

* Ab. María Fernanda León Pullaguari, Mg. Sc;

Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras, Mg. Sc.

Dr. James Augusto Chacón Guamo, Mg. Sc.;

PRISIÓN PREVENTIVA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS, PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

PREVENTIVE PRISON AND CONSTITUTIONAL STATE OF RIGHTS, PERSPECTIVE FROM FUNDAMENTAL RIGHTS

RESUMEN

En el Estado constitucional de derechos es deber primordial la protección de los derechos fundamentales, para ello debe recurrirse a la aplicación estricta de la Constitución y de normativa jurídica vigente. Uno de los medios, de carácter coercitivo, que el Estado aplica para proteger los derechos de las personas ante una conducta infractora que pueda vulnerarlos es el proceso penal, dentro de éste se contemplan mecanismos para asegurar el cumplimiento de sus finalidades uno de ellos es la prisión preventiva. Esta medida implica restricciones a los derechos fundamentales como: libertad personal, integridad personal y presunción de inocencia. Es decir la aplicación de la prisión preventiva resultaría contraria o por lo menos contradictoria a los postulados del Estado constitucional de derechos, sin embargo esta medida resulta indispensable para garantizar los objetivos del proceso penal y para ello su aplicación se debe delimitar de mejor forma en el Código Orgánico Integral Penal.

Palabras clave: prisión preventiva, derechos fundamentales, libertad personal, integridad personal, presunción de inocencia.

SUMMARY

In the constitutional state of the law it is a paramount duty the protection of the fundamental rights, it must be used for the strict application of the valid Constitution and Legal Regulations. One of the means of coercive matter, is that the State applies it to protect the rights of people before an infringing conduct that may violate them in the criminal proceeding within mechanisms are contemplated to ensure the fulfillment of it purposes and one of them is preventive prison. This measure implies restrictions on fundamental rights such as: personal freedom, personal integrity and presumption of innocence. In other words the application of preventive detention would be contrary or at least contradictory to the principles of the constitutional State of Rights, but nevertheless this measure is essential to ensure the objectives of the criminal proceedings and for this application we must enclose it in a better way the Comprehensive Organic Code of Criminal Procedure.

Keywords; preventive detention, fundamental rights, personal freedom, personal integrity and presumption of innocence.

1. Investigadores independientes

* Autor para correspondencia

INTRODUCCIÓN

Desde la vigencia de la Constitución de la República, promulgada en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del 2008, el Ecuador adopta una nueva estructura dogmática y jurídica y se convierte en un Estado constitucional de derechos, asumiendo como uno de sus deberes primordiales la protección de todos los derechos consagrados en el ordenamiento constitucional, los instrumentos jurídicos internacionales y las leyes que forman parte del marco jurídico interno del país. En este sentido el Estado debe otorgar la suficiente tutela para que tales derechos se observen y se cumplan en todos los ámbitos en los que se desenvuelven e involucran las personas, sin embargo al ejercer la potestad punitiva dentro de un proceso penal, es el mismo ente estatal el que a través de los órganos y autoridades competentes debe restringir o limitar ciertos derechos, recurriendo a la aplicación de los mecanismos procesales establecidos para el cumplimiento de las finalidades constitucionales y legales atribuidas a esta clase de proceso. Uno de los medios más utilizados con este propósito es la aplicación de la medida cautelar procesal personal de la prisión preventiva, cuyo empleo ha sido severamente criticado por los defensores del garantismo y de la mínima intervención penal, por considerar que se trata de una decisión judicial que afecta y vulnera derechos fundamentales de las personas, entre ellos la libertad personal, la integridad física y psicológica y la presunción de inocencia. Por lo tanto este artículo desde una visión doctrinaria, jurídica y legal, con base en un sustento empírico y fáctico, determina la existencia de contradicciones entre el régimen legal procesal relacionado con la prisión preventiva y los derechos fundamentales, y plantea cómo se puede llegar hacia un equilibrio entre la utilidad procesal de la medida cautelar privativa de la libertad y los derechos que se restringe en contra de la persona procesada, visión que necesariamente orientó hacia el planteamiento de conclusiones sobre la necesidad de que se mejore el régimen jurídico procesal previsto en el Código Orgánico Integral Penal, en relación con la aplicación de la prisión preventiva y la observancia estricta de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República.

Ecuador: Estado constitucional de derechos.

La estructura constitucional del Ecuador, cambió a partir de la promulgación de la vigente Constitución de la República (2008), que en su artículo uno lo califica como un Estado constitucional de derechos. La adopción de esta nueva categoría, implica una verdadera transformación conceptual, a partir de la cual el Estado se convierte en el responsable del cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, pasando a erigirse por lo tanto la Constitución en el instrumento del que se sirve el poder político para garantizar el cumplimiento de esos derechos (Echeverría, 2009, págs. 14,15). En el Estado constitucional de derechos, la base del régimen jurídico es la Constitución, en la cual se consagran los derechos fundamentales que se reconoce a las personas, y también se incorporan los mecanismos y las garantías necesarias para asegurar su vigencia, el ordenamiento constitucional se convierte por lo tanto en el medio a través del cual se pretende efectivizar el cumplimiento de los derechos del ser humano en todos los ámbitos, frente a acciones que puedan ponerlos en riesgo o que los conculquen de alguna forma, aún cuando tales actuaciones provengan del propio Estado o de los órganos a través de los que se ejerce el poder político.

