



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Penal

Artículo profesional de alto nivel

**La Prisión Preventiva Frente a las Garantías
Constitucionales en el Ecuador**

Preventive Prison Against Constitutional Guarantees in Ecuador

Autor: Luis Ernesto Sotomayor Vásquez

Tutor: Ab. Javier Artiles Santana Mgs.

Portoviejo, 2021

Resumen

Los principios rectores que encontramos inmerso en el Código Orgánico Integral Penal, emanan de la Constitución de la República del Ecuador, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del mismo código, la ley orgánica predomina en su exposición de motivos la supremacía de la Constitución, por ser la norma suprema del Estado, prevaleciendo sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por ende los principios y garantías básicas aplicadas en el debido proceso, deben ser tuteladas en el procedimiento penal por los jueces de garantías penales, que tienen como principal competencia garantizar los derechos de la persona procesada durante las etapas procesales, en la que se puede dictar medidas cautelares como la prisión preventiva que implica restricciones a la libertad, considerada como derecho fundamental, pero necesaria para el sistema penal, con la aplicación de esta medida nos podemos percatar que el Código Orgánico Integral Penal, presenta contradicción, al ejercer el carácter garantista de la Constitución y el poder punitivo o sancionador del Estado. Este estudio tiene como alcance determinar si se aplican las garantías constitucionales en la prisión preventiva, a través del método de investigación de análisis y síntesis arrojando como conclusión la incorrecta aplicación e interpretación de la prisión preventiva

Palabras Claves: Prisión preventiva, garantías, debido proceso, principios, constitución.

Abstract

The guiding principles that we find immersed in the Comprehensive Organic Criminal Code, emanate from the Constitution of the Republic of Ecuador, from international human rights instruments and from the same code, the organic law predominates in its explanatory statement the supremacy of the Constitution, As it is the supremacy of the Constitution, As it is the supreme norm of the State, prevailing over any other of the legal system, therefore the basic principles and guarantees applied in due process, must be protected in the criminal guarantees, whose main competence is to guarantee the rights of the processed person during the procedural stages, in which precautionary measures such as preventive detention that implies restrictions on freedom can be issued, considered as a fundamental right, but necessary for the criminal system. With the application of this measure we can realize that the Comprehensive Organic Criminal Code presents a contradiction, when exercising the guaranteeing nature of the Constitution and the punitive or sanctioning power of the State. The scope of this study is to determine whether constitutional guarantees are applied in pretrial detention, through the research method of analysis and synthesis, yielding as a conclusion the incorrect application and interpretation of pretrial detention.

Keywords: Preventive prisión, guarantee, due process, principles, constitution.

Introducción

La entrada en vigor de la Constitución de la República del Ecuador (2008) trajo consigo una renovación estructural del Estado y a su vez un nuevo orden jurídico, dejando atrás las limitadas garantías jurisdiccionales especiales o constitucionales que prevalecían en la Constitución Política del Ecuador (1998), consideradas garantías secundarias; Grijalva (2012), indica que las garantías básicas del debido proceso de esta Constitución, eran de tipo constitucional, legal, internacional e incluso se podían establecer por vía de jurisprudencia. Es decir, que eran los propios jueces los que eventualmente diseñaban y creaban ciertas garantías para proteger ciertos derechos en el proceso. Así mismo, menciona que este tipo de garantías jurisdiccionales forman parte de las garantías secundarias, ya que por su naturaleza constituyen un tipo de garantía institucional, al ser encomendadas o confiadas a los tribunales o jueces.

En la Constitución del 2008, se ampliaron considerablemente las garantías básicas de los derechos fundamentales, brindando una tutela judicial efectiva de los derechos con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, conminando a los administradores de justicia a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales. A la postre, podríamos decir que, tenemos una Constitución que permite la exigencia plena de los derechos del justiciable frente al órgano penal en Ecuador; pero, que es tarea de cada ciudadana y ciudadano velar porque esos derechos se cumplan (Merino, S. 2014, p.160).

