

La criminalización del procesado ante la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva

The criminalization of the defendant before the application of the precautionary measure of preventive detention

Autores

Gyomar Pérez Cobo. <https://orcid.org/0000-0002-6037-4253>
Universidad San Gregorio de Portoviejo
gyomar@hotmail.com.

Hever Daniel Suárez Vásquez. <https://orcid.org/0000-0001-6796-6449>
Universidad San Gregorio de Portoviejo
migueldaniel207@gmail.com.

Franklin Wilmer Pastaz Pastaz. <https://orcid.org/0000-0003-3979-7582>
Universidad San Gregorio de Portoviejo.
fwpastaz@hotmail.com.

Fecha de recibido: 2022-08-18
Fecha de aceptado para publicación: 2022-11-30
Fecha de publicación: 2022-12-31



Resumen

La alta tasa de aplicación de la detención preventiva, que asciende a 40% de la población penitenciaria, tiene un efecto negativo en la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas investigadas afectando el estatus de inocencia declarado en distintos instrumentos jurídicos. El objetivo general consistió en contextualizar el proceso de criminalización que afrontan las personas procesadas en el sistema de justicia penal, a quienes, antes de la determinación de la responsabilidad penal se le impone prisión preventiva. El análisis y discusión de la información se sustentó en los métodos y técnicas del enfoque cualitativo de investigación, sistematizando el acervo bibliográfico-doctrinal colectado en el estudio, entre estos las decisiones de la Corte



Constitucional del Ecuador y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los resultados advierten que la privación preventiva de la libertad se ha convertido en una herramienta utilitarista que, apuesta a la productividad del sistema de administración de justicia, lo que contradice los criterios jurídico-rationales que sustentan su imposición. Concluimos que los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales donde se disponen mecanismos para evitar la afectación de derechos humanos de los procesados han sido insuficientes para garantizar que esta medida funja en la dimensión de última ratio

Palabras clave: Criminalización del procesado; medidas cautelares; prisión preventiva, estatus de inocencia.

Abstract

The high rate of application of preventive detention, which amounts to 40% of the prison population, has a negative effect on the safeguarding of the fundamental rights of the people investigated, affecting the status of innocence declared in different legal instruments. The general objective was to contextualize the criminalization process faced by people processed in the criminal justice system, who, before the determination of criminal responsibility, is imposed preventive detention. The analysis and discussion of the information was based on the methods and techniques of the qualitative research approach, systematizing the bibliographic-doctrinal heritage collected in the study, including the decisions of the Constitutional Court of Ecuador and the Inter-American Court of Human Rights. The results warn that preventive deprivation of liberty has become a utilitarian tool that bets on the productivity of the justice administration system, which contradicts the legal-rational criteria that support its imposition. We conclude that the legal, doctrinal and jurisprudential criteria where mechanisms are available to avoid affecting the human rights of the defendants have been insufficient to guarantee that this measure works in the ultima ratio dimension.

Keywords: Criminalization of the accused; preventive detention, prosecuted, innocence status.

Introducción

El estudio pretendió contextualizar el proceso de criminalización que afrontan las personas procesadas en el sistema de justicia penal, a quienes, antes de la determinación de la



responsabilidad penal se les impone una medida cautelar tan gravosa como la privación judicial preventiva de la libertad.

Aun cuando es realizado un particular enfoque de la realidad ecuatoriana, este problema afecta a toda la región americana. Ante esto advierten Aborn y Cannon (s/f) que América registra altas tasas de aplicación de la detención preventiva como medida cautelar, las cuales oscilan entre el 10 y el 40% del total de la población penitenciaria:

La proporción más alta de detenidos en espera de juicio entre la población total de presos la tiene Bolivia (83.6 por ciento), seguida por Paraguay (71.2 por ciento), Haití (67.7 por ciento), Venezuela (66.2 por ciento), República Dominicana (64.7 por ciento), Uruguay (64.6 por ciento), Panamá (60.8 por ciento), Perú (58.6 por ciento), Guatemala (54.4 por ciento), Argentina (52.6 por ciento) y Honduras (50.1 por ciento). (s/p)

Esta situación tiene un efecto negativo respecto de la protección y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales de las personas investigadas, con clara afectación de la libertad ambulatoria y del estatus de inocencia lo que impacta en su dignidad. Dicha problemática, como se advierte, se manifiesta en cualquier contexto espacial y temporal, y es esta la razón por la que no hemos considerado delimitar en el título el ámbito tempo-espacial del estudio.

La investigación además encuentra el sustrato necesario para la reflexión académica en el campo del derecho penal sustantivo y adjetivo, la criminología, la política criminal y el Derecho Constitucional. Este último eje de conocimiento, como sabemos, permea a toda las Ciencias Jurídicas, especialmente en el Ecuador que se autodesigna como un “Estado constitucional de derechos y justicia” conforme lo expresa el artículo 1 del texto fundamental de la nación.