Para asegurar el cumplimiento de los derechos como un deber primordial del Estado, la nueva estructura constitucional delimita claramente los actos que se desarrollan tanto en el ámbito público como privado, y señala reglas específicas por cuya vigencia las autoridades que ejercen poder dentro de las funciones del Estado, deben regir su accionar a las normas constitucionales, acatando incluso las prohibiciones que se han establecido en tutela de los derechos fundamentales, las cuales incluso alcanzan a la potestad legislativa, pues la supremacía de la Constitución y la seguridad jurídica como un principio en el que se erige el nuevo Estado, restringe la acción de los asambleístas de modo que están obligados a abstenerse de dictar normas que puedan ser contrarias o que impliquen limitación a los derechos que consagra la norma constitucional (Bustamante, 2012, pág. 63).

Acorde con la nueva estructura del Estado que plantea, la Constitución de la República desarrolla de

manera absolutamente amplia, el reconocimiento de los derechos del ser humano e incorpora un vasto conjunto de garantías para hacerlos efectivos, además en el contexto de los derechos sociales se ha reconocido que el actual constitucionalismo ecuatoriano, es uno de los mejor desarrollados en el contexto latinoamericano, obviamente se ha incorporado también los mecanismos más adecuados para que estos derechos sean exigibles y sus garantías permitan el cumplimiento efectivo de los mismos en el contexto en el que se desenvuelven las personas de forma cotidiana.

Los derechos fundamentales.

Desde una perspectiva de orden general, son los derechos fundamentales aquellos que han sido incorporados dentro de un ordenamiento jurídico y que constituyen los referentes básicos para la convivencia en sociedad, estos derechos ser originan por decisión de quienes ejercen el gobierno de un Estado o por el acuerdo entre éste y los integrantes de la sociedad a la cual rige (Chanamé, 2010, pág. 212). Se han calificado como derechos fundamentales, desde esta misma óptica a los derechos que la persona tiene por su condición de ser humano, y que han sido consagrados en el ordenamiento constitucional y legal de cada uno de los Estados que han incorporado además los mecanismos pertinentes a través del desarrollo de un marco jurídico destinado a garantizar su efectivo cumplimiento.

Los derechos fundamentales, son todos aquellos derechos de naturaleza subjetiva que de manera universal se reconocen a los seres humanos en general, es decir las expectativas que se encuentran reconocidas por una norma jurídica, que establece los presupuestos necesarios para que una garantía se aplique en favor de una determinada persona. Estos derechos nacen de la premisa establecida en una norma legal, que a más de reconocerlos determina las condiciones para que el individuo se convierta en titular de los mismos. Básicamente, los derechos fundamentales se encuentran reconocidos de forma positiva tanto en las constituciones, como en los instrumentos internacionales que tienen vigencia en un determinado Estado y en el ordenamiento legal que se desarrolla con la finalidad de determinar los parámetros legales para la hacerlos

efectivos. En definitiva se incluyen dentro de la categoría de derechos fundamentales, todos aquellos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas, las cuales podrán reclamar su reconocimiento y vigencia, siempre y cuando cumplan las condiciones necesarias para convertirse en titulares de tales atributos. Todos los Estados están en la obligación, de proteger de manera primordial y privilegiada la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin embargo no se puede dejar de reconocer el hecho de que aún en los momentos actuales, existen regímenes totalitarios en los cuales se deja de lado el cumplimiento de esa obligación y por el contrario es el mismo poder político el que desconoce y vulnera estos derechos universales (Ferrajoli, 2009, págs. 19,20).

La libertad personal.

Existe un derecho universal de los seres humanos, consagrado como derecho fundamental en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 29, el derecho a la libertad personal, el cual resulta directamente afectado cuando se dispone la aplicación de la prisión preventiva en contra de la persona procesada.

La libertad personal, se refiere a la inmunidad del ser humano respecto a privaciones, restricciones o prácticas arbitrarias provenientes de un poder externo, que puedan limitar su desenvolvimiento individual, el cual únicamente estará demarcado por los presupuestos debidamente contenidos en normas legales (Ferrajoli, 2008, pág. 113).

La importancia de la libertad es tal, que se la considera como un elemento esencial de ser persona, se trata de un derecho sustancial reconocido en las sociedades civilizadas que se caracteriza por su universalidad, pues todas las personas nacen libres. El ejercicio responsable de la libertad implica que la persona pueda actuar con su voluntad, sin embargo esto no le da facultades absolutas, pues su conducta siempre ha de someterse a lo dispuesto por la ley, por las normas morales vigentes en la sociedad por los derechos de los demás ciudadanos (Cueva, 2013, págs. 253,254).