Con los avances en las garantías jurisdiccionales y el nuevo modelo garantista adoptado en la Constitución del 2008, se hizo imprescindible actualizar la legislación penal. Cornejo, A. y Torres, M. (2019). Aseguran que la implementación del Código Orgánico Integral Penal se tornó necesario, ya que al tener una Constitución de tan alto nivel, se evidencia la necesidad de una reestructuración de normativa, con el fin de mantener un orden del funcionamiento jurídico, político y administrativo que garantice y efectivice la aplicación de nuestros derechos.

La aplicación de la medida cautelar de carácter personal, la prisión preventiva, en la legislación penal constituye nuestro objeto de estudio, su uso ha sido severamente criticado por los defensores del garantismo al considerar que se trata de una decisión del órgano judicial que afecta y vulnera derechos fundamentales de las personas, la restricción de la libertad del procesado tiene por finalidad asegurar su comparecencia en el juicio. La institución procesal denominada prisión preventiva es aplicada en países que adoptan el sistema penal acusatorio, pero a su vez, es reconocida y protegida por varios instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que la libertad de una persona pueda ser considerada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. En consecuencia, al ser la libertad un derecho fundamental de la dignidad humana y reconocida por los tratados internacionales, esta puede ser limitada bajo la medida cautelar personal de prisión preventiva, que se otorga con la finalidad de evitar la posible evasión de la acción de la justicia.

El presente artículo tiene por objetivo fundamentar teóricamente en el derecho procesal penal, por intermedio de la revisión bibliográfica y del análisis de la dogmática

jurídica, la aplicación de la prisión preventiva en el modelo procesal penal ecuatoriano y su correlación con las garantías básicas que emanan de la Constitución, tomando en cuenta principios penales como los de presunción de inocencia, proporcionalidad y *ultima ratio*.

Metodología

Se aplicó el método cualitativo mediante un estudio de tipo documental, el análisis y la síntesis de documentos en la que se selecciona, de manera específica, doctrinas y teorías jurídicas en la que se distingue las instituciones de prisión preventiva y garantías constitucionales. La investigación contiene una síntesis de las doctrinas recopiladas en el análisis dogmático jurídico que permite determinar los componentes de cada institución jurídica y obtener un resultado concreto, directo y preciso que transmite la investigación en el alcance de la prisión preventiva frente a las garantías constitucionales.

Resultados y Discusión.

La medida cautelar de prisión preventiva, su carácter personal y restrictivo de los derechos de libertad del procesado conduce inevitablemente al catálogo de principios y derechos que como garantías básicas del debido proceso reconoce la Constitución del Ecuador, que resultan aplicables en todas las etapas del proceso penal.

La legislación penal ecuatoriana, su sistema acusatorio adversarial promueve el ejercicio de la acción penal dentro de los principios y fundamentos del sistema acusatorio, lo que trae consigo un cambio sustancial en la aplicación de la justicia penal, resalta la cualidad del procesado, sujeto en torno al cual gira el proceso, proporcionándole derechos en la aplicación de principios y garantías fundamentales del proceso. De lo antes expuesto se puede señalar que “para determinar en el debido proceso si una persona es culpable de un ilícito, es necesaria la sustanciación de las diversas etapas judiciales, debiendo contener garantías mínimas que aseguren al procesado, dignidad como persona humana y la posibilidad de ejercer sus derechos”. (Merino, 2014, p.142).

El debido proceso dicho de una manera más sencilla, “es una garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse en todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso”.(Santos, 2009, p.13).

En efecto, el debido proceso es por sí mismo un derecho, pero a su vez es también una garantía de todos los demás derechos constitucionales y legales. En los principios Constitucionales integradores del debido proceso, consta “el principio de legalidad, el derecho de defensa, al juez natural, a actuar prueba o de contradicción. En otras palabras estos otros derechos, constitucionales y legales, solo pueden ser adecuadamente ejercidos y defendidos en el marco del debido proceso”. (Grijalva, 2012, p. 238).