El objetivo propuesto consistió en contextualizar el proceso de criminalización que afrontan las personas procesadas en el sistema de justicia penal, a quienes, antes de la determinación de la responsabilidad penal se le impone prisión preventiva. Ante esto se plantean las siguientes interrogantes, que guiaron el interés de los autores durante el desarrollo de esta investigación: ¿De qué manera la imposición de la medida judicial de privación preventiva de la libertad criminaliza al procesado en el sistema de justicia penal?

Lo cual a su vez se deriva en un subconjunto de preguntas que consideramos necesarias responder para cumplir con los fines del ejercicio académico reflexivo, entre estas, inquirimos: ¿Se detiene para investigar? ¿Se investiga para detener? ¿La inocencia es un estatus? ¿Se presume la inocencia o la culpabilidad de las personas sometidas al proceso? ¿Con la prisión preventiva se



castiga antes de condenar? ¿La privación judicial preventiva de la libertad es una medida de última ratio o es la regla en el Sistema de Administración de Justicia Penal? ¿La privación preventiva de la libertad es parte de una política criminal coherente y articulada o es una decisión con fin utilitarista del Estado?

Como se puede inferir del conjunto prolífico de preguntas que anteceden, se debe realizar un esfuerzo de racionalidad científica y síntesis de los contenidos doctrinarios que soportaran cada respuesta, ya que estamos consciente que cada una podría guiar la ejecución de investigaciones nominales, pero este producto científico es parte del esfuerzo académico acometido durante toda la formación en el marco de la Maestría en Derecho Penal, donde se ha tenido la oportunidad de debatir estas inquietudes con los docentes nacionales e internacionales que han dictado las distintas asignaturas del programa.

Tratándose de un estudio reflexivo cada uno de los acápites se han formulado en forma interrogativa, es decir, conforme a las preguntas que nos hemos planteado, dando una respuesta científica a las mismas a partir del conjunto integrado de teorías y enfoque de autores que son representativos en el Derecho Penal, la Criminología, la Política Criminal, tales como, Beccaria, Zaffaroni, Ferrajoli, Roxin, por sólo nombrar algunos

Metodología

La investigación es de carácter cualitativo en virtud de que se organizó, sistematizó, analizó e interpretó todo el acervo bibliográfico-doctrinal que ha sido colectado en el estudio, entre los cuales se incluyen artículos científicos, instrumentos jurídicos (nacionales e internacionales), decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, textos contentivos de las políticas públicas y las estadísticas que maneja el Ecuador sobre este tópico, entre otras fuentes secundarias, que se han organizado a través de las siguientes categorías de análisis: Criminalización; prisión preventiva, procesado, estatus de inocencia.

Resultados y discusión

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 77, numeral 1, contempla como un mandato que “la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso”. Esta norma se desarrolla en el Título V, “De las Medidas Cautelares y de Protección”, particularmente en el párrafo tercero del Capítulo Segundo de las “Medidas Cautelares”, artículos 534 al 542 del Código Orgánico Integral Penal.



Ante este escenario es vital la comprensión de los criterios doctrinales que se vierten sobre la aplicación de la prisión preventiva conforme con el mandato constitucional y legal que advierte el carácter excepcional de esta medida en contraste con la *praxis*, donde los datos registrados por las entidades gubernamentales y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022), demuestran lo contrario, al señalar que para el “29 de octubre de 2021 más del 39% del total de la población carcelaria se encuentra bajo este régimen. Esta cifra refleja que la prisión preventiva se aplica de manera contraria a la excepcionalidad que exige su naturaleza” (p. 11). Es así como se formulan una serie de interrogantes cuyas respuestas permitirán reconocer ¿De qué manera la imposición de la medida judicial de privación preventiva de la libertad criminaliza al procesado en el sistema judicial penal?

¿Se detiene para investigar?, o ¿Se investiga para detener?

Como se observa este primer apartado se conforma por dos interrogantes que condensan una sola cuestión relacionada con la finalidad de la aplicación de la prisión preventiva. En efecto, la privación de libertad, aun cuando sea de manera preventiva, no puede ser estimada sino como un acto de violencia estatal, claro está que la misma es violencia legítima institucionalizada conforme la comprensión del ejercicio del *ius puniendi* que según Zaffaroni (2000), debe ser interpretada como la facultad o potestad racional del Estado de aplicar el Derecho Penal.