La libertad personal es un derecho reconocido constitucionalmente, por el cual el ser humano recibe el

privilegio de poder desarrollar su personalidad sin restricciones, invasiones o limitaciones ilegítimas que impliquen una coerción a la potestad para llevar su existencia conforme a sus convicciones y a su pensar. El ser humano nace libre por lo cual este derecho fundamental, es considerado como un atributo innato de la persona, y adquiere una verdadera dimensión en cuanto a su valor o importancia, cuando es limitado o restringido. Al ser un derecho de rango constitucional, en un régimen de derecho, la libertad personal únicamente puede ser restringida o limitada cuando su titular ha incurrido en un comportamiento que previamente ha sido tipificado y sancionado como infracción dentro del ordenamiento penal, a excepción de este presupuesto la persona será privada de la libertad —específicamente en el Estado ecuatoriano— cuando ha incurrido en el incumplimiento de la obligación que tiene como alimentante dentro de un proceso por pensiones alimenticias. En concreto, la libertad personal es un derecho fundamental que tiene el ser humano, y que se manifiesta en el desarrollo de su personalidad y de todos los atributos que ello comprende como por ejemplo: la movilidad, la libre residencia, la libre correspondencia, la libertad laboral y de conciencia política, etc., siendo posible restringir este derecho sólo cuando se ha producido el cometimiento de una conducta catalogada como infracción penal, que acorde con el principio de legalidad deberá estar previamente prevista, tipificada y sancionada en la ley penal (Zavala Baquerizo, 2002, págs. 174,175).

La libertad personal es un derecho de primera línea, pues la vida del ser humano, el desarrollo íntegro de su personalidad, solo es posible cuando goza de plena libertad para actuar y ejercer las facultades legales que le concede el Estado al reconocerle la titularidad de los derechos que consagra a través de su normativa constitucional y legal, por ello es indispensable que para su restricción se cumplan de manera exacta y suficiente los presupuestos en que procede la privación de la libertad de la persona, de no verificarse estos postulados, toda restricción sería ilegal, ilegítima, injusta e inhumana.

La integridad personal.

La imposición de la prisión preventiva como una medida que restringe el derecho a la libertad personal,

implica también limitaciones y restricciones para otros derechos entre ellos la integridad persona, pues la estructura física, psicológica y moral de la personalidad humana, resulta visiblemente afectada cuando esta es privada de su libertad, aún cuando esta privación sea únicamente temporal mientras transcurre el tiempo constitucional y legal permitido para que perdure o se mantenga la medida cautelar analizada.

La integridad personal es ante todo un derecho humano, jurídicamente se ubica dentro de la escala de los derechos fundamentales, pues está reconocido nacionalmente en las Constituciones de los Estados e internacionalmente en los instrumentos jurídicos que se han promulgado y suscrito por parte de la mayoría de los países que se proclaman respetuosos de la dignidad humana —entre ambos existe una relación intrínseca e inescindible—. Debe ser visto desde una perspectiva positiva como el derecho que la persona tiene a gozar de una absoluta integridad en el aspecto físico, psicológico y moral; y, desde la óptica negativa, como el deber que se impone a los demás de no incurrir en conducta que impliquen maltrato ofensa o agresión a la integridad de la persona en cualesquiera de los ámbitos antes manifestados (Huertas , y otros, 2007, pág. 158).

Se trata la integridad personal del derecho que se reconoce a todos los seres humanos, por manera que no sean objeto de actuaciones que provenga de una tercera persona y que puedan lesionarla en el aspecto físico o psicológico, o que les causen un daño o sufrimiento grave, este derecho está garantizado en instrumentos jurídicos internacionales en los ordenamientos constitucionales de cada uno de los países, que han asumido como deber primordial del Estado la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015).

Para concluir, la integridad personal está relacionada con la inmunidad absoluta del ser humano, tanto en su aspecto físico como mental y psicológico, aunque indudablemente dentro de este derecho se contemplan también garantías relacionadas con la integridad sexual del individuo, para lo cual este derecho está reconocido en normas constitucionales y protegido mediante la tipificación de todas aquellas conductas que puedan lesionarlo o vulnerarlo. En el contexto de

este trabajo, la prisión preventiva es una medida cautelar, que afecta directamente la integridad personal del procesado, ya que por su naturaleza recae sobre la persona de éste, limitándole del ejercicio de su libertad personal y conminándole a permanecer provisionalmente detenido en uno de los centros creados de manera específica por el Estado con esta finalidad. Obviamente, el saberse privado de su libertad implica para la persona que sufre la prisión preventiva, una disminución directa a su integridad en el ámbito psicológico y mental, y además supone un grave deterioro de su integridad física puesto que el internamiento disminuye las cualidades de la persona, a esto se suma el hecho de que como en no pocas veces ha sucedido durante el tiempo de privación de la libertad la persona sea objeto de vejámenes, lesiones y ataques que incluso afectan su integridad en el ámbito sexual, afectaciones que provienen incluso de las condiciones de hacinamiento e insalubridad que caracterizan a los centros de detención provisional en donde deben permanecer internos las personas procesadas hasta que se dicte una sentencia dentro del proceso en el cual se pretende demostrar su responsabilidad frente a la infracción que se investiga.

La historia del sistema penitenciario ecuatoriano reporta muchísimos casos, en los cuales se ha denunciado la vulneración directa del derecho a la integridad personal de las personas procesadas que permanecían privadas de su libertad, como consecuencia de la prisión preventiva dictada en su contra, estos datos relevan de hacer mayores comentarios y de insistir en que esta medida cautelar de orden personal implica una disminución y una situación de riesgo evidente para este derecho tan importante como la vida y la libertad mismas.

La presunción de inocencia.

El mayor debate doctrinal que se ha originado respecto de la viabilidad y la necesidad de aplicar la prisión preventiva como una medida cautelar dictada en contra de la persona que es sometida a un proceso penal, tiene relación con la contraposición de la misma con un derecho fundamental de la persona, la presunción de inocencia, por ello se requiere presentar ciertos criterios respecto de este tema.

