

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ¿GARANTÍAS O EFICIENCIA?

PREVENTIVE DETENTION IN THE INTEGRAL CRIMINAL ORGANIC CODE WARRANTIES OR EFFICIENCY?

ZAIRE ALTUVE VILLASMIL¹, FRANCISCO FERREIRA DE ABREU²

¹ Universidad de Los Andes, Venezuela.

² Universidad de Los Andes, Venezuela.

RESUMEN

En la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal se destaca lo señalado por el legislador con relación al modelo constitucional de Estado, las funciones del Derecho penal y el dilema entre combatir la impunidad y proteger los derechos de los procesados frente al poder punitivo. En este contexto, la regulación de la prisión preventiva se encuentra entre dos extremos: garantías o eficiencia. Por tal razón, en este trabajo se propone estudiar tal figura procesal en la normativa jurídico-penal y constitucional ecuatoriana, con miras a describir el ser e intentar prescribir el deber ser partiendo del derecho fundamental de la libertad como regla en lugar de excepción.

PALABRAS CLAVE: libertad, medidas cautelares, coerción personal, garantismo, eficientismo..

ABSTRACT

In the explanatory statement of the Integral Criminal Organic Code, it highlights what was pointed out by the legislator in relation to the constitutional model of the State, the functions of Criminal law and the dilemma between fighting impunity and protecting the rights of the accused against the punitive power. In this context, the regulation of the preventive detention lies between two extremes: warranties or efficiency. For this reason, in this work we propose to study such a procedural figure in the Ecuadorian legal framework and constitutional law, aiming to describe how is done and trying to outline how it should be done based on the fundamental right of freedom as the rule instead of the exception.

KEYWORDS: freedom, precautionary measures, personal coercion, warranties, efficiency.

- ¹ Investigadora Tutelada del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas “Héctor Febres Cordero” de la Universidad de Los Andes (CENIPEC-ULA), Sección Justicia y Proceso. Mérida - Venezuela.
- ² Profesor Ordinario Agregado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes e Investigador de Planta del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas “Héctor Febres Cordero” de la Universidad de Los Andes (CENIPEC-ULA), Sección Derecho Penal. Mérida - Venezuela.

RECIBIDO: 10/06/2019
ACEPTADO: 15/06/2019

CORRESPONDENCIA:
zairealtuve@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Siguiendo al legislador ecuatoriano, no cabe duda alguna que el Derecho penal tiene una doble función. De una parte, la de prevenir el delito y, de otra, la de limitar y contener dicha labor preventiva. Se trata de conciliar la seguridad con la libertad, teniendo presente que sin libertades la seguridad no es más que una ilusión.

En este sentido, oportuno es recordar a Beccaria (1764) en su obra *De los delitos y de las penas*, cuando afirma que las leyes -con mayor razón las penales-, obedecen a la necesidad de los hombres en abandonar el estado de guerra, la incertidumbre e inseguridad del estado de naturaleza, para lo cual sacrificaron una pequeña porción de su libertad, pero con el propósito de disfrutar de la restante en segura tranquilidad.

De allí que la propuesta de procurar un “balance” entre garantías y eficiencia de la justicia penal, contenida en la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal (COIP), ha de valorarse sin desatender el llamado de atención formulado por el marqués, en el entendido que si bien todos los individuos se encuentran vinculados a la sociedad a través del contrato social, es precisamente éste y el Derecho que lo sustenta, el que también obliga a la sociedad y al Estado, de suerte “que el interés de todos está en la observación de los pactos útiles al mayor número” (Beccaria, 2000, p. 219).

Visto así, el tratamiento de la prisión preventiva desde la perspectiva de un Estado de Derechos como el ecuatoriano, en el cual el contenido de los derechos ha de desarrollarse conforme al principio de progresividad en garantía del libre desenvolvimiento y, por ende, los derechos de libertad, impone el deber de hacer hincapié en el aludido “balance” para impedir que la prisión preventiva acabe convirtiéndose en la regla o prosiga siéndolo, sobre manera por virtud de los designios securitarios de la consulta popular de mayo de 2011 y por atribuir a los jueces penales la garantía de los derechos de las partes en conflicto, colocando en el mismo plano de tutela a las víctimas y los procesados, afirmando que aquéllas se hallan sometidas al poder punitivo del Estado, cuando es por todos conocido que es en los últimos sobre quienes recae tal poder.

Dicho lo anterior, en lo que sigue se propone una descripción valorativa del ideal del Constituyente de 2008 en cuanto a la prisión preventiva y lo planteado en la consulta popular de 2011 que dio lugar a la enmienda de la Constitución; seguido del análisis de la concreción normativa realizada por el legislador penal en atención a los fines de aseguramiento procesal y el peligro procesal a neutralizar con tal medida, intentando sugerir el deber ser de su interpretación y aplicación. Finalmente, y a manera de conclusión, se determinará el lugar que ha de corresponder a la prisión preventiva entre las garantías y la eficiencia.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008 Y LA CONSULTA POPULAR DE 2011

Al promulgarse la Constitución de la República del Ecuador en 2008, la prisión preventiva se concibió como una medida cautelar de carácter excepcional, cuya regulación, interpretación y aplicación remite de inmediato a los fundamentos del Estado constitucional y democrático.

Este modelo estatal en cuanto sistema de organización implica la regulación de la producción de leyes de manera formal y sustancial, esta última dimensión vinculada con los principios de igualdad, paz y tutela de derechos fundamentales, que imponen límites a la actuación de los poderes públicos, sobre todo al legislador en cuanto poder constituido, así como al denominado principio democrático de las mayorías, ya que determina lo indecible que (*libertades negativas*) y lo indecible que no (*libertades positivas*) (Ferrajoli, 1999).

Por consecuencia de lo indicado, además de lo concerniente al contenido y forma de las disposiciones legales, el modelo de Estado traza la interpretación de las mismas, la cual está orientada por la obligación de hacer efectiva la vigencia de los derechos y garantías constitucionales. Con lo cual, el ordenamiento jurídico y la actuación de los poderes públicos, entre ellos, los integrantes del sistema penal, ha de orientarse a su realización directa e inmediata.

Las afirmaciones anteriores se relacionan con las previsiones del Constituyente ecuatoriano, que en forma expresa declara a la República del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, ello se complementa con lo dispuesto en el artículo 84 *ejusdem*, en cuanto establece un condicionamiento al ejercicio de la función legislativa, determinado por la garantía de los derechos fundamentales.

Lo expuesto además de ser corolario del modelo constitucional de Estado, obedece a la rigidez constitucional, en el sentido de que la ley ordinaria se encuentra subordinada jerárquicamente a la Constitución, siendo esta característica la que no le permite tocar en modo alguno las normas constitucionales (Salazar, 2006). Esto se traduce en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial alcanza una mayor protección debido al rigor que demanda la modificación de la Carta Política en sentido formal, asegurándose su tutela material, es decir, el resguardo de los principios y derechos contenidos en ella.

Como pone de manifiesto Häberle (2003), la reserva legal y la judicial, por razón de la rigidez constitucional y su relevancia para la protección de la Constitución, se proyecta en el aseguramiento de todas las libertades y derechos frente al legislador ordinario:

Alevar la Constitución a las libertades al rango de normas constitucionales, establece una prohibición dirigida al legislador de privar al derecho fundamental, por ejemplo a través de numerosas excepciones, de este rango constitucional, sea ello sobre la base de la reserva de ley, sea sobre la base de otros principios jurídicos-constitucionales (expropiación, socialización, relaciones de sujeción especial). Si no, ya no se está hablando de derechos fundamentales. La Constitución contiene en sí misma conceptualmente una garantía, es decir, una garantía frente al legislador ordinario. En ello consiste precisamente su especificidad. (...) Un supuesto esencial para tal reflexión es partir de una diferencia cualitativa y material, no sólo formal, entre ley ordinaria y la Constitución. Sólo es posible que la Constitución sea el orden supremo de valores si no puede ser derogada a través del Derecho de rango inferior. (p. 43)

En este orden de ideas, es preciso atender a la declaración de la dignidad como base de todos los derechos humanos, cuyo significado es el reconocimiento del hombre como valor supremo (Stein, 1973), todo lo cual permite comprender la forma en que se conciben las libertades, cuya garantía es indispensable para el libre desarrollo de la personalidad, así como para la vigencia del mismo pacto social o fundacional que supone toda Constitución.