Para Santos, B. (2009). El procesado como sujeto de derechos y reconocimiento del “derecho a la defensa”, desde los primeros momentos del inicio del proceso, debe haber independencia e imparcialidad judicial, como elementos claves del debido proceso, así mismo, señala el autor que la presunción de inocencia, debe estar como regla en el tratamiento del procesado, pero también como regla de decisión judicial a través del estándar de prueba del más allá de toda duda razonable.

La Constitución de la República del Ecuador, dispone el debido proceso en su artículo 76:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Para Cabanellas (1994) describe lo debido como “lo adecuado, correspondiente, lícito, obligado”.

Tal como lo preceptúa la carta magna, el debido proceso incluye garantías básicas que tienen por objeto otorgar la suficiente tutela, para que estos derechos se cumplan en todos los ámbitos. En el plano teórico el nuevo modelo de garantismo penal, desarrollado por el tratadista Luigi Ferrajoli, establece el concepto de garantismo como un modelo para un Estado de derecho y como propuesta para una teoría general de derecho.

La principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de *jurisdiccionalidad*, expresada como, *nulla culpa ine iudicio*. También esta garantía, como su correlativa de legalidad, puede ser entendida en dos sentidos, en sentido estricto y en sentido lato. Según vaya o no acompañada de otras garantías procesales. En sentido lato puede expresarse con la *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*; en sentido estricto con la *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione el sine defensione*. Según el primer principio, el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o sustanciales conforme al segundo, es el juicio por su parte el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales (Ferrajoli, 1997, p.538).

En la doctrina el garantismo busca la aplicación mínima y excepcional del sistema penal, imponiendo múltiples frenos y límites al poder punitivo, que básicamente son los derechos y garantías, y por otro lado el poder punitivo trata por todos los medios de ejercer el poder penal del Estado, busca fortalecer la aplicación de prisiones y condenas, el garantismo penal tiene como principio rector la aplicación y el trato de inocente a toda persona, aun si ha sido detenida en delito flagrante, al ejercer el poder punitivo en cambio aplica una presunción de culpabilidad, sin haberse demostrado mediante sentencia firme o ejecutoriada la responsabilidad penal.

El Código Orgánico Integral Penal, en la exposición de motivos se somete a la supremacía de la Constitución, por ser la norma suprema del Estado que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por lo expuesto la legislación penal, en su capítulo segundo contiene las garantías y principios rectores del proceso penal, contempladas en el artículo 5:

El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la Republica, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios (...)

El debido proceso busca limitar el actuar jurisdiccional imponiendo la imparcialidad dentro de un proceso, tratando de evitar las arbitrariedades que se cometían dentro del sistema penal inquisitivo. Ferrajoli (1997), sostiene que las garantías penales “Serán efectivas en la medida que estos sean objeto de un juicio es el que resulten aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control. Por eso las garantías procesales, y en general las normas que regulan la jurisdicción” (p. 537).

La prisión preventiva en el modelo procesal penal Ecuatoriano

En líneas precedentes se puntualiza nociones del debido proceso y las garantías básicas que derivan de él, nos enfocaremos a continuación en las nociones doctrinarias de la medida cautelar de prisión preventiva, su finalidad, aplicación y reglas generales para su ordenamiento.

La prisión preventiva es una medida cautelar de restricción a la libertad personal, aplicada a una persona que se encuentre procesada dentro de un procedimiento penal, siempre que se determinen suficientes indicios de haber cometido una conducta punible. También es considerada como la medida que comporta una mayor lesión del Derecho a la libertad, en cuanto que comporta la privación de la misma, a diferencia de las otras medidas, que tan solo conllevan a una limitación o restricción de la libertad. (Bello, 2019, p.56).