Esencialmente la presunción de inocencia se trata de un principio a través del cual, se intenta poner una barrera entre la actuación del juzgador, frente al rezagado prejuicio social respecto a la culpabilidad de una persona sometida a un proceso penal, por eso se la concibe como uno de los principios informadores de todo el desarrollo de dicho proceso (Nieva Fenol, 2016).

La presunción de inocencia constituye por lo tanto, un principio de esencial aplicación, frente al hecho de la culpabilidad directa que a veces se imputa como juicio social de reproche en contra de toda persona sometida a un proceso penal, y que deja de lado el hecho de que todos los seres humanos gozamos del derecho a que se nos presuma inocentes de una actividad delictual que se nos imputa, hasta que los órganos individuales o colegiados a los que el Estado ha confiado la potestad de administrar justicia, se pronuncien con un pronunciamiento condenatorio, que permita establecer la certeza respecto de la responsabilidad del individuo, en cuyo único caso la presunción de inocencia pasa a ser reemplazada por una decisión sobre su culpabilidad, hecho que lógicamente provocará como consecuencia jurídica la imposición de una pena, que en todo caso ha de regirse a los límites y a las condiciones debidamente previstas en una norma penal.

La presunción de inocencia, se califica doctrinariamente como una presunción *iuris tantum*, esto por el hecho de que al menos en el caso del Ecuador se encuentra reconocida explícitamente tanto en la Constitución de la República como en el Código Orgánico Integral Penal, por lo tanto para desvirtuar dicha presunción es indispensable realizar una actividad probatoria, que enmarcada dentro de los presupuestos legales para su obtención, presentación e introducción al proceso, genere certeza sobre la existencia de una infracción y de la responsabilidad que en su cometimiento tiene la persona procesada. Es de destacar el hecho de que la presunción de inocencia es una garantía universal, que se aplica en todos los procesos en los que pueda darse la aplicación de una sanción o limitación de derechos como consecuencia de decisiones de órganos administrativos o jurisdiccionales. La presunción de inocencia, se desvirtúa únicamente cuando exista una sentencia que implique condena ju-

dicial, decisión que deberá tomarse previo el análisis y valoración de los elementos probatorios obtenidos de manera constitucional y legítima (Zavala Egas, 2010, pág. 319).

Al disponer el juzgador la aplicación de la medida cautelar personal de la prisión preventiva, en contra del procesado, debe considerar ante todo el hecho de que éste goza de la presunción de inocencia, por lo tanto esta decisión debe ser tomada cuando se hayan agotado todos los medios por los cuales sea posible el cumplimiento de las finalidades del proceso penal, y debe asumirse como en efecto lo es como una medida de última ratio por la afectación que implica para derechos fundamentales como la libertad personal, la integridad personal y sobre todo la presunción de inocencia. Estamos absolutamente claros, en el hecho de que la privación de la libertad, de forma provisional o preventiva, a consecuencia de la aplicación de la medida cautelar personal analizada en este trabajo, no puede ser considerada como anticipo de pena, y en ese sentido existen muchos criterios doctrinarios, sin embargo en caso de ratificarse luego de sustanciarse la correspondiente etapa de juicio y de concluir el proceso penal con un pronunciamiento absolutorio, la gravedad del daño ocasiona a quien fue injustamente sometido a una privación preventiva de su libertad es absolutamente alta.

Se dijo al iniciar el análisis de la presunción de inocencia, que ésta fue incorporada como derecho para imponer un límite a la influencia que puede sufrir el legislador por los prejuicios sociales respecto a la culpabilidad de la persona sometida a un proceso penal, por lo tanto dictar una medida de tan grave implicación como la prisión preventiva, en contra de una persona que goza de dicha presunción de derecho, es una decisión que debe tomarse con mucha responsabilidad y en base a un análisis ponderado respecto de la verificación exacta y puntual de los requisitos que las normas procesales establecen para ello; la motivación del juzgador para decretar la prisión preventiva en contra del procesado es una de las decisiones más cruciales que se toman en el proceso penal, y lamentablemente no siempre se hace el ejercicio responsable de los juicios de ponderación, es por esto que aún hoy se advierte la aplicación arbitraria de esta medida

cautelar personal, sin considerar el hecho de que el cumplimiento de la privación de la libertad bajo este régimen, es también una especie de castigo por las condiciones en que debe coexistir la persona hasta que se resuelva definitivamente su situación jurídica dentro del proceso penal. Es obvio, que los derechos de la víctima y de la sociedad en general al estar reconocidos por el ordenamiento constitucional y legal merecen una tutela efectiva, imparcial y expedita, sin embargo el procesado en su condición de ser humano es titular de los mismos derechos, por lo que cualquier decisión que pueda afectarlo tan severamente tiene que estar basada principalmente en el hecho de que hasta que no exista un pronunciamiento condenatorio, se encuentra protegido y amparado por una presunción de inocencia que impide que sea considerado y tratado como un condenado frente al cual se ha demostrado ya la comisión de un delito que le obliga al cumplimiento de la pena que las leyes han previsto.

La prisión preventiva.