Por lo demás, se debe hacer referencia en el ámbito de las libertades, a la libertad personal, concretamente en su dimensión negativa como límite a la interferencia del Estado y de los particulares en el ejercicio progresivo del mencionado derecho. Lo señalado constituye la regla general, sin embargo, el Derecho Penal materializa la excepción a esa regla, esto se explica en la necesidad del Estado de dar cumplimiento a fines de naturaleza colectiva, que le obligan a restringir derechos individuales. Es así, como dicha acción intervencionista en el marco del proceso penal debe estar estrictamente regulada, puesto que su ejercicio no solo implica la mayor manifestación de la fuerza del Estado frente al particular, sino que además genera un riesgo importante, el de perder la perspectiva en que se fundamenta (la dignidad humana).

Es así, que ante el deber estatal de asegurar la realización del proceso penal para indagar en la verdad de los hechos y lograr la justicia, el constituyente en 2008 reguló la prisión preventiva como excepción al estado de libertad y la garantía constitucional de ser juzgado en libertad, siguiendo el estándar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cabe destacar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 3 y 9, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: artículo 9 numerales 1° y 3°, y la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” en el artículo 7, numerales 1°, 2°, 3° y 5°, que establecen la libertad como valor superior, la prohibición de detenciones arbitrarias y la aplicación de la prisión preventiva como medida de carácter excepcional (Meneses, 1995).

Así se estableció en los numerales 1°, 9° y 11° del artículo 77 de la Constitución de 2008, previéndose el carácter excepcional y de *ultima ratio* de la prisión preventiva; su naturaleza de aseguramiento procesal en orden a la comparecencia del imputado a los actos del proceso y el cumplimiento de la pena; el plazo de su caducidad; así como la facultad judicial de dictar medidas cautelares distintas de la prisión preventiva y, en armonía con ello, el establecimiento de la prioridad de éstas, como de las sanciones no privativas de libertad, favoreciendo una política criminal *extra muros*.

Sin embargo, el ideario del constituyente consistente en restringir el uso de la prisión preventiva, con todo y la garantía de la rigidez constitucional, fue objeto de una regresión, propia de la democracia plebiscitaria (Ferrajoli, 2000), en atención a la cual el Poder Ejecutivo como representante de una parte de la sociedad -la mayoría que le eligió-, planteó la realización de un referéndum para cambiar la Constitución, entre otras normas, en relación al citado artículo 77.

En este marco se preguntó: 1) sobre la incorporación de un párrafo destinado a impedir la caducidad de la prisión preventiva por dilaciones atribuibles al imputado y a establecer

sanciones por demoras injustificadas de los operadores del sistema de justicia; y 2) para introducir cambios en lo atinente a las medidas sustitutivas de la privación de libertad y, por esa vía, en el carácter excepcional y de *ultima ratio* de la prisión preventiva.

Como se recordará, la segunda pregunta de la consulta popular “¿Está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la privación de la libertad se apliquen bajo las condiciones y requisitos establecidos en la ley, ENMENDANDO LA CONSTITUCIÓN DE ACUERDO AL ANEXO 2?”, si bien se refirió de modo general al dictado de las medidas sustitutivas de la privación de libertad, configurando una norma programática a desarrollar por parte del legislador, también constituyó una sustancial y regresiva modificación en el tratamiento constitucional de la prisión preventiva.

La desfavorable “enmienda” (Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de Julio de 2011), concretada para restringir derechos en vez de ampliarlos, esto es, de modo contrario a lo previsto en los artículos 441, 442 y 11 numeral 8° de la Constitución de la República del Ecuador, expandió el poder punitivo en perjuicio del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal. La lectura de los numerales 1° y 11° del artículo 77, antes y después de la consulta, evidencia la afectación regresiva al mencionado derecho:

CONSTITUCIÓN 2008	CONSTITUCIÓN REFORMADA EN 2011
<p>Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:</p> <p>1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de juez/a o juez/a competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La juez/a o juez/a siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.</p> <p>11. La juez/a o juez/a aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.</p>	<p>Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:</p> <p>1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de juez/a o juez/a competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.</p> <p>11. La juez/a o juez/a aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.</p>

A causa de esta modificación constitucional, las sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad dejaron de ser la prioridad a considerar por los jueces penales, bien en lo correspondiente al régimen progresivo para condenados, como ante la necesidad del aseguramiento procesal de la comparecencia del imputado y el cumplimiento de la eventual pena; y, como se había anticipado en el anexo de la segunda pre-

gunta del referéndum, la prisión preventiva dejó de tratarse como la excepción pasando a considerarse como una medida que “no será la regla general”.

Un fraude de etiquetas, tan igual como el que se desprende de los considerandos segundo, décimo sexto y décimo séptimo de la exposición de motivos del COIP. *En primer término*, debido a que la supremacía de la Constitución y la rigidez constitucional fueron burladas por la formal y material convocatoria y realización del referéndum del 7 de mayo de 2011, en tanto el Poder Ejecutivo no se adecuó a las normas constitucionales, configurando una “mayoría” de votos a favor de la consulta, que de ningún modo está por encima del Poder Constituyente, menos aún para hacer retroceder el avance de la sociedad ecuatoriana en materia de derechos humanos; *en segundo término*, en tanto el resultado de la consulta no es representativo del pueblo ecuatoriano y porque la soberanía que reside en él mal pudiera invocarse para que incluso los votantes a favor de las preguntas del referéndum perdieran derechos de libertad; *en tercer término*, por cuanto el referéndum, siendo convocado por el Ejecutivo para reformar y crear normas penales, es una forma encubierta de desconocer la legalidad penal en orden a la exigencia de ley penal formal; y, *en cuarto término*, toda vez que al promulgarse el COIP, la adecuación exigida por el artículo 84 de la Constitución nunca ocurrió, al menos en relación a la vigente antes de la mencionada consulta popular.

La parte *in fine* de este artículo es demostrativa, por contra, de una inadecuación: “En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

Por razón de esta norma constitucional y entendiendo el Derecho como un Sistema de Garantías, en atención al cual los derechos fundamentales se hallan sustraídos a las decisiones políticas de cualquier mayoría -parlamentaria o refrendaria-, de modo que la vigencia del Derecho no determina su validez (Ferrajoli, 1999), la prisión preventiva ha de seguir considerándose como una medida excepcional y de *ultima ratio*.

En definitiva, la vigencia de la enmendada Constitución de 2011, en lo que a la prisión preventiva respecta, de ningún modo le otorga validez, pues como afirma Fernández (1999), la Constitución no es el último referente en materia de derechos humanos y, necesario es subrayar que la legalidad, inclusive la constitucional, no es el fundamento del poder, antes bien es su límite.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL COIP

La prisión preventiva regulada en el COIP a partir de los principios, derechos y garantías que establece, es concebida específicamente como una modalidad de las medidas cautelares en el Capítulo Segundo del Título V, Libro Segundo (Art. 522 numeral 6°), y desarrollada en el Parágrafo Tercero del mencionado Capítulo (Arts. 534 al 542), la cual debe ser interpretada dentro de las “reglas generales” de las Medidas Cautelares y de Protección fijadas en el Capítulo Primero del mismo Título (Arts. 519 al 521). Así las cosas, es oportuno valorar el fundamento de las medidas cautelares que se adoptan en el proceso penal.

Al respecto Armenta (2009) señala que se trata de: combatir el peligro en la demora para que transcurra el proceso, asegurando con ellas el normal desarrollo del mismo, además de la eficacia y ejecución de la resolución que se tome. Se refiere la autora a lo que se ha denominado en la doctrina como el *periculum in mora*, para describir el eventual daño que podría existir en cuanto a la imposibilidad de realizar el proceso, debido a la tardanza que constituye el desarrollo de las etapas que llevan a su conclusión. Por esta razón, se han ideado algunas medidas necesarias para contrarrestar dicho peligro, entre ellas la prisión preventiva.

Partiendo de esta idea, es necesario definir el *periculum in mora* en el proceso penal, el cual viene representado por el peligro de fuga, es decir, de evasión del imputado del proceso, que consecuentemente haría imposible la ejecución de la pena a imponer, y dada la larga duración de los procesos, es lo que obliga a asegurar la presencia del imputado en el juicio, pues, como refiere la doctrina predominante, la regla general es evitar el juicio en rebeldía (Mellado, 1986).