Es considerada como una medida cautelar de carácter personal, que se designa en la audiencia de formulación de cargos, al acusado de un delito en espera de la celebración del juicio y mientras se celebre el mismo. (Díaz, C. y Moreira, M. 2019).

Antes llamada mandato de detención, que consiste en la privación temporal de libertad ambulatoria de quien es imputado en un delito, para que la prisión preventiva sea razonable deben concurrir en su existencia tres elementos: el *fumus commissi delicti* (graves y fundados elementos de convicción de la comisión del delito); la prognosis *poenae* (pena probable mayor de cuatro años); y, el *periculum in libertatem* (peligro en libertad) (Lujan, T. 2013, p.474).

El Tribunal Constitucional del Perú al pronunciarse sobre la detención judicial preventiva sostiene, que si bien constituye una medida que limita la libertad física, por si misma, esta no es inconstitucional; sin embargo para Landa, A (2010), por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la *última ratio*, a la que el juzgador debe apelar.

El Código Orgánico Integral Penal contempla las reglas generales de las medidas cautelares, entre ellas la prisión preventiva, desde el título V, artículo 519 hasta el 542 del COIP, dispone en su artículo 534 la finalidad de la prisión preventiva, no sería otra que garantizar la comparecencia de la persona procesada en el proceso y el cumplimiento de la pena determinada en un posible juicio de condena.

Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos (...)” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La adopción de la medida de prisión preventiva, como se refirió, obedece a determinadas finalidades, siendo la principal la sujeción de la persona al proceso penal en curso y garantizar el cumplimiento de los resultados de la decisión final. Constituye el principal requisito para la evitación de un proceso judicial. (Bello, 2019, p.84).

La primera regla que instaura el Código Orgánico Integral Penal, de conformidad al artículo 534, para la aplicación de la prisión preventiva, el delito cometido debe ser de acción pública, y para ser ordenada por el Juzgador, debe existir una solicitud por parte de la fiscalía, que a su vez debe ir debidamente fundamentada justificando los motivos que ameriten la prisión preventiva frente a las demás medidas cautelares personales diferente a la de privación de libertad, tanto la solicitud como la decisión de ordenar la prisión preventiva debe estar debidamente motivada, por ser la libertad un derecho fundamental, no obstante si la solicitud de la Fiscalía no es coherente, el juzgador podrá rechazarla, por lo que se exige en la fundamentación los motivos de idoneidad con relación a la exposición del acto punible. Para López, C. (2021), la motivación constituye uno de los más importantes principios formales de la prisión preventiva, debido a que la motivación exige que el juez explique en la audiencia de prisión preventiva los fundamentos de hecho (facticos) y de derecho (jurídicos), así mismo indica López, C. (2021), que la motivación no es más que la razón suficiente que justifique la aplicación de la medida, guardando la motivación estrecha relación con los presupuestos materiales de la prisión preventiva, con sus principios intrínsecos que orientan la aplicación de la medida en relación a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por consiguiente, esta medida debe ser aplicada con carácter excepcional, en aplicación del principio de proporcionalidad, de modo que debe ser adoptada cuando su fin no pueda alcanzarse mediante otra medida menos gravosa o que represente menor lesividad para el procesado. El Código Orgánico Integral Penal, en su exposición de motivos establece que de conformidad con el artículo 76 de la Constitución se debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, deben existir sanciones no privativas de libertad, las que tienen que respetar los derechos de las personas. Estos derechos se encuentran sujetos a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos, contemplada en el artículo 75.

Por su parte el Código Orgánico Integral Penal (2014), dispone que el fiscal para solicitar la prisión preventiva, debe demostrar que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes, del mismo modo, precisa que el juez al ordenar la prisión preventiva, obligatoriamente motivara su decisión y explicara las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. En efecto el legislador ha incluido el principio de proporcionalidad en el momento de solicitar y ordenar la prisión preventiva.