Habiendo puntualizado en las líneas precedentes lo relacionado con los derechos fundamentales y hecho especialmente referencia a aquellos que resultarían afectados a consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva, se debe enfocar ahora las principales características de esta medida y puntualizar algunos aspectos que en relación con ella se encuentran previstos en la legislación ecuatoriana.

Es en Grecia en donde aparecen los primeros referentes acerca de la prisión cautelar, Roma aporta con un esbozo de la prisión provisional. En el Ecuador la prisión provisional es incorporada desde tiempos muy antiguos, pues existen referencias a ella en la Ley de Jurados de 8 de enero de 1842. La prisión preventiva es como una medida de cautelar procesal, que reúne las características de ser personal, excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable; es dispuesta por el titular del órgano jurisdiccional penal, con la finalidad de limitar la libertad personal del procesado, cuando por reunirse los presupuestos previstos en la norma legal, objetiva y subjetivamente se determina que es indispensable dictarla para garantizar el normal desarrollo del proceso (Zavala Baquerizo, 2005, pág. 86).

La prisión preventiva, es una medida cautelar que se adopta en el proceso penal, y que implica como su nombre lo indica la privación de la libertad, por lo tanto la decisión judicial a través de la cual el juez competente la ordena debe ser suficientemente motivada, el propósito que se persigue por parte del juzgador es garantizar la comparecencia de la persona procesada al juzgamiento, previniendo cualquier tipo de riesgo para la averiguación de la verdad jurídica (López, 2014, pág. 53).

Se trata de la medida que más daño representa dentro del sistema procesal penal, se dispone de manera previa al pronunciamiento de una sentencia, y está impregnada de complejidad y gravedad por su eventual prolongación en el tiempo y por mantenerse estable hasta la decisión del proceso o hasta que se cumplan los límites constitucionales y legales previstos para su caducidad (Jauchen, 2012, pág. 568).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la finalidad de la medida cautelar personal de la prisión preventiva, está expresamente manifestada en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2014), y no es otra que la de garantizar que la persona procesada comparezca al proceso y de este modo se asegure el cumplimiento de la pena en caso de que el proceso penal concluya con el pronunciamiento de una sentencia condenatoria. Es la concepción normativa prevista en el mencionado precepto, la que conduce a una inadecuada percepción respecto a la prisión preventiva, ya que se atribuye como una finalidad de esta medida cautelar “el cumplimiento de la pena”, es decir se pretende que esta medida se aplique al procesado con la finalidad de asegurar que éste cumplirá una pena, dejando de lado el hecho de que por la presunción de inocencia, deben ser castigados con una pena, sólo las personas que hayan sido declaradas culpables de una infracción penal, esta deficiencia técnica de orden legislativo, debería ser analizada a objeto de determinar si el postulado en referencia no contradice los postulados del Estado constitucional de derechos en donde toda norma deber guardar armonía estricta con la Constitución de la República del Ecuador, que al garantizar dicha presunción de inocencia, impide que una persona sufra una condena anticipada.

Una de las características de la prisión preventiva identificada en los criterios doctrinarios que se puntualizaron en su momento es la excepcionalidad, esto implica que es susceptible de ser sustituida por otras medidas cautelares que representen menor lesividad para el procesado, esta posibilidad está incorporada en el artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo esta norma contempla una restricción en el sentido de que la sustitución no será procedente en las infracciones sancionadas con pena privativa de la libertad a dos años. Esta disposición legal contradice lo señalado en la Constitución de la República del Ecuador respecto a la excepcionalidad de la privación de la libertad y además como lo han advertido organismos internacionales como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, incurre en una discriminación injusta de los procesados, al establecer categorizaciones injustificadas por las cuales en determinadas infracciones el juzgador infaliblemente debe recurrir a la privación de la libertad, sin dejar la posibilidad de que esto obedezca –como exige la norma y la técnica jurídica- a un ejercicio de ponderación de cada caso para establecer si existen o no los elementos que determinen que la aplicación de esta medida es infalible ante la insuficiencia de los demás medios cautelares para garantizar que se cumpla con los propósitos del proceso penal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

Las anteriores son algunas limitaciones de orden normativo, existentes en la regulación de la prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal, que ponen en riesgo derechos fundamentales de la persona procesada, que se encuentran reconocidos y garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, situaciones que se suman a otros inconvenientes que se presentan en la práctica procesal penal, como es el uso arbitrario de esta medida judicial, situación que hace que colectivamente se genere una percepción negativa respecto de la aplicación de esta medida, lo que afecta también la opinión colectiva en relación al acatamiento estricto de las normas que protegen los derechos humanos, por parte de quienes tienen la obligación ineludible de acatarlas, esto es de los operadores y administradores de justicia.

Vulneración de derechos fundamentales.

Las medidas cautelares personales privativas de la libertad fueron concebidas inicialmente en el sentido de que no entrañaban una reprobación de la conducta y mucho menos implicaban la imposición de responsabilidad jurídica en contra de la persona sobre la que recaían, por lo que eran ajenas al criterio de culpabilidad y más bien se las aplicaba con propósitos de utilidad, por lo que deberían alcanzar las finalidades con las que se concibieron sin que ello implique una aflicción –elemento que de por sí es característico de una pena-. Sin embargo, más tarde se planteó el hecho de que tales medidas, representan objetivamente una limitación a bienes jurídicos trascendentales, y que el principio de utilidad y de beneficio social que se atribuye a las mismas, pueden implicar en mayores injusticias y aberraciones por la posibilidad de que se produzcan situaciones como la eliminación física de seres humanos, el ataque a su dignidad e integridad personal, y el internamiento de por vida (Guzmán, 2008, pág. 69).

