué sabe respecto a si el Gobierno hace seguimiento para adoptar una política para erradicar el fenómeno?**

He visto la actual Constitución que reconoce, como casi ninguna otra, directamente los derechos de los privados de la libertad.

**¿Qué debería hacerse para encontrar esas soluciones al problema penitenciario?**

Hay que establecer un equilibrio apropiado en el uso de la cárcel, y ofrecer dentro de los centros carcelarios una rehabilitación social y capacitación, para que tengan la mayor oportunidad de reinserción a la sociedad.

**El problema también puede radicar en la corrupción del sistema judicial, como se denuncia en el Ecuador.**

Eso no lo puedo comentar, siendo juez yo no puedo comentar respecto a corrupción jurídica. Eso es mejor que otros lo comenten. En todo caso, lo que diría es que el contexto es más difícil ahora, porque tenemos menos recursos y mayores problemas que resolver, tanto en la sociedad como en el ámbito penitenciario.

## EL HOY

19 de Octubre de 2008

### Prisión preventiva

*Por Ernesto Albán Gómez*

**Un experto británico, traído por el Ministerio de Justicia, se ha referido al manejo inconveniente de la prisión preventiva en el Ecuador. Ha señalado que el empleo indiscriminado y abusivo de esta medida cautelar es la principal causa de la sobrepoblación carcelaria, pues la mayoría de los internos son presos sin sentencia. Tal vez sus observaciones sirvan para promover un debate a fondo sobre un tema, que es especialmente sensible, hay que admitirlo, sobre todo en momentos en que es creciente la sensación de inseguridad.**

Pero debemos partir de un principio fundamental, que, debido a la preocupación generalizada, la opinión pública olvida con excesiva frecuencia: **el derecho a la libertad es uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos.**

Por eso, la privación de la libertad de una persona, que todavía no ha sido declarado culpable y se presume inocente, debe tener un carácter excepcional. Por tal razón, debe ser ordenada por el juez, en forma opcional, cuando existiendo serios indicios sobre su culpabilidad, se trata de una persona especialmente peligrosa, o se teme fundadamente que pueda escapar de la acción de la justicia. **En países en donde este principio sí es respetado, los presos sin sentencia no pasan el 20% del total de internos en las cárceles.**

Me parece necesario reflexionar sobre esta realidad ecuatoriana. **¿Por qué los fiscales piden con tanta asiduidad la prisión preventiva de los imputados y por qué los jueces la ordenan tan rápidamente? Tal vez se pueda dar una respuesta inmediata: por la permanente presión de la opinión pública. Al menos en aquellos casos que llegan a los medios de comunicación. Si un fiscal no solicita la medida o si el juez no la ordena, se los acusará sin más de corruptos.** Y son pocos los fiscales o jueces capaces de enfrentarse con este prematuro veredicto público.

La pregunta se traslada entonces al ámbito general de la ciudadanía. La primera reacción de la gente cuando se informa de la comisión de un presunto delito es exigir la prisión de quien pudiera llegar a ser culpable.

Parecería que la ciudadanía se siente satisfecha en sus sentimientos de justicia y seguridad cuando el sujeto ingresa a la cárcel. Parecería igualmente que importa menos, bastante menos, que el sujeto, una vez considerado culpable por los jueces, reciba una condena.

Hay en este punto una peligrosa distorsión que merece ser examinada. En mi opinión otra vez encontramos aquí un sentimiento de indiscutible desconfianza en los órganos que administran justicia. La gente considera que en el momento de dictar sentencia, los culpables de un delito no serán sancionados como se merecen, o lo serán muy benévolamente, por lo que recuperarán de inmediato su libertad. En tal caso, al menos, han sido castigados por un tiempo.

Como se puede concluir, este razonamiento nos conduce al fondo de la profunda crisis que sufre la administración de justicia. Y me temo que la solución es por ahora muy lejana.