Es así, como a pesar de la exagerada intervención que representa la privación de libertad de una persona sobre la que no ha recaído condena mediante un juicio previo, por tanto, considerada inocente, se acepta el uso de la prisión con estrictos fines de aseguramiento procesal. Esta es la razón por la que el legislador la ha consagrado en el artículo 534 del COIP como medida cautelar cuyo propósito es “garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena”.

Aunado al peligro en la demora, el dictado de la prisión preventiva se vale de otro de los fundamentos característicos de las medidas cautelares representado por el *fumus boni iuris* o la presunción del buen derecho, que en el ámbito procesal penal se corresponde con la probabilidad de atribución de responsabilidad penal en la persona a quien se le restringe su libertad. En relación a este particular, Monagas (2007) aclara que “el juicio de probabilidad ha de estar fundado sobre racionales motivos, con entidad probatoria suficiente para fijar indicios respecto a esa participación” (p. 57).

De esta manera, en el indicado artículo 534 se han establecido unos requisitos concurrentes para el dictado de la prisión preventiva: 1) Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción, 2) Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.

En estos numerales, el legislador atiende al presupuesto del *fumus boni iuris*, siendo que el primero de tales requisitos se constituye en el presupuesto necesario e ineludible del segundo, de tal manera que a la acreditación de la comisión de un delito de acción pública, ha de sumarse la existencia de suficientes elementos de convicción -*indicios fundados y plurales*- que vinculen al procesado con el delito en un alto grado de probabilidad de desvirtuar la presunción de inocencia mediante la prueba lícita de su culpabilidad.

Estos requisitos sustanciales, son consecuencia de la exigencia fundada acerca de la existencia de un delito y la correspondiente intervención del imputado en su realización, sin lo cual la prisión carecería del piso de legitimidad de cara al requisito procesal a tenor

del cual descansa la necesidad del aseguramiento procesal a través de la excepcional coerción cautelar-personal y, con mayor razón, del uso de la prisión preventiva (Binder, 1999).

Así, a los anteriores se suma y requiere de un tercer requisito, consistente en la concurrencia de indicios en razón de los cuales se deduzca la insuficiencia de las demás medidas cautelares, no privativas de libertad, haciendo necesario “el dictado de la prisión preventiva para asegurar la presencia del procesado en el juicio o el cumplimiento de la pena”. Exigencia esta, que atiende al principio de necesidad, el cual, en palabras de Bernal (2005) se traduce en la inexistencia de “otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado” (p. 136). En este sentido, no obstante, la comentada enmienda constitucional, se dispuso en la norma la obligación al Estado de probar que las medidas alternativas a la prisión preventiva son insuficientes para neutralizar el peligro procesal, tornando necesaria su imposición.

Por tanto, los antedichos requisitos, se fundamentan en que el encarcelamiento preventivo, de extrema aplicación, como refiere Binder (1999) “sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena” (p. 199).

Vinculado al requisito de la existencia de un delito, en el cuarto numeral también se requiere: “Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año”, lo que se relaciona con el principio de proporcionalidad, cual es la valoración de la pena a imponerse a los efectos de considerar la procedencia de la prisión preventiva. En este caso el legislador estableció la posibilidad del dictado de la medida para todos los delitos cuya pena privativa de libertad sea superior a un año, lo cual es ratificado por lo dispuesto en el artículo 539 ordinal 3º del COIP sobre la improcedencia de la medida cuando: “Se trate de delitos sancionados con penas privativas de libertad que no excedan de un año”.

De otra parte, al tratarse de una excepción de estricta necesidad en cuanto al estado de libertad que asiste a toda persona, la prisión preventiva -al igual que las demás medidas cautelares y toda restricción a las libertades personales-, viene determinada por los principios de legalidad constitucional y penal, en cuanto garantías negativas de no intervención en la esfera individual como se explicó anteriormente. De suyo, por los de reserva constitucional, legal y judicial. A esta última se refiere el legislador en el artículo 534 *ejusdem*, al prever: “el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva”.

Como se observa, a quien corresponde ordenar la privación de libertad es al juez, así como su revocatoria, sustitución, suspensión o revisión. Sin embargo, las características propias del sistema acusatorio condicionan esta función del juzgador a la previa solicitud fiscal, siendo este último a quien corresponde demostrar la existencia del peligro procesal y mediante elementos de convicción suficientes probarlo en cuanto fundamento de su pretensión (artículos 444 núm. 11º; 520 núm.2º; 521; 534 y 542 del COIP), y para una

mayor garantía de los derechos del procesado conforme al artículo 540 *ejusdem*, se obliga al juez a decidir motivadamente en audiencia oral, pública y contradictoria.

Habiendo destacado los extremos legales que han de cumplirse para la procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva, así como los sujetos procesales facultados para solicitarla y decretarla, especial mención merece la regulación de la caducidad de la medida cautelar en estudio, para lo cual es menester acudir a lo previsto en el artículo 541 *ejusdem*.

La manera en que está redactada esta norma, en cuanto reglamenta la caducidad de la prisión preventiva, invita a estimar que la preocupación del legislador estuvo en evitar que caducara la medida de coerción, antes de estarlo en atención a la temporalidad de la prisión preventiva y el principio del plazo razonable concebido como garantía del procesado. Esta presunción se acrecienta si se tiene en cuenta que los jueces pueden ser suspendidos por la falta grave del numeral 7° del artículo 108 del Código Orgánico de la Función Judicial: “Dejar caducar la prisión preventiva”.

Tanto es así que el numeral 5° del señalado artículo 541, dispone que al cesar la prisión preventiva por vencimiento de los plazos de caducidad el juzgador ordenará la inmediata libertad del procesado y a su vez deberá informar al Consejo de la Judicatura. A esto se añade lo expresado en los numerales 6° y 7° del mencionado artículo 541 del COIP, sobre dilaciones indebidas causadas por el procesado o demás sujetos procesales y del sistema de justicia penal, lo que traería como consecuencia el mantenimiento de la prisión preventiva o la sanción que corresponde a cualesquiera de los funcionarios indicados en el citado numeral 7°.

Lo dicho pudiera encontrar explicación con la enmienda del numeral 1° del artículo 77 de la Constitución, en el entendido de haber agregado como finalidad de la prisión preventiva “el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones” y en la innecesaria reglamentación de la Carta Magna manifiesta en el numeral 9° de dicho artículo. También en el abuso judicial de la garantía de caducidad de la prisión preventiva, referido por Zambrano (2011), quien destacando lo innecesario de su constitucionalización, se pronuncia en el entendido de que tal garantía ha de utilizarse de modo racional “tomando en cuenta el derecho a la seguridad de todos los ciudadanos y el interés superior de las víctimas” (p. 88).

En este orden de ideas, aunque el numeral 1° hace referencia al cese de la prisión preventiva en razón de los plazos de caducidad, resulta, cuando menos extraño, justificar constitucionalmente el dictado de la prisión preventiva para garantizarle a la víctima un proceso sin dilaciones indebidas. Quien ha de garantizar el legítimo derecho de la víctima de contar una tutela judicial efectiva y ser oída en un plazo razonable no es el imputado, debiendo advertir que conforme al principio de mínima intervención -previsto en el artículo 3 del COIP- el Estado se halla impedido de establecer excepciones o restricciones a los derechos por situaciones que se generen con motivo de sus deficiencias (Binder, 2004).

Con todo, preciso es acotar que si bien es cierto no hay justicia si la misma es demorada más allá de lo tolerable, tampoco si se persigue de modo instantáneo o exprés. Valga, a manera de reflexión, lo afirmado por Fernández-Viagas (1994), quien, al ocuparse del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, advierte:

La consolidación histórica del proceso implicó la aceptación del transcurso del tiempo como medio para la resolución de los conflictos. La superación de la venganza privada y los mecanismos de compensación, así como la sumisión de la ciudadanía al monopolio de la fuerza estatal encontraba en la garantía procesal un adecuado instrumento de realización de la justicia, mediante la serenidad que proporciona el estudio minucioso, en ocasiones por tanto lento, de los asuntos. El Derecho Procesal supone una construcción de la razón dirigida a eliminar las irreflexivas reacciones de la pasión (p. 33).