Esta facultad se cuestiona desde su propio origen y reconocimiento, basta con observar las palabras de Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, quien en su célebre obra “De los Delitos y las Penas”, advertía lo que sigue:

Porque parece que, en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convencidos; porque la prisión es más bien un castigo que una seguridad del reo; y porque la fuerza, interior defensora de las leyes, está separada de la exterior defensora del trono y de la nación, siendo así que deberían obrar unidas (Beccaria, 1993, p. 135).

La potencia de este cuestionamiento de Beccaria nos obliga a reconocer a la privación preventiva de libertad como un castigo que se impone *a priori* desconociendo la “fuerza interior defensora” del mandato constitucional que exige que su aplicación sea un recurso de última ratio. En este marco de ideas, despejamos las siguientes interrogantes:

¿Se detiene para investigar?

Aun cuando la finalidad de la prisión preventiva de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, es “garantizar la comparecencia en el proceso” se dispone como una modalidad excepcional en el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, por tanto, la detención, es una medida que conforme lo dispuesto en el artículo 530 *eiusdem*, procederá “por pedido motivado de la o del fiscal, ... con fines investigativos”.

Una clara consecuencia de la contradicción que antecede es que la norma autoriza a que se detenga a una persona con fines investigativos. Así la detención adquiere un fin utilitario frente a los criterios de racionalidad, proporcionalidad e idoneidad que deben sustentar la aplicación de esta medida.

Es menester subrayar que, de acuerdo con el régimen procedimental, una vez detenida la persona, se solicita dentro del término de 24 horas la audiencia de formulación de cargos, donde el fiscal, por regla general, solicita la privación preventiva de la libertad del procesado. El problema que encierra esta previsión normativa es que este tiempo, usualmente, es utilizado para desarrollar la investigación, colectando los elementos probatorios que obraran en su contra.

Esta acción es contraria a todo sentido de justicia y compromete el valor ético de la actuación de los operadores del sistema penal, ya que la medida funge como una herramienta de represión sin que medie algún elemento convicción legítimo sobre la posible participación del ciudadano en el delito que se le imputa, convirtiéndose la prisión preventiva en una especie de ardid que asegura únicamente la labor de investigación de los entes llamados a realizarla. Actividad que en un Estado con talante democrático debió preceder al aludido aseguramiento.

Por lo general, explican Zaffaroni (2000) y Roxin (2000) que la aplicación de la medida cautelar se afianza en conjeturas o en una intuición abstracta de quien acusa, y no en la fuerza de los elementos probatorios, ya que como señalamos, los mismos no han sido debidamente colectados, procesados y analizados para obtener un margen de certeza respecto de la responsabilidad de la persona que está siendo procesada, es de aquí de donde se deduce que carece de toda legitimidad el detener a un sujeto para luego procederlo a investigar.

¿Se investiga para detener?

Bajo los argumentos que anteceden, la convicción que arroja una eficaz y eficiente investigación debe convertirse en el asidero de la pretensión del acusador para lograr la detención. Pero esta afirmación es una verdadera utopía en la *praxis*, por lo que resulta primordial establecer



una reforma judicial progresiva y permanente que nos lleve alcanzar este objetivo: investigar para detener, desarrollando verdaderas políticas públicas y de seguridad ciudadana consustanciadas con el modelo de Estado constitucional y democrático, que impone como regla la libertad.

La base de lo que señalamos está en que el Estado mediante el poder político tiene el deber de proteger la inocencia, por lo tanto, lo correcto sería que se investigue respetando las garantías del debido proceso para luego determinar la responsabilidad penal y así hacer efectiva la privación de libertad, garantizando de esta forma un trato justo, digno y respetuoso a los derechos tanto de la víctima como la del imputado.

Así, la verdadera esencia del derecho penal es que es un instrumento de *ultima ratio* para la solución de conflictos sociales, y que, por el contrario, la nueva dimensión que adquiere el Derecho Penal mínimo es que sirve de herramienta para proteger bienes jurídicos relevantes de los ciudadanos (víctimas y victimarios), y no como instrumento de represión.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 030-15-Sep-CC, ha señalado que: “El fondo dogmático de la problemática es el hecho de que, ante la prisión preventiva, una persona inocente ofrece un sacrificio (sacrifica su libertad) para asegurar el procedimiento penal”. (p. 65).

Del mismo modo, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 001-18-PJO-CC, caso No. 0421-14- JH, ha dispuesto:

En un Estado constitucional de derechos y de justicia, el respeto por los derechos humanos constituye un pilar fundamental, por lo tanto, es obligación del Estado abstenerse de intervenir arbitraria e innecesariamente en los derechos y libertades de los ciudadanos, así como garantizar su plena efectividad. En tal sentido, si tenemos presente la gran importancia que tiene el derecho a la libertad personal dentro de los derechos civiles y políticos y su reconocimiento en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, es necesario reconocer que cualquier restricción o privación a la libertad deberá fundarse en motivos previamente establecidos en la ley y solo procederá cuando sea absolutamente necesaria.