Sin embargo, la prisión preventiva puede ser sustituidas por otras medidas cautelares, esta sustitución no aplicara a las infracciones que sean sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, ni en los delitos de peculado, sobrepagos en contratación pública o actos de corrupción en el sector privado.

Principio de presunción de inocencia

Dentro de los derechos de protección que contempla la Constitución, encontramos el debido proceso que incluye garantías básicas que deben ser aplicadas en un proceso, entre ellas la presunción de inocencia, siendo este un principio procesal propio del procedimiento penal, que se encuentra plasmado en el artículo 76 numeral 2, que contiene lo siguiente: "...Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal,

mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Partiendo de la percepción que instaura la Constitución, sobre la presunción de inocencia, podemos decir que es un principio constitucional que otorga el derecho a una persona que se encuentra sujeta a un proceso penal a no ser tratada como culpable hasta que se desvirtúe esta condición, a través de la etapa probatoria, en la cual se verifica la obtención y valoración de las pruebas debidamente actuadas que tiene por finalidad otorgar al juzgador el convencimiento sobre el cometimiento o no del acto delictivo y así poder tener el suficiente sustento para motivar su decisión mediante sentencia, que determinara si el procesado es culpable o inocente, es decir, el principio de presunción de inocencia debe mantenerse en todo el proceso y por lo tanto se considera inocente a la persona procesada hasta que se desvirtúe mediante sentencia condenatoria que establezca la responsabilidad penal, aun cuando pese sobre el procesado una medida de prisión preventiva.

Por lo tanto en palabras de Bello, M. (2019). La presunción de inocencia supone que todo acusado de un delito se le debe considerar inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. La presunción de inocencia exige que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, solo pueden estar fundadas en la certeza del Tribunal acerca de la existencia de un hecho punible al acusado.

En un sistema penal que se respete los derechos humanos se debe atribuir a toda persona la presunción de inocencia, en el caso del código orgánico integral penal, prevé los principios procesales que regirán al debido proceso penal, refiriéndose a la presunción de inocencia, de esta forma, toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratado como tal, mientras no se ejecutorié una sentencia que determine lo contrario.

El principio de inocencia o presunción de inocencia, se considera doctrinariamente como un principio jurídico penal, que se refiere a la inocencia de la persona como regla, que solo a través de un proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad de la persona, podrá el Estado aplicarle una pena o sanción. Merino, S (2014).

La presunción de inocencia es una garantía consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; así: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa”.

En un principio podríamos decir que la prisión preventiva atenta contra el principio de presunción de inocencia, debido a que la aplicación de esta medida cautelar privara el derecho fundamental a la libertad del procesado que aún no cuenta con una sentencia condenatoria, y que para probar su culpabilidad penal se debe pasar por la etapa probatoria, en la cual se verifica la obtención y valoración de las pruebas debidamente actuadas que tiene por finalidad otorgar al juzgador el convencimiento con todas estas valoraciones del cometimiento o no del acto delictivo, decisión que será motivada mediante sentencia.

En el Ecuador la prisión preventiva es solicitada en la audiencia de formulación de cargos, en la que se debe analizar si en esa instancia procesal hay suficientes indicios

que puedan presumir una responsabilidad penal, siendo esta medida de aplicación excepcional. Por ello, las medidas privativas de libertad se constituyen, procesalmente hablando, no en la regla, sino en la excepción. Teniendo como única finalidad la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena.

El código orgánico Integral Penal, establece que en el contenido de la formulación de cargos, podrán ser solicitadas las medidas cautelares, de conformidad al artículo 595, en su segundo inciso se refiere que se podrá solicitar medidas cautelares que no afecte el debido proceso, en lo siguiente "...La solicitud de medidas cautelares y de protección, salidas alternativas al procedimiento o cualquier otro pedido que no afecte al debido proceso..." (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

El principio de presunción de inocencia ha prevalecido para que toda persona sea sometida en un proceso penal en libertad, siendo la prisión preventiva de la medida cautelar que debe ser aplicada excepcionalmente. El contenido de la presunción de inocencia exige que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, solo pueden estar fundadas en la certeza del Tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado (Bello, 2019, p.56).