Parafraseando a Díez-Picazo, (como se citó en Fernández-Viagas, 1994), la rapidez no puede sustituir a la justicia, mucho menos, cabe añadir, a través del encarcelamiento preventivo.

Recapitulando en la descripción normativa, la caducidad de la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años, y de un año, en los delitos con pena privativa de libertad mayor a cinco años, en un todo de acuerdo con los numerales 1° y 2° del artículo 541 del COIP. Dispositivos estos que han de conjugarse con el numeral cuarto en el marco de la distinción contenida en la Constitución entre delitos de reclusión (penas mayores de 5 años) y de prisión (los restantes), la cual es importante en cuanto a los plazos de caducidad contenidos de igual manera en el numeral 9° de su artículo 77.

Dicha estipulación debe responder como lo afirma la doctrina al plazo razonable consustanciado con el principio de temporalidad de la medida privativa de libertad, definido por Arteaga (2007) como aquel que implica que la medida esté sometida a un plazo, el cual una vez culminado le hace cesar, con independencia de las incidencias del proceso. Así como también, se vincula con el principio de proporcionalidad el cual se quebranta con una duración más allá de lo razonable (Llobet, 1997), y finalmente con la excepcionalidad de la prisión preventiva (Sergi, 2001).

Como se ha referido, el legislador ecuatoriano trata de evitar el fraude en la caducidad de la prisión preventiva por parte del imputado, sancionando tal comportamiento con la suspensión del plazo de caducidad y el mantenimiento de la medida; al igual que reglamenta el comportamiento del defensor y demás sujetos que intervienen en el sistema de justicia penal.

Por último, es importante resaltar que aun cuando se produzca la caducidad de la medida de privación de libertad, el juzgador podrá imponer otras medidas sustitutivas,

tales como: presentación periódica ante la o el juzgador, prohibición de ausentarse del país, y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

Resulta oportuno ahora, considerar las causas que extinguen la prisión preventiva, las cuales han sido enumeradas en el artículo 535 del COIP como supuestos para la revocatoria. La primera de ellas se refiere a la desaparición de las causas que la justificaron, es decir: “Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron”, una causal inspirada en el principio de provisionalidad que contempla el mantenimiento de la medida sólo cuando subsiste el peligro procesal, por lo que al cesar las circunstancias que le dieron lugar, también ha de decaer la privación de libertad (*rebus sic stantibus*).

La segunda de las causales de revocatoria, en correspondencia con el numeral 10° del artículo 77 de la Constitución, se relaciona con el sobreseimiento como acto que concluye el proceso y la sentencia absolutoria que ratifica el estado de inocencia de la persona sometida a juicio. En ambos casos se ha cumplido con el fin procesal de la prisión preventiva el cual es asegurar la presencia de la persona en el proceso, de manera que el mantenimiento de la medida sería innecesario y desvirtuaría su finalidad procesal.

La tercera causa se vincula con la caducidad, atendiendo a la consecuencia del incumplimiento de la obligación del Estado de realizar el juicio en un plazo razonable, caso en el cual no se podrá ordenar nuevamente la medida privativa de libertad, aunque si otras restricciones de la libertad (medidas cautelares), como se explicó anteriormente. Esta causal de revocatoria de la prisión preventiva, consecuencia de los principios de temporalidad y excepcionalidad, versa, como señala Bovino (2005), al comentar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el emblemático caso “Suárez Rosero”, sobre el agotamiento de la facultad estatal de encarcelar preventivamente y mantener privado de libertad a quien se reputa inocente.

Por último, como supuesto de revocatoria de prisión preventiva se ha previsto la declaratoria de una nulidad que la afecte, lo que en palabras de Llobet (2006) “hace mención a la sanción al acto procesal, es decir a la consecuencia de la ineficacia del acto” (p. 276). Se añade, un acto procesal sin el cual la restricción privativa de la libertad no sería posible o la haría ilegítima, verbigracia, los referidos a los elementos de convicción de presunta intervención del procesado en el delito.

De otra parte, existen situaciones en las que cesa la prisión preventiva pero no por su revocatoria sino debido a su sustitución por otras medidas cautelares de menor gravedad, lo que quiere decir que el peligro procesal no ha cesado pero que se puede afrontar con una medida menos afectante del derecho de libertad. Así lo ha dispuesto el artículo 536 *ejusdem*. Sin embargo, esta posibilidad no se aplica a personas procesadas por delitos con penas de reclusión, salvo los supuestos del artículo 537 *ejusdem*, que obedecen a razones humanitarias. Sumado a lo anterior, el único aparte del artículo 536 contempla el eventual restablecimiento de la privación de libertad ante el incumplimiento de la medida sustitutiva.

Cabe concluir este apartado, haciendo mención a la suspensión de los efectos de la prisión preventiva por virtud de la caución otorgada por la persona sometida a proceso, consistente en la entrega de dinero, póliza, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por institución financiera, para asegurar la presencia del imputado (artículos 538 y 543 del COIP).

Siendo de interés dar cuenta de la inadmisibilidad de esta figura cuando se trate de delitos: en los que las víctimas son niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad o adultas o adultos mayores; con pena de reclusión; o de violencia contra la mujer o contra miembros del núcleo familiar. En este particular, se trata de una especie de delitos “inexcarcelables” como lo ha dispuesto el legislador en el artículo 544 *ejusdem* y, de cierto modo, un tratamiento de la caución al margen de lo cautelar-procesal, cercano a las premisas de un Derecho penal de autor.

En este orden, oportuno es recalcar que, a pesar de no figurar en el listado de las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, la caución cumple una función cautelar en cuanto garantiza la presencia del procesado en sustitución de la privación de libertad por una garantía de carácter patrimonial, la cual debe ser representativa para contrarrestar el peligro procesal.

En síntesis, la anterior descripción de lo concretado por el legislador ecuatoriano en el COIP, pone de relieve el preeminente carácter cautelar de la medida de prisión preventiva, es decir, su fundamento en la necesidad de conjurar un peligro procesal, el cual es preciso determinar acudiendo a la valoración de las finalidades de tal medida cautelar.

EL PELIGRO PROCESAL DE FUGA COMO FUNDAMENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Como se ha puesto de manifiesto, la prisión preventiva en el COIP trata sobre una medida cautelar, por lo que allende la obviedad de su ubicación en el Título V del Libro Segundo del COIP (*Medidas cautelares y de protección*), preciso es resaltar que se está ante una figura orientada al aseguramiento procesal, la cual, a pesar de la similitud con la pena privativa de libertad, ni obedece a fines de Derecho penal material, preventivos generales o especiales, ni se ha consagrado con base a tales finalidades en la normativa constitucional y legal ecuatoriana. Al menos en los principios y las normas rectoras, muy a pesar de los designios punitivos que animaron la consulta de mayo de 2011, en cuanto a la medida de coerción objeto de estudio.

Su naturaleza jurídica es cautelar-procesal, en tanto medida de coerción personal de estricta y excepcional necesidad para hacer frente a lo que la doctrina denomina como peligrosidad procesal: de fuga, de obstaculización a la verdad y, en algunos ordenamientos, de reiteración delictiva (Llobet, 1997).

El *nomen iuris* del indicado Título V y los Capítulos que lo integran, al igual que la ubicación sistemática de la prisión preventiva, destacan su naturaleza en orden al aseguramiento procesal, la cual, como todas las cautelares, requiere la acreditación del

peligro procesal que fundamenta la estricta necesidad de intervenir excepcionalmente en la esfera de libertad de la persona a quien se le priva judicialmente.

En este sentido, tal figura procesal, afectante de la libertad personal del sujeto de imputación se ha normado como medida cautelar conjuntamente con las medidas de protección en el artículo 519, el cual dispone:

Artículo 519.- Finalidad. *La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:*

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

A este respecto, no obstante, la amplitud de esta norma en cuanto trata de manera conjunta las finalidades de las medidas cautelares con las de protección, el artículo 534 *ejusdem* es indicativo del peligro procesal a neutralizar con la prisión preventiva. A saber: el de fuga. Ello se desprende de la redacción de su encabezamiento en cuanto se procura “garantizar la comparecencia de la persona procesada en el proceso y el cumplimiento de la pena”.