Es así como, las decisiones que anteceden se alinean al mandato constitucional que designa el carácter excepcional de la prisión preventiva, orientación garantista que luce conforme al paradigma del Estado constitucional, que da preminencia a los Derechos Humanos de quienes se

encuentran en el territorio de la República sin distinción de ningún tipo, preservando la libertad y la inocencia que se convierten en principios que modulan la acción del Estado.

¿La inocencia es un estatus?

En franca correspondencia con lo que hemos expresado, el artículo 5 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, dictamina que: “toda persona mantiene su estatus de inocencia, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”. Colegimos de la norma que la inocencia es un estatus que debe ser respetado en todo tiempo, ya que obra en favor de la dignidad humana. La prisión preventiva de libertad para Krauth (2018) lógicamente contraviene:

los principios estipulados en el COIP, la Constitución y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos (...) Sin embargo, en los casos analizados, los jueces dictan prisión preventiva, argumentando que los procesados no han presentado las pruebas suficientes de su arraigo social. (p. 15)

Ahora bien, el estatus de inocencia implica que hasta tanto medie una sentencia condenatoria, el imputado debe recibir un trato acorde con tal condición, esta garantía aparece regulada en la Constitución de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y además alcanza una dimensión mayor que la pretendida cuando se refiere a la presunción, se trata de un estatus.

Entonces el estatus de inocencia releva al imputado de la obligación de demostrar cualquier imputación, verbigracia, su arraigo, por tanto, será el órgano encargado de la persecución penal, es decir, el Fiscal, quien deberá demostrar todo aquello que alegue en su contra.

Por su parte, el artículo 11, numeral primero, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), señala que 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 la hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Inferimos de esta norma que, la acusación no es óbice para desconocer el estatus de inocencia y mucho menos para conculcar el derecho a la libertad de un hombre.

En términos similares lo recoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, en su artículo 9, numeral primero, cuando establece que las personas tienen derecho a la libertad y a la seguridad personal, por lo que “Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos



Humanos (1969), en el artículo 8, numeral segundo, consagra que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...)”.

Deducimos del contenido de los tres instrumentos internacionales que hay un verdadero espíritu proteccionista del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él. Esta facultad la debe ejercer el Estado a través de los órganos del poder público, quienes deben dar margen a las garantías procesales que adquieren sentido al evitar cualquier margen de arbitrariedad.

La aplicación de la prisión preventiva vulnera básicamente el *status libertatis* y el estatus de inocencia que corresponde a todo ser humano frente a los poderes públicos. Explica Arteaga (2007), que el Estado, a través de la prisión preventiva, puede restringir de forma anticipada el derecho a la libertad, pero debe hacerlo de modo tan equilibrado que: “no anticipe los efectos de la pena sin juzgamiento (*nulla poena sine iudicio*), afectando el principio de inocencia por el cual no se puede considerar culpable a ningún ciudadano sin una declaratoria de condena que emane de un tribunal competente” (p.2).

¿Se presume la inocencia o la culpabilidad de las personas sometidas al proceso?

Entendemos entonces que la inocencia, es un estatus y una condición inherente a la naturaleza del ser humano. La problemática que afronta esta comprensión radica en asumir una correcta designación del constructo jurídico en examen, es decir, ya no se trata de una presunción, por el contrario, es un estatus que se consustancia con la dignidad humana.

La ausencia de claridad en este campo ha ocasionado que se presuma, se suponga o sospeche la inocencia de la persona señalada de haber cometido una infracción penal. En la realidad la contradicción es aún mayor, ya que se evidencia una inversión de esta condición que conduce a la sospecha de culpabilidad, convirtiéndose en el eje donde gravitan las acciones del Estado, particularmente la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar.

Lamentablemente, el término “presunción” de inocencia se encuentra establecido en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador cuando expresa: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

Este texto fundamental, que contiene un gran avance en el campo jurídico sigue en este sentido la tradición de los tratados internacionales de derechos humanos, como podemos extraer del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y del artículo 14.2. del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas que a pesar de que tienen el gran valor de haber instituido el derecho de ser tratado como inocente y permanecer en libertad durante un proceso judicial, asumen la presunción y no el estatus de inocencia.

Abogamos entonces por el reconocimiento de un estatus o principio de inocencia como elemento preponderante en el desarrollo de un proceso penal, mismo que debe articularse bajo el conjunto de garantías esenciales que designan la forma cómo debe tratarse a una persona que está inmersa en un proceso penal, lo que impediría a quienes administran justicia la aplicación arbitraria de medidas que imponga de forma anticipada una pena.