Al describir doctrinariamente a la prisión preventiva, se pudo observar que se trata de una medida cautelar que restringe de manera drástica derechos fundamentales de las personas, por lo que sin duda alguna para su imposición será necesario considerar el costo beneficio de la imposición de esta medida. En un Estado constitucional de derechos, donde tiene vigencia el principio de mínima intervención penal y donde se considera la aplicación del derecho penal como la última ratio, toda decisión procesal o judicial que implique coerción o punición, se justifica y alcanza legitimidad sólo cuando los beneficios que se obtienen de la misma son mayores o superiores a los costos que genera la misma, es decir el medio penal o procesal penal que implica fuerza o coerción, obedece a un principio de utilidad y de racionalidad, por los cuales sólo se recurre al mismo cuando no puede conseguirse el propósito perseguido, a través de otros medios menos costosos o que impliquen un menor daño (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 426). Por lo tanto, la prisión preventiva al ser una medida que implica un alto costo y genera un daño grave por la restricción y limitación que implica frente a derechos fundamentales como la libertad personal, la integridad personal y la presunción de inocencia, debe ser una medida que

indispensablemente se tome solo cuando aplicado el criterio de racionalidad y utilidad, se concluya que es el único y el último mecanismo al que debe recurrir el juzgador para garantizar el cumplimiento de las finalidades del proceso penal, cuando por defecto exista otro medio menos lesivo se aplicará éste con preferencia a la medida restrictiva de la libertad.

Se reconoce que la prisión preventiva tiene las características de ser instrumental y simbólica, ya que en países como el Ecuador, se la ha venido aplicando como una especie de pena anticipada, y se le ha asignado el papel de ser una medida de carácter cautelar que cumple un propósito preventivo, enfocado especialmente al sujeto sobre el que recae y al que le priva de su libertad, además se le asigna una finalidad preventiva, en relación con los demás integrantes de la sociedad a quienes les afecta el temor de que se produzca un delito. Desde esta perspectiva, la prisión preventiva permite que se considere la existencia de cierta similitud entre las categorías procesado y condenado, situación que obedece al hecho de que al procesado se le imputa cierta calidad de individuo peligrosos con la finalidad de hacer que la aplicación de la medida cautelar aparezca legítima en razón de los fines de prevención especial que se le asigna. Esto se verifica también cuando se dispone la prisión preventiva a objeto de prevenir que se reitere en el cometimiento de otros actos delictivos y finalmente desde una perspectiva basada en la política criminal lo que se pretende es legitimar la aplicación de esta medida cautelar persona, con el propósito de asegurar que se cumpla la pena que a futuro podría imponerse al procesado (Zambrano Pasquel, 2011, pág. 116).

En referencia a la vulneración de los derechos fundamentales, a consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva, y para concluir esta parte del estudio es indispensable citar de forma textual un criterio expresado por (Ferrajoli, 2009, págs. 555,556): “Yo pienso, por el contrario, que la misma admisión en principio de la prisión ante iudicium, sea cual fuere el fin que e le asocie choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio. Por otra parte, todo arresto sin juicio ofende le sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio.

No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socabe tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años. Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio* —es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato— porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal. Con parecidos fraudes de etiquetas, como veremos en la parte cuarta, se ha disuelto —en el nuestro como en otros ordenamientos— la función de tutela del derecho penal y el papel mismo de la pena como medida punitiva exclusiva, alternativa a otras seguramente más eficaces pero otras no tan garantistas”.

Innegablemente, el proceso penal constituye una verdadera odisea para quien tiene la condición de sujeto pasivo del mismo, y mucho más trágico es el camino del proceso si la persona se sabe inocente de la conducta que se le imputa, es por esto que la prisión preventiva, o antes de juicio como se la llama en la cita, constituye una de las decisiones que mayor temor e inseguridad causa en el procesado, especialmente a sabiendas de las condiciones imperantes en sistemas penitenciarios como el ecuatoriano en donde pese a los innegables avances que se ha logrado en los momentos actuales, aún existen graves problemas que colocan en una permanente situación de riesgo e inseguridad a todos quienes se encuentran privados de la libertad.

La prisión preventiva es una medida cautelar procesal penal de orden personal, que se aplica antes de que se haya efectuado el juicio, es decir cuando al procesado aún le asiste la presunción de inocencia, esto ratifica el peligro de que una decisión judicial pueda someter a un suplicio innecesario a una persona inocente, acto arbitrario e injusto que debe ser evitado por todos los medios posibles por parte de los administradores de justicia. Es por eso que, considerando el propósito del derecho penal de tutelar el orden y la tranquilidad social y sobretodo recordando que toda medida que implique ejercicio del poder punitivo debe ser adoptada como último recurso para garantizar el cumplimiento del proceso penal, la prisión preventiva debe constituir el último mecanismo cautelar al que tienen

que recurrir los jueces sólo cuando no exista otro medio de alcanzar esos fines.