Una finalidad, acorde con la establecida en la primera versión del numeral 1° del artículo 77 desarrollada en la Constitución de 2008: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena”, dirigida a evitar la demora en la realización o continuación del proceso y el cumplimiento de la pena que pudiera imponerse, debido a la incomparecencia del procesado.

De este modo, la nombrada finalidad del artículo 534 del COIP, además de contrastar con la modificación realizada a través de la consulta de 2011, en el sentido de haberse incluido un motivo más para decretar la prisión preventiva “el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones”, acaba convirtiéndose, paradójicamente, en una norma más garantista del derecho de libertad, aunque de inferior jerarquía que la constitucional. Es decir, una norma menos afectante del derecho de libertad en comparación con la disposición constitucional.

No sólo en cuanto a este particular, sino con relación a la regresiva sustitución de la expresión normativo-constitucional “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente” por la de “La privación de la libertad no será la regla general”.

En concreto, el aseguramiento de la comparecencia del imputado a los actos del proceso y el cumplimiento de la pena, se corresponde con la inviabilidad del juicio en rebeldía o en ausencia, en este último supuesto, salvo las excepciones contempladas en el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, por virtud de la imprescriptibilidad

de la acción penal y las penas para los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Con lo cual, de las finalidades descritas en los numerales del artículo 519 del COIP, la del numeral 2° es la que se ajusta a la conjura del peligro procesal de fuga que justificaría la prisión preventiva e, incluso, las medidas cautelares descritas en los numerales 1° al 4° del artículo 522 *ejusdem* (prohibición de ausentarse del país, presentación periódica, arresto domiciliario y dispositivo de vigilancia electrónica).

Por tal motivo, las finalidades contenidas en los numerales 1°, 3° y 4° del artículo 519, se habrían establecido con relación a las medidas de protección. De manera que la necesidad de evitar la destrucción u obstaculización de la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción, es decir, la de neutralizar el llamado peligro procesal de obstaculización de la verdad, en modo alguno podría justificar el dictado de la prisión preventiva, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos procesales, por ejemplo, en Venezuela (Artículos 236, ord. 3° y 238 del Código Orgánico Procesal Penal) o el de Costa Rica (Artículos 238, 239 literal b) y 241 del Código Procesal Penal) Colombia (Artículos 296 y 309 del Código de Procedimiento Penal). Para enfrentar dicho peligro estarían las medidas de protección tipificadas en los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 558 del COIP.

De este modo, la prisión preventiva hallaría justificación en la estricta necesidad de neutralizar el peligro procesal de fuga en un todo de conformidad con lo descrito en el numeral 2° del mencionado artículo 519 *ejusdem*, siendo oportuno indicar que la reparación integral apenas pudiera considerarse si se la tiene como parte del aseguramiento del cumplimiento de la eventual pena que pudiera a llegar a imponerse. Ello, no obstante las reservas de justificar el dictado de la prisión preventiva con base en la reparación integral de los daños del delito, bien por la estricta y taxativa redacción del numeral 1° del artículo 77 de la Carta Magna, ora por la anticipación del juicio de culpabilidad que va más allá de los suficientes elementos de convicción acerca de la existencia de un delito de acción pública y la intervención del imputado en el mismo, en un todo de acuerdo a lo exigido en el artículo 534 del COIP.

En suma, la prisión preventiva además de haberse regulado como una medida cautelar, aplicable a los delitos de acción pública con pena privativa de libertad superior a un año -no así a las contravenciones-, tiene por finalidad la estricta necesidad de neutralizar el peligro de fuga, siempre que ello no pueda lograrse con otra medida cautelar como lo prevén los artículos 522 y 534 en su numeral 3° *ejusdem*, constituyendo por tanto una restricción de la libertad personal excepcional y de *ultima ratio*, muy al contrario de los designios de la consulta popular de mayo de 2011 y las modificaciones concretadas en los numerales 1° y 11° del artículo 77 de la Constitución.

Las regulaciones contenidas en los artículos 522 y 534, numeral 3°, bien cuando la primera de las previsiones legales -existiendo peligro procesal de fuga-, obliga a los jueces a dictar una o varias de las medidas cautelares de forma prioritaria a la privación de libertad, en el sentido normativo de dicha norma, a la prisión preventiva; así como cuando

en la segunda de estas normas se exigen indicios en cuanto a la falta de idoneidad de las demás medidas cautelares para conjurar el peligro procesal de fuga, tornando necesaria y de extrema o *ultima ratio* el dictado de la prisión preventiva.

Una vez más las disposiciones legales del COIP, dejan en evidencia la involución garantista de la enmienda constitucional de mayo de 2011, con relación al numeral 11° del señalado artículo 77, al pasar de una norma de aplicación directa en orden al contenido esencial del derecho de libertad personal “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad”, a una programática para dejar en manos del legislador y los jueces la aplicación de medidas cautelares alternativas, suprimiendo el carácter prioritario del dictado de las mismas, por consiguiente, ampliando las posibilidades para decretar la prisión preventiva.

Con todo, aun a pesar de las simpatías del legislador penal con la señalada consulta popular, las mencionadas normas del COIP, armonizan con el principio de mínima intervención establecido en el artículo 3 *ejusdem*, aplicable a toda intervención punitiva en los derechos de libertad, sobre todo cuando se trata de afectaciones tan gravosas como la pena o la privación de libertad durante el proceso. De allí la primera finalidad del COIP: “normar el poder punitivo del Estado”, la cual, parafraseando a Binder (2004) tiene como punto de partida la constatación de la violencia que supone el ejercicio del *ius puniendi* y da contenido al principio de mínima intervención o *ultima ratio*, surgido de las características de todo Estado de derechos en tanto “constituye un programa no violento de organización de la sociedad” (p. 39).

Por consiguiente, la hermenéutica a concretar en estos desencuentros entre la norma constitucional y las de inferior jerarquía comporta una lectura garantista del numeral 1° del artículo 13 del COIP, teniendo en cuenta lo dicho por Fernández (2011) en cuanto al principio de mínima intervención, en tanto que si bien ninguna norma indica qué tan mínimo ha de ser cada derecho penal, a fin de cuentas se está ante límites que lo informan en cuanto subsidiario y fragmentario, entre los cuales destacan los de necesidad, proporcionalidad o prohibición de exceso.

Así mismo, dado que los principios y las normas del COIP, vigentes con posterioridad a la consulta popular de mayo de 2011, se refieren de manera expresa al carácter prioritario de las medidas cautelares no privativas de libertad y, por ende, al carácter excepcional y de *ultima ratio* de la prisión preventiva, entonces corresponde interpretarlos y aplicarlos armonizando lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 77 de la Constitución “Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”, no obstante su carácter programático.

Prosiguiendo, la prisión preventiva, habiéndose tipificado como una medida cautelar extrema, excepcional y de *ultima ratio* -por el principio de mínima intervención y lo prioritario del dictado de otras medidas cautelares-, sólo se justifica una vez acreditado el peligro procesal de fuga, atendiendo a la finalidad constitucional y legal para la cual fue concebida. Bien por virtud de las normas citadas, como por lo señalado en el numeral 3°

del artículo 534 del COIP en atención a su conexión con las demás medidas cautelares y los fines de estas, las cuales, salvo la de detención consagrada en atención a necesidades de investigación, también se han regulado para evitar la fuga del procesado.

Por lo demás, en lo concerniente a la fuga del justiciable como único peligro procesal a impedir con la prisión preventiva, conviene subrayar el respaldo que esta idea encuentra en los requisitos necesarios para solicitarla y decretarla.

Con relación al numeral 1º, en cuanto a la suficiencia de elementos de convicción sobre la existencia de un delito de acción pública -con pena privativa de libertad superior a un año-, la consideración de la peligrosidad procesal como fundamento justificante de la restricción de la libertad que supone la medida cautelar de prisión preventiva, se asocia al comienzo y tramitación de un proceso penal, esto es, de una causa, lo cual supone la presunta comisión de un delito de acción pública cuya acción penal no haya prescrito en tanto la prescripción extingue su ejercicio (Art. 416, núm. 5º).