Reconocemos que de este principio emanan importantes condiciones que se deben cumplir en el intento de quebrantar el estatus de inocencia de una persona procesada, ante esto la regla probatoria ordena que existan medios de prueba relevantes y notables. Esto nos permite reconocer otra garantía asociada con lo expuesto, que se designa bajo el estándar de prueba o regla de juicio, lo que hace referencia al principio general *in dubio pro reo* en materia penal.

Ferrajoli (2011) menciona sobre el principio de inocencia que “los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias” (p.549) es así como este principio no es solo:

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 (p. 549).

En relación con lo expresado, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021) el principio de inocencia “es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así en un sistema democrático la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal” (p. 50).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tibi Vs. Ecuador, en sentencia del 07 de septiembre de 2004, 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, y aun cuando está reconocido en estos términos en el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, no es menos cierto que en la *praxis* se desvirtúa este mandato cuando se refleja que hasta un 40% de las personas privadas de



libertad no han sido sentenciadas, dato que se extrae de Inredh-Derechos Humanos, de su publicación del 14 de octubre de 2021, que establece textualmente: “Ecuador registra más de 38 mil presos en el 2021 15 mil están sin una sentencia” (s/p), en virtud de una política de endurecimiento de las penas que asume el Ecuador ante el aumento de la delincuencia.

¿Con la prisión preventiva se castiga antes de condenar?

Señala Ferrajoli (2011), que “el imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también -es decir, sobre todo-, por necesidades procesales para que quede situado en pie de igualdad con la acusación” (p. 40). Cabe señalar al respecto, que, de acuerdo con el artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, ya que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.

En efecto, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas desde el año 1982 ha interpretado que ello implica que la “prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible”. Una interpretación similar sobre la materia ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996), la que ha sostenido que: “la prisión preventiva prolongada burla el derecho a la presunción de inocencia” (p.6).

El Vecchi (2013) expresa que la inocencia del sujeto debe mantenerse inalterada hasta que una sentencia lo señale como culpable:

Dicho, en otros términos, el filtro que impone la presunción de inocencia como regla de juicio no existe dentro del abanico de consideraciones del juez a la hora de decidir una medida cautelar de prisión preventiva. Esto no quita que, por otro lado, pueda tematizarse la relevancia de la medida cautelar desde el punto de vista de la regla de trato que se deriva de la presunción de inocencia (p. 200).

En consecuencia, no debería existir castigo sin que medie una sentencia ejecutoriada condenatoria. La condena está vinculada con la existencia de una sentencia, que en términos técnicos es la resolución judicial que pone fin a un litigio. Esta sentencia reconoce la razón o el derecho a una de las partes involucradas en el proceso, intimando a la otra a cumplir con ciertas obligaciones.

La advertencia de estos órganos nacionales e internacionales acerca de la necesidad de mantener a la prisión preventiva en la dimensión de *ultima ratio* es vital para comprender que esta

medida se convierte en un castigo anticipado que violenta el valor de la dignidad humana y socaba los estamentos del Estado constitucional de derechos y justicia.

¿La privación judicial preventiva de la libertad es una medida de última ratio o es la regla en el Sistema de Administración de Justicia Penal?

Se han dispuesto una serie de criterios constitucionales, legales, doctrinarios y jurisprudenciales, que dictaminan que la prisión preventiva debe ser el último recurso, mismo que sirve para asegurar los objetivos y fines del proceso penal.

Debemos reconocer que el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador tipifica no solo la excepcionalidad de la prisión preventiva, sino que califica como única finalidad de su aplicación la comparecencia de la persona procesada en el proceso. A esta pretensión constitucional el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 534 agrega que la prisión preventiva sirve para garantizar el cumplimiento de la pena, a lo que se adiciona el contenido del artículo 519 de este texto integral que consagra la protección de “los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal”, que no “se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción” y la reparación integral de la víctima.

Ante esta ampliación que justifica la aplicación de la prisión preventiva, el texto normativo integral faculta igualmente al juez a privar a una persona de su libertad con fines investigativos, de conformidad con el artículo 530 *eiusdem*. La conjunción de todos estos fines permite inferir que la privación de la libertad es una regla en el proceso, con lo cual se descarta una serie de condiciones y requisitos que salvaguardan a la libertad y a la inocencia de las personas, ya que la prisión preventiva es una medida cautelar personal restrictiva que es viable únicamente cuando las otras no permitan cumplir con los objetivos del proceso. El no entender esto ocasiona que la detención funja como un anticipo de la pena.

En contracorriente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) ha ratificado el carácter excepcional de la prisión preventiva, así se deduce de lo dispuesto en el caso Suárez Rosero del 12 de noviembre de 1997, cuando declara que esta medida no tiene fines meramente punitivos sino cautelares o de prevención, manifestando que en la inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales afirmando que existe:

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.