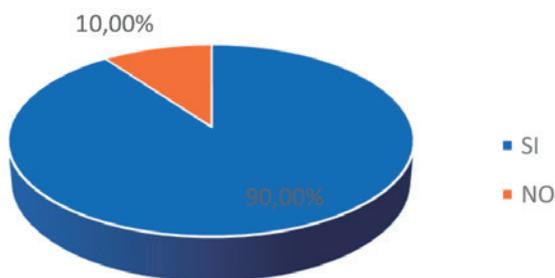
Para concluir es necesario establecer que la medida cautelar de la prisión preventiva es una decisión de extrema trascendencia y por lo tanto los operadores de justicia deben actuar con total responsabilidad y delicadeza como lo ratifica el siguiente criterio: “los jueces de instrucción restringirán, inspirados en el verdadero propósito de la Ley, la prisión provisional a aquellos casos en que sea absolutamente indispensable, procurando que en la tramitación de los procesos en que el procesado se encuentre preso se proceda con la más extraordinaria rapidez, sin demorar los plazos legales, y cuidarán que las carpetas de estos procesos lleven un distintivo que en forma ostensible denote que hay presos” (Vaca, 2009, pág. 712).

La dignidad del ser humano al que se somete a un régimen de privación de la libertad a causa de la prisión preventiva como medida cautelar, y el drama que se vive mientras dura esta restricción, debe ser el elemento esencial que dinamice la administración de justicia de manera que acatando los principios constitucionales y legales se actúe con celeridad, para obtener a la brevedad posible —sin que ello implique omisión procesal o legal alguna— un pronunciamiento definitivo que de la certeza respecto de la situación definitiva del sujeto pasivo del proceso penal frente a la conducta infractora que se le atribuye. La dignidad del ser humano, debe ser también el principio base a considerar por parte del juzgador al momento de aprestarse a decidir sobre la aplicación de la prisión preventiva, pues esta medida preventiva por la restricción de la libertad que implica sin duda es absolutamente lesiva lo que ratifica su adopción sólo en casos indispensables.

Para determinar cuál es la relación existente entre la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano y la vigencia de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución de la República se realizó la aplicación de una encuesta a un número de diez profesionales del derecho que desempeñan funciones específicas relacionadas con la problemática de estudios, este trabajo de campo reportó los resultados que se concretan a continuación.

Preguntadas respecto a si la prisión preventiva es una medida cautelar que se aplica de manera frecuente en el proceso penal ecuatoriano, todas las personas encuestadas se pronunciaron afirmativamente. Este criterio fáctico está acorde con la realidad procesal penal que se vive en el Ecuador, pues la prisión preventiva es una medida cautelar a la que se recurre con demasiada frecuencia por parte de los operadores de justicia, esto a sabiendas de que existen informes de organismos internacionales que han determinado un uso arbitrario e injusto de dicho medio cautelar por parte de la administración de justicia, y en contraposición con los planteamientos de la Constitución de la República del Ecuador respecto a la excepcionalidad de la prisión preventiva.

Figura 1. La Prisión preventiva restringe y afecta derechos fundamentales de la persona procesada

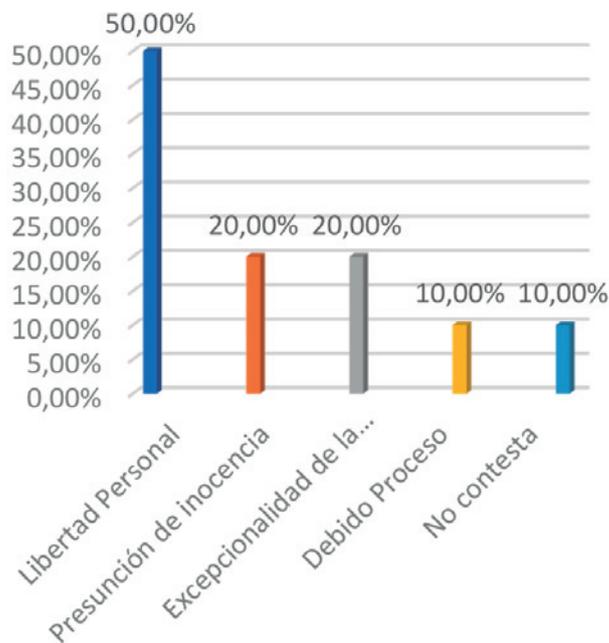


Fuente: Aplicación de encuesta

La información reportada en la figura anterior permite establecer que la medida cautelar de la prisión preventiva representa una restricción y afectación para los derechos fundamentales de las personas, estos datos corroboran los planteamientos realizados en el presente trabajo sobre la base de los argumentos doctrinarios y teóricos que se recopilaron y del planteamiento de las posiciones operacionales que han quedado sentadas en cada uno de los puntos de análisis planteados.

En cuanto tiene que ver con los derechos fundamentales que se estiman afectados a consecuencia de la aplicación frecuente de la prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano, la información obtenida se resume en la siguiente figura.

Figura 2. Derechos fundamentales afectados con la aplicación de la prisión preventiva



Fuente: Aplicación de encuesta

Los datos que constan en la gráfica anterior permiten establecer que los derechos que más se lesionan a consecuencia de la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva son la libertad personal, la presunción de inocencia, la excepcionalidad de la privación de la libertad y el debido proceso. Es de destacar que no existe un pronunciamiento fáctico respecto a que la imposición de la medida cautelar de privación de la libertad implique limitación o restricción al derecho a la integridad personal del procesado. Sin embargo, existen puntos de coincidencia entre el reporte fáctico de resultados obtenidos en esta investigación y los aportes conceptuales y doctrinarios presentados como sustento del trabajo en páginas anteriores.