De esta manera, no sólo se cumpliría con las garantías del principio de legalidad penal, según las cuales ninguna persona puede ser intervenida en su ámbito de libertad si no ha realizado un ilícito penal que determine el inicio de un proceso penal (Art. 5, núm. 1º) y legitime la autorización judicial de la restricción de alguna de sus libertades, sino que tampoco podría hablarse de peligro procesal -de fuga- sin proceso penal.

Aún más, sin ejercicio de la acción penal pública por parte de su titular -para lo cual se exigen suficientes indicios de la existencia de una infracción- y de la responsabilidad de la persona procesada (Art. 411), no habría legitimidad para decretar judicialmente la prisión preventiva, por causa de la legalidad. Tampoco necesidad de ello, por razón de la inexistencia de un proceso penal, sin el cual ni siquiera cabe pensar en una persona procesada, menos aún en medidas cautelares para garantizar su sujeción al proceso.

En lo requerido en el numeral 2º, relativo a los elementos de convicción claros y precisos, vale decir, circunstanciados sobre la ocurrencia de un delito y la correspondiente autoría o participación del procesado, el peligro procesal de fuga se explicaría por razón de la garantía del cumplimiento de la pena a imponer en la eventual sentencia condenatoria.

Razón por la cual el dictado de la prisión preventiva exige más que la existencia de un delito cuya acción penal no se halle prescrita. Demanda el *plus* consistente en el denominado pronóstico de condena en torno a la autoría o participación de la persona del procesado en la infracción delictiva. Sin probabilidades fundadas de tal prognosis, el peligro procesal del incumplimiento de la pena desaparece.

Atendiendo a la legalidad procesal, la inexistencia de elementos de convicción suficientes sobre la intervención del procesado en la infracción objeto del proceso penal haría inviable el dictado de la prisión preventiva por falta de uno de los requisitos que ha de concurrir con los demás. En consecuencia, no podría dictarse al concretarse un supuesto de atipicidad procesal. Pero aunado a ello, la prisión preventiva se tornaría innecesaria ante un procesado que no está vinculado con el delito imputado, quien, sin elementos de convicción y sin pruebas, difícilmente sería acusado o, a pesar de ello, condenado. Antes

bien, habría de ser sobreseído a tenor de lo señalado en el ordinal segundo del artículo 605 *ejusdem*.

Si esto es así: ¿Podría fundamentarse el peligro de fuga en cuanto al aseguramiento del cumplimiento de la pena al no contar con fundados indicios para demostrar la culpabilidad?

Finalmente, en lo que respecta a la exigencia del numeral 3º, referido a la extrema necesidad de decretar la prisión preventiva cuando las demás medidas no privativas de libertad sean insuficientes y, por ende, inidóneas para garantizar la sujeción y presencia del procesado a los actos del proceso, al igual que el cumplimiento de la pena, la vinculación de esta medida de coerción personal con la peligrosidad procesal de fuga resulta evidente.

La redacción de la norma, la disposición de los numerales en orden a los requerimientos legales para solicitar y decretar la prisión preventiva, al igual de los fines de las demás medidas cautelares, ponen de relieve lo gravoso de dicha figura afectante de la libertad personal al colocarla como el último recurso de aseguramiento procesal. Destacan pues la dimensión del riesgo a conjurar, de la misma manera que identifica de cuál peligrosidad procesal se trata.

Imponer cualquiera de las medidas cautelares a la persona del procesado, es decir, prohibirle ausentarse del país, obligarle a presentarse periódicamente ante el Tribunal u otra autoridad, arrestarle en su domicilio o colocarle un dispositivo de vigilancia electrónica, como única medida o en cuanto refuerzo de cualquiera de las otras, es indicativo de los grados de peligro procesal a conjurar. Por tanto, a mayor peligro procesal la restricción de la libertad se torna más gravosa.

De manera similar, la afinidad de dichas medidas cautelares con la prisión preventiva, a la par de explicarse por la entidad del peligro procesal, se concreta en compartir la misma finalidad de garantizar la presencia del procesado y el cumplimiento de la pena a imponer. Es decir, evitar el mismo riesgo.

Es así, como el aseguramiento de la comparecencia o presencia del procesado en los actos del proceso y el cumplimiento de la pena, inclusive, la discutible garantía a la víctima de un proceso sin dilaciones, pueden lograrse con la disposición del arresto domiciliario, la presentación periódica ante el Tribunal, la prohibición de salir del país y la colocación, separada o conjunta, de un dispositivo de vigilancia electrónica. Una similar salvaguarda procesal le ha sido asignada a la caución, la cual, como medida que suspende los efectos de la prisión preventiva, tiene por objeto garantizar la presencia del procesado (Art. 543).

La señalada afinidad de tales medidas cautelares y la caución con la prisión preventiva en cuanto al peligro de fuga, puede colegirse del numeral noveno del artículo 541 *ejusdem*, específicamente para sujetar a la persona del procesado a los actos del proceso:

La o el juzgador en el mismo acto que declare la caducidad de la prisión preventiva, de considerarlo necesario para garantizar la inmediación de la persona procesada con el

proceso, podrá disponer la medida cautelar de presentarse periódicamente ante la o el juzgador o la prohibición de ausentarse del país o ambas medidas. Además, podrá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

En un ejercicio de derecho comparado, es de interés lo señalado por Llobet (1997), quien, al distinguir entre los peligros a cubrir por las diversas medidas cautelares sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva en el contexto de la normativa costarricense, expresa:

Con respecto a la disminución del peligro de fuga, por ejemplo, tiene relevancia especial a) el arresto domiciliario o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga; b) la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que designe; c) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización; y d) la prestación de una caución adecuada (p. 304).

Cierto es que el autor costarricense también se refiere a los peligros de obstaculización y de reiteración delictiva, debiendo acotar que para conjurarlos pueden dictarse medidas cautelares, entre otras, como la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la del arresto domiciliario, entre otras. A tal efecto, podría recurrirse de igual manera a la colocación de un dispositivo de vigilancia electrónica.

Sin embargo, los fines constitucionales y legales de la prisión preventiva, así como los de las demás medidas cautelares, establecidos en la normativa ecuatoriana en orden a la comparecencia y presencia del sujeto de imputación en el proceso y el cumplimiento de la eventual pena que pudiera imponérsele, descartan cualquier otro peligro procesal que no sea el de fuga.

Para concluir, la taxativa redacción del numeral 1° del artículo 77 de la Constitución del Ecuador explica la regulación de la prisión preventiva y las demás medidas cautelares con arreglo al peligro procesal de fuga, así como el intento del legislador en armonizar -o introducir- el peligro de obstaculización con el de fuga al normar las medidas de protección de manera conjunta con las medidas cautelares, refiriéndose a otras finalidades distintas de las indicadas en la citada previsión constitucional. Empero, es el de fuga, el peligro procesal a conjurar con la prisión preventiva y las demás medidas cautelares.

En síntesis, la prisión preventiva en el COIP es una medida de coerción personal, cautelar procesal, al igual que las demás medidas cautelares, la cual: *en primer lugar*, comporta una excepción al derecho de libertad; *en segundo lugar*, constituye, a la par de la pena privativa de libertad, la restricción más gravosa y lesiva del derecho de libertad; *en tercer lugar*, encarna la excepcional y gravosa restricción de la libertad personal, aplicable en supuestos de delitos de acción pública con pena privativa de libertad superior a un año; *en cuarto lugar*, sólo se justifica en cuanto a la estricta necesidad de aseguramiento procesal; *en quinto lugar*, se dirige a neutralizar el peligro procesal de fuga, expresado en la finalidad de garantizar la presencia y sujeción del procesado al proceso penal, así como

al cumplimiento de la eventual pena que pudiera llegar a imponerse, comprensiva de la reparación integral; *en sexto lugar*, sólo puede decretarse *-acreditado el peligro procesal que la justifica-*, cuando no exista otra medida cautelar que sea idónea para conjurar dicho peligro, lo que da contenido a su carácter de *ultima ratio*.

En séptimo lugar, es de interpretación y aplicación: a) Restrictiva: en tanto medida afectante de derechos, que además de hallarse determinada por los sub-principios de *lex stricta* y *lex certa* en cuanto integrantes del principio de legalidad penal, se halla limitada por el principio de mínima intervención, y b) Conforme a la Constitución: en cuanto sea favorable al principio *pro libertatis* o al estado de libertad.