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.

Colegimos de lo expresado que, la libertad del imputado durante el proceso penal constituye la regla, y la excepción es que una norma expresamente faculte al juez, salvo el caso de flagrancia, para acordar tales restricciones, donde también deben ponderarse una serie de principios que llaman a la racionalidad y ética en el ejercicio del *ius puniendi*.

¿La privación preventiva de la libertad es parte de una política criminal coherente y articulada o es una decisión con fin utilitarista?

A primera vista, la legislación ecuatoriana, podría interpretarse como una estructura garantista, ya que la norma fundamental de la nación reconoce la prisión preventiva como una medida excepcional y de última ratio, sometida a un conjunto de reglas, requisitos y condiciones que impiden la utilización de esta sin base racional y legal. No obstante, expresa la Defensoría Pública del Ecuador (2018) que:

desde el 10 de agosto del 2014, fecha en la que entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), fomentó el abuso de la prisión preventiva, estableció penas desproporcionadas y se exacerbaron figuras delictivas que se contradicen con el Estado de derechos y justicia, pues el análisis demuestra fehacientemente que buena parte de las penas no son proporcionales al daño causado por el delito, tal como se establece en el artículo 76.6 de la Constitución. Como es de suponer, el incremento de privados de libertad ha provocado que, en corto tiempo, el nuevo modelo de atención penitenciaria tienda a colapsar, porque las instalaciones se abarrotan y porque no existe presupuesto público que soporte este incremento (p. 13).

En este orden de ideas, la Defensoría Pública (2018), denuncia una desacertada política criminal del Ecuador, que contrasta con los postulados del Estado constitucional que se impone en la nación desde el año 2008, y que sirvió de base para la construcción de la Código Orgánico Integral Penal, mismo que según lo expresado en este informe, crea condiciones para que en la

praxis se aplique de forma abusiva de la prisión preventiva. Ante esto, expresan las siguientes razones:

- (i) Se crearon las unidades de flagrancia, constituidas como productoras permanentes de privados de libertad.
- (ii) Se construyeron megacárceles que en corto tiempo presentan ya problemas de hacinamiento y de seguridad, a más de haber provocado dolor y mayor sufrimiento a las familias, que resultan afectadas por las largas distancias y las dificultades de acceso.
- (iii) Se asignaron funciones contradictorias a los jueces penales, para que sean además jueces de garantías penitenciarias, contraviniendo la ley y la Constitución. Es decir, el mismo juez que condena, tiene la función de garantizar los derechos de los privados de libertad, lo cual es un contrasentido, una ilegalidad y una aberración.
- (iv) Se promueven reglamentaciones internas del sistema de rehabilitación social, que restringen derechos, sin que además se cumpla con el debido proceso (p. 13).

En contraste, Inredh-Derechos Humanos (2021), avala estas razones al expresar que la alta tasa de privados de libertad sin condena se debe “principalmente, a la construcción de mega cárceles y al endurecimiento de penas en el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), medidas implantadas en el país a partir de la reforma penitenciaria del 2014” (s/p) solicitando que se “analice la situación como un problema estructural y no como un problema de mera infraestructura” (s/p).

Ante este escenario no es posible arribar a otra conclusión: la prisión preventiva no es parte de una política criminal coherente y articulada, por el contrario, se asume como una decisión con un fin utilitarista que vulnera la vigencia de sus postulados y hacen nugatorios derechos fundamentales como el de libertad, debido proceso e inocencia.

Esta situación amerita por parte del Estado la adopción de medidas de orden político, jurídico y administrativo, para prevenir este tipo de acciones, en consonancia con lo dispuesto en la constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos, ya que deben prevalecer la libertad y la inocencia, evitando detenciones arbitrarias sin haber investigados de forma previa, lo que se convierte en un ejercicio arbitrario de la facultad punitiva.

Destacamos de la sentencia No. 001-18-PJO-CC, de la Corte Constitucional del Ecuador, lo que sigue:



Esta orientación humanista y garantista de los derechos humanos de las personas penadas, configura un importante elemento de distinción entre un Estado autoritario y un Estado democrático, pues mientras el primero usa su poder punitivo como primera medida para reprimir conductas delictuosas, el segundo se asegura de que el *ius puniendi* y las penas privativas de la libertad se utilicen solo como último recurso, después de que quede plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resultan insuficientes para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia.

Respecto de los fines utilitaristas, el Derecho Penal para estar en sintonía con el Estado constitucional de derecho y de justicia, debe atender una serie de garantías y fines que pasan, por un lado, considerar y justificar la prisión preventiva cuando sea estrictamente necesaria y proporcional.