Principio de proporcionalidad

La Constitución de la Republica del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal en supremacía a la Constitución, impone a la administración de justicia penal aplicar el principio de proporcionalidad, con el fin último que se respeten los derechos fundamentales estableciendo límites al poder punitivo, por lo que este principio se aplica en el ámbito procesal penal, emana de la Constitución, insta que en los procesos en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se aplicara las normas del debido proceso. El artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, atribuye que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales. La aplicación de este principio busca que el ejercicio del poder punitivo sea realmente útil y necesario, debiéndose ponderar la acción punible frente a una sanción punitiva, evaluando la constitucionalidad de una medida que afecta el disfrute de derechos fundamentales para la aplicación. En la interpretación que hace Garat, D (2016), con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en el sentido que se debe poner en práctica las reglas de idoneidad, que permite valorar si la medida o su finalidad son legítimas; es decir, la idoneidad estipulara si el medio utilizado y que afecta al derecho fundamental, es adecuado para la consecución del fin legítimo que pretende alcanzar.

Así mismo, se debe considerar la necesidad, la cual consiste en determinar si la medida empleada es la única que permite alcanzar o si, por el contrario, existe otra medida que posibilita obtener igual fin, son similar alcance, sin injerencia o con menos implicaciones. Se trata por consiguiente, de analizar si es posible la recurrencia de otra medida que siendo igualmente hábil y efectiva para alcanzar el fin buscado.

Una vez determinada la medida como idónea y necesaria, habrá que ponderar los principios de involucrados del derecho fundamental; categorizar la importancia de satisfacción del derecho o bien protegido, y; por ultimo definir si la trascendencia en alcanzar justifica el perjuicio de

El principio de proporcionalidad será utilizado, por consiguiente, tanto en la resolución de un conflicto entre derechos fundamentales, como entre un derecho

fundamental y la actividad estatal que persigue la protección de otro derecho o bien jurídicamente tutelado.

La fiscalía al ejercer la acción penal pública, al momento de solicitar la medida cautelar de prisión preventiva, debe principalmente aplicar el principio de proporcionalidad, ya que el daño causado debe ser relevante tanto para la víctima como la sociedad, debiendo demostrar la proporción del daño provocado por el delito y la necesidad de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, y no amparándose solo en la finalidad que contempla el Código Orgánico Integral Penal, para solicitar la medida cautelar de prisión preventiva, entendiéndose que es una restricción a la libertad personal, siendo este un derecho fundamental de la dignidad humana, cuanto mayor sea su intervención en la integridad de la persona, mayor deberá ser la certeza de los indicios que fundamentan la imposición de la medida.

Mínima intervención penal

El principio de derecho penal como *ultima ratio*, se basa en que el derecho penal solo debe aplicarse en aquellos casos en que el daño a las condiciones mínimas de supervivencia en la sociedad sea de tal magnitud que resulte insostenible las consecuencias que ella generen en la sociedad; y principalmente que no exista otras alternativas de respuestas o de reacción por parte del Estado. Es un principio de aplicación para los órganos administradores de justicia, y se encuentra relacionada con la medida de prisión preventiva, al tenor del artículo 77 numeral 1, que pone parámetros al ejercicio del poder punitivo del Estado, disponiendo que la privación de la libertad se aplicara excepcionalmente, proporcionando la alternativa de poder ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. Este artículo guarda consonancia con el artículo 195 de la carta magna, impone a la Fiscalía que durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal. De acuerdo a la concepción de García, F. (2015), el principio de mínima intervención penal, solo puede ser considerado el último recurso al que se debe acudir a falta de otros menos lesivos y graves que los penales, pues si la protección social puede conseguirse con medios menos graves y lesivos, no es preciso ni tampoco se debe acudir al derecho penal, además este autor señala que pueden bastar medios del Derecho Civil, del Derecho Público o incluso medios extrajurídicos, donde no se justifique la intervención penal, por cuanto en ello se expresa su carácter de *ultima ratio*.