En todo caso, al tratarse de una excepción con respecto al estado de libertad que asiste a toda persona, la prisión preventiva -al igual que las demás medidas cautelares y toda restricción a las libertades personales-, viene determinada por los principios de legalidad constitucional y penal, en cuanto garantías negativas de no intervención en la esfera individual, es decir, de estricta legalidad en clave garantista y democrático-constitucional (Ferraoli, 2000).

LA PRISIÓN PREVENTIVA ENTRE LAS GARANTÍAS Y LA EFICIENCIA: ¿EXCEPCIÓN O REGLA?

Asiste la razón a Binder (1997), al describir la política criminal como un sector de la realidad antes que una ciencia, delimitada por: “el conflicto, el poder, la violencia y el Estado” (p. 29). Tal realidad, social y política, es la que ha fijado el devenir de la prisión preventiva en el COIP y, por ende, en el proceso penal ecuatoriano, con posterioridad a la “enmienda” de la Constitución de Montecristi.

El garantismo de esta Carta Magna en cuanto al derecho a la libertad personal, daba a la prisión preventiva el estatus que la define conforme a los valores y principios de un Estado de Derechos: el de una estricta y extrema excepción. No obstante, el populismo punitivo de la democracia plebiscitaria concretado en la consulta popular de mayo de 2011, afectante de la independencia judicial y la garantía de los derechos (Pazmiño, 2017), ensanchó los alcances de la prisión preventiva a costa del derecho y, paradójicamente, en el desarrollo de una garantía: la del artículo 77, contraviniendo el principio a tenor del cual de una garantía sólo pueden extraerse límites al poder penal, nunca justificaciones o legitimaciones (Rusconi, 2008).

En este horizonte punitivo, la promesa constitucional resultante de la primera pregunta de la consulta: “La privación de la libertad no será la regla general”, anticipaba lo que habría de ocurrir con la prisión preventiva en el COIP, bien por lo auspiciado con la consulta, ora por lo conocido o temido, al haberse iniciado un camino regresivo en sustituir el límite de la excepcionalidad de la privación de libertad. De allí el señalamiento que, en Ecuador, a pesar de existir más normas restrictivas de la prisión preventiva que en Alemania, se encarcela más que en este país (Krauth, 2018). La praxis judicial puesta de relieve por el autor alemán, resalta el abuso de tal medida de coerción personal en el proceso penal ecuatoriano.

Esto no es consecuencia absoluta de la aplicación del COIP, habida cuenta de la cantidad de normas que la restringen -no obstante, las que favorecen su dictado. Verbigracia, la del numeral cuarto del artículo 534 *eiusdem*, al declararla procedente en delitos con pena privativa de libertad mayor a un año. Vale decir, la mayoría de los tipos y subtipos penales tipificados, en algunos casos con penas innecesarias y en otros desproporcionadas, lo que ha motivado la propuesta de una Ley Reformativa del COIP por parte del Defensor Público Nacional (Pazmiño, 2017).

El que la prisión preventiva se haya convertido en la regla -confirmando lo premonitorio de la mentada promesa constitucional-, seguramente también es el resultado de una interpretación aislada del numeral 1° del artículo 77 de la Constitución. En palabras de Rusconi (2008), de una hermenéutica infiel al sistema de garantías, que, en lugar de ajustarse a sus valores y principios, traducidos en normas más garantistas del derecho de libertad y restrictivas de la gravosa medida de coerción, de modo similar al COIP, se aviene con los ideales de un Poder Político que concibe, erróneamente, al Poder Judicial y a la ciencia del Derecho penal como partes integrantes del Poder Punitivo del Estado (Zaffaroni, 2007).

Pero lo más probable, es que ello se deba a lo que subyace en el *balance* entre garantías y eficiencia de la justicia penal planteado por el legislador ecuatoriano, determinado, no sólo por la tensión que caracteriza al Derecho penal -la de prevenir el delito y la de proteger a las personas ante la concreción de dicha tarea preventiva-, sino por el clima social y político en torno al cual se concretó la aludida consulta popular de 2011. Un ambiente que puede inferirse de lo señalado por Zambrano (2011):

Lamentablemente el mal uso de las propuestas de *derecho penal mínimo* y su predicado de *última* o de *extrema ratio* a pretexto del *carácter restrictivo* de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva; ¡y, la utilización prioritariamente de los sustitutos de la prisión preventiva en los casos de delitos graves, que debieran ser no excarcelables, ha degenerado en un uso perverso, irracional y abusivo del derecho, a pretexto de la defensa del derecho a la libertad! (p. 81).

En este estado de cosas, la inclusión de las víctimas como sujetos procesales sometidos al poder penal del Estado, da cuenta de las exigencias político-criminales en torno a la “parcial” eficiencia del sistema de justicia penal en el “combate de la impunidad” sugerida al momento de sancionarse el COIP. Quizá por ello la prisión preventiva acabó siendo la regla desde una perspectiva en la cual la privación de libertad, como afirma Jakobs (2005), mantiene unos mínimos de seguridad en relación a quienes, al estar en la cárcel, no podrán delinquir. De esta manera, se fue abonando para que en la praxis acabara concretándose con una finalidad similar a la atribuida a la pena en el denominado Derecho penal del enemigo, a saber, que los condenados cumplan el mayor tiempo de la pena privados de libertad. Esto es, como una medida de custodia de seguridad.

Muestra de ello es la regulación en el COIP del sistema progresivo y los regímenes de rehabilitación social: cerrado, semiabierto y abierto (Arts. 695 al 699), siendo que para los regímenes de pre-libertad se exige el cumplimiento de por lo menos el sesenta u ochenta por ciento de la pena impuesta. Aún más, de su cumplimiento efectivo, por virtud de la norma relacionada con el cómputo de la pena: “Para tal cómputo se tomará en cuenta el tiempo que la persona sentenciada está efectivamente privada de su libertad” (Art. 667).

Por tal razón, en la preeminencia de la prisión preventiva con respecto a las demás medidas cautelares, aun a pesar de lo previsto en los artículos 522 y 534 del Código, se la asume como pena anticipada en cuanto reflejo de su cumplimiento *intramuros*.

Llegados a este punto, conviene llamar la atención en torno al sitio que corresponde a la prisión preventiva, sin dejar de considerar el ideal de su abolición o supresión, por ejemplo, a través del juicio en rebeldía (Rusconi, 2005). De suyo entonces, atendiendo a la necesidad de procurar un equilibrio entre garantías y prevención, antes que eficiencia del sistema de justicia penal en combatir la impunidad o la criminalidad, valdría la pena tener presente que la eficacia preventiva de toda política criminal pasa por detenerse en reflexionarla como política que se sirve de instrumentos de enorme riesgo para las libertades ciudadanas (Binder, 2012), como lo son la pena y el encarcelamiento preventivo.

Debido a lo anterior resulta necesario destacar la excepcionalidad de toda intervención y restricción de los derechos de libertad, en particular, de la libertad personal, pues como enseña el autor argentino la eficacia de una política criminal no está en aumentar la violencia punitiva, digamos, mediante el uso predominante de la prisión preventiva y de la pena, sino en lo contrario. En virtud de esto, es por lo cual el constituyente de 2008, de modo decidido, y el legislador, a pesar del punitivismo, concibieron la prisión preventiva como medida de coerción personal con fines de aseguramiento procesal, de modo excepcional, subsidiario y de *ultima ratio* con respecto a las demás medidas cautelares, tanto por las normas expresas que así la regulan, como por los principios que la delimitan, entre ellos, el de mínima intervención.

De consiguiente, aun cuando se ha intentado desnaturalizarla para utilizarla como la regla en atención a las necesidades punitivas de la custodia de seguridad por parte del Poder Político [el cual, lamentablemente sigue sin comprender la relevancia de los derechos fundamentales y la independencia judicial en la materialización de la democracia], la prisión preventiva versa normativamente sobre una excepción y, en cuanto tal, en palabras de Greco (2007) constituye “la expresión de una regla que le sirve de base, que regula, justamente, cómo debe decidirse en el caso de situaciones excepcionales” (p. 10). Y esa regla, consustanciada con las referidas en el trabajo de Greco -las de la dignidad humana y el Estado de Derecho-, es la del derecho a la libertad personal.