Estas garantías se convierten en verdaderos límites del poder punitivo puesto que el proyecto de Derecho Penal mínimo que ha propuesto Ferrajoli (2011) “designa un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva (...), sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona” (p. 334). Es en este campo donde se juega su legitimación el Estado constitucional: “pues es ahí, donde se enfrentan con toda su crudeza y con toda su violencia el Estado y el Individuo” (p. 337)

La política criminal del Estado constitucional debe garantizar la excepcionalidad de la detención preventiva, la cual se impone en criterio de Arteaga (2007), como un remedio inevitable “en caso en los cuales no exista fórmula alternativa que garantice la presencia del imputado” (p. 10).

El deber del Estado consiste en articular todos estos contenidos en un plan coherente que reconozca sin ambigüedad el principio *favor libertatis* y el estatus de inocencia bajo una estricta hermenéutica constitucional que conmine a los servidores judiciales a imponer la prisión preventiva como medida excepcional y no como la regla del proceso. Ante esto Pérez Luño (1998), expresa que: “...La Constitución prevé un dispositivo normativo encaminado a: asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación, así como a velar por la integridad de su sentido y función...” (p.67).

Para Bolaños (2005), la política criminal no se agota en el sistema penal, concebirla sólo desde esta perspectiva conlleva el riesgo de distanciarla de otros aspectos relevantes relacionados

con la criminalidad y la seguridad ciudadana, como la política social, por lo que el Estado no puede materializar su función de proteger a la sociedad mediante la aplicación de medidas de corte represivo.

La experiencia particular de los autores con los resultados teóricos que anteceden nos advierte que la privación judicial preventiva de la libertad se ha convertido en una herramienta de represión política, social y jurídica que se vincula con aspectos relativos a la demanda de productividad de los funcionarios involucrados en el Sistema de Administración de Justicia Penal.

Esta mala práctica se ha mantenido por varios años, apartándose de lo que la norma fundamental dicta y lo que ha expresado la Resolución No. 14-2021 de la Corte Nacional de Justicia que admite que: “la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, excepcional, no punitiva, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, que afecta el derecho a la libertad personal de la forma más severa” (p.1), en virtud de lo cual puede operar como regla general considerando “que las personas son libres individualmente, por lo tanto, todas las medidas cautelares que limitan la libertad son excepcionales y deben ser administradas con sentido restringido en tanto afectan a un derecho de rango constitucional”(p.1). A partir de esta comprensión se deslegitima toda acción que vulnere el derecho a la libertad y el estatus de inocencia, cuyo respeto se convierte en el barómetro del Estado constitucional. Expresamente el artículo 1 de esta especial Resolución expresa:

La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterios de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz.

En consonancia con esta lectura, el Sistema de Administración de Justicia Penal, a pesar del desiderátum contenido en la Constitución de la República del Ecuador y lo dispuesto en la Exposición de Motivos del Código Orgánico Integral Penal, y de los esfuerzos legítimos de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional, que se expresan en la Resolución No. 14-2021 y en la sentencia No. 001-18-PJO-CC, respectivamente, está muy lejos de contar con un plan coherente de política criminal que apunte a la resolución de los problemas que están en la génesis de la comisión del delito. Además, no existe un verdadero plan que sustente la imposición de las medidas cautelares (privativas o no privativas), como medida de *ultima ratio* lo cual deslegitima el ejercicio legítimo del *ius puniendi*. Por el contrario, la realidad da muestras de que caminamos en



un sentido contrario, verbigracia, la nota de prensa de Throssell, portavoz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en mayo de 2022, nos permite afirmar lo que antecede. A título ilustrativo transcribimos un extracto de este pronunciamiento:

Estos inquietantes incidentes ponen de relieve una vez más la urgente necesidad de realizar una reforma exhaustiva del sistema de justicia penal que abarque también a las instituciones penitenciarias, con el fin de abordar una crisis que ya se ha hecho endémica en el país. De diciembre de 2020 a mayo de 2022, no menos de 390 personas han muerto en las prisiones ecuatorianas, entre ellas unos 20 reclusos que fallecieron en una cárcel del sur del país el pasado 3 de abril (p. 1).

Destacamos que, el principal problema que afronta el Ecuador en esta materia es la aplicación indiscriminada de la detención preventiva, que oscila en un 40% de la población penitenciaria, hecho que contradice lo dispuesto en el texto fundamental de la nación, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y las orientaciones de los organismos comprometidos con su vigencia. En este sentido, en la nota de prensa Throssell (2022), termina por señalar que: “En la hoja de ruta se recomienda además una reforma de la política penitenciaria con miras a reducir el uso excesivo de las penas de reclusión” (p.1).