Dentro un Estado constitucional de derechos y justicia, la Constitución es la norma suprema, por lo que el Código Orgánico Integral Penal se somete a su supremacía y a las restricciones que esta norma impone al poder punitivo. Con sujeción a las garantías básicas que deben regir a todo proceso, el órgano administrador de justicia penal, debe razonar con base al principio de mínima intervención penal, la cual está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria, constituyendo un último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos alternativos a soluciones de conflictos, por lo tanto al ordenar la prisión preventiva como medida cautelar la fiscalía como representante de la acción pública penal y los jueces penales como administradores de justicia, deben considerar la necesidad de aplicar esta medida de privación a la libertad, aunque el acto punible se encuentre tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, pueda que esta medida sea de aplicación innecesaria, siendo su carácter excepcional. La finalidad de este principio es proteger los derechos fundamentales, imitando las arbitrariedades de los aplicadores del derecho penal.

El principio de mínima intervención penal, tiene un doble papel; constituir un motor para el desarrollo de la legislación, siendo una fuente de contenido legislativo, y por otro lado un freno al legislador, que impide la inconsecuencia punitiva, el desbordamiento normativo de fondo. Como principio dirigido al legislador constituye una limitación al poder punitivo del Estado, una verdadera restricción al poder estatal de castigo. (Hernández, T. 2013)

Podemos concluir con que este principio es aplicable, cuando el juez de garantías penales encuentre una posibilidad de un acuerdo reparatorio y en relación con la prisión preventiva, que este sea el último recurso tomando en consideración la aplicación de otras medidas cautelares que no atente contra la libertad de la persona.

Derechos fundamentales e instrumentos internacionales.

El derecho penal internacional, surgió por los horrores perpetrados por el nacionalsocialismo a lo largo de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en el trato dado a los prisioneros de los campos de concentración, incentivo la discusión sobre la protección de derechos humanos (García, F.2016, p. 27).

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce e integra los instrumentos internacionales o tratados internacionales de derechos humanos, que refuerza considerablemente las garantías del proceso penal, que la podemos encontrar en el contenido del artículo 417,

“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetaran a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicaran los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de clausula abierta de la Constitución”

En concordancia con el artículo 11 numeral 3 de la carta magna:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de San José, legalmente ratificados por el Ecuador, forman parte de nuestro bloque constitucionalidad

El segundo elemento que permite diferenciar el nuevo modelo constitucional, respecto de los paradigmas clásicos del constitucionalismo, es la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; proceso que ha conllevado importantes cambios tanto en la parte orgánica como sobre todo en la parte dogmática de la Constitución. En el plano de las transformaciones dogmáticas de la Constitución, encontramos en el nuevo texto constitucional dos importantes avances respecto del constitucionalismo anterior: primero el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas; segundo, la ampliación del catálogo de derechos, independientemente de su consagración formal. (Benavides, O. y Escudero, S. 2013, p.40)

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 8, las garantías judiciales, en lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (...)

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 8-20-IA/20, señala que En Ecuador, la garantía de caducidad de la prisión preventiva fue incorporada por primera vez de manera expresa en la Constitución de 1998, después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH” o “la Corte Interamericana”) declaró la responsabilidad internacional del Estado, entre otros aspectos, por haber sometido a la víctima a una privación preventiva de la libertad prolongada y sin atender al carácter excepcional que debe tener esta.