## EL HOY

13 de diciembre de 2010

### **Caducidad de la prisión preventiva enfrenta a Ejecutivo con la Judicatura**

La caducidad de la prisión preventiva enfrenta al Ejecutivo con el Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), el presidente de la República, Rafael Correa, mencionó la lista de los jueces que "baten los récords en permitir dichas acciones", los mismos que no habrían sido sancionados.

Entre ellos figuran los jueces de garantías penales del Guayas como; **Aníbal Torres con 774 caducidades, María de Lourdes Jurado con 597, Gabriel Noboa con 483, entre otros.**

**Correa** señaló que la justicia ecuatoriana está en deuda, "**son números rojos de libertades concedidas por la caducidad de la prisión preventiva, es decir, procesos que en un año no lograron ser despachados**", dijo.

De su lado, el presidente del CJ, Benjamín Cevallos, puso su cargo a disposición luego de las críticas del presidente Rafael Correa, y señaló que las caducidades no solo son provocadas por jueces.

"Las caducidades se generan porque no concurren los fiscales a las audiencias, y una audiencia no puede realizarse sin intervención de testigos y peritos", indicó.

Cevallos criticó lo expuesto por Correa y pidió respeto para este poder del Estado.

"Si mi presencia constituye algún obstáculo pueden disponer de mi cargo, es cuestión de lanzar un acuerdo", dijo Cevallos, quien señaló que con los pocos recursos que ha tenido ha ejecutado el presupuesto en un 92%.

## EL TELEGRAFO

23 de mayo de 2012

### Casos de caducidad de prisión preventiva bajan

Guayas es la provincia del país que, en lo que va del año, reporta más amonestaciones en contra de empleados judiciales, con 106 destituciones. Pichincha registra 42 y Manabí 29

#### Resoluciones emitidas

Desde el 25 de julio 2011 al 2 de mayo de 2012

Provincias	Destituciones	Remociones	Suspensiones	Multas	Amonestaciones	Absueltas	Desechadas	Archivadas	Prescritas	Total
Azuay	3	0	8	2	1	1	2	0	0	17
Bolívar	2	0	3	1	0	4	0	1	0	11
Cañar	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1
Carchi	4	0	0	0	0	1	1	1	1	8
Chimborazo	2	0	0	2	2	3	2	0	0	11
Cotopaxi	5	0	3	2	2	2	1	0	0	15
El Oro	6	0	4	5	0	4	0	0	0	19
Esmeraldas	14	0	2	0	0	5	0	0	0	21
<b>Guayas</b>	<b>106</b>	<b>0</b>	<b>112</b>	<b>48</b>	<b>7</b>	<b>56</b>	<b>14</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>346</b>
Imbabura	4	0	2	0	0	2	1	0	1	10
Loja	7	0	10	3	0	3	1	0	4	28
Los Ríos	9	0	1	4	0	4	2	0	1	21
<b>Manabí</b>	<b>29</b>	<b>0</b>	<b>18</b>	<b>13</b>	<b>5</b>	<b>7</b>	<b>5</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>77</b>
Morona Santiago	0	0	3	0	0	0	0	0	0	3
Napo	0	0	3	0	0	0	0	0	0	3
Pastaza	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
<b>Pichincha</b>	<b>42</b>	<b>0</b>	<b>31</b>	<b>34</b>	<b>11</b>	<b>54</b>	<b>13</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>192</b>
Santa Elena	2	0	4	1	1	1	1	0	0	10
S. Domingo de los Tsáchilas	0	0	2	2	1	3	0	0	0	8
Sucumbios y Orellana	4	0	0	0	0	2	0	0	0	6
Tungurahua	5	0	1	2	0	1	1	0	0	10
Zamora Chiriquí	0	0	0	1	0	1	0	0	0	2
<b>Total</b>	<b>244</b>	<b>0</b>	<b>207</b>	<b>121</b>	<b>30</b>	<b>155</b>	<b>44</b>	<b>6</b>	<b>13</b>	<b>820</b>