La articulación del contenido que antecede nos muestra que la inocencia es un estatus que está relacionado estrictamente con la dignidad humana, que impide que seamos tratados de un modo que se lesione nuestros derechos sin haber una sentencia motivada que resuelva de modo definitivo la responsabilidad penal de una persona, es decir, no debemos presumir la inocencia, debemos reconocer que la inocencia es un estatus.

Conclusiones

A pesar de lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, las resoluciones y sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, donde se prevén distintos mecanismos para evitar la afectación de derechos humanos al imponer medidas cautelares privativas de libertad, estos han sido inobservados, desestimando igualmente el carácter excepcional de la prisión preventiva como medida cautelar.



Si a esto se le suma las reformas legislativas de la que ha sido objeto el Código Orgánico Integral Penal, que implican el endurecimiento de las penas y de la ausencia de alternativas a la aplicación de la prisión preventiva, comprendemos la génesis del grave problema carcelario de los últimos tiempos, donde las personas que están en los centros penitenciarios pierden la vida y son sometidos a un sinnúmero de abusos que afectan sus Derechos Humanos.

Corolario, se debe reconsiderar las estrategias de política criminal abogando por el carácter de *ultima ratio* de la medida de detención preventiva, la cual no puede cumplir con fines utilitarios de productividad del Sistema de Administración de Justicia.

Es decir, no se puede convertir al ser humano en un objeto, en una simple estadística o en alguna propaganda de comunicación, sino más bien se debe procurar en todo momento salvaguardar su dignidad, ya que el tiempo de la prisión preventiva como medida cautelar aplicada a una persona procesada ha implicado una condena anticipada y un grave estigma para ella. La libertad del imputado durante el proceso penal constituye la regla, y la imposición de la detención preventiva pone en tela de juicio el estatus de inocencia que goza toda persona imputada de la comisión de algún delito.

En consecuencia, la prisión preventiva no puede ser decretada automáticamente, sino que debe quedar evidenciada en la motivación de la sentencia la racionalidad del juez al momento de su imposición, ya que esta medida se constituye en una pena anticipada que violenta las reglas del debido proceso y el juicio previo. Ante esto, solo procede por razones estrictamente relacionadas con los fines constitucionales que deben estar articulados con los objetivos de un plan coherente de política criminal.

Referencias

Aborn, R. y Cannon, A. (s/f). *Prisiones: encerrados sin sentencia*.

<https://www.americasquarterly.org/prisiones-encerrados-sin-sentencia/>

Arteaga, A (2007). *La privación de libertad en el proceso penal* (2 ed.). Livrosca.

Asamblea Nacional Constituyente de la República de Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.



- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2019). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180 de 10-feb.-2014. Última modificación anotado en Registro Oficial 107 de 24-dic- 2019. Estado: Reformado.
- Beccaria, C. (1993). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Editorial Heliasta S.R.L.
- Bolaños, M. (2005, del 24 al 25 de noviembre). Política Criminal y Reforma Penal. *Primer Congreso Internacional sobre Derecho Penal y Criminología*. Mérida, Venezuela.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022). *Personas privadas de libertad en Ecuador*. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador (2018). Sentencia N° 001-18-PJO-CC, caso N.° 0421-14- JH. Ecuador. https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/002-18-PJO-CC/REL_SENTENCIA_002-18-PJO-CC.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997, 12 de noviembre). Caso Suárez Rosero. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=315
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia del 07 de septiembre de 2004. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=239
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 23: Corrupción y Derechos Humanos. https://corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo23_2021.pdf
- Corte Nacional de Justicia (2021). Resolución No. 14-2021. <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-14-Aclara-el-Art-534-COIP.pdf>.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. (10 ed.). Editorial Trota.
- Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos [INREDH]. (2021,). *Personas Privadas de la Libertad en Ecuador*. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf
- Krauth, Stefan (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador, Serie Justicia y Defensa N° 8*. Defensoría Pública del Ecuador.
- Organización de Estados Americanos (1948, 30 de abril). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. *XI Conferencia Internacional Americana de Bogotá*, Bogotá, Colombia.



- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, 22 de noviembre). Pacto de San José. *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Organización de Naciones Unidas (1948, 10 de diciembre). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de Naciones Unidas (1966, 16 de diciembre). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del Hombre. Resolución 2200 A (XXI). *Asamblea General de Naciones Unidas*, Nueva York, Estados Unidos.
- Pérez Luño, A. (1998) *Los Derechos Fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editorial del Puerto.
- Organización de Naciones Unidas (2022, 10 de mayo). *Ecuador-Violencia en las cárceles*. <https://www.ohchr.org/es/press-briefing-notes/2022/05/ecuador-prison-violence>
- Zaffaroni, R. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ediar.