En armonía con la precedente apreciación, es oportuno señalar que la prisión preventiva, normativa y dogmáticamente, es la excepción, aunque algunas normas sean contrarias a los principios que la determinan conceptualmente y muy a pesar de la praxis judicial de algunos tribunales penales en los cuales constituye la regla, bien por ponerla

al servicio de la eficiente lucha contra la impunidad, la protección de las víctimas y la sociedad, como por evitar incurrir en el indeterminado ilícito administrativo de error inexcusable. No es la excepción lo que condiciona la regla, es esta la que define la esencia y naturaleza de aquella. Es la libertad personal la que prima a su restricción mediante alguna medida cautelar, como la prisión preventiva, en cuanto excepción.

Más aún, ninguno de los derechos de libertad contenidos en la Constitución de la República del Ecuador, entre ellos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad ambulatoria, constituyen la excepción. Por el contrario, encarnan el fundamento del contrato social que implica toda Carta Política.

Cuando el Legislativo y el Ejecutivo conminan a los jueces penales al eficiente combate de la criminalidad, el justiciable y el ciudadano se quedan sin tribunales imparciales y sin Poder Judicial, del mismo modo que carece de Constitución la sociedad en la que no se halle establecida –y se materialicen– la garantía de los derechos y la separación de los poderes.

CONCLUSIONES

El desarrollo de esta pequeña contribución, desde la descripción de la prisión preventiva hasta las sucesivas acotaciones axiológicas sobre el deber ser de su interpretación y aplicación, a la par de haber adelantado este apartado final como cierre argumentativo de lo esbozado en la introducción, constituye apenas una mirada sobre la realidad latinoamericana en cuanto al encarcelamiento de procesados con fines de pena anticipada, no obstante la reforma procesal penal emprendida en la región y las declaraciones de principios que engalanan las normativas procesales y ennoblecen las Constituciones. Las contrarreformas de los códigos procesales, el recurso a las leyes habilitantes y las involuciones de la democracia plebiscitaria a través de *referéndums*, invitan a dar cuenta que las reformas procesales en la configuración de un proceso penal propio de un *Estado de Libertades*, aunque necesarias, no son –ni han sido– suficientes.

Así las cosas, ha de insistirse en la civilidad y humanidad de la obra de Beccaria, en su advertencia sobre la pequeña porción de la libertad que los hombres cedieron para abandonar la inseguridad del Estado de Naturaleza, así como en denuncia de la tiranía de la pena innecesaria y, cuanto más, del uso de la prisión preventiva con fines de pena. También han de tenerse presente las sabias palabras de Montesquieu (1748) acerca de la libertad ciudadana:

Los conocimientos que se han de adquirir en diferentes países y los que se vayan adquiriendo en otros, acerca de las reglas que deben observarse en las causas criminales, interesan al género humano más que cuanto haya en el mundo. No más que en la práctica de tales conocimientos se funda la libertad (p. 124).

El aparente dilema entre seguridad y libertad, ha de resolverse del modo más decidido hacia la libertad. Sin esta, la seguridad no tiene sentido ni valor alguno.

Finalmente, la mayor seguridad que ha de atesorar el ciudadano y la sociedad, no es la de la necesaria prevención del delito o la de la peligrosa eficiencia del sistema de justicia penal en el combate de la impunidad, sino la de contar con garantías de sus libertades individuales. Ergo: la de estar seguros en sus libertades frente al poder punitivo del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENTA, T. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (4ª ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.
- ARTEAGA, A. (2007). *La privación de libertad en el proceso penal venezolano* (2ª ed.). Caracas: Talleres Tipográficos de Miguel Ángel García e Hijo.
- BECCARIA, C. (2000). *De los delitos y de las penas. Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764.* (Trad. de Juan Antonio de las Casas). México: Fondo de Cultura Económica (Original en italiano, 1774).
- BERNAL, C. (2005). *El Derecho de los derechos* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BINDER, A. (1997). *Política criminal: de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- BINDER, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- BINDER, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- BINDER, A. (2012). *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- BOVINO, A. (2005). *Justicia penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014. Reformado el 14 de febrero de 2018. Ecuador: Lexis Finder. Plataforma Profesional de Investigación Jurídica. Recuperado el 16 de abril de 2019 en <https://www.lexis.com.ec>
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Registro Oficial Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009. Última modificación del 22 de mayo de 2015. Ecuador: Lexis Finder. Plataforma Profesional de Investigación Jurídica. Recuperado el 16 de abril de 2019 en <https://www.lexis.com.ec>
- CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012. Imprenta Nacional.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial N° 45.658. Bogotá: Distribuciones el Trébol Ltda.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Recuperado el 20 de noviembre de 2018 en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf>
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Última modificación del 13 de julio de 2011. Ecuador: Lexis Finder. Plataforma Profesional de Investigación Jurídica. Recuperado el 16 de abril de 2019 en <https://www.lexis.com.ec>
- FERNÁNDEZ, J. (1999). *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho* (2ª ed.). Bogotá: Editorial Leyer.

- FERNÁNDEZ, J. (2011). *Derecho penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS, P. (1994). *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Editorial Civitas, S. A.
- FERRAJOLI, L. (1999). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Editorial Trotta, S. A. (Original del Italiano, 1999)
- FERRAJOLI, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. (Trad. de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín). Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Original en italiano, 2000).
- FERRAJOLI, L. (2008). *Garantías*. (Trad. de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo). En: *Democracia y garantismo*. Miguel Carbonell (ed.), 60 - 76. Madrid: Editorial Trotta, S. A. (Original en italiano, 2008).
- GRECO, L. (2007). Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*. In *Dret Revista para el análisis del derecho*. Recuperado el 12 de noviembre de 2018 en <https://www.indret.com>.
- HÄBERLE, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Presentación y estudio preliminar de Francisco Fernández Segado. (Trad. de Joaquín Brage Camazano). Madrid: Editorial DYKINSON. (Original en alemán, 1983).
- JAKOBS, G. (2005). *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, 15 - 64. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, s. r. l.
- KRAUTH, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador. Serie Justicia y Defensa.
- MELLADO, A. (1987). *La prisión provisional*. Madrid: Editorial Civitas, S. A.
- MENESES, D. (1995). Recopilación para la comprensión, estudio y defensa de los Derechos Humanos. Caracas, Fundación Konrad Adenauer.
- MONAGAS, O. (2007). *Privación Judicial Preventiva de Libertad*. En: *Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. X Jornadas de Derecho Procesal Penal*, 49 - 68, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- MONTESQUIEU (1995). *Del espíritu de las leyes*. (Trad. de Nicolás Estévez). Estudio preliminar de Daniel Moreno. (10ª ed.). México: Editorial Porrúa, S. A. (Original en francés, 1748).
- LLOBET, J. (1997). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José: Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.
- LLOBET, J. (2006) *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. (3ª ed.). San José: Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.
- PAZMIÑO, E. (2017). *Proyecto de Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal (Para Constitucionalizar la Justicia Penal)*. En: *Defensa y Justicia. Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador*. N° 27, Edición especial. *Dos propuestas para garantizar la independencia judicial y humanizar la justicia*. Quito. Gráficas Ayerve, C. A.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. (2ª ed. 3ª reimp.). (Trad. de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier). Buenos Aires: Editores del Puerto, s. r. l. (Original en alemán, 1998).

- RUSCONI, M. (2005). *Las Fronteras del Poder Penal*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- RUSCONI, M. (2008). *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- SALAZAR, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- SERGI, N. (2001). *Límites temporales a la prisión preventiva*. En: *Nueva Doctrina Penal 2001/A*, 113-142. Buenos Aires: Editores del Puerto, s. r. l.
- STEIN, E. (1973). *Derecho político*. (Trad. de Fernando Sainz Moreno y nota preliminar a la edición española de Francisco Rubio Llorente. Madrid: Aguilar s a de ediciones (Orinal en alemán, 1971).
- ZAFFARONI, E. (2007). *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, s. r. l.
- ZAMBRANO, A. (2011). *Sobre la caducidad de la prisión preventiva* (1ra. Pregunta de consulta). En: *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*. Recuperado el 6 de mayo de 2019 de <https://www.revistajuridicaonline.com>