#### Total de expedientes resueltos por el pleno de transición

Hasta el 30 de marzo de 2012

Expedientes resueltos	<b>820</b>	Expedientes con prescripción	<b>230</b>	Expedientes con negativas de reconsideración	<b>125</b>	Total de expedientes	<b>1.175</b>
-----------------------	------------	------------------------------	------------	--	------------	----------------------	--------------

“**Jueces con 237, 200, 80 ó 40 casos de caducidad de prisión preventiva deben ser sancionados y destituidos inmediatamente. No podemos seguir permitiendo de que se afecte la libertad y la paz en nuestro país**”. De esta forma el actual ministro del Interior, José Serrano, criticó -en junio de 2010- la ineficiencia de los operadores de justicia al poner en libertad a 4.436 reos.

Serrano, quien en ese entonces se desempeñaba como ministro de Justicia y Derechos Humanos, señaló como responsables de esas excarcelaciones a las decenas de judiciales que, entre octubre de 2007 y enero de 2010, no lograron emitir una sentencia condenatoria dentro de los plazos establecidos en el artículo 77 de la Constitución.

La norma establece que el tiempo de permanencia de los detenidos sin sentencia no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión ni de un año en los casos de reclusión.

**Desde que se hizo pública la denuncia (han pasado cerca de dos años) han sido sancionados decenas de jueces a través de los sumarios administrativos iniciados por el Consejo de la Judicatura de Transición (CJT), especialmente en Guayas.** En esta localidad desde julio de 2011 hasta mayo de este año hay 106 resoluciones vinculadas con la separación definitiva del judicial. Pichincha sigue con 42 y Manabí con 29 (ver gráfico).

Para el defensor Público General, Ernesto Pazmiño, **ese “jalón de oreja” en contra de los funcionarios señalados en esa época redujo significativamente el problema. “Las estadísticas son elocuentes en ese sentido. Antes teníamos por mes hasta 300 caducidades a nivel nacional. Mientras que en el último año, solo dos casos hay sobre la salida de presos por este amparo y eso creo que se dio en Guayaquil”**, dijo el funcionario.

“En el resto del país, todos los juicios se despachan dentro de los plazos establecidos”, acotó.

Indicó que en la actualidad los judiciales tratan de despachar de manera más oportuna, situación en la que hay una importante participación de la Defensoría Pública. “¿Qué sucedía antes? Se dilataban a propósito los procesos... ahora no, ya que si falta un abogado particular a la audiencia, el juez tiene la obligación, en el segundo señalamiento, de designar a un abogado de la defensoría, con eso ya no hay pretexto de que no ha asistido el defensor”, dijo Pazmiño.

Fernando Yávar, vocal del CJT, expresó que en lo referente a control disciplinario este régimen ha actuado de manera proactiva desde que inició sus funciones, como resultado citó a los más de mil sumarios conocidos, de los cuales se han dado 220 destituciones de funcionarios a nivel nacional, incluido cerca de 100 jueces.

Eso da la pauta, aseveró, de que los controles se han hecho sin ningún tipo de miramientos, en todas las áreas e instancias, incluso a varios ex jueces de la Corte Nacional que también fueron sancionados y cesados.

En este sentido, dijo Yávar, es importante anotar que en el régimen disciplinario no solo se investiga a los jueces en funciones, sino también a aquellos que por una u otra razón se separaron de la Función Judicial, justamente para que quede registrado en su hoja de vida.

“Es muy sencillo cometer una infracción y renunciar, pretendiendo de esa forma que quede esa infracción en el aire y nunca quede ningún tipo de registro”, dijo Yávar. Agregó que el CJT dispuso que todos los expedientes disciplinarios concluyan con una resolución, ya sea que lo envíe a archivo o termine en una sanción, sin perjuicio de que la persona sea separada de su cargo.