Respecto a la pertinencia de que se mantenga la medida cautelar de la prisión preventiva en el ordenamiento procesal penal ecuatoriano y dada la vigencia del Estado constitucional de derechos, existen criterios divididos por cuanto la mayoría de los encuestados aceptan que esta medida debe mantenerse y seguirse aplicando en contra de la persona procesada, sin embargo es de destacar el hecho de que el 40% de

la población participante acepta que esta medida no debería mantenerse, y de este porcentaje existe un encuestado que destaca que debe cumplirse estrictamente con la excepcionalidad de la prisión preventiva y que esta medida debería ser dictada sólo en ciertos casos considerando elementos como la peligrosidad de la infracción y de la persona procesada.

El 70% de los profesionales que participaron como encuestados, aceptan que en el Código Orgánico Integral Penal, se detectan imprecisiones por el hecho de que existen preceptos relacionados con la regulación de la prisión preventiva que afectan la vigencia de los derechos fundamentales, estos criterios ratifican la precisión que como autores del presente artículo hemos realizado en torno a la existencia de ciertas limitaciones que por razones de técnica legislativa, se encuentran en ciertas disposiciones del mencionado Código y de las que por contradecir la normativa constitucional afectan la vigencia de los derechos fundamentales de las personas.

El 80% de los participantes, concretaron que sería oportuno que se adecúe la normativa del Código Orgánico Integral Penal, de manera que la aplicación de la prisión preventiva sea menos restrictiva de los derechos fundamentales de la persona procesada y esto se lograría justamente corrigiendo las imprecisiones de orden legislativo existentes en las disposiciones legales que puntualmente han sido mencionadas en el presente trabajo investigativo.

CONCLUSIÓN

La prisión preventiva es la principal medida cautelar procesal personal empleada en la administración de justicia ecuatoriana con el propósito de garantizar el cumplimiento de las finalidades del proceso penal, esta medida implica restricción de derechos fundamentales como la libertad personal, la integridad personal y la presunción de inocencia, por lo cual es indispensable que el juzgador al disponer esta medida pondere de manera suficiente la necesidad imprescindible de recurrir a la misma y disponerla sólo cuando no exista otro mecanismo suficiente y efectivo para cumplir tal cometido.

Es indispensable que la Asamblea Nacional del Ecuador inicie un debate amplio y profundo respecto de la normativa que regula la prisión preventiva como medida cautelar personal en el Código Orgánico Integral Penal, pues como se ha podido puntualizar algunas de sus normas son absolutamente contradictorias con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y consecuentemente afectan los postulados del Estado constitucional de derechos que nos rige actualmente, esta reforma estará orientada no a suprimir esta medida cautelar procesal, sino a procurar que su aplicación se realice en el marco del respeto a la dignidad y a los demás derechos del procesado, esto obviamente implicará además una reforma estructural al sistema penitenciario a objeto de que se cumpla de forma efectiva con un tratamiento diferenciado entre procesados y condenados y se proteja de manera incólume los derechos que les asisten como seres humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bustamante, C. (2012). *Nueva Justicia Constitucional, Neoconstitucionalismo Derechos y Garantías, Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Chanamé, R. (2010). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima: ADRUS.
- Código Orgánico Integral Penal*. (2014). Quito: El Forum S.A.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2015). *Recomendación No. 22-2015*. México.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito: Asamblea Nacional de la República.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Chaparro Álvarez vs. Ecuador*. San José.
- Cueva, L. (2013). *El Debido Proceso*. Quito: Cueva Carrión.
- Echeverría, J. (2009). *El Estado en la Nueva Constitución*. (S. Andrade, A. Grijalva, & C. Storini, Edits.) Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho Penal, Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. (M. Carbonell, Ed.) Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Guzmán, J. (2008). *La Pena y la Exitiinción de la Responsabilidad Penal*. Chile: Legal Publishing.
- Huertas, O., Barona, R., Mora, J., Doncel, L., Martínez, J., & Sanabria, J. (2007). *La Vulneración del Derecho a la Integridad Personal: El Peor Flagelo que puede sufrir un Ser Humano*. Bogotá: COLCIENCIAS.
- Jauchen, E. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. II). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- López, W. (2014). *La Prisión Preventiva en el Estado Constitucional, Estudio Doctrinal y Jurisprudencia*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Nieva Fenol, J. (2016). La Razón de Ser de la Presunción de Inocencia. *InDret Revista Para el Análisis del Derecho*, 2.
- Vaca, R. (2009). Manual de Derecho Procesal Penal. En M. Fenech. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano Pasquel, A. (2011). *Delincuencia organizada Transnacional*. Lima: Edilex S.A.
- Zavala Baquerizo, J. (2002). *El Debido Proceso Penal*. Guayaquil: Edino.
- Zavala Baquerizo, J. (2005). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. VI). Guayaquil: Edino.
- Zavala Egas, J. (2010). *Derecho Constituiconal, Neoconstituiconalismo y Argumentación Jurídica*. Lima: Edilex S.A.