En dicho caso, la Corte Interamericana reiteró que la prisión preventiva debe ser una medida de carácter excepcional, con fundamento en las garantías del debido proceso y la presunción de inocencia, contiene los siguientes términos:

“77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.” La enunciada sentencia, determina que la prisión preventiva es una medida de restricción personal que debe ser aplicada excepcionalmente.

Para la interpretación constitucional, que consta en el Código Orgánico Integral Penal, es de fundamental importancia la aplicación del principio de supremacía de la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo estos principios de contenido garantista, que tienen una estrecha relación con los derechos humanos y deben ser tomados en cuenta en el momento de aplicar todos y cada uno de los artículos del Código Orgánico Integral Penal.

Conclusiones

El Ecuador es un estado de derechos y justicia social, que brinda una tutela judicial efectiva de los derechos, por ende todas las medidas aplicadas deben estar al margen del respeto a los derechos fundamentales. Dentro de un proceso penal los Jueces de Garantías Penales, tienen como su principal competencia garantizar los derechos de la persona procesada durante las etapas procesales y dictar medidas cautelares, previa solicitud fundamentada de la fiscalía. Sin embargo, al dictarse la prisión preventiva, nos encontramos frente a una dicotomía o contradicción, ya que va en contrario con el principio de presunción de inocencia, de conformidad a lo establecido en el artículo 5

numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, aunado a ello en la práctica procesal penal, esta medida ha sido objeto de uso arbitrario o de uso excesivo al considerarla como primera opción para asegurar los resultados de un proceso, por lo que podemos concluir que el problema no está inmerso en la legislación penal, sino en la interpretación y aplicación de la norma por parte de quien la solicita (fiscalía) y quien la ordena (Juez de Garantías Penales), quienes se fundamentan solo en la finalidad de garantizar la comparecencia al proceso, temiendo a una posible evasión a la justicia. La administración de justicia, debe resaltar la función garantista que establece la Constitución de la República del Ecuador, a través de un verdadero proceso, considerando la valoración y ponderación de derechos fundamentales en el proceso penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Bello, M. (2019). *Excepcionalidad de la prisión preventiva ¿Realidad o Quimera?*
Otras instituciones del Derecho Procesal Penal y Derecho Penal. Lima, Perú:
Editores del Centro E. I. R. L.
- Benavides, O. y Escudero, S. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*.
Corte Constitucional del Ecuador. Quito, Ecuador: Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional.
- Cabanellas, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*
Bueno Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Código Orgánico Integral Penal. Registró oficial No. 180; lunes 10 de febrero 2014.
Editorial Carpol.
- Cornejo, A. y Torres, M. (2019). *Derecho penal y procesal penal a la luz de un*
Constitucional de derecho. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y
publicaciones.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). *Sentencia No. 8-20-IA/20*.
(<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Sentencia%20CC%208-20-IA.pdf>).
- Díaz, C. y Moreira, M. (2019). *Teoría y práctica del código orgánico integral penal*
(*COIP*). Los Ríos, Ecuador: Editorial Jurídica.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*
Madrid, España: Editorial Trotta
- Garat, D. (2016). *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica: La*
resolución de casos sobre derechos fundamentales. España: Athenaica ediciones
universitarias.
- García, F. (2015). *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I*

- Lima, Perú: Ara Editores.
- García, F. (2016). *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo II*
Quito, Ecuador: Latitud cero editores
- Grijalva, J. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador. Corte Constitucional para el periodo de transición*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Hernández, T. (2013). *¿Mínima prisión máxima desgracia? Una crítica al principio de mínima intervención penal*. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones
- Landa, A. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Palestra editores S. A. C.
- López, C. (2021). *La prisión preventiva en el proceso penal*.
Lima, Perú: Editorial Iustitia S. A. C.
- Lujan, T. (2013). *Diccionario penal y procesal penal*.
Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Merino, S. (2014). *Derecho Penal: Parte General*
Quito, Ecuador: Editorial Jurídica Del Ecuador
- Santos, B. (2009). *El debido proceso penal*.